



PROCESSO	30.012-8/2018
ASSUNTO	REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA INTERNA
ÓRGÃOS	PREFEITURA MUNICIPAL DE CUIABÁ E SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO DE CUIABÁ
INTERESSADOS	EMANUEL PINHEIRO – Prefeito OZENIRA FÉLIX SOARES SOUSA – Secretária Municipal de Gestão
RESPONSÁVEL	JOÃO ANDRE FERREIRA DE ALMEIDA – Diretor de Tecnologia da Informação da Prefeitura
ADVOGADOS	Não Consta
RELATORA	CONSELHEIRA INTERINA JAQUELINE JACOBSEN MARQUES

JULGAMENTO SINGULAR

Trata-se de **Representação de Natureza Interna**, com pedido de concessão de **Medida Cautelar**, proposta pela Secretaria de Controle Externo de Contratações Públicas, em razão de possíveis irregularidades no Processo Licitatório do Pregão Eletrônico 60/2018, realizado pela Prefeitura Municipal de Cuiabá.

O referido pregão tem por objeto o Registro de preços para futura e eventual contratação de empresa para o fornecimento, implantação, customização e sustentação de uma solução *web* de recepção, validação, monitoramento e armazenamento de documentos fiscais eletrônicos, no padrão ICP-Brasil, e para possíveis formas de integração com sistemas financeiros, visando dotar a administração pública de um instrumento de gestão de documentos fiscais recebidos para fins de conformidade de pagamentos de fornecedores de bens, produtos e serviços, conforme itens abaixo:

Item	Descrição	Quantidade
1	Licenciamento para 24 meses	20
2	Suporte e atualizações legais e por mudança de legislação para 24 meses	20
3	Horas Manutenção Evolutiva e Integrações para 24 meses (por hora)	14.000 Horas



Consta dos autos que o aludido certame, promovido pela Secretaria Municipal de Gestão no dia 08.08.2018, teve como vencedora a empresa Symetria Tecnologia da Informação EIRELE, e resultou na assinatura da Ata de Registro de Preços 31/2018, com valor total de R\$ 8.542.000,00 (Apêndice E).

Após analisar o Edital do referido Pregão Eletrônico, a SECEX destacou incongruências relevantes no certame, que atentam contra o regramento vigente e são potencialmente causadoras de danos aos cofres públicos, as quais, em síntese, descrevo a seguir:

a) Os preços de referência não estão compatíveis com os preços de mercado (**GB 06**);

b) Foi constatada a indicação de marca com especificações exclusivas (Linguagem Java) na descrição do objeto sem que haja no Termo de Referência os motivos para a restrição (**GB17**);

c) Na descrição do objeto da licitação foram incluídas características desnecessárias ou irrelevantes que direcionam ou restringem irregularmente a participação de licitantes (**GB03**);

d) Adoção do modelo de contratação de *software* do tipo licença de uso, em detrimento da aquisição da licença permanente, sem a apresentação de estudos técnicos que justificassem a vantajosidade da escolha realizada (**GB 13**);

e) Adoção da métrica "quantidade de horas" para fins de remuneração dos serviços de manutenção evolutiva do *software* (**GB 13**);

f) Ausência de informação referente ao tempo de garantia do licenciamento de *software* a ser fornecido (**GC 15**);

Tais irregularidades foram atribuídas ao Senhor João André Ferreira de Almeida, Diretor de Tecnologia da Informação da Prefeitura, em razão deste ser o responsável pela elaboração do Termo de Referência que precedeu o Edital da Licitação.



Em virtude da materialidade, relevância e riscos dos vícios causarem danos irreversíveis ou de difícil reparação aos cofres públicos do município de Cuiabá, a Equipe Técnica suscitou a concessão da Medida Cautelar *inaudita altera parte*, como autoriza o artigo 82 da Lei Complementar 269/2007 (LOTCE/MT), com o fim de suspender a Ata de Registro de Preços 31/2018 (fls. 17, Documento Digital 186367/2018).

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente, é importante registrar que, para a propositura das Representações de Natureza Interna neste Tribunal, faz-se imprescindível o preenchimento de alguns requisitos pertinentes à legitimidade para propositura, à forma da exposição da matéria e à competência para apreciação, além da identificação do objeto tido por ilegal e dos possíveis responsáveis, como se depreende da leitura dos artigos 219 e 224 da Resolução Normativa TCE-MT 14/2007 (RITCE/MT), em conjunto com a regra contida no artigo 46 da Lei Complementar 269/2007 (LOTCE/MT):

Resolução Normativa TCE-MT 14/2007

Art. 219. *As denúncias e representações deverão atender cumulativamente os seguintes requisitos:*

- I. redação em linguagem clara e compreensível;*
- II. matéria de competência do Tribunal;*
- III. identificação do objeto denunciado ou representado;*
- IV. descrição dos fatos irregulares;*
- V. indicação, quando possível, dos nomes dos prováveis responsáveis;*
- VI. indicação, quando possível, do ano ou data em que os fatos ocorreram;*
- VII. indícios de que os fatos denunciados ou representados constituam irregularidade. (...)*

Art. 224. *As representações podem ser:*

- II. De natureza interna, quando propostas ao Relator:**
 - a) Pelos titulares das unidades técnicas do Tribunal.** (Grifou-se).

Lei Complementar 269/2007

Art. 46. *A representação deverá ser encaminhada ao Presidente do Tribunal de Contas ou ao Conselheiro Relator, conforme o caso:*

- I. pelos responsáveis pelos controles internos dos órgãos públicos, sob pena de serem solidariamente responsabilizados;*
- II. por qualquer autoridade pública federal, estadual ou municipal;*
- III. pelas equipes de inspeção ou de auditoria;*
- IV. pelos titulares das unidades técnicas do Tribunal;** (Grifou-se).



Assim, considerando a competência regimental prescrita no artigo 89, IV, do RITCE/MT, **CONHEÇO** da Representação de Natureza Interna, certificando a observância integral das citadas normativas.

No tocante ao pedido de medida cautelar, entendo conveniente enfatizar que, nos termos do artigo 82 da Lei Complementar 269/2007, c/c os artigos 90, inciso IV; 297, 298 e 300 do RITCE-MT, o Relator poderá analisar, no curso de qualquer apuração, não só medidas cautelares solicitadas por Representante, mas também pela própria unidade técnica do Tribunal.

Ademais, a competência dos Tribunais de Contas, para expedir medidas cautelares, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança 24.510-DF, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, a saber:

“O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável.” (DJU de 19/03/2004, p. 18, Tribunal Pleno)

O entendimento em destaque foi ratificado pelo então Presidente da Corte Constitucional, Ministro Joaquim Barbosa que, ao apreciar o pedido de Suspensão de Segurança 4878/MC/RN, referendou medida cautelar de bloqueio de bens deferida pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte.

Isto posto, a análise do requerimento de medida cautelar *inaudita altera parte* deve ocorrer em sede de cognição sumária, anterior à instauração do regular contraditório. A sua concessão, ainda que parcial, deve fundamentar-se em fatos e provas suficientes para, prontamente, demonstrar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, que



são requisitos cumulativos e essenciais para o deferimento do pedido em caráter de urgência.

Nesse sentido, dispõe o *caput* do artigo 82, da Lei Complementar 269/2007:

Art. 82. No curso de qualquer apuração, o Tribunal de Contas determinará medidas cautelares sempre que existirem **provas suficientes** de que, prosseguindo no exercício de suas funções, o responsável possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, **causar danos ao erário ou agravar a lesão ou, ainda, inviabilizar ou tornar difícil ou impossível a sua reparação**. [grifado]

Na mesma perspectiva, são os requisitos **cumulativos** do artigo 300, parágrafos 1º e 2º, do Novo Código de Processo Civil, aplicados ao processo do controle externo de contas, deste Tribunal, nos termos do artigo 144 do RITCE-MT:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. [grifado]

§ 1º—Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º—A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Desse modo, inicialmente farei o exame do *fumus boni iuris*, qual seja, a probabilidade do direito, a partir dos apontamentos realizados pela SECEX:

1- Os preços de referência não estão compatíveis com os preços de mercado. (GB06)

A SECEX constatou a deficiência no mapa comparativo de preços utilizado como referência no Pregão Eletrônico 60/2018, em decorrência da ausência de informação imprescindível nos três orçamentos utilizados (não indicou as soluções de *software* oferecidas), bem como da ausência de utilização de preços públicos na pesquisa de preços.



Da análise do mapa comparativo de preços (Apêndice B), verifico que, de fato, os orçamentos realizados pelas empresas RF Consultoria CNPJ: 17.306.243/0001-55; Integrador Público Soluções em TI CNPJ: 18.300.399/0001-91 e Treno Soluções em TI CNPJ: 13.146.270/0001-57, não comunicam qual seria o *software* a ser fornecido e implantado na Prefeitura Municipal de Cuiabá.

Denoto que, os orçamentos são muito superficiais e se resumem em transcrever o objeto do procedimento licitatório e a apresentação dos preços, sem nenhuma indicação de qual seria a solução de mercado a ser fornecida.

Por outro lado, a SECEX relatou que o objeto do Pregão 60/2018, da Prefeitura Municipal de Cuiabá, é praticamente o mesmo do Contrato 07/2014, firmado pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, que poderia ter sido utilizado como parâmetro de preço de mercado.

Entretanto, ao menos em cognição sumária, a comparação com os preços de um contrato datado de 2014 não me parece razoável, razão pela qual analisarei tal aspecto durante a instrução e não neste exame cautelar.

A impropriedade de deficiência no mapa comparativo de preços, por não indicação de qual seria o *software* a ser fornecido, contraria a orientação desta Corte de Contas, consolidada na **Resolução de Consulta 20/2016**:

Ementa: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO. REEXAME DA TESE PREJULGADA NA RESOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 41/2010. LICITAÇÃO. AQUISIÇÕES PÚBLICAS. BALIZAMENTO DE PREÇOS. 1) A pesquisa de preços de referência nas aquisições públicas deve adotar amplitude e rigor metodológico proporcionais à materialidade da contratação e aos riscos envolvidos, não podendo se restringir à obtenção de três orçamentos junto a potenciais fornecedores, mas deve considerar o seguinte conjunto (cesta) de preços aceitáveis: preços praticados na Administração Pública, como fonte prioritária; consultas em portais oficiais de referenciamento de preços e em mídias e sítios especializados de amplo domínio público; fornecedores; catálogos de fornecedores; analogia com compras/contratações realizadas por corporações privadas; outras fontes idôneas, desde que devidamente detalhadas e justificadas. 2) Nos processos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, inclusive aqueles amparados no art. 24, I, II, da Lei nº 8.666/1993, devem ser apresentadas as respectivas pesquisas de preços, nos termos do art. 26 da Lei.



Ademais, vai de encontro aos comandos estabelecidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigos 15, § 1º e 43, IV, da Lei 8.666/1993, nestes termos:

CF/88:

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:

Lei 8.666/1993:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

Com efeito, diante da precariedade do mapa comparativo de preços, entendo que, aparentemente, ao menos em cognição sumária, a irregularidade prejudica a aferição de preços de referência quanto ao valor contratado pela Prefeitura Municipal de Cuiabá.

2- Foi constatada a indicação de marca ou de bens e serviços sem similaridade ou de especificações exclusivas na descrição do objeto sem que haja no Termo de Referência os motivos para restrição. (GB17)

A SECEX apontou que o item 11.2.5.2, do edital do Pregão Eletrônico, relativo à Qualificação Técnica, faz a exigência de que as empresas licitantes comprovem o desenvolvimento e manutenção de *software* em linguagem de programação JAVA EE, o que incorre em preferência de marca.



Para melhor análise da irregularidade noticiada, transcrevo trechos do Edital, e do Termo de Referência, que tratam dessa matéria:

Edital

11.2.5 Relativos à Qualificação Técnica:

(...)

11.2.5.2 Atestado de Capacidade Técnica, em nome da LICITANTE, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove o desenvolvimento e manutenção de software em **linguagem de programação JAVA EE** em plataforma Web com Documentos Fiscais utilizando chaves públicas e privadas do ICP-Brasil.

Termo de Referência

6. Especificações Técnicas e de Infraestrutura

6.1. Características Técnicas

6.1.1. Aplicação Web-Based, **utilizando Linguagem Java EE 1.7** ou superior;

7. Justificativa

A definição pela utilização da linguagem Java se justifica por ser uma linguagem em largo uso pelo mercado e que possui as características necessárias para garantir a interoperabilidade com os sistemas das Administrações Tributárias autorizadas de NF-e e NFS-e, a portabilidade (permite a execução dos sistemas gerados em servidores com sistemas operacionais e softwares servidores de aplicações gratuitos), o desempenho e disponibilidade do sistema e pela experiência da equipe de TI da PMC nesta tecnologia.

De acordo com a SECEX, a exigência de que o *software* seja desenvolvido na linguagem Java EE incorre em restrição à competitividade, pois há outras linguagens de programação disponíveis no mercado, tais como: Net, VB, C#, PHP, Ruby e Python.

Em que pese o órgão ter justificado no Termo de Referência a utilização da linguagem JAVA, a Equipe de Auditoria enfatizou que os argumentos apresentados não se mostram concebíveis, visto que o *software* será fornecido já produzido, sem haver necessidade de interferência no código-fonte pela equipe de TI da Prefeitura Municipal de Cuiabá. Ademais, não se mostra necessária a utilização da equipe de TI da Prefeitura nos serviços contratados, visto que a manutenção evolutiva e integrações também foram objeto do certame.



De acordo com as informações acima relatadas, entendo que a aquisição de uma solução *web* com direcionamento para utilização da linguagem Java EE não é tecnicamente justificável, razão pela qual representa preferência de marca, o que deve ser evitado, conforme preleciona a Lei de Licitações em seu artigo 7º, §5º, o qual transcrevo:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

Nesse sentido, segue o entendimento do Tribunal de Contas da União, consolidado na Súmula 270:

Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção.

Assim, em uma análise preliminar, constato que a exigência de que o *software* seja desenvolvido mediante código de programação específico, qual seja, a linguagem Java EE (*Java Enterprise Edition*), caracteriza a indicação de marca e restringe a competição, impedindo o alcance do melhor preço pela Administração Pública.

3- Exigência de qualificação técnica que restringe a participação de licitantes. (GB03)

Consta da representação interna, a alegação de que o item 11.2.5.4, do edital do Pregão Eletrônico 60/2018, relativo à Qualificação Técnica, faz a exigência de que as empresas licitantes comprovem que sejam proprietárias e desenvolvedoras do sistema ofertado, fato que restringe a participação de empresas representantes, bem como não há definição do modo a ser comprovada a propriedade intelectual do sistema respectivo.



O edital do procedimento licitatório, em seu item 11.2.5, faz a seguinte exigência relativa à Qualificação Técnica:

11.2.5 Relativos à Qualificação Técnica:

[...]

11.2.5.4 Comprovação de que é **proprietária e desenvolvedora** do sistema ofertado, bem como que é capaz de realizar o suporte técnico e a manutenção (legal, corretiva e evolutiva) no mesmo, através de equipe técnica especializada própria.

Ao que parece, a exigência de que a proponente seja proprietária e desenvolvedora do sistema é uma cláusula que restringe a competitividade do procedimento licitatório, haja vista que afasta da concorrência as empresas que são distribuidoras de *software*, ou seja, aquelas que não produzem e sim comercializam os *softwares* produzidos e desenvolvidos por terceiros.

Ademais, a qualificação técnica imposta no certame não possui respaldo na Lei 9.609/98 (Lei de *Software*), pelo contrário, o artigo 8º da supracitada lei estabelece a possibilidade de comercialização do programa de computador tanto pelo titular dos direitos do programa quanto por aquele que seja titular dos direitos de comercialização:

Art. 8º Aquele que comercializar programa de computador, quer seja titular dos direitos do programa, quer seja titular dos direitos de comercialização, fica obrigado, no território nacional, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, a assegurar aos respectivos usuários a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, consideradas as suas especificações.

Com efeito, vejo que a exigência estabelecida aos licitantes, por não ser indispensável, viola o disposto nos artigos 37, inciso XXI, da CF/88, c/c os artigos 3º, caput, §1º, inciso I, da Lei 8.666/93, e artigo 3º, inciso II, da Lei 10.520/2002, respectivamente:

CF/88:

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:

[...]



XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Lei 8.666/1993:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Lei 10.520/2002:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

[...]

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

Não bastasse isso, verifico que o Edital não especificou como a empresa proponente deveria demonstrar que é proprietária do sistema, evidenciando mais uma falha do certame.

Nesses casos, conforme delineado na Representação de Natureza Interna, caberia ao órgão responsável pela licitação exigir das empresas proponentes o certificado de registro de programa de computador junto ao INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), comprovando a propriedade intelectual; registro do sistema na ABES (Associação Brasileira das Empresas de Software) e/ou registro do sistema na



ASSESPRO (Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação), o que não foi feito no edital em epígrafe.

Desse modo, em uma análise preliminar, vislumbro, na hipótese, uma aparente restrição ao princípio constitucional da isonomia e ao caráter competitivo do certame, impedindo o alcance do melhor preço pela Administração Pública.

4- Adoção do modelo de contratação de *software* sem a apresentação de estudos técnicos que justificassem a vantajosidade da escolha realizada. (GB13)

Extraio do objeto do Pregão Eletrônico 60/2018, que a Prefeitura Municipal de Cuiabá optou por contratar empresa para fornecimento de *software* de gestão de documentos fiscais na modalidade de licença de uso, sem recebimento da transferência da propriedade.

A SECEX afirma que esse modelo de contratação, além de gerar uma dependência tecnológica em relação à empresa fornecedora, é extremamente mais onerosa para os cofres públicos, haja vista que, caso a referida Prefeitura entenda ser necessária a continuidade da utilização do *software* por um período adicional, terá que solicitar a prorrogação do contrato com a referida empresa.

A Equipe de Auditoria destacou, ainda, que a manutenção do *software* por longo prazo acarretará gastos excessivos, que poderiam ser evitados, caso a opção fosse pela aquisição da licença perpétua.

Tal como disposto alhures, constato, a princípio, que a contratação de licença de uso do *software* por 24 meses, ao invés da licença permanente, se mostra antieconômica, pois, via de regra, o uso dessa solução deve ser mantido de forma contínua.

Nesses casos, cabe à unidade contratante apresentar estudo que comprove que a opção pela licença temporária é a melhor opção, detalhando as razões da não adoção do modelo de licenciamento permanente.



O Estudo Técnico Preliminar é um controle que busca reduzir o risco de a Administração contratar algo que seja inviável tecnicamente, ou menos vantajoso para a Administração.

Nesse sentido, a Lei 10.520/2002 deixa clara a necessidade dos estudos técnicos preliminares quando dispõe, em seu art. 3º, III, que na fase preparatória do pregão deverá constar nos autos do procedimento “os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados”.

Assim, diante da ausência de estudo que demonstre os custos e os benefícios da contratação do *software* por tempo determinado, reconhecimento, em cognição sumária, a irregularidade dessa contratação, por não ser a solução mais razoável.

5- Adoção da métrica quantidade de horas para fins de remuneração dos serviços de manutenção evolutiva do *software*. (GB13)

Segundo a SECEX, a presente irregularidade está contida no item 3 do objeto do procedimento licitatório, concernente ao modo como será feito o pagamento pelos serviços de manutenção do *software* a ser contratado, qual seja, pela mensuração da quantidade de horas utilizadas, conforme quadro abaixo:

Item	Descrição	Quantidade
3	Horas Manutenção Evolutiva e Integrações para 24 meses	14.000 Horas

A unidade técnica enfatiza que esse modelo de contratação é considerado bastante antieconômico para a administração pública, haja vista que consiste na remuneração pela quantidade de horas trabalhadas, sem haver, necessariamente, a



contraprestação dos serviços realizados, ou seja, sem vinculação com os resultados efetivamente produzidos pela empresa.

Como é cediço, o modelo de contratação indicado pelos órgãos de controle se baseia na mensuração e pagamento por resultado alcançado e verificado, pois permite que os recursos públicos sejam gastos apenas mediante a efetiva entrega de produtos ou pelo cumprimento de metas estabelecidas no contrato.

Nessa linha de raciocínio, segue a jurisprudência do TCU, consolidada na Súmula 269, conforme abaixo:

Nas contratações para a prestação de serviços de tecnologia da informação, a remuneração deve estar vinculada a resultados ou ao atendimento de níveis de serviço, admitindo-se o pagamento por hora trabalhada ou por posto de serviço somente quando as características do objeto não o permitirem, hipótese em que a excepcionalidade deve estar prévia e adequadamente justificada nos respectivos processos administrativos.

Assim, constato, de forma preliminar, que o modelo de contratação escolhido pela contratante evidencia risco para a Administração Pública, visto que se pode pagar por horas improdutivas com desperdício de recursos públicos.

6- Ausência de informação referente ao tempo de garantia do licenciamento de software a ser fornecido. (GC15)

O Pregão Eletrônico 60/2018 descreve, nos itens 1 e 2 do seu objeto, respectivamente, a contratação do licenciamento de *software* por 24 meses e o suporte e atualizações pelo mesmo período.

De acordo com o Termo de Referência 14/2018, os serviços de manutenção constantes no item 2 (suporte e atualizações) serão prestados após o período de garantia do item 1, conforme segue:



Termo de referência 14/2018

[...]

14.1.2.2

Prestação de serviços de suporte técnico a solução e manutenções legais e corretivas (após período de garantia) por um período de 24 (vinte e quatro) meses, desembolsável mensalmente;

Entretanto, consoante informado pela Secex, não consta do Edital do Pregão a especificação do **tempo de garantia** do licenciamento do *software* a ser fornecido, tornando impreciso o objeto licitado.

A caracterização precisa, completa e adequada do objeto no edital é condição essencial para validade do processo licitatório, segundo o disposto no artigo 14 da Lei 8.666/1993:

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

No caso concreto, a especificação imprecisa do item 1 do objeto prejudica a execução dos serviços constantes no item 2, visto que estes somente devem ser prestados após o término do prazo de garantia do *software*.

Nos termos do artigo 8º, da Lei 9.609/98 (Lei do *Software*), a empresa contratada para ceder licença de uso de programa de computador por ela produzido ou comercializado fica legalmente obrigada a prestar, de forma gratuita, os serviços de manutenção do *software* enquanto correr o prazo de validade de sua versão.

Assim, em análise superficial, aparentemente a cobrança de serviços de manutenção durante o período de validade técnica do *software* é indevida, ilegal e traz prejuízos para os cofres públicos da administração pública.

Com efeito, considerando que a indefinição do tempo de garantia do *software* pode acarretar gastos indevidos para a administração pública, resta aparente a irregularidade apontada.



Dessa forma, após examinar com profundidade as alegações formuladas para calçar o pedido da Medida Cautelar, não há dúvidas de que o contexto até aqui retratado evidencia a presença do *fumus boni iuris*, um dos requisitos necessários à concessão de medidas de natureza cautelar.

Quanto ao *periculum in mora*, o doutrinador José Roberto dos Santos Bedaque elucida que o receio de dano irreparável e de difícil reparação “[...] tem finalidade preventiva, de evitar risco de dano. Não se trata, pois, de modalidade de tutela de urgência com caráter puramente aceleratório, cuja adoção leva em conta a natureza da relação material litigiosa.” [BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.]

No mesmo sentido, Germano Schwartz e Ricardo Jacobsen Gloeckner esclarecem que: “O *periculum in mora* é o receio de que a demora no provimento jurisdicional possa trazer uma conformação inútil, mesmo em caso de vitória, em vista de uma consumada ou consumável lesão.” [SCHWARTZ, Germano A.; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A tutela antecipada no direito à saúde**: Aplicabilidade da teoria sistêmica (de acordo com a Lei 10.444/02). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.]

Em consonância com o ensinamento dos citados doutrinadores, trago trecho do Voto do Ministro Valmir Campelo, do Tribunal de Contas da União, adotado no Acórdão 91/2013-TCU, nestes termos:

[...] o *periculum in mora* significa o fundado temor de que enquanto se aguarda a tutela definitiva, venham a ocorrer fatos que prejudiquem a apreciação da ação principal ou frustrem sua execução. Segundo Lopes da Costa, em sua obra intitulada ‘Medidas Preventivas’, o dano deve ser provável, não basta a possibilidade, a eventualidade. Possível é tudo na contingência das coisas criadas, sujeitas a interferência das forças naturais e da vontade dos homens. O possível abrange até mesmo o que raramente acontece. Dentro dele cabem as mais abstratas e longínquas hipóteses. A probabilidade é o que, de regra, se consegue alcançar na previsão. Já não é um estado de consciência, vago, indeciso, entre afirmar e negar, indiferentemente. Já caminha na direção da certeza. Já para ela propende, apoiado nas regras de experiência comum ou de experiência técnica.



No caso em exame, entendo que a concessão da Medida Cautelar está umbilicalmente ligada à efetividade da competência fiscalizatória e judicante desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, no exercício do Controle Externo, o que independe de expectativas sobre uma atuação incerta do órgão fiscalizado.

Assim, a minha conclusão, acerca da concessão da medida suscitada na presente Representação de Natureza Interna, decorre da necessidade de salvaguardar o erário, neutralizando, de forma imediata, quaisquer possibilidades de lesividade ao interesse público, mediante a adoção de mecanismos capazes de assegurar o real alcance das finalidades constitucionais outorgadas aos Tribunais de Contas.

Isso posto, **CONHEÇO** desta Representação e, tendo como base a previsão contida no artigo 1º, §2º, e nos artigos 38 e 82 da Lei Complementar 269/2007 e, também a prescrição regimental dos artigos 297 e seguintes da Resolução Normativa TCE-MT 14/2007, **DETERMINO, como Medida Cautelar, a NOTIFICAÇÃO** da Secretária Municipal de Gestão, Senhora Ozenira Félix Soares Sousa e do Prefeito Municipal de Cuiabá, Senhor Emanuel Pinheiro, para que, imediatamente, **suspendam toda e qualquer contratação da Ata de Registro de Preços 31/2018, oriundo do Pregão Presencial 60/2018**, cujo objeto foi o fornecimento, implantação, customização e sustentação de uma solução *web* de recepção, validação, monitoramento e armazenamento de documentos fiscais eletrônicos no padrão ICP-Brasil e possíveis formas de integração com sistemas financeiros, visando dotar a administração pública de um instrumento de gestão de documentos fiscais recebidos para fins de conformidade de pagamentos de fornecedores de bens, produtos e serviços, até que seja feito o julgamento do mérito da presente Representação de Natureza Interna.

DETERMINO ainda a citação do Diretor de Tecnologia da Informação da Prefeitura Municipal de Cuiabá, Senhor João André Ferreira de Almeida, encaminhando-lhe cópia integral desta Representação de Natureza Interna, a fim de que lhe assegure o direito de defesa sobre os fatos apontados, no prazo de 15 dias, como determina o artigo 61, §2º da Lei Complementar 269/2007.



DETERMINO, também, a **NOTIFICAÇÃO** do Senhor Emanuel Pinheiro, Prefeito Municipal e da Senhora Ozenira Félix Soares Sousa, Secretária Municipal, para que se manifestem quanto aos apontamentos elencados, no prazo de 15 dias.

Desde logo, **ADVIRTO** os aludidos Agentes Públicos, que, diante da hipótese de desobediência, estarão sujeitos à multa prescrita nos termos do artigo 75, IV, da citada Lei Complementar 269/2007.

De igual modo, **ALERTO** o responsável de que o silêncio implicará na declaração de revelia para todos os efeitos legais, como prevê o artigo 6º, parágrafo único da Lei Complementar 269/2007.

Atento aos postulados da economia e celeridade processual, o ato de notificação e de citação dos gestores deverá ser efetivado por meio do mesmo instrumento que formalizará sua notificação para cumprimento da Medida Cautelar.

Após a adoção das providências, ora determinadas, e uma vez colhido o Parecer Ministerial, como orienta o artigo 297, §3º, do RITCE/MT, os autos deverão ser restituídos a esta Relatora, para que a Medida Cautelar concedida seja submetida à apreciação do Tribunal Pleno, nos moldes prescritos no artigo 89, XIII, do RITCE/MT.

Dê-se prioridade de tramitação a este processo, na forma do artigo 138, IV, do RITCE/MT.

Oficie e, após, publique-se.

Cuiabá, 11 de outubro de 2018.

(assinatura digital)

Jaqueline Jacobsen Marques
Conselheira Interina

Relatora

(Portaria 125/2017, DOC 1199, de 15/09/2017)