

Ao Ilustríssimo Senhor Pregoeiro do Município de Carmo

Pregão Presencial nº 0030/2024

Órgão Licitante: Município de Carmo-RJ

RAFAEL DE ANDRADE SABBADINI, brasileiro, advogado, inscrito no CPF sob o nº 456.021.968-03, documento de identidade nº 44.184.681-6, título de eleitor nº 405659890108, nascido em 20/03/1996, residente e domiciliado na Avenida Professor Alfonso Bovero, nº 998, Perdizes, São Paulo/SP, CEP: 05.019-010, Telefone: (19) 98147-5501, e-mail: rafaelsabbadini@adv.oabsp.org.br, respeitosamente vem apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

com Pedido Liminar de Suspensão do Certame

em face do Pregão Presencial nº 0030/2024, promovido pela Prefeitura Municipal de Carmo, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 29.128.741/0001-34, com sede à Praça Princesa Isabel, 91, Carmo/RJ, CEP: 28.640-000, Telefones (22) 2050-4300/2537-2346, E-mail: licitacao@carmo.rj.gov.br, de acordo com os fundamentos de fato e de direito a seguir expostos.

O Peticionário, enquanto cidadão e fiscal das contas públicas (Erário), tem a intenção de que o Pregão em epígrafe seja retificado, ao passo que manifesta, preliminarmente, seu apreço pelo trabalho do Ilustre Pregoeiro, da equipe de apoio e de todo o corpo da Comissão de Licitações.

As **divergências**, objeto da presente Impugnação, referem-se unicamente à aplicação da norma jurídica, em relação ao procedimento licitatório em exame. Não afetam, sob nenhuma hipótese, o respeito pela instituição e pelos profissionais que a integram.

Ocorre que é patente a existência de **ilegalidades**, sendo de rigor sua readequação legal, de modo que o pregão guarde relação direta com as Leis e os Princípios que norteiam o Direito Administrativo, conforme será exposto a seguir.

BREVE SÍNTESE

Encontra-se previsto para os 22 (vinte e dois) dias do mês de Julho, às 09h00 (treze horas), o início da sessão pública do **Pregão Presencial nº 0030/2024**, promovido pelo Município de Carmo-RJ, a ser realizada na Praça Princesa Isabel, 15, 2º piso, sala 1, Centro Administrativo, Centro - Carmo/RJ.

O **objeto** da presente licitação é a *Contratação de empresa especializada para locação de licença para uso de software de gestão educacional municipal, para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Educação do Município de Carmo.*

Contudo, ocorre que o **instrumento editalício** disponibilizado encontra-se eivado de **irregularidades**, o que vai de encontro aos princípios basilares administrativos, tais como o da legalidade e da competitividade, por encontrar-se a margem do normativamente disposto, quando da existência de condições contraditas à participação, bem como de **imperiosidades à margem da norma**, motivo o qual impugna-se os termos ali contidos.

DA TEMPESTIVIDADE

A presente exordial trata de impugnação ao edital e seus anexos que, de forma flagrante, atenta contra os princípios e ditames da Lei nº 14.133/2021 – Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos – da Jurisprudência pacificada, bem como da Constituição da República.

Aplica-se, *in casu*, o disposto no artigo 164, caput, da Lei nº 14.133/2021, que preconiza:

**Art. 164, caput, da
Lei nº 14.133/21**

“Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até **3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame.**” - grifei

Portanto, a saber que a data para abertura da sessão eletrônica é 23 (vinte e três) de Julho de 2024, e que o **terceiro dia útil que antecede a abertura é 18**

(dezoito) de Julho de 2024, às 23h59 (vinte e três horas e cinquenta e nove minutos), este ato manifesta-se tempestivo.

PRIMEIRA ILEGALIDADE: VIOLÊNCIA AO DIREITO DE PETIÇÃO

Da impossibilidade de impugnação por meio eletrônico

Violação às jurisprudências pacíficas dos Tribunais de Contas

Preliminarmente, verifica-se no subitem 21.2 do presente instrumento convocatório, a previsão de que as impugnações sejam protocolizadas **tão somente por meio presencial**, senão vejamos:

21.2. - As impugnações interpostas deverão ser entregues no Serviço de Protocolo da Prefeitura Municipal de Carmo, das 09h00min às 16h00min horas, diariamente, exceto aos sábados, domingos e feriados e serão dirigidos ao Pregoeiro, até dois dias úteis anteriores à data fixada neste Edital para recebimento das propostas;

21.2.1. - Caberá ao Pregoeiro responder as impugnações deduzidas pelos potenciais licitantes antes da realização da sessão, com encaminhamento de cópia da resposta para todos os interessados.

Vale ressaltar que a Lei nº 14.133/21 **não prevê** que o protocolo de impugnação seja realizado exclusivamente no órgão licitante, de sorte que a imposição supracitada resulta indevida **limitação à competitividade**, ao transferir ônus excessivo aos licitantes.

Além disso, vedar a interposição de impugnação via e-mail se mostra **desarrazoado**, pois notório que este formato de comunicação é preeminente nos dias atuais.

Sabe-se que as ferramentas tecnológicas permitem, inclusive, registrar o horário exato em que as impugnações e recursos foram encaminhados ao pregoeiro para fins de comprovação do cumprimento dos prazos legais estabelecido no próprio edital, bem como na Lei nº 14.133/21, de forma a resguardar os direitos dos licitantes e a garantir maior **efetividade no controle dos procedimentos licitatórios**.

A imposição de limitar ao meio presencial a possibilidade de impugnar o edital e apresentar recurso constitui, sobretudo, restrição ao direito à **ampla defesa e ao contraditório**, previstos no artigo 5º, LV, da Carta Constitucional de 1988.

Sobre o tema, o **Tribunal de Contas da União** já decidiu por meio do **Acórdão 2655/2007 - Pleno**, nos seguintes moldes: “a omissão do Edital quanto ao endereço eletrônico válido para impugnações e informações contraria o princípio da publicidade e isonomia no acesso às informações sobre o certame, além de violar os artigos 18 e 19 do Decreto 5.450/2005;”

Logo, a exigência de impugnação presencial, além de constituir vício ao exercício da Ampla Defesa, **inviabiliza ilegalmente** a participação de interessados que possuem **sede em outros Municípios e/ou Estados**.

Tal vedação causa ainda mais consternação, por se tratar de entendimento sumulado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, senão vejamos:



“O edital de licitação deve permitir a realização de pedidos de esclarecimentos, **impugnações** e recursos por intermédio de **correio eletrônico (e-mail)** ou **qualquer outro meio digital** de processamento de dados” - grifei

Decerto, portanto, que além da previsão de que as impugnações possam ser protocoladas na sede da entidade, **o edital também deve permitir o envio das mesmas pela via eletrônica**, pois indubitável que os interessados residentes em outras localidades exerçam igualmente o direito do controle de legalidade do instrumento convocatório, para que não seja afetada a **competitividade** do certame.

Pelo exposto, entende-se que o instrumento convocatório em análise acaba por **restringir o direito dos licitantes** e de terceiros de terem resguardados o exercício do direito constitucional do contraditório e ampla defesa, razão pela qual o ora peticionário pugna pela **ilegalidade** da cláusula editalícia em comento, sendo de rigor a **retificação** do subitem 15.9 do edital.

SEGUNDA ILEGALIDADE: OMISSÃO DE DADOS ESSENCIAIS

Informações das unidades que receberão o software

Violação à jurisprudência consolidada e à legislação de regência

A falha aqui constatada reside **na não disponibilização dos locais** previstos para a instalação/implantação do software.

Ao observarmos o edital, restam evidentes algumas lacunas substanciais. Inobstante, o presente ato convocatório **não traz consigo os NOMES, ENDEREÇOS e o TOTAL DE UNIDADES DE EDUCACIONAIS** a serem contempladas pela eventual solução de gestão tecnológica, se tratando de **informações fundamentais** que deveriam compor a descrição detalhada das peculiaridades dos serviços a serem prestados.

Em síntese, é sabido que o **custo de transporte** faz parte da proposta, sendo que as referidas omissões interferem diretamente na formulação de uma **oferta justa e adequada** às necessidades do órgão licitante.

Além disso, são informações que corroboram para o planejamento da eventual vencedora do certame, bem como traz à baila o **dimensionamento da prestação** como um todo.

Vale mencionar, mais uma vez, a Súmula 177 do TCU, *in verbis*:

Súmula 177 TCU

“A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto da igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação (...)” – grifei

Tal qual o TCU, observemos o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo sobre o tema:

EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE INSTALAÇÃO E FORNECIMENTO DE SISTEMA INTEGRADO DE SEGURANÇA E MONITORAMENTO. NÃO CARACTERIZADA A IMPREVISIBILIDADE DO FORNECIMENTO E EVENTUALIDADE DA DEMANDA. INDEVIDA ADOÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. VÍCIO DE ORIGEM. ANULAÇÃO DO CERTAME.

“Ainda assim, considero parcialmente procedentes as demais impugnações, determinando que a Administração, em eventual novo certame, adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, especialmente:

a) Consignar todas as informações necessárias ao dimensionamento do objeto, dentre as quais destacam-se: endereços das localidades onde serão instalados os equipamentos; dados sobre o treinamento a ser realizado; cronograma para instalação dos equipamentos e operacionalização do software; referências acerca da infraestrutura de comunicação disponível nos locais de coleta de imagens pelas câmeras” - grifei

Brasil, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo nº 8875/989/20 – Rel. Conselheiro: Sidney Estanislau Beraldo – Data da Sessão: 15/04/2020.

Em vista disso, convém mencionar a assertividade da Lei nº 14.133/21 a respeito da competitividade licitatória:

**Art. 9º, da Lei
nº 14.133/21**

“É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

- a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;
- b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;
- c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato; (...) – grifei

Ressalta-se que a autoridade administrativa que pratica ato irregular, ou a de nível superior, tem, assim, o **dever de reformá-lo**, de modo a corrigir defeito de forma ou conteúdo.

Repita-se, a Administração Pública somente pode atuar nos trilhos da Lei, não havendo a possibilidade de o agente público dispor sobre qualquer assunto

público **senão conforme o disposto na legislação** e nas decisões dos Tribunais de Contas.

Diante do exposto, deve o Edital ser **readequado** para fins de elucidar as informações pertinentes ao correto dimensionamento do objeto.

TERCEIRA ILEGALIDADE: OMISSÃO EDITALÍCIA

Cláusulas de proteção aos dados pessoais sensíveis

Ausência de disposições da LGPD

Preliminarmente, aponta-se que o presente instrumento convocatório **não** dispõe sobre **POLÍTICA DE SEGURANÇA E INFORMAÇÃO**.

Decerto, consiste em aspecto inerente à Licitação, sendo, no entanto, absolutamente sonegado pelo Edital em comento, ao passo que não prevê diretrizes acerca do **TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS** dos usuários vinculados ao sistema a ser implantado.

Crucial frisar que por ser tratar de um sistema voltado para controle de prontuários e, conseqüentemente, acarretar na manipulação de **dados pessoais sensíveis**, é substancial que o processo licitatório disponha de elementos que preservem os preserve.

À vista disso, a promulgação da Lei Federal nº 13.709/18 – Lei Geral de Proteção de Dados – ao versar sobre o tratamento de dados pessoais, objetiva proteger os direitos fundamentais de **liberdade e privacidade** e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A referida legislação trouxe à baila um novo interesse pelo tema da privacidade e da proteção de dados, notadamente pelas exigências que impõe aos agentes de tratamento de dados, incluindo a possibilidade de aplicação de sanções pela Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD.

Cabe salientar que a Proteção de Dados ultrapassa a segurança da informação, pois além de seguros e resguardados de eventuais **vazamentos**, também há uma preocupação de que os titulares desses dados tenham controle sob tais informações.

O tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, incluindo a divulgação pública de dados pessoais, deve ser realizado, por óbvio, em conformidade com as disposições da LGPD.

Mais especificamente, devem ser observadas as normas que garantem a proteção integral dos dados pessoais, a autodeterminação informativa e a preservação da **privacidade dos titulares durante todo o ciclo do tratamento**.

Desde a realização da coleta até o fim da atividade realizada com os dados pessoais de terceiros, conforme o caso, entidades e órgãos públicos devem, ao menos, observar os **princípios previstos em Lei, verificar a base legal aplicável ao tratamento**, garantir os direitos dos titulares e adotar medidas de prevenção e segurança, a fim de evitar a ocorrência de incidentes.

Nesse sentido, vejamos o entendimento do Egrégio Tribunal de Contas da União sobre a aplicabilidade da referida Lei:



Tribunal
Pleno

DENÚNCIA. CGU. PR. SUPOSTA AUSÊNCIA DE DISPONIBILIZAÇÃO, POR TRANSPARÊNCIA ATIVA E PASSIVA, DE DADOS E INFORMAÇÕES DE AGENTES PÚBLICOS ARMAZENADOS NO SISTEMA INTEGRADO DE NOMEAÇÕES E CONSULTAS (SINC), (...) NECESSIDADE DE EQUILÍBRIO ENTRE AS REGRAS E PRINCÍPIOS DE TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL PREVISTOS NA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO (LAI - LEI 12.527/2011) E NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD - LEI 13.709/2018). (...) RECOMENDAÇÕES À SG-PR PARA PUBLICAR CLASSIFICAÇÃO DAS INFORMAÇÕES DO SINC PARA FINS DE TRANSPARÊNCIA PÚBLICA, RESPEITADOS OS DIREITOS DE INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS, BEM COMO ÀS LIBERDADES E GARANTIAS INDIVIDUAIS, NOS TERMOS DO ART. 3º DA LAI E DO ART. 12 DO DECRETO 9.794/2019 (INSTITUI E REGULAMENTA O SINC); (...) LEVANTAMENTO DO SIGILO DA DENÚNCIA. CIÊNCIA.

“Nesse contexto, o **cumprimento da LGPD demanda de entidades e órgãos públicos uma análise mais ampla, que não se limita à atribuição de sigilo ou de publicidade a determinados dados pessoais** - este nem mesmo é o escopo da LGPD. Em termos práticos, considerando o reforço protetivo trazido pela LGPD ao titular de dados, é **necessário realizar uma avaliação sobre os riscos e os impactos para os titulares dos dados pessoais bem como sobre as medidas mais adequadas para mitigar possíveis danos decorrentes do tratamento de dados pessoais**” - grifei

Brasil, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1841/2022 – Plenário – Ministro Relator: Antônio Anastasia – Data da Sessão: 10/08/2022.

Ocorre que a **LGPD impacta diretamente no objeto da licitação**, haja vista se tratar de implantação de sistema eletrônico de gerenciamento e controle de margem de dados.

Em suma, **não estão definidos nos termos do Edital** quais instrumentos, processos e ferramentas serão utilizados, tanto pela eventual Contratada, como pela Contratante, a fim de garantir a **aderência dos serviços contratados à Lei Federal nº 13.709/18 – LGPD.**

Cabe agora apontar se os requisitos ou cláusulas, no Edital e seus Anexos, estabelecem mecanismos de controle adequados sobre os dados tratados. A tabela a seguir resume o resultado da análise:

REQUISITO	CRITÉRIO	EDITAL
Mecanismo de controle do compartilhamento de dados pessoais sensíveis.	Art. 11, § 3º, § 4º e § 5º da Lei 13.709/18 – LGPD.	Não localizado.
Utilização de criptografia para proteger os dados pessoais.	Art. 46 e Art. 50, § 2º, inc. I, alínea “c”, da Lei nº 13.709/2018 – LGPD.	Não localizado.
Anonimização ou Pseudoanonimização de dados pessoais sensíveis para consulta no BI.	Art. 5º, inc. III e XI; Art. 6º; Art. 7º, inc. IV; Art. 11, inc. II, alínea “c”; e Art. 13 da Lei 13.709/2018 – LGPD.	Não localizado.
Registro de atividades de uso do sistema, tentativas de acesso (autorizados e não autorizados), exceções do sistema e eventos de segurança da informação de dados pessoais (logs).	Art. 46, da Lei 13.709/2018 – LGPD.	Não localizado.
Monitoramento de eventos que podem ser associados à violação de dados pessoais e Medidas de Resposta a Incidentes.	Art. 50, § 2º, inc. I, alínea “g”, da Lei 13.709/2018 – LGPD.	Não localizado.

Sobre a **ausência de requisitos de criptografia** para proteção dos dados pessoais sensíveis, trata-se de notória medida de segurança da informação, a utilização de criptografia para proteção dos dados pessoais.

Não obstante a relevância do assunto, não há no edital e nos seus anexos quaisquer especificações sobre o uso de criptografia para proteção de dados pessoais sensíveis, armazenados em bancos de dados da empresa Contratada.

Os requisitos de segurança da informação, constantes do edital, restringem-se à licitante vencedora, no ato da assinatura do contrato, firmar termo de compromisso, sigilo e segurança da informação.

A respeito da **ausência de requisitos de anonimização ou pseudonimização** dos dados pessoais sensíveis, segundo o inciso XI do artigo 5º da LGPD, anonimização consiste na “utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo”.

Em se tratando de um sistema de dados de gestão pública, vale ressaltar, por analogia, o disposto no artigo 13 da LGPD:

Art. 13, §4º, da Lei nº 13.709/18 – LGPD

“Na realização de estudos em saúde pública, os órgãos de pesquisa poderão ter **acesso a bases de dados pessoais**, que serão **tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro**, conforme práticas de segurança previstas em regulamento específico **e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados**, bem como considerem os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas.

(...)

§4º Para os efeitos deste artigo, **a pseudonimização é o tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo**, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro.” – grifei

No entanto, não há no Ato Convocatório e demais anexos, qualquer cláusula quanto à **anonimização ou à pseudonimização dos dados**, em que pese a viabilidade técnica para implementá-los, o que afronta os dispositivos legais listados anteriormente.

Quanto à **ausência de requisitos de registro de atividades de uso do sistema**, não se observa, no instrumento convocatório em questão, qualquer requisito para registro das atividades de uso do sistema, tentativas de acesso autorizados e não autorizados, exceções, e eventos de segurança da informação.

Ocorre que o registro desses elementos é pedra fundamental para a **detecção de incidentes relacionados à segurança da informação**, como a inclusão, alteração ou exclusão de dados, ou ainda o vazamento de informações.

A falta do registro impacta na capacidade do controlador detectar incidentes de segurança da informação, conforme preconizado no artigo 48 da LGPD.

**Art. 48, da Lei nº
13.709/18 – LGPD**

“O controlador deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares”.

Por fim, a **ausência de requisitos de monitoramento e medidas de resposta a incidentes de segurança da informação**, remete à ato contínuo da irregularidade anterior, não há qualquer cláusula relacionada ao monitoramento de eventos relacionados à violação de dados pessoais, muito menos a obrigatoriedade de a contratada definir e operar o plano de resposta a incidentes.

Assim, não há qualquer salvaguarda no Edital para que a empresa contratada cumpra o estabelecido no artigo 48 da LGPD, ou ainda atenda ao estabelecimento de **regras de boas práticas** definidas no artigo 50, §2º, inciso I, alíneas g e h¹.

Em suma, Ilmo. Pregoeiro, não houveram disposições mínimas de **como serão tratados esses dados ou quais procedimentos de segurança** seriam exigidos das empresas.

Diante dos fatos e, com a devida vênia, há indicativos de que a Administração **poderá fruir dos dados de milhares**, desconsiderando a problemática de

¹ Art. 50, §2º Na aplicação dos princípios indicados nos incisos VII e VIII do caput do art. 6º desta Lei, o controlador, observados a estrutura, a escala e o volume de suas operações, bem como a sensibilidade dos dados tratados e a probabilidade e a gravidade dos danos para os titulares dos dados, poderá:

I - implementar programa de governança em privacidade que, no mínimo:

(...)

g) conte com planos de resposta a incidentes e remediação; e

h) seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas;

eventuais danos decorrentes da **manipulação inadequada** dos dados pessoais.

Nem se pode dizer que se trata de análise pessimista ou sensacionalista do edital, pois estamos diante atualmente de diversos ataques “hackers” a órgãos públicos de todas as esferas administrativas, como por exemplo, da Secretaria de Educação do Distrito Federal², cujo vazamento de dados se deu em razão de vulnerabilidade no software de gestão escolar utilizado.

Ademais, não é simplório alertar que os dados a serem tratados pela eventual Contratada serão ainda mais **sensíveis** por suas características, tendo em vista serem dados de usuários, em sua maioria, **absolutamente incapazes, isto é, não possuem capacidade de exercer pessoalmente os atos da vida civil**, conforme preceitua o Código Civil Brasileiro:

**Art. 3º, do
Código Civil**

“São **absolutamente incapazes** de exercer pessoalmente os atos da vida civil os **menores de 16 (dezesesseis) anos**” – grifei

**Art. 4º, do
Código Civil**

“São **incapazes, relativamente** a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os **maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;**” – grifei

Lembra-se ainda que a LGPD prevê sanções administrativas, como o bloqueio integral da operação, enquanto se regulariza o tratamento de dados:

² <https://thehack.com.br/exclusivo-dados-de-quase-1-5-milhao-de-alunos-sao-expostos-por-falha-na-secretaria-da-educacao-do-df/>

**Art. 52 da Lei nº
13.709/18 – LGPD**

“Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

(...)

IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

(...)

X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador

XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período;

XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.” - grifei

Nesse sentido, conforme entendimento do TCE-RJ, em Editais cujos objetos tratam de dados pessoais sensíveis, as potenciais falhas nos requisitos relativos ao tratamento de dados implicam a necessidade de realização de um novo estudo técnico, de forma a adequar o instrumento convocatório à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais:



Tribunal Pleno

**Acórdão nº
125139/2022**

REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA SECRETARIA GERAL DE CONTROLE EXTERNO DESTA TRIBUNAL COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº. 022/2022. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÕES PARA FORNECIMENTO DE LICENÇA DE USO DE SISTEMA DE INFORMÁTICA DESTINADOS À GESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA. DEFERIMENTO DE TUTELA CAUTELAR. COMUNICAÇÃO. REMESSA.

“III- Pela COMUNICAÇÃO ao atual Prefeito do Município de Mesquita, nos termos do art. 26, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal, para que, no prazo a ser fixado pelo Plenário:

a. Manifeste-se acerca das impropriedades veiculadas por meio desta representação;

b. Sem prejuízo do disposto em III-a, voluntariamente e em idêntico prazo, anua em adotar as seguintes providências, comprovando tais medidas em momento oportuno a este Tribunal, observando o devido parcelamento do objeto, bem como a adequação da solução contratada aos comandos da LGPD, especificamente quanto aos aspectos de criptografia, anonimização e pseudoanonimização dos dados, registro de eventos (logs), monitoramento e resposta a incidentes

de segurança da informação;” – grifei

Brasil, Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Proc. nº 234665-6/22 – Cons. Relator: Christiano Lacerda Ghuerren – Data da Decisão: 08/09/2022

Ainda mais relevante o conseqüente prejuízo ao atendimento dos cidadãos, pois a depender do nível da falha de segurança, restaria necessário, bem como aco-
bertado por Lei, **paralisar toda a operação** em razão de eventuais falhas que
poderiam ser evitadas a partir de um Edital minimamente **SEGURO e ADEQUADO**.

De modo geral, o tratamento de dados pessoais pela Administração é vinculado
à atividades específicas, e, uma vez encerrada a necessidade de tratamento des-
ses dados, estes devem ser **descartados ou anonimizados**, respeitando os prin-
cípios gerais da proteção de dados.

Ainda neste sentido, determina ainda a LGPD:

**Art. 26, da Lei nº
13.709/18 – LGPD**

“O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a **finalidades específicas** de execução de políticas públi-
cas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, res-
peitados os **princípios de proteção de dados pessoais** elencados
no art. 6º desta Lei.” – grifei

Desde logo, portanto, **a redação dos Editais de Licitação**, Contratos Adminis-
trativos e instrumentos congêneres, demanda cautela, com a devida e manifesta
previsão de disposições específicas para respeito e atenção ao disposto na
LGPD.

De maneira lógica, é de extrema relevância **explicitar aos interessados os cui-
dados que a Administração exige no tratamento dos dados pessoais disponibi-
lizados**, inclusive quanto à sua anuência ou vedação para outras finalidades.

Diante dessas omissões, a Administração Pública não será capaz de se **certificar
que o licitante contratado está apto ou não para tratar dados pessoais de ter-
ceiros**, através da comprovação da implementação das rotinas pertinentes à
LGPD.

Portanto, diante deste contexto legal, resta claro que o edital peca novamente,
desta vez por não elencar disposições que observem a Lei Geral de Proteção de
Dados, se tratando, portanto, de **VÍCIO INSANÁVEL**, caso este procedimento lici-
tatório, na forma da Lei, não seja devidamente retificado.

QUARTA ILEGALIDADE: OBSCURIDADE DO OBJETO

Treinamento dos usuários da ferramenta de gestão

Ausência de quantitativos e informações essenciais

O instrumento convocatório ora impugnado deixa de apresentar informações essenciais que possibilitem aos interessados compreenderem a exigência mínima pleiteada pela administração a respeito dos **treinamentos/capacitação** dos servidores.

Restam vagas informações atreladas aos descritivos das estruturas que serão utilizadas, o **total de usuários** a serem treinados, seus respectivos **cargos e funções**, os locais de capacitação destes, máquinas e estações onde serão instalados o sistema, se haverá necessidade de fornecimento de material didático, bem como os **tipos de cursos** a serem empregados, à distância e/ou presencial.

Um edital **não deve conter omissões** que impeçam a manipulação do certame em detrimento do interesse público, pois a omissão ou obscuridade do edital frustra o princípio do livre acesso dos interessados.

A **ausência de informações** atinentes à finalidade da licitação – seu objeto – **impede a oferta de propostas** adequadas e inviabiliza a avaliação dos critérios de julgamento.

No caso em tela, ainda, **não há estimativa de horas** a serem submetidas para treinamentos, restando prejudicado, por assim, o cálculo das despesas e custos necessários para o completo atendimento ao solicitado pela Administração Pública.

Ao não estabelecer um **quantitativo mínimo** de horas de treinamentos, a Administração se coloca à mercê da Contratada, pois se torna plenamente plausível, diante deste cenário, que o cronograma de treinamentos perdure além do devido.

Nesse sentido, vejamos o voto exarado pelo Exmo. Conselheiro Marcio Henrique Cruz Pacheco, bem como o parecer da Coordenadoria Setorial de Auditoria em Políticas de Tecnologia da Informação – CAS-TI:

REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL DE CABO FRIO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 068/2022. CONFIRMAÇÃO DA TUTELA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. COMUNICAÇÃO. DETERMINAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

“A CAS-TI (peça 46), ao analisar a **falta de detalhamento para as ações de treinamento requisitadas no edital**, verificou que são procedentes as alegações da Representante, cabendo trazer à baila alguns comentários, a qual compartilho do mesmo entendimento, *in verbis*: (...)

‘3. DA PROPOSTA

a) Falta de detalhamento para as ações de treinamento requisitadas no edital:

Conclui-se que são procedentes as alegações da representante, tendo sido constatadas dubiedades na caracterização da demanda contratual por atividades de capacitação.

Diante disto, será sugerido que o ente reavalie as reais necessidades da administração quanto a este tema, especificando de forma adequada o quantitativo de profissionais a serem capacitados, a carga horária e os tipos de cursos a serem disponibilizados, visando conferir previsibilidade à demanda e, conseqüentemente, reduzir os riscos estimados pelas licitantes para esta atividade, o que tende a reduzir ainda os preços ofertados na licitação.’

Por todo o exposto, como bem explicitado, entendo que assiste razão à Representante, apenas quanto ao item III.a, **referente à falta de detalhamento para as ações de treinamento** Ao requerer-se a prestação de serviços de treinamento/capacitação dos profissionais, sem a descrição dos serviços, informações relevantes e seus respectivos quantitativos, configura-se evidente **contrariedade ao conceito de Projeto Básico** disposto no inciso IX, do artigo 6º, da Lei Federal nº 14.133/21.

Deste modo, conforme o disposto na Legislação de regência e o entendimento consolidado da Jurisprudência, de rigor a **readequação** do edital referente aos treinamentos, aos quantitativos dos destinatários do *software* e demais informações vinculadas ao processo de capacitação.

QUINTA ILEGALIDADE: RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE

Vedação não fundamentada à participação de consórcios

Ausência de quantitativos e informações essenciais

A participação de empresas reunidas em consórcios passou a ser regra em procedimentos licitatórios, sendo pacífico e devidamente positivado, que a opção pela **vedação pressupõe a apresentação de justificativa fundamentada** e razoável para sua validade.

No regime da Lei nº 14.133/2021, a regra é a admissão à participação dos consórcios, afastável mediante justificativa, consoante prevê o artigo 15:

Art. 15 da Lei nº 14.133/21

“Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio (...)” - grifei

Pelo disposto no caput do artigo 15 da Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC – em regra, será admitida a participação de consórcios, salvo expressa vedação no edital e **mediante devida justificativa nos autos do processo licitatório**, que engloba desde o Estudo Técnico Preliminar (ETP), até o Edital de Licitação publicado.

Logo, em consonância com a legislação de regência, para se vedar a participação de consórcio, o ente licitante deve explicitar, **fundamentadamente**, sua decisão, em especial, o porquê, naquele certame específico, a possibilidade de reunião em consórcio não é a mais consentânea com os princípios licitatórios previstos no artigo 11 da referida Lei, notadamente, o Princípio do Resultado Mais Vantajoso:

Art. 11, da Lei nº 14.133/21

“O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação **mais vantajoso para a Administração Pública**, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar **tratamento isonômico entre os licitantes**, bem como a justa competição; (...) - grifei

O processo licitatório foi desmembrado em fases pela Lei nº 14.133/21. O inciso I do artigo 17 estabelece que a primeira etapa do procedimento é a fase denominada preparatória.

Por conseguinte, o artigo 18 da NLLC discorre a estruturação dessa fase, indicando as informações que precisam ser definidas, sobretudo, a necessidade de justificativa acerca da participação no processo licitatório de empresas reunidas em consórcio:

**Art. 18, inciso IX, da
Lei nº 14.133/21**

“A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

IX - a **motivação circunstanciada das condições do edital**, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e **justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;**” - grifei

No entanto, em análise ao edital, constata-se que este **não prevê** quaisquer justificativas acerca da vedação à participação de empresas reunidas em consórcio, *in verbis*:

4 – NÃO PODERÃO CONCORRER NESTE PREGÃO AS EMPRESAS

4.1.9. Em consórcio de empresas ou grupo de empresas, qualquer que seja a sua forma de constituição;

4.1.10. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, atuando nessa condição;

Logo, resta caracterizada evidente contrariedade à legislação administrativa de regência – Lei nº 14.133/2021 – uma vez não haver vedação justificada à participação de empresas em consórcio (artigo 15, caput), bem como não houve nenhuma justificativa das regras pertinentes à participação de empresas consorciadas durante a fase preparatória da Contratação (artigo 18, inciso IX).

A respeito do tema, vejamos o entendimento do Egrégio tribunal de contas do Estado do Rio de Janeiro.



Tribunal Pleno

**Acórdão nº
000012/2023**

REPRESENTAÇÃO EM FACE DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM EDITAL DE TOMADA DE PREÇOS. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE OBRA. RECONHECIMENTO PELO JURISDICIONADO DE PARTE DAS IRREGULARIDADES SUSCITADAS PELO REPRESENTANTE. ANULAÇÃO DO CERTAME POR DECISÃO ADMINISTRATIVA. PERDA DO OBJETO DA TUTELA PROVISÓRIA PLEITEADA. NA HIPÓTESE DE RELANÇAMENTO DA LICITAÇÃO PARA O OBJETO, NECESSÁRIA RETIFICAÇÃO DA PARCELA DE MAIOR RELEVÂNCIA E EXCLUSÃO DE ITENS QUE JÁ SE ENCONTRAM EM EXECUÇÃO. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO QUE DEVERÁ SER EXCLUÍDA OU JUSTIFICADA EM EVENTUAL NOVO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. COMUNICAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

“É relevante registrar que a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio, em que pese situar-se no âmbito da discricionariedade do Administrador Público, nos termos do artigo 33 da Lei Federal nº 8.666/93, os motivos que fundamentam a escolha devem estar demonstrados nos autos do procedimento licitatório e/ou no instrumento convocatório, sendo este o entendimento fixado por esta Corte e pelo Tribunal de Contas da União” - grifei

Brasil, Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão nº 000012/2023 – Plenário – Conselheira Relatora: Andrea Siqueira Martins – Data da Sessão: 18/01/2023.

Deste modo, não cabe ao Poder Público contrapor-se a algo conjecturado pela própria Lei, tendo em vista que, mesmo estando no âmbito do Poder Discricionário da Administração pública deliberar sobre a vedação de tais empresas, para rejeitar tais participações deve-se observar os Princípios da Motivação e da Razoabilidade.

Diante disto, seguindo os ditames da Legislação de regência e o Princípio da Motivação, forçoso a devida **retificação e readequação legal do instrumento convocatório**, no que concerne à participação ou não de empresas reunidas em consórcio.

PEDIDOS FINAIS

Em face do exposto, requer:

a

a **CONCESSÃO DO PEDIDO LIMINAR** de suspensão imediata do certame até julgamento definitivo do presente, a fim de que se evitem danos irreparáveis ou de difícil reparação ao Erário;

b

a **PROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO** e o estabelecimento de **NOVO PRAZO** para abertura da sessão, ao passo que as alterações pleiteadas afetarão diretamente a formulação das propostas;

C

caso nenhum dos pedidos supracitados sejam considerados procedentes, o feito será encaminhado ao **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**, bem como ao **TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**.

Pelo deferimento,

São Paulo, 18 de Junho de 2024.

Rafael de Andrade Sabbadini
OAB/SP nº 474.617