

## MINISTERIO DA EDUCAÇÃO – MEC

Pregão Eletrônico nº 026/2010  
Processo nº 23000.002771/2009 –83

**HYTEC INFORMÁTICA LTDA**, inscrita no CNPJ/MF, sob o nº 37.072.592/0001-67, com sede no SCRS W2 SUL Quadra 502 – Bloco “C” entrada 22, nesta Cidade de Brasília/DF, por intermédio de sua Diretora, que a esta subscreve, vem, respeitosamente perante V. Sa. apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao Edital nº 026/2010, pelos motivos de fato e de direito que passa a aduzir.

Ao observar as regras contidas no Edital de licitação, a licitante entende que, da forma como posta, alguns pontos constantes no bojo do documento se colocam contrários a legislação em vigor e merecem ser revistos pelos motivos que passa a discorrer adiante.

## **I – POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS CONSTITUIDAS EM CONSÓRCIO – FALTA DE PREVISÃO EXPRESSA NO EDITAL E AUSÊNCIA DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO**

Inicialmente, trazemos a análise desta ilustre comissão a questão da falta de previsão editalícia em relação a possibilidade de participação das empresas em forma de consórcio.

O objetivo é deixar claro que não consta no Edital, mormente no item 2 – DAS CONDIÇÕES PARA PARTICIPAÇÃO, qualquer menção que deixe expressamente consignada a possibilidade de empresas se associarem sob forma de consórcio, e que tanto a Lei, doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de que tal exigência deve estar EXPRESSAMENTE contida no Edital de Licitação.

Num segundo momento, será demonstrado que, em face das peculiaridades e especificidades que envolvem o certame, não é vantajoso para o MEC se admitir a participação das empresas em forma de consórcio.

### ***1.1 – Da ausência de previsão expressa no Edital que autorize as empresas a participarem sob forma de consórcio***

É exigido pelo artigo 33 da Lei 8.666/93, que, uma vez devidamente permitido no Edital a participação das empresas em forma de consórcio, estas devem apresentar uma série de documentos para que estas sejam admitidas no certame.

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

A relação formal e taxativa das normas que devem constar no Edital e serem exigidas para participação de uma empresa sob forma de consórcio, não está elencada na Lei de maneira aleatória. Estas exigências fazem parte de uma previsão que deve estar expressa no Edital, que inclusive, precisa conter uma justificativa da Administração para permitir este tipo de participação.

Ao analisar o artigo 33 da Lei 8.666/93. Marçal Justem Filho se posiciona da seguinte maneira:

*Sendo o consórcio uma associação eventual, constituída para um empreendimento específico, o ato convocatório deve não*

***apenas autorizar sua participação, mas também estabelecer s regras correspondentes”<sup>1</sup>.***

Na mesma esteira Jessé Torres Pereira Júnior se posiciona da seguinte maneira, *verbis*:

*Do regime do art. 33 extraem-se duas conclusões:*

*a) a admissão de consórcios de empresas há de ser prevista no ato convocatório, subentendendo-se **que é vedada a falta de permissão expressa**;*

Ao analisar caso análogo ao que se apresenta, o Egrégio TCU tem se posicionado de seguinte maneira (Acórdão 566/2006 – Plenário)

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA. ACUMULAÇÃO DE SERVIÇOS NUM MESMO ATESTADO. RESTRIÇÃO À COMPETIÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS. DECISÃO DISCRICIONÁRIA. POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAR. PREVISÃO NO EDITAL. SUSPENSÃO DA LICITAÇÃO POR MEDIDA CAUTELAR. MANIFESTAÇÃO DA ENTIDADE CONTRATANTE. SUBSISTÊNCIA DA IRREGULARIDADE QUANTO AOS ATESTADOS. MANUTENÇÃO DAS RAZÕES DE DECIDIR DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. REPRESENTAÇÃO CONHECIDA E CONSIDERADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. NECESSIDADE DE CORREÇÃO OU ANULAÇÃO DO EDITAL.

1. Consiste em irregularidade, por infringência ao art. 37, inciso XXI, in fine, da Constituição Federal, demandar das licitantes condições de qualificação despropositadas e dispensáveis para a garantia da execução do objeto pretendido.

2. Para comprovação da capacidade técnica das licitantes, não se pode exigir que itens de serviço autônomos estejam contidos dentro de um mesmo atestado.

---

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico' - São Paulo: Dialética, 2001, pag.466

3. A imposição de restrições à competitividade, como aquelas relativas à falta de razoabilidade na estipulação do número e do conteúdo dos atestados de capacidade técnica, torna a licitação anulável, sendo possível à autoridade administrativa evitar o desfazimento total do processo mediante a correção dos pontos irregulares do edital, observada a regra do art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

4. **A aceitação de consórcios na disputa licitatória situa-se no âmbito do poder discricionário da administração contratante, conforme o art. 33, caput, da Lei nº 8.666/93, requerendo-se, porém, que a sua opção seja sempre justificada.**

E ainda, sobre a efetiva utilização de consórcios nas licitações públicas manifestou-se Marçal Justen Filho<sup>2</sup>:

*Em regra, o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito. Como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis. A formação de consórcios acarreta risco da dominação do mercado, através de pactos de eliminação de competição entre os empresários. No campo de licitações, a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. O consórcio poderia retratar uma composição entre eventuais interessados: em vez de estabelecerem disputa entre si, formalizariam acordo para eliminar a competição. Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica... É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando **as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares.** (...).*

Ou seja, embora exista entendimento no sentido de que a Administração tem a discricionariedade para definir se aceita ou não a participação das empresas sob forma de consorcio, é irrefutável que existem dois aspectos que devem ser respeitados para a consecução da hipótese de admissão do consórcio:

---

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12a ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 463

**PRIMEIRO** – Que a opção pela permissão de formação de consórcios deva constar expressamente no instrumento convocatório, sendo obrigatória, inclusive, a definição das condições e regras a que o consórcio deve se submeter.

**SEGUNDO** – Tendo em vista que *‘o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito’* pois *“poderia reduzir o universo da disputa”*<sup>3</sup>, e embora a *“aceitação de consórcios na disputa licitatória esteja no âmbito do poder discricionário da administração contratante, conforme o art. 33, caput, da Lei nº 8.666/93”*, exige-se *“porém, que a sua opção seja sempre justificada”*<sup>4</sup>, afinal, o MEC não fez constar qualquer justificativa e considerando que *“de acordo com o princípio da motivação, segundo o qual a Administração Pública deve indicar os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, inclusive das discricionárias”*<sup>5</sup> torna-se propedêutico e inafastável a obrigação do MEC em fazer constar em seu instrumento estas justificativas.

Outra questão que está jungida a falta de determinação expressa no Edital sobre a participação do consorcio, é aquela que diz respeito ao princípio da vinculação ao Edital.

## ***1.2 – Princípio da vinculação ao Edital***

Como já dito anteriormente, a inexistência de determinação expressa no Edital que permita a participação de empresas em forma de consorcio, torna defeso que o MEC possa aceitar esta possibilidade durante o certame.

---

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12a ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 463

<sup>4</sup> Acórdão 566/2006 – Plenário do TCU

<sup>5</sup> Acórdão 1453/2009 – Plenário - TCU

No entanto, para nossa surpresa, e observando o posicionamento deste órgão ao responder o ESCLARECIMENTO IV, destacamos que o entendimento perpetrado pela Diretoria de Tecnologia da Informação – DTI/MEC foi na seguinte direção:

Em atendimento ao Memo nº 174/2010CPL/CGCC/SAA/MEC de 05 de agosto de 2010, esclarecemos que há possibilidade de formação de consorcio para participação deste certame.

Se o Edital estivesse em compasso com o que a Lei, a jurisprudência e a doutrina determinam, esta questão jamais seria objeto de indagação por qualquer das licitantes. Isto porque o legal, o correto, é que tal hipótese conste expressamente no Edital.

No entanto, ao se posicionar diferentemente do que previsto no Edital, o MEC descumpre flagrantemente as regras de seu próprio instrumento convocatório e fere de morte os princípios da vinculação ao Edital e da Legalidade.

Esta norma–princípio encontra–se disposta no art. 41, caput, da Lei nº 8.666/93:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Este mesmo princípio dá origem a outro que lhe é afeto, o da inalterabilidade do instrumento convocatório. De fato, a regra que se impõe é que, após publicado o edital, não deve mais a Administração promover–lhe alterações. Trata–se de garantia à moralidade e impessoalidade administrativa, bem como ao primado da segurança jurídica.

A não vinculação do administrador aos estritos termos do edital pode ser motivo para o Judiciário interferir, fazendo com que o

desvio de conduta perpetrado seja anulado, restabelecendo-se a ordem no processo licitatório:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO JUDICIÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. EDITAL. EXIGÊNCIA DE FORMAÇÃO EM DIREITO, ECONOMIA, CIÊNCIAS CONTÁBEIS OU ADMINISTRAÇÃO. CANDIDATO COM FORMAÇÃO EM PSICOLOGIA. NÃO ADMISSIBILIDADE.

1. **O princípio da vinculação ao edital impede a pretensão de mudar-se qualquer exigência**, dentre as quais a de formação superior específica para a área.

2. Recurso a que se nega provimento."

(STJ, ROMS nº 6.161/RJ, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 07.06.1999)

Seguindo idêntica conclusão, o aresto adiante:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL COMO INSTRUMENTO VINCULATÓRIO DAS PARTES. ALTERAÇÃO COM DESCUMPRIMENTO DA LEI. SEGURANÇA CONCEDIDA.

É entendimento corrente na doutrina, como na jurisprudência, que o Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação.

**Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia.**

(...)

Segurança concedida. Decisão unânime."

(STJ, MS nº 5.597/DF, 1ª S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 01.06.1998)



Portanto, se o MEC admitir a participação de empresas sob forma de consórcio, utilizando o Edital da forma como posta, o órgão estará ofendendo o artigo 41 da Lei 8.666/93, o princípio da vinculação ao Edital, assim como o princípio da Legalidade.

### ***1.3- Princípio da Legalidade***

O administrador ou gestor público está jungido à letra da lei para poder atuar. Seu *facere* ou *non facere* decorre da vontade expressa do Estado, manifestada por Lei.

Nesse exato sentido é a lição de Celso Ribeiro Bastos<sup>6</sup>.

Já quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não for proibido é permitido. É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer.

Daí a razão pela qual o constituinte de 1988 achou por bem elencar expressamente o princípio ora sob comento em seu art. 37.

Retirando-se tal princípio do campo da abstração e trazendo para a aplicação prática no presente caso, pode-se dizer que ao MEC cabe observar as determinações contidas tanto no artigo 33 quanto no artigo 41 da Lei 8.666/93 para que se possa admitir a participação de empresas sob forma de consórcio.

Desta feita, se observada a ilegalidade do ato administrativo, ou, mais especificamente, de alguma contrariedade à Lei no procedimento licitatório, há de ser o mesmo anulado.

---

<sup>6</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*, Saraiva, 2ª ed., São Paulo, 1996, p. 25

Nesse diapasão arremata Hely Lopes Meirelles<sup>7</sup>, em ensinamento percuciente.

Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei.

Daí porque, se o Edital for mantido como está, e o MEC permanecer com o entendimento pela admissão de consórcio, estará sendo cometida flagrante ofensa aos artigos 33 e 41 da Lei 8.666/93, o que fere de morte o princípio da Legalidade.

Não bastasse a extensa argumentação acima, mesmo que se corrija o vício apontado no Edital, melhor sorte não se apresenta a opção pela contratação de empresa formada em consórcio.

## **II - DA INCONGRUÊNCIA DA PERMISSÃO DE CONSÓRCIO EM FACE DA ADOÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO E OS BENS COMPLEXOS DE INFORMÁTICA.**

Além das questões legais e doutrinarias já extensamente debatidas, reza a jurisprudência do Egrégio TCU que além de ser necessário constar expressamente no Edital a autorização e a justificativa da participação do Consórcio, este só pode ser permitido *“quando as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares”*<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, RT, 12<sup>a</sup> ed., São Paulo, p. 132

<sup>8</sup> Acórdão nº 1453/2009- Plenário - TCU

Destaque-se o posicionamento do TCU sobre a permissão do consórcio e a complexidade do objeto licitado.

*Acórdão 1453/2009 – Plenário*

*A Lei n. 8.666/1993 não proíbe, tampouco exige, a participação de empresas consorciadas, apenas estipula certas condições caso haja tal permissão. Mas o mesmo diploma legal veda a existência de cláusulas ou condições, nos atos de convocações, que comprometam, restrinjam ou frustem seu caráter competitivo.*

*O juízo para aceitação ou proibição de consórcios depende de cada situação específica. Há casos, como assinalado por Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo, Dialética, 5ª edição, em que a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. Outros há em que as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas fazem com que a associação amplie a competitividade do certame. Assim, seria "usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares". (g.n.)*

*De acordo com o princípio da motivação e segundo o qual a Administração Pública deve indicar os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, inclusive das discricionárias e deveria o DPF ter formulado as razões por que foi admitida a participação de consórcio na presente licitação, já que nem a complexidade nem o vulto do objeto licitado indicavam limites à competitividade. (g.n.)*

*Ademais, dois fatos chamam a atenção: o consórcio vencedor detém mais de um contrato com o DPF e aloca profissionais que há tempos já prestam serviços ao Departamento (fls. 692/748, anexo 2, volume 3).*

*Registra-se que o Acórdão n. 793/2003 é Plenário, por exemplo, determinou a audiência de responsáveis do Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (DNIT) para que apresentassem razões de justificativa para a admissão de consórcio em licitação executada pelo órgão, uma vez que a complexidade do objeto não indicava limites à competitividade. (g.n.)*

[...]

### **Acórdão**

[...]

*ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:*

[...]

*9.2. com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU e em conformidade com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e igualdade, entre outros, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal, determinar ao Departamento de Polícia Federal que:*

[...]

*9.2.3. nas futuras licitações e contratações de serviços de tecnologia da informação:*

[...]

*9.2.3.2. fixe mensuração, sempre que possível, da prestação de serviços por resultados segundo especificações previamente estabelecidas, evitando-se a mera locação de mão-de-obra e o pagamento por hora-trabalhada ou por posto de serviço, utilizando metodologia expressamente definida no edital que contemple, entre outros, os seguintes pontos básicos:*

[...]

*9.2.3.5. explicita as razões para a admissão ou a vedação à participação de consórcio de empresas, uma vez que o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, inclusive das discricionárias;*

*Acórdão 312/2003 – Plenário*

*Quanto ao mérito, o Ministério Público assim se pronunciou:*

[...]

*De acordo com o disposto no artigo 33 da Lei de Licitações e Contratos, a possibilidade de formação de consórcios de empresas para participarem de licitações é faculdade que depende de previsão no edital. Não sendo, pois, um ato vinculado, o administrador público pode, discricionariamente, fazer constar do edital de licitação a possibilidade de formação de consórcios **sempre que, por conveniência ou oportunidade, julgar que essa medida favorecerá a boa condução do certame licitatório e o interesse público.** Geralmente, o administrador público costuma lançar mão dessa medida quando entende que a **competitividade do certame licitatório pode ser afetada pela inexistência ou pela grande escassez de empresas que, individualmente, não tenham condições de executar obras ou serviços complexos.** (g.n.)*

[...]

**Voto do Ministro Relator**

*Após a realização de audiência em virtude de inúmeras irregularidades, restaram sem esclarecimento dois pontos sobre os quais se debruçaram a Secex/PI, a Secob e o Ministério Público em seus últimos pareceres.*

*2.Refiro-me à suposta restrição ao caráter competitivo da licitação, em virtude da impossibilidade da participação de consórcios, e à ausência de critério de aceitabilidade de preços unitários.*

*3.Quanto ao primeiro ponto, acato a posição do representante do Ministério Público.*

Ora, a hipótese examinada no Acórdão 1453/2009 – Plenário, trata de um certame em que a complexidade do objeto é que serve de fundamento para a autorização de participação das empresas em forma de consórcio. Se esta é a premissa que conduz a conclusão do TCU, então não é possível se admitir a modalidade Pregão para licitar um bem que será executado por um consórcio.

Como é cediço, Licitação na modalidade Pregão não pode ser utilizada para bens complexos de informática.

**Se o MEC pretende sustentar a tese de possibilidade de participação de consórcio, então a modalidade deve ser alterada para “técnica e preço”.**

Por outro lado, se o MEC pretende levar a cabo a licitação na modalidade de Pregão Eletrônico, então se torna inviável a permissão da participação de consórcio.

Isto porque a participação de consórcio não é regra, mas sim uma exceção. Como toda exceção, é preciso que exista alguma peculiaridade para que ela possa ser permitida. O raciocínio do TCU é exatamente esse, somente permitir a participação de empresas em forma de consórcio se o objeto licitado tiver uma complexidade tal que a sua execução fique restrita a um pequeno rol de empresas. Daí, porque a lógica que existe quando sua efetiva possibilidade está condicionada a uma série de requisitos, e que devem estar presentes no

Edital, quais sejam, a justificativa que embasa o permissivo que autoriza a participação do consórcio, a previsão expressa desta possibilidade no Edital e as condições em que este consórcio poderá participar da licitação, de forma a deixar claro e inequívoco às empresas que pretendem se associar em consórcio como será, efetivamente, a sua participação no certame.

Assim, pela total incongruência com que se apresenta o Edital, ora considerando os bens como não sendo complexos e optando pelo Pregão como modalidade licitatória, ora permitindo a participação de empresas em forma de consorcio, é que se requer a Vossa Senhoria que sejam considerados estes argumentos para que modifiquem os itens em choque de forma a adequar o Edital a Lei e a jurisprudência do TCU.

## **II – DO EQUÍVOCO CONTIDO NO EDITAL CONCERNENTE A EXIGÊNCIA TÉCNICA PARA HABILITAÇÃO.**

Entende-se como habilitação a fase procedimental em que a administração pública avalia as condições técnicas e financeiras dos interessados em participar do processo licitatório.

Denominado “*condições de participação*” a habilitação, enquanto fase procedimental, “*consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação do sujeito para contratar com a administração pública*”<sup>9</sup>.

Segundo Marçal Justem Filho, tais condições podem ser classificadas como genéricas ou específicas. Enquanto as condições específicas são definidas no Edital em função das características e peculiares de uma contratação, as genéricas são aquelas comuns a

---

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12a ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 374

todos os procedimentos licitatórios e são “*aquelas exigidas no texto da Lei para toda e qualquer licitação, independentemente das circunstâncias de uma situação concreta*”<sup>10</sup>.

Neste sentido, e em face de até o presente momento estar sendo adotado o Pregão, dentre outras exigências, o MEC está considerando que somente poderá participar do certame, empresa que detenha atestados que comprovem a experiência em “*serviços técnicos de desenvolvimento e manutenção de sítios e portais no modelo de Fábrica de Software*”.

O item 9.1.1.1.2 do Termo de Referência faz as seguintes exigências:

**9.1.1.1.2** Comprovação de que a licitante prestou ou está prestando, a contento, serviços técnicos de **desenvolvimento e manutenção de sítios e portais** no modelo de Fábrica de Software, mensurados por Ponto de Função, em um montante mínimo de 1.000 (um mil) PF's/ano, contendo itens mensuráveis ou não, atendendo aos padrões de qualidade, de forma satisfatória, **utilizando framework para desenvolvimento de sítios e portais, preferencialmente, Joomla.**

A expressão habilitação (capacidade) técnica tem grande amplitude de significado, contudo, pode-se dizer que “*consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado*”<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Ibid., p. 374

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 316.



Ocorre que a presente licitação tem como objeto a contratação de empresa que atue no Desenvolvimento, manutenção e documentação de sistemas de informação, assim como objetiva contratar outra empresa que seja especializada na Contagem de Ponto de Função (PF) para aferição do dimensionamento de atividades e/ou serviços a serem executados pela empresa contratada no desenvolvimento de sistemas.

O item 1.1 do Edital diz o seguinte sobre o objeto desta licitação.

1.1 Contratação de serviços na área de Tecnologia da Informação para prover a Coordenação-Geral de Desenvolvimento da Diretoria de Tecnologia da Informação do Ministério da Educação (CGD/DTI/MEC), de capacidade para atender as necessidades sistêmicas de TI das unidades deste Ministério, no **tocante ao Desenvolvimento, Manutenção e Documentação de sistemas de informação.**

A contratação desses serviços técnicos em TI está dividida em 02 (dois) itens:

**Item 1 – Desenvolvimento, manutenção e documentação de sistemas de informação**

Contração de empresa de informática que atue no desenvolvimento, manutenção e documentação de sistemas de informação, na modalidade de Fábrica de Software, com dimensionamento das atividades e/ou serviços demandados utilizando-se a técnica de contagem de Pontos por Função (APF);

**Item 2 – Aferição da contagem serviços dimensionados conforme a técnica de contagem de Pontos de Função (APF)**

Contratação de empresa de informática que atue em Contagem de Ponto de Função (PF) para aferição do dimensionamento de atividades e/ou serviços a serem executados pela empresa contratada do Item 1.

Com todo respeito ao entendimento adotado no subitem 9.1.1.1.2 do Termo de Referência, mas o objeto deste certame não possui qualquer similitude com a habilitação de empresas que possuam exclusivamente experiência em “*desenvolvimento e manutenção de sítios e portais*”.

Desde logo, impende lembrar o teor do art. 3º da Lei nº 8.666/93, que dispõe de forma clara que são vedadas inclusão de cláusulas ou condições que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação ou que se mostrem impertinentes com o objeto licitado, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 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**;

Ademais, embora a legislação específica sobre a questão das licitações seja a Lei 8.666/93, dada a importância do assunto, é relevante observar que o legislador constitucional dirimiu sobre a exigência de que os interessados em contratar com a administração pública demonstre condições para honrar o contrato, sem que contudo seja exigida qualificação que se coadune com os serviços que se pretende contratar. Vide artigo 37, inc. XXI da Carta Magna.

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 (grifo nosso)**

O que tanto a Lei quanto a Carta Magna querem evitar é que exista no certame critério que restrinja o caráter competitivo da licitação ou que se admita constar no instrumento convocatório cláusulas totalmente discrepantes com o objeto do certame.

Marçal Justen Filho<sup>12</sup> leciona:

"É impossível deixar de remeter à avaliação da Administração a fixação dos requisitos de habilitação técnica. Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes (...) A Administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de objeto similar. Vale dizer, sequer autoriza exigência de objeto idêntico

(...)

Deve-se considerar a atividade principal e essencial a ser executada, sem maiores referências a especificações ou detalhamentos. Isto não significa afirmar que tais peculiaridades sejam irrelevantes. São significativas para a execução do objeto, mas não para a habilitação"

De acordo com o insigne Hely Lopes Meirelles, o princípio da razoabilidade "*objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins,*

---

<sup>12</sup> Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ed. Dialética, 5ª ed., São Paulo, 1998, p. 312.

*de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais.”<sup>13</sup>*

Assim, conforme se pode observar pela melhor doutrina, cabe ao edital exigir a comprovação de experiência em “*Desenvolvimento, manutenção e documentação de sistemas de informação*” objeto claramente definido no Edital, não podendo este serviço ser confundido com “*desenvolvimento de sítios e portais*” como descrito no subitem que estamos impugnando.

Por seu turno, é importante diferenciar *Desenvolvimento de Sistemas* de *Desenvolvimento de Sítios e Portais*, de forma a deixar claro e incontestável que estes são serviços completamente distintos.

Segundo consta da Resolução Normativa do Ministério do Planejamento<sup>14</sup>, que estabelece regras e diretrizes para os domínios, sítios e serviços eletrônico na internet, o conceito de Sítio tem a seguinte definição.

Art. 1º - A gestão dos domínios, sítios e serviços eletrônicos na internet dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal (APF) regem-se por esta Resolução (normativa):

#### Capítulo I — Das Disposições Gerais

Art. 2º - Para fins desta Resolução, considera-se:

(...)

III - **Sítio**: conjunto de páginas que disponibiliza informações e/ou serviços sob a responsabilidade de um Gestor de Sítio.

---

<sup>13</sup> Direito Administrativo Brasileiro”, Hely Lopes Meirelles, Ed. Malheiros Editores, 24ª ed., 1995, pág. 86

<sup>14</sup> <https://www.consultas.governoeletronico.gov.br/ConsultasPublicas/consultas.do?acao=exibir&id=44>. Acesso em 06/08/2010

Podendo ser classificados como portais, temáticos, promocionais, institucionais entre outros;

E ainda, sobre o desenvolvimento de Sítio, o artigo 22 da mesma Instrução Normativa dispõe que *“consiste no processo de concepção e criação do sítio com relação às aplicações, à comunicação, ao conteúdo e ao layout”*.

O sitio ou portal, é, portanto, o meio pelo qual determinado órgão pretende disponibilizar informações para o público na internet.

Ou seja, a exigência de experiência neste tipo de serviço em absolutamente nada se assemelha ao desenvolvimento de um sistema.

Ao analisar caso análogo ao que se apresenta o Egrégio TCU, por meio da Decisão 134/98 – Plenário, se posicionou da seguinte maneira

O ponto focal dos presentes autos trata da inabilitação em processo licitatório (Tomada de Preços INT/Nº 017/97, de 30.09.97), realizado pelo Instituto Nacional de Tecnologia, das firmas Costa Rego Construções Ltda. e Cael Arquitetura e Construções Ltda., decorrente da introdução de itens editalícios, os quais exigem, para qualificação, a apresentação de 02 (dois) atestados de aptidão técnica. O art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, veda a exigência de quantidades mínimas. 2. Em caso análogo (TC 019.652/94-1), relatado pelo eminente Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, na Sessão Plenária de 22.03.95 (Decisão nº 127/95, Ata nº 11/95), o assunto foi abordado também naquele processo pelo Ministério Público junto a essa Corte de Contas, representado pelo nobre Procurador, Dr. Paulo Soares Bugarim, que teceu as seguintes considerações acerca de exigências de qualificação técnica e econômica inseridas no Edital de Tomada de Preços do Ministério da Cultura: "(...) Em preliminar, cumpre destacar que a Constituição Federal, no art. 37, XXI, ao tratar da licitação pública, **veda exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações pelo contratado**. A Lei nº 8.666/93, nos artigos 30 e

31, ao regulamentar o comando constitucional, fixa os requisitos limítrofes, máximos, de qualificação técnica e econômico-financeira, que podem ser exigidos pela Administração ao promover o certame licitatório. **Assim, respeitadas as fronteiras da sensatez, da prudência e da razoabilidade, as exigências de qualificação que ultrapassem os limites legais e constitucionais mencionados justificam e ensejam a anulação do ato, ou do procedimento administrativo viciado.** É essencial, para a validade do procedimento licitatório, que todos os atos que o compõem sejam também válidos. Porque visam à produção de um único efeito jurídico final, tais atos se vinculam numa relação de causa e efeito, de modo que cada ato pressupõe os anteriores, e o último pressupõe todos os demais. Por isso, assere a doutrina dominante que a ilegalidade de um determinado ato da licitação enseja a anulação do ato defeituoso e dos subseqüentes, sem atingir, em tese, os anteriores. Com efeito, 'in casu', não há como negar razão à Unidade Técnica. As cláusulas do edital que menciona (6.4.1, 6.4.4, 6.5.1.2 e 6.5.3), também a nosso ver, **extrapolam ou violam o disposto nos artigos 31, §§ 1º e 3º, e 30, inciso I e § 5º, restando, portanto, configurada a ilegalidade do mesmo edital.** Por conseguinte, à vista do exposto preliminarmente e ante as ponderações da 6ª SECEX, a circunstância enseja a anulação do aludido edital e de todos os atos subseqüentes, ou seja, a anulação da mencionada tomada de preços e, também, do correspondente contrato.

O artigo 30, inciso II da Lei 8.666/93 diz o seguinte sobre habilitação e exigência em relação a qualificação técnica das licitantes.

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

**II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características**, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

Ademais, observamos que o próprio Termo de Referência contém subitem que se mostram contraditórios entre si. Veja o que diz o subitem 9.1.1.1.3 do Termo de Referência.

9.1.1.1.3 - Para maiores referências quanto à tecnologia utilizada pelo Ministério da Educação, consulte o Encarte V - **Infraestrutura, Tecnologias e Ferramentas de suporte ao desenvolvimento de sistemas.**

Este item faz menção a tecnologia utilizada pelo MEC e sua aplicabilidade quanto em relação ao objeto licitado. Em nenhum outro ponto do Edital existe qualquer menção semelhante em relação ao “*desenvolvimento de sítios e portais*”.

Isto porque o desenvolvimento de Sítios e portais não faz parte do objeto do Edital e a exigência de experiência pretérita neste quesito se mostra totalmente impertinente para habilitar licitante para participar do Pregão.

Portanto, em face do Edital estar exigindo “*comprovação de que a licitante prestou ou está prestando, a contento, serviços técnicos de desenvolvimento e manutenção de sítios e portais*”, é que se considera que tal exigência não se coaduna com o objeto licitado, o que torna o subitem 9.1.1.1.2 do Termo de Referência contrario a Lei, doutrina e jurisprudência Tribunal de Contas da União, devendo o mesmo ser expurgado do instrumento convocatório.

### III - A QUESTÃO DA AMBIGUIDADE DO OBJETO - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS OU ALOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA?

Segundo consta no item 1.1 do Edital o objeto licitado diz respeito a contratação de serviços na área de Tecnologia da Informação para *“contratação de empresa de informática que atue no desenvolvimento, manutenção e documentação de sistemas de informação, na modalidade de Fábrica de Software, com dimensionamento das atividades e/ou serviços demandados utilizando-se a técnica de contagem de Pontos por Função (APF);”* e ainda *“contratação de empresa de informática que atue em Contagem de Ponto de Função (PF) para aferição do dimensionamento de atividades e/ou serviços a serem executados pela empresa contratada do Item 1”*

Ou seja, segundo este item, que trata especificamente sobre o objeto do Edital, entende-se que o MEC quer contratar o serviço, “com dimensionamento dos produtos baseado na técnica de contagem de pontos de função brutos.

A priori, o Edital descreve que é exigido das licitantes o fornecimento de um projeto que deverá ser executado sob o regime de Fábrica de Software, que atenda as melhores práticas de mercado, e que a adoção da contagem por ponto de função será o parâmetro a ser utilizado no pagamento pelo quantitativo mensal de resultados, recebidos e homologados.

Ao dirimir como será a forma de execução dos serviços o MEC estabeleceu todos os requisitos e funcionalidades do produto.

Destarte, todos os padrões e métricas de acompanhamento e avaliação a serem desenvolvidos, deverão ficar sob a inteira responsabilidade da CONTRATADA a gestão e operação, em todas as suas formas, métodos, processos, esforços e recursos de pessoal e tecnologia necessários a execução dos serviços e ainda que cabe a Contratada a *“responsabilizar-se integralmente pela sua equipe técnica, primando pela qualidade, desempenho, eficiência e produtividade,*



*visando a execução dos trabalhos durante todo o Contrato, dentro dos prazos estipulados, sob pena de ser considerada infração passível de aplicação das penalidades previstas, caso os prazos não sejam cumpridos”*<sup>15</sup>

Neste sentido, o MEC assevera que as Ordens de Pagamento só serão efetuadas uma vez entregue o produto. Afirma que “*com relação à QPF (quantidade de pontos de função do serviço), a Ordem de Serviço discriminará as fases e disciplinas a serem executadas pela CONTRATADA e os artefatos/produtos a serem entregues, ficando a remuneração atrelada aos percentuais definidos na tabela do item Fases e Distribuição de Esforço constante do Encarte XV – Guia de Métricas”*<sup>16</sup>

Tudo leva a crer que se trata de contratação de serviços.

**No entanto, embora tudo leve a crer que se trata de uma contratação de serviços, causa estranheza a observação de outros pontos contidos no Edital e que deixam dúvidas em relação ao objeto desta licitação.**

Ao passo que todas as características e exigências até o momento levam a crer que o certame tem como objeto a contratação de serviços em Regime de Fábrica de Software, existem outros pontos no Edital que faz acreditar que se trata de contratação de mão de obra.

Embora seja largamente descrito no Edital que o presente certame trata de contratação de serviços, o subitem 8.3.1.15 do Termo de Referência trata de exigir as seguintes condições para a execução do serviço

---

<sup>15</sup> Subitem 8.3.1.3 do Anexo I – Termo de Referência

<sup>16</sup> subitem 8.5.4.8 do Anexo I – Termo de Referência

8.3.1.15- Os profissionais da CONTRATADA, uma vez dentro das dependências da CONTRATANTE, **ficarão sujeitos às normas internas desta**, principalmente as de segurança, incluindo aquelas referentes à identificação, trajas, trânsito e permanência.

Esta exigência se mostra incongruente com o objeto do Edital.

Se a contratação condiciona o pagamento a entrega do serviço e o Edital, a todo o momento, deixa claro que o MEC está contratando o serviço, qual é o objetivo da exigência contido no subitem “8.3.1.15”, acima descrito?

Da forma como posta conclui-se que o MEC irá requisitar a presença de uma equipe em suas dependências, e que estes profissionais “*ficarão sujeitos às normas internas*” do Ministério. Este subitem revela que o MEC não está somente contratando o serviço, mas tentado adaptar um contrato que na verdade pode ser caracterizado como locação de mão de obra.

Se durante a execução do serviço o MEC detiver uma equipe da contratada permanentemente em suas dependências, se submetendo a todas as normas daquele órgão, tal hipótese irá caracterizar o contrato como alocação de mão de obra.

Isto porque consta no item 1 da Cláusula Segunda da Minuta de Contrato que “*parte dos serviços será executada nas dependências do Ministério da Educação e o restante nas dependências da contratada*”.

Se durante o período em que estiver alocada nas dependências do MEC, a contratada tiver que se submeter as normas internas do Ministério, inclusive constando na minuta do contrato que “*a*

*CONTRATADA deverá respeitar o horário de expediente do órgão*", é possível afirmar que este contrato tem, em parte, características que uma contratação de mão de obra.

A confirmar este entendimento, destacamos a Subcláusula Quarta da Minuta de Contrato.

**SUBCLÁUSULA QUARTA** - Todos os serviços deverão ser prestados em turnos diários de 8 (oito) horas, de segunda a sexta-feira, nos horários das 9 às 12:00 horas e das 14 às 19:00 horas ou das 8 às 12:00 horas e das 14 às 18:00 horas, à critério do Ministério da Educação. Em caso de necessidade, a **CONTRATANTE** poderá convocar, em caráter excepcional, a **CONTRATADA** para executar tarefas fora do horário indicado, bem como nos finais de semana e feriados.

A leitura deste trecho da minuta do contrato, revela que existirá uma verdadeira subordinação da Contratada e de seus funcionários as regras do Ministério da Educação, o que não se coaduna como "*execução indireta, no regime de empreitada*"<sup>17</sup>

Destarte, da forma como posta, no mínimo o Edital é ambíguo, pois não deixa certo a que se propõe o MEC; ora elenca exigências que caminham para uma contratação de serviços, ora o Edital se releva com o objetivo de alugar mão obra, fazendo exigência que não se coadunam com um contrato de fornecimento de serviço e fabricação de software.

Esta impugnação tem, portanto, o objetivo de trazer o MEC a oportunidade de sanar os pontos que podem dar margem a uma interpretação de que se trata de alocação de mão de obra. Nesta hipótese, cabe ainda informar que contratações que caracterizam

---

<sup>17</sup> Capa do Edital

alocação de mão de obra já foi objeto de análise por parte do Tribunal de Contas da União,

O nosso temor é que, embora pareça que o MEC queira contratar o serviço baseado na prestação e remuneração de serviços por resultados, evitando-se a mera locação de mão de obra, os pontos levantados deixam margem a dúvida que pode caracterizar como sendo locação.

Esta modalidade de contratação vem sendo rechaçada por pelo TCU. Destaque-se o seguinte trecho do Acórdão nº 786/2006 Plenário.

9.1.1. explicita claramente o modelo pretendido para a contratação referente ao item 1.2. do objeto, dando preferência ao modelo de contratação de execução indireta de serviços baseado na prestação e remuneração de serviços mensuradas por resultados, considerando a compatibilidade dos serviços ora licitados com esse modelo e as vantagens advindas de sua aplicação

9.4.3. a mensuração, sempre que possível, da prestação de serviços por resultados segundo especificações previamente estabelecidas, evitando-se a mera locação de mão-de-obra e o pagamento por hora-trabalhada ou por posto de serviço, utilizando-se de metodologia expressamente definida no edital que contemple, entre outros, os seguintes pontos básicos

No mesmo sentido os acórdãos nº 667/2005, 2.103/2005, 2.171/2005 e 2.172/2005 todos do plenário do TCU.

Ante o exposto, tendo em vista que as exigências anteriormente transcritas levam a uma ambigüidade do objeto do Edital nº 26/2010, é que se requer a modificação do subitem 8.3.1.15 do Anexo I do Edital, e demais itens que possam caracterizar a alocação de mão de obra.

#### **IV- DA COMPLEXIDADE DOS SERVIÇOS E A UTILIZAÇÃO DO PREGÃO**

Como anteriormente destacado, consta no Edital de Licitação que o MEC pretende a contratação de empresa para prestação de *“serviços na área de Tecnologia da Informação para prover a Coordenação-Geral de Desenvolvimento da Diretoria de Tecnologia da Informação do Ministério da Educação (CGD/DTI/MEC), de capacidade para atender as necessidades sistêmicas de TI das unidades deste Ministério, no tocante ao Desenvolvimento, Manutenção e Documentação de sistemas de informação”*

Assim o MEC entende que desenvolvimento de Sistema é *“o desenvolvimento de novas aplicações, a partir de especificações estabelecidas ou validadas pela CONTRATANTE e em conformidade com a sua Metodologia de Desenvolvimento de Sistemas, aplicando os procedimentos necessários à garantia da qualidade do mesmo”*<sup>18</sup>

A necessidade de implementação de novos sistemas de informação deve seguir o que o MEC chama de MDS (Metodologia de Desenvolvimento de Sistemas), e se dá em virtude da necessidade de atendimento das *“demandas de tecnologia da informação, desenvolvimento e manutenção de sistemas, com vistas a dar suporte aos programas de governo do Ministério da Educação”*<sup>19</sup>.

Segundo o MEC, a implementação de um novo Sistema de Informação objetiva buscar *“sistematizar as suas ações e programas e, com isso, maximizar os resultados pretendidos com suas políticas possibilitando uma maior divulgação das informações de domínio público.”*

---

<sup>18</sup> Item 1, Cláusula Segunda da Minuta de Contrato

<sup>19</sup> Pagina 5 do Termo de Referência

A disponibilização destas informações se deve pelo fato do MEC estar desenvolvendo uma série de programas educacionais no País e por isso se torna fundamental disponibilizar o acesso *“às informações e, ainda, de disponibilizar tais dados de forma organizada e numa linguagem amigável”*<sup>20</sup>

Segundo o MEC estas ações *“tem aumentado, consideravelmente, o volume de demandas por implementação e/ou correção de instrumentos de TI.”*

Ou seja, o Sistema a ser desenvolvido será responsável pela gestão de um volume de dados significativo e exigirá, como previsto pelo MEC, a sua constante manutenção. As manutenções previstas no Edital são descritas como: Evolutiva, adaptativa, corretiva e perfectiva.

A observação da sua descrição e de como se dá cada uma das modalidades de manutenção, revela um nível de conhecimento e experiência da empresa a ser contratada que reflete o caráter complexo, individualizado e de natureza predominantemente intelectual que está revestido o serviço.

A utilização do Pregão Eletrônico como modalidade de licitação para seleção de empresa que execute um bem desta complexidade, torna preocupante as conseqüência de um certame que não selecionará uma empresa capacitada para prestar o serviço. Isto porque, em face das características que envolvem o Pregão, tornaram impossível a inclusão das devidas exigências na fase de habilitação.

Questões como as relativas ao Desenvolvimento do Sistema, o volume de dados a ser suportado, a importância dos programas desenvolvidos e que o MEC pretende melhorar adequando o *“desempenho de seus objetivos institucionais, realizando o*

---

<sup>20</sup> Pagina 5 do Termo de Referência

*aprimoramento, a construção e/ou adequação de seus sistemas informatizados*<sup>21</sup> que carecem de manutenção específica e estão sendo transferidas para outros trechos do Edital.

Destarte, existe a demonstração de uma série de peculiaridades em relação ao serviço, que deixam óbvio que se trata do Desenvolvimento de um Sistema de suma importância e complexidade. No entanto, em face da escolha da modalidade, estas ficam no papel apenas ilustrando o “desejável”.

Neste caso, tendo em vista que o MEC optou pela utilização do Pregão, para que se pudesse fazer as exigências técnicas que seriam pertinentes a este serviço, seria preciso aglutinar todas aquelas concernentes aos requisitos técnicos na fase de habilitação.

Como é cediço, tal procedimento não é permitido pelo Egrégio TCU, pois se traduziria em verdadeira restrição a competitividade.

A observação do Edital como um todo, torna inquestionável que o MEC pretende que os sistemas sejam desenvolvidos e customizados seguindo as características do ambiente tecnológico da autarquia.

Obviamente, os detalhamentos dos serviços no Edital não estão sendo feitos em vão, na verdade, demonstram que os sistemas serão desenvolvidos junto ao MEC, e exigirá um nível de conhecimento e experiência da empresa a ser contratada que reflete o caráter complexo, individualizado e de natureza predominantemente intelectual que está revestido o serviço.

---

<sup>21</sup> Subitem 6.7, pagina 8 do Termo de Referência

A customização ou individualização dos sistemas, assim como a adoção de metodologias específicas, são exigências que revelam o caráter diferenciado da execução do serviço que MEC pretende contratar, que exigirá da empresa a elaboração de um Sistema único, personalizado, específico e que deverá ser elaborado considerando que o MEC adota sua própria *“forma sistematizada de desenvolvimento, manutenção e documentação de sistemas, apoiada em metodologia consolidada, utilizando processo controlado, repetitivo e padronizado de produção. O trabalho a ser realizado incluirá atividades organizadas e ordenadas de acordo com as fases de concepção (com levantamento de requisitos), elaboração, construção e transição, previstas na Metodologia de Desenvolvimento de Sistemas – MDS; sendo, ainda, observadas as melhores práticas de desenvolvimento e gerenciamento de sistemas, tais como PMBOK (Project Management Body of Knowledge), CMMI, MPSBR, entre outros, a critério da CONTRATANTE.”*<sup>22</sup>

A observação de todos estes e demais requisitos relativos ao Desenvolvimento dos Sistemas que o MEC pretende contratar, torna incontestável que será exigido da empresa a aplicação de uma metodologia diferenciada, pois haverá uma customização do produto a ser entregue e o que exigirá da empresa vencedora do certame a contratação de mão de obra com extremo nível intelectual.

As características que tornam estes serviços de natureza técnica de extrema relevância são novamente identificadas se observado o rol descritivo dos funcionários que prestarão o serviço. O *Encarte IV – Metodologia do Desenvolvimento de Sistemas* traz a descrição da qualificação profissional mínima para estes profissionais e revela que em sua grande maioria são profissionais com nível superior e possuidores de certificação em cursos específicos.

---

<sup>22</sup> Subitem 7.1, pagina 9 do Termo de Referência



Isto porque o nível de complexidade dos serviços que serão prestados irá exigir profissionais com perfil de alta qualificação e experiência.

Por outro lado, se estivéssemos tratando de bem comum, facilmente encontrado no mercado ou de simples definição, não existiriam tantos itens no Edital que exigissem a aplicação de metodologias, técnicas e ferramentas customizadas, profissionais com alto nível de qualificação e tampouco a forma de execução dos serviços seriam de natureza técnica, fatores estes que os tornam únicos e individualizados, inovadores e tecnicamente complexos.

#### ***4.1 - O perfil dos profissionais que realizarão a Desenvolvimento do Sistema junto ao MEC***

O Encarte IV - Metodologia do Desenvolvimento de Sistemas, traz o perfil dos profissionais que deverão compor a equipe que prestara o serviço junto ao MEC.

Serão, portanto, um total de 167 profissionais a serem alocados junto ao MEC.

Destes 167 profissionais, divididos em 13 categorias, teremos somente 2 categorias em que não é exigido nível superior. Isto significa que serão 87 profissionais com nível superior que possuam em média 5 anos de experiência no mercado.

Da tabela contida neste item é importante destacar as exigências contidas em relação aos seguintes profissionais, o que revela a natureza predominantemente intelectual dos serviços que o MEC pretende contratar.

Categoria: **Analista em Estimativa de Software**

Formação	Nível superior completo em Administração, Análise de Sistemas, Ciência da Computação, Processamento de Dados, Sistemas de Informação, Informática ou Engenharia da Computação; ou Curso em área afim e Pós-graduação na área de Tecnologia da Informação (carga-horária mínima de 360 horas)
Capacitação	Processo Unificado: Análise / Projeto Orientado a Objetos; e Análise de Pontos de Função. (carga-horária mínima de 20 horas para cada curso)
Certificação	CFPS – Certified Function Point Specialist
Experiência	De no mínimo 5 anos na área de Tecnologia da Informação como Analista de Sistemas ou Consultor, em atividades de métrica e mensuração de projetos de sistemas, Análise / Projeto Orientado a Objetos e utilização da técnica de Análise de Pontos por Função
Conhecimento	Melhores práticas de mercado (ISO 9000:2000, PMBOK, ISSO 17799, ISO 20000, CMM, CMMI, ITIL, COBIT e Governança); e Ferramentas automatizadas de mensuração de software

**Categoria: Analista em Modelagem e redesenho de processos**

Formação	Nível superior completo em Administração, Análise de Sistemas, Ciência da Computação, Processamento de Dados, Sistemas de Informação, Informática ou Engenharia da Computação; ou Curso em área afim e Pós-graduação na área de Tecnologia da Informação (carga-horária mínima de 360 horas)
Capacitação	Análise, Modelagem e redesenho de processos de negócio; Processo Unificado; e Análise/Projeto Orientado a Objetos. (carga-horária mínima de 20 horas para cada curso)
Experiência	De no mínimo 5 anos na área de Tecnologia da Informação como Analista de Sistemas, de Processo ou Consultor, em atividades de análise, modelagem e redesenho de processos de negócio.
Conhecimento	Melhores práticas de mercado (ISO 9000:2000, PMBOK, ISSO 17799, ISO 20000, CMM, CMMI, ITIL, COBIT e Governança); e Ferramentas automatizadas de modelagem de processos e Workflow.

**Categoria: Analista em Teste e Qualidade**

Formação	Nível superior completo em Administração, Análise de Sistemas, Ciência da Computação, Processamento de
----------	--

	Dados, Sistemas de Informação, Informática ou Engenharia da Computação; ou Curso em área afim e Pós-graduação na área de Tecnologia da Informação (carga-horária mínima de 360 horas)
Capacitação	Teste e Qualidade de software; e Auditoria de Qualidade. (carga mínima de 20 horas para cada curso)
Experiência	De no mínimo 5 anos na área de Tecnologia da Informação como Analista de Sistemas, de Qualidade ou Consultor, em atividades de Teste e Qualidade de software, elaboração e implementação de unidades de teste e qualidade de software, e Gestão de Planos de Qualidade.
Conhecimento	Melhores práticas de mercado (ISO 9000:2000, PMBOK, ISSO 17799, ISO 20000, CMM, CMMI, ITIL, COBIT e Governança); e Ferramentas automatizadas de teste e qualidade de software.

Observe que todos estes profissionais devem possuir no mínimo 5 anos de experiência na área de tecnologia da informação assim como é exigido que todos tenham **pós-graduação** e certificações nas melhores práticas de mercado (ISO 9000:2000, PMBOK, ISSO 17799, ISO 20000, CMM, CMMI, ITIL, COBIT e Governança); e Ferramentas automatizadas de modelagem de processos e Workflow.

A exigência de profissionais com este nível de formação é indispensável para a devida consecução do serviço, pois, este demandará uma atividade intelectual intensa, o que exige não somente a composição de uma equipe formada em sua maioria por pessoas de nível superior, mas que é primordial que existam alguns integrantes com um *plús* acadêmico e profissional, o que deixa claro e irrefutável que os sistemas almejados pelo MEC exigirão um grande potencial intelectual no seu desenvolvimento.

#### ***4.2 – O Decreto 7.174/2010 e demais Normativos aplicáveis.***

Conforme anteriormente demonstrado, a descrição destes serviços revela que a modalidade eleita não suporta a complexidade dos serviços licitados, o que contraria a Legislação que disciplina a modalidade pregão.

Observando o artigo 1º do Decreto 5.450 de 31 de maio de 2005, este determina que esta modalidade de licitação deva ser destinada a aquisição de bens e serviços comuns.

Art. 1º A modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, de acordo com o disposto no [§ 1º do art. 2º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002](#), destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, e submete-se ao regulamento estabelecido neste Decreto

Como restará demonstrado adiante, os serviços licitados por meio do Pregão nº. 26/2010 não são bens simples ou comuns. As características que envolvem os bens a serem licitados e a escolha da modalidade de licitação adequada aos serviços ou bens que se pretende adquirir é assunto que vem sendo alvo de ampla abordagem pelo Judiciário.

Sobre este ponto, o Egrégio Tribunal de Contas da União se mostra, novamente, esclarecedor ao diferenciar os bens de informática passíveis ou não de serem licitados na modalidade pregão.

Destaque-se o seguinte trecho do Acórdão 691/2003 – Plenário/TCU.

22. Um outro ponto estaria relacionado com a própria opção pela modalidade pregão para essa aquisição em especial. Essa nova modalidade de licitação surgiu como forma de tornar viável um procedimento licitatório mais simples, para bens e serviços razoavelmente padronizados, no qual fosse possível à Administração negociar o preço com o fornecedor sem comprometimento da viabilidade da proposta. O pregão subentende a aquisição de bens simples, comuns, razão pela qual haveria, em função justamente dessa simplicidade dos bens, ampla disputa, com várias propostas, resultando, ao final, lances verbais de vários pretendentes. No caso específico dessa licitação, entendemos que o procedimento, sob este aspecto, restou por frustrado, tendo em vista não ter sido oferecido qualquer disputa em lances verbais, umas das principais características dessa nova modalidade de licitação.

Na mesma esteira caminha o ilustre jurista Marçal Justen Filho<sup>23</sup>.

'1) Facultatividade (ou não) da Escolha do pregão

(...)

Sempre que a Administração necessitar de um bem ou serviço dotado de alguma especificidade, não poderá utilizar o pregão - ainda quando o bem ou serviço estiver arrolado no Anexo II.'

(...).

Por outro lado, mesmo que o bem esteja referido no Anexo II, a contratação não poderá fazer-se mediante pregão quando a Administração necessitar de bens com características peculiares

Portanto, a questão está jungida em analisar se os bens licitados, neste caso, se tratam de bens simples, a ponto de serem enquadrado no artigo 1º da Lei 10.520/2002<sup>24</sup> e no Decreto 5.450/2005, ou se são bens que possuem características complexas que demandam a utilização de Licitação na modalidade técnica e preço.

Ao analisar caso análogo ao que se apresenta, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 1º Região se posicionou da seguinte maneira:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE DO PREGÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ENQUADRADOS NA CATEGORIA DE "COMUNS". VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO. ANULAÇÃO DO CERTAME.

I - Para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de informática, visando a gestão e manutenção dos sistemas de informação, administração e operação de rede e banco de dados e suporte técnico aos usuários da rede corporativa do DNPM, não se afigura cabível a licitação na modalidade do pregão, por tratarem-se de serviços que não se

---

<sup>23</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico' - São Paulo: Dialética, 2001, págs. 28 e 29

<sup>24</sup> Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei

caracterizam, notoriamente, como serviços comuns, na forma da legislação de regência.

II - Remessa oficial desprovida.

(REO 2006.34.00.011440-8/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, e-DJF1 p.160 de 26/01/2009)

Deste julgado, destaque-se o seguinte trecho do Voto do Excelentíssimo Relator, Desembargador Federal Souza Prudente:

Na hipótese dos autos, a controvérsia instaurada gira em torno da nulidade do pregão instaurado cujo objeto é a contratação de empresa para prestação de serviços de gestão e manutenção dos sistemas de informação, administração e operação de rede e banco de dados e suporte técnico aos usuários da rede corporativa do DNPM, por não se caracterizar como serviço “comum”, na forma da lei, o objeto do procedimento licitatório, em questão, a autorizar a adoção da referida modalidade de licitação.

Com efeito, tanto a Medida Provisória nº. 2.026, de 4 de maio de 2000, quanto a Lei nº. 10.520/2002, na qual foi convertida, previam que *“consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificação usuais no mercado”*.

Por sua vez, o Decreto nº. 3.555/2000, com a redação dada pelo Decreto nº. 3.784, de 2001, classifica, em seu Anexo II, como serviços comuns de informática, tão-somente, os de apoio, assim considerados os de digitação e manutenção.

Mais recentemente, o Decreto nº. 5.450/05, que revogou, expressamente, tão-só, o Decreto nº. 3.697/2000, ao regulamentar o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, dispõe, em seu parágrafo 1º, art. 2º, que: *“consideram-se bens e serviços comuns, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado”*.

Em sendo assim, da simples leitura do edital de regência do certame, que tem por objeto a *“contratação de empresa de informática, para prestação de serviços de gestão e*

*manutenção dos sistemas de informação, administração e operação de rede e banco de dados e suporte técnico aos usuários da rede corporativa do DNPM, em Brasília-DF, de acordo com as especificações constantes do Anexo 01 deste instrumento”, verifica-se que não se caracterizam notoriamente como serviços comuns, a autorizar a adoção da modalidade pregão, na forma da legislação de regência, ainda que se tenha como apenas exemplificativa as atividades enumeradas no Decreto nº. 3.555/2000.*

-----  
ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE DO PREGÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ENQUADRADOS NA CATEGORIA DE “COMUNS”. VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO. ANULAÇÃO DO CERTAME.

I – Para a contratação de empresa especializada na prestação dos serviços de manutenção preventiva das instalações elétricas prediais, dos sistemas de iluminação dos estabelecimentos, instalações hidráulicas, de esgoto, de águas pluviais, bombas de recalque, sistemas automatizados de oxigenação do espelho d’ água e de irrigação de jardins, não é cabível a licitação na modalidade do pregão, por tratar-se de serviços que demandam conhecimentos técnicos mais aprofundados, ou para a ocupação de funções de formação superior.

II - Na hipótese dos autos, portanto, os serviços licitados não podem ser enquadrados na categoria dos serviços comuns, exigindo modalidade de licitação diversa do pregão.

III – Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.”

(REOMS nº. 2004.34.00.015734-1/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, DJ 10/10/2005, p. 78);

---

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA POR MEIO DE PREGÃO PARA FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA ESPECIALIZADA NO DESENVOLVIMENTO DE SISTEMAS DE SIMULAÇÃO DE CONTROLE PARA O CENTRO DE SIMULAÇÃO DE COMBATE DO COMANDO DE OPERAÇÕES TERRESTRES DO EXÉRCITO BRASILEIRO. IMPOSSIBILIDADE. SERVIÇOS QUE NÃO PODEM SER ENQUADRADOS NA MODALIDADE SERVIÇOS COMUNS. VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE OBSERVÂNCIA À LEI PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO.

1. A aquisição de bens e a contratação de serviços pela modalidade pregão incluída entre as modalidades de licitação pela Lei nº 10.520/2002, teve como objetivo facilitar a compra de bens e serviços comuns, conforme a estipulação inscrita no Decreto nº 3.555/2000.
2. No ramo de serviços de informática o referido decreto indicou como serviços comuns na área de informática a prestação de serviços de digitação e manutenção de equipamentos.
3. O objetivo da modalidade pregão é permitir a contratação mais rápida e acessível à Administração de bens e serviços que são licitados pelo tipo menor preço.
4. Não é cabível a utilização do pregão para a contratação de contratação de empresa de desenvolvimento de sistemas de computação, para fornecimento de mão-de-obra especializada no desenvolvimento de sistemas de simulação de controle, no Centro de Simulação de Combate, na 1ª Subchefia do Comando de Operações Terrestres, sob pena de violação expressa ao texto legal, pois para contratações que exigem conhecimentos técnicos especializados, é necessária a realização de licitação por meio de uma modalidade que comporte o tipo técnica e preço, pois o interesse da Administração é o melhor serviço pelo preço mais adequado.
5. Não existindo autorização legal para que se prescindia da técnica, é inviável a realização de licitação para contratação de serviços técnicos especializados pela modalidade pregão sob o argumento de que a contratação seria financeiramente mais vantajosa para a Administração Pública.
6. Remessa oficial improvida.  
(REOMS 2006.34.00.006656-1/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJ de 21/09/2007, p.100).

Nesse mesmo sentido, confira-se o entendimento adotado, sobre a matéria, pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado no seguinte aresto:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA.



BENS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIAS DE ESPECIALIDADE TÉCNICA. TIPO DE LICITAÇÃO MELHOR TÉCNICA E PREÇO. ART. 45, § 4º, DA LEI N. 8.666/91.

(omissis...).

Da leitura do artigo 45, § 4º, da Lei n. 8.666/93, 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 de técnica e preço, devido à exigência de especialidade técnica do objeto da licitação, excetuados os casos indicados em decreto do Poder Executivo.

A esse respeito, assevera Marçal Justen Filho que "a licitação de tipo de técnica será aplicada sempre que a necessidade administrativa envolver alguma característica especial ou peculiar, que não possa ser satisfeita por meio dos produtos padronizados. (...) É imperioso, por tudo isso, que a adoção de licitação de técnica e preço seja voltada a selecionar efetivamente os bens e serviços que apresentem desempenho e qualidades técnicas mais significativos" ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 416/417).

Da leitura do edital de licitação, verifica-se que a hipótese dos autos cuida de licitação para contratação de bens e serviços de informática com peculiaridades técnicas. Dessa forma, incorreu a Administração em evidente violação do artigo 45, § 4º, da Lei de Licitações, o que leva à nulidade do edital, que determinou que a licitação fosse do tipo menor preço.

Saliente-se, por fim, que não houve alegação nos autos ou comprovação acerca da existência de decreto do Poder Executivo que justificasse a alteração do tipo de licitação.

Recurso especial improvido.

(Recurso Especial nº. 584.842/DF, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 21.06.2005, DJ 22.08.2005 p. 197).

Neste acórdão, vale enfatizar o voto condutor da lavra do eminente Relator Ministro Franciulli Netto, que destaca as características do produto que uma das partes pretendia contratar por meio de Pregão, modalidade que foi veementemente rechaçada pelo Egrégio STJ, tendo inclusive trecho de parecer favorável do Ministério Público Federal, *in verbis*:

*In casu*, verifica-se que a Comissão Especial de Licitação das Telecomunicações Brasileiras S/A – TELEBRÁS optou pela licitação do tipo menor preço para aquisição de "equipamentos e serviços de instalação e testes necessários à implantação de 55 centrais públicas de comutação CPA-T com capacidades finais acima de 10.000 terminais" (fl. 22), bem como de licença de uso dos programas de computador ('software') especificados e de materiais e serviços necessários à execução do projeto solicitado no edital.

Conclui-se, portanto, que a hipótese dos autos cuida de licitação para contratação de bens e serviços de informática **com peculiaridades técnicas**. Dessa forma, incorreu a Administração em evidente violação do artigo 45, § 4º, da Lei de Licitações, o que leva à nulidade do edital, que determinou que a licitação fosse do tipo menor preço.

**Como bem asseverou o d. Ministério Público Federal**, "a perfunctória análise destes bens e serviços descritos permite inferir que eles não se enquadram como 'padronizados', pois certamente não são facilmente encontrados no mercado e tampouco seguem medidas, peculiaridades e especificidades comuns. **Ao contrário, devem eles atender às especiais exigências do sistema TELEBRÁS**. Portanto, há peculiaridades que impõem consideração ao quesito 'técnica'" (fl. 684).

Saliente-se, ainda, que não houve alegação, nos autos, ou comprovação acerca da existência de decreto do Poder Executivo que justificasse a alteração do tipo de licitação.

Registre-se, por fim, que o artigo 45 da Lei n. 8.666/93 é regra especial aplicada exclusivamente aos casos de licitação para a contratação de bens e serviços de informática. Dessarte, não prospera a alegação da recorrente de que o artigo 46 da Lei de Licitações, que determina que os tipos de licitação técnica e preço serão utilizados para serviços de natureza predominantemente intelectual, afasta a exigência desse tipo de licitação na espécie.

Bens ou serviços comuns são aqueles bens ou serviços padronizados, que não necessitam de avaliação específica e que pode

ser características variáveis segundo as peculiaridades de local e necessidade.

#### Segundo Marçal Justem Filho<sup>25</sup>:

O núcleo do conceito de bem ou serviço comum reside nas características da prestação a ser executada em prol da Administração Pública. O bem ou serviço é comum quando a Administração não formula exigências específicas para uma contratação determinada, mas se vale dos bens e serviços tal como disponíveis no mercado.

Posta a questão nestes termos, não resta dúvida que a aquisição de bens e serviços de informática, não incluídos no critério de serviços comuns (digitação e manutenção – Decreto nº. 3.555/2000 e Lei nº. 10.520/2002), nem ressalvados pelo Poder Executivo, se sujeita ao critério de melhor técnica e preço, nos termos do art. 45, parágrafo 4º, da Lei nº. 8.666/93.

Como já dito, a adoção indiscriminada do Pregão Eletrônico para bens complexos de informática tem sido alvo de análise não somente dos Tribunais e pelo TCU. O próprio Poder Executivo tem se mostrado preocupado com as consequências do uso indiscriminado do Pregão.

Além do flagrante arrepio a Legislação pertinente, a interpretação que conclui que todos os bens de informática são comuns e podem ser licitados por meio de Pregão, tem trazido, a médio e longo prazo, enormes prejuízos à administração pública. Isto porque se num primeiro momento alguns comemoram, vociferando que a utilização do

---

<sup>25</sup> Justem Filho, Marçal in Pregão: Comentários à legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 4º Ed. Revista e atualizada. São Paulo, Dialética, 2005.

Pregão reduziu em determinado montante os gastos da administração com a contratação de determinada empresa, em outros casos, essa metodologia tem se mostrado contrária ao princípio da vantajosidade e da legalidade. Isto porque, ao se adotar o Pregão, está se priorizando o preço em detrimento da qualidade, e este entendimento não encontra melhor guarida quando se trata de bens de complexidade ímpar como os que o MEC pretende contratar.

O que vem ocorrendo em alguns órgãos, e vem sendo objeto de constatação por parte da Administração Pública, é que, em muitos casos, as empresas contratadas por meio de Pregão, efetivamente, não tem condições de prestar os serviços; abandonam o contrato, obrigam o administrador a promover uma contratação emergencial ou a elaborar novo certame. Ou seja, o que, *a priori*, pareceu ser o mais vantajoso, em última instância, se mostrou uma péssima opção para o erário.

No intuito de esclarecer e dirimir o impasse, o Poder Executivo publicou o Decreto 7.174/2010 que visa Regulamentar a *“contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União.”*

Destarte, em face das observações anteriormente explanadas, não há como se admitir a utilização do Pregão neste caso, pois esta modalidade de licitação ofende a Lei 10.520/2002, Lei 8.666/93 o Decreto 5.540/2005 e hodiernamente o Decreto 7.174/2010.

Assim, além de contrariar a Lei, a doutrina e as orientações do TCU, o Edital nº 26/2010 fere de morte o § 4º do artigo 9º do Decreto 7.174/2010, *in verbis*:

§ 4º A licitação do tipo técnica e preço será utilizada exclusivamente para bens e serviços de informática e automação de natureza predominantemente **intelectual**, justificadamente, assim considerados quando a especificação do objeto evidenciar que os bens ou serviços demandados requerem **individualização** ou inovação tecnológica, e possam apresentar diferentes metodologias, tecnologias e **níveis de qualidade e desempenho**, sendo necessário avaliar as vantagens e desvantagens de cada solução. (grifo nosso)

E como já demonstrado, o MEC quer um produto customizado, individualizado as suas necessidades.

A preocupação do Poder Executivo com as conseqüências de uma contratação equivocada é tamanha que, ao observar o § 3º do artigo 9º, é possível identificar que a teleológica do Administrador foi restringir o uso do Pregão àquelas situações em que seja patente a aquisição de bem comum de informática.

O § 3º do artigo 9º do Decreto 7.174/2010, *in verbis*:

§ 3º Nas aquisições de bens e serviços que não sejam comuns em que o valor global estimado for igual ou inferior ao da modalidade convite, não será obrigatória a utilização da licitação do tipo “técnica e preço”.

Fazendo uma interpretação finalística do normativo, podemos chegar à conclusão de que o Legislador teve o seguinte objetivo:

***Nas aquisições de bens e serviços complexos em que o valor global estimado for igual ou inferior ao da modalidade convite, será obrigatória a utilização da licitação do tipo “técnica e preço”.***

Como já exhaustivamente demonstrado anteriormente, os bens que o MEC pretende contratar são de extrema complexidade, tem valor global superior a modalidade convite, exigem uma demanda

intelectual diferenciada na sua execução, exige da empresa contratada o desenvolvimento individualizado e customizado do produto, assim como a manutenção destes exige a aplicação constante de esforços que visem a evolução tecnológica do sistema, “*para fins de desenvolvimento e implantação de um novo sistema*”<sup>26</sup>.

Portanto, não há como se considerar que se trata de bens simples que permitam a licitação por Pregão Eletrônico, daí porque o MEC deve alterar a modalidade de licitação de forma a enquadrar o certame a legislação pertinente.

## **V – A SUMARIEDADE DO RITO LEGAL DO PREGÃO E A SUA INCOMPATIBILIDADE COM BENS COMPLEXOS DE INFORMÁTICA**

O pregão comum e o pregão eletrônico, pela sumariedade que possuem, não se revelam, em regra, compatíveis com a contratação de bens e serviços de informática.

Partindo desses pressupostos, cabe ressaltar que os serviços descritos no Edital, ao serem licitados, necessitam de um acurado exame de similaridade, o que somente é possível com o estabelecimento de uma fase de análise técnica das propostas dos licitantes. Entretanto, nem a Lei nº 10.520/2002, nem o regulamento do pregão ou do pregão eletrônico estabeleceram avaliação técnica nas propostas, mas, apenas, cotação de preços. E ao Administrador é dado fazer apenas e tão somente o que a lei estabelece, nada mais, nada menos, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

---

<sup>26</sup> Subitem 4.4.2, pagina 22 do Edital

Aliás, sobre essa matéria, o magistrado e professor Jossé Torres Pereira Júnior<sup>27</sup>, em seu artigo "*Pregão, a sexta modalidade de licitação*", ressalta, *verbis*:

No rito definido para o processamento da licitação na modalidade pregão, não há previsão de terceiro envelope para conter proposta técnica, nem esta poderia ser elaborada no exíguo prazo de oito dias úteis, assinado pela MP nº 2.026/00 (art. 4º, V). Veja-se que na sucessão dos atos procedimentais, a ênfase é posta, exclusivamente, no preço (art. 4º, incisos VIII, IX e X). Tudo a confirmar que a simplicidade do objeto, inerente ao fato de tratar-se de bem ou serviço "comum", torna o pregão inconciliável com as licitações dos tipos melhor técnica e técnica e preço.

Resulta que o pregão não poderá ser utilizado nas licitações cujo objeto seja a contratação de bens e serviços de informática, dado que estas seguem, obrigatoriamente, o tipo técnica e preço (Lei nº 8.666/93, art. 45, § 4º). Ressalve-se o que tem sido alvo de advertência nessas licitações: nem tudo que serve à informática é bem ou serviço de informática. Ao contrário, há uma infinidade de insumos que, nada obstante necessários às atividades informatizadas, não podem ser classificados como bens ou serviços de informática para o fim de sua aquisição dar-se mediante licitação do tipo técnica e preço.

É o caso de formulários contínuos, fitas e cartuchos de tinta para impressoras, estabilizadores/reguladores de corrente elétrica, equipamentos e programas de prateleira, entre tantos outros itens que, constituindo material que se acha no mercado com especificação usual e consagrada, poderão ser comprados em licitações mediante pregão, tal como vinham sendo comprados em licitações do tipo menor preço, caracterizando-se como bens 'comuns'".

### Novamente o TRF da 1º Região se mostra esclarecedor

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. GERENCIAMENTO INTEGRADO PARA SISTEMA DE COMUNICAÇÃO. SEGURANÇA NACIONAL. PREGÃO.

---

<sup>27</sup> <http://www2.uol.com.br/licitacao/biblioteca/artigos/jesse.htm>

IMPOSSIBILIDADE. ADMISSÃO NO FEITO COMO LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. PELO MENOS 70% DO SERVIÇO EXECUTADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. O pregão está previsto no artigo 45 da Lei 8.666/93 e no artigo 1º, parágrafo único da Lei 10.520/2002 que autoriza essa modalidade de licitação para bens e serviços comuns.

2. Não é cabível a utilização de pregão para contratação de serviços de informática que demandem conhecimentos técnicos mais aprofundados ou para funções de formação superior, sob pena de expressa violação ao texto legal.

3. O objeto da licitação é: "fornecer uma solução de gerenciamento integrado para o Sistema de Comunicações Militares por Satélite (SISCOMIS)" (item 1.0 do edital), abrangendo a "adoção de um alto padrão tecnológico em todos os componentes que serão empregados, bem como aplicação de práticas modernas de gerenciamento" (item 2.2 do Termo de Referência), o que evidencia que não se enquadra às hipóteses legais de contratação via pregão, pois é exigido avançado conhecimento técnico para o desempenho da atividade.

4. Conforme prevê o art. 47 do CPC, a empresa vencedora é parte legítima para integrar o pólo passivo da lide, sob pena de nulidade do processo, uma vez que a questão debatida tem influência direta sobre seus legítimos interesses.

5. Tendo a empresa que foi declarada vencedora executado, pelo menos 70% dos serviços contratados, aplica-se a teoria do fato consumado, pois é desaconselhável a desconstituição da situação consolidada pelo decurso do tempo em questão ligada à segurança nacional, que não deve sofrer solução de continuidade.

6. Agravo de instrumento improvido.

(AG 2007.01.00.008467-0/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Quinta Turma, DJ p.148 de 31/01/2008)

Com efeito, a complexidade dos bens e serviços de informática e a necessidade de uma análise técnica pelo órgão licitante, podem trazer ao MEC um serviço de melhor qualidade, selecionando



aqueles que, efetivamente, têm condições de oferecer um produto que condiga com o almejado no Edital.

## VI – PRINCÍPIO DA VANTAJOSIDADE

O princípio da maior economicidade, também chamado de vantajosidade, exige que o administrador selecione a proposta mais vantajosa para a administração pública.

Régis Fernandes de Oliveira explica que “*economicidade diz respeito a se saber se foi obtida a melhor proposta para a efetuação da despesa pública, isto é, se o caminho perseguido foi o melhor e mais amplo, para chegar-se à despesa e se ela fez-se com modicidade, dentro da equação custo-benefício*”<sup>28</sup>

O que pode parecer é que *a priori* o princípio da economicidade ou vantajosidade direciona o administrador a selecionar a proposta mais barata para a administração pública. Na verdade entende-se como economicidade a prática que deve selecionar àquela proposta que se mostra a melhor tanto do ponto de vista técnico quanto do ponto de vista econômico. De que adiantaria um serviço barato sem que, posteriormente, se mostre útil para administração?

Destarte, em face das peculiaridades que envolvem este certame, e como já visto nos tópicos anteriores a adoção do pregão associado à questão que diz respeito às características técnicas que não foram adequadamente exigidas pelo edital, podem frustrar o preceito constitucional da economicidade, pois o que a Carta Magna objetivou foi saber se foi “*obtida a melhor proposta para a efetuação da despesa pública, isto é, se o caminho perseguido foi o melhor e mais amplo,*

---

<sup>28</sup>OLIVEIRA, Régis Fernandes de HORVATH, Estevão; e TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. Manual de Direito Financeiro, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 94.

*para chegar-se à despesa e se ela fez-se com modicidade, dentro da equação custo-benefício”* <sup>29</sup>.

A edição do Decreto 7.174/2010 nada mais é que a tentativa do Poder Executivo em fazer valer o princípio da vantajosidade, impedindo que aventureiros e empresas descompromissadas ingressem numa disputa, oferecendo preços inexecutáveis, no afã de se sagrar vencedora do certame, sem no entanto, ter a menor condição de honrar os termos do contrato.

Ante o exposto, e considerando que a utilização do pregão eletrônico não selecionará a proposta que adéqua a melhor relação custo-benefício, é característica que vai na contramão da teleológica do legislador, pois se mostra contrario ao princípio da vantajosidade.

## **VII – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA**

Os princípios constitucionais são denominados como sendo normas jurídicas que tem supremacia em relação às demais regras do ordenamento normativo, sendo dotados de eficácia imediata e plena, são imperativos, vinculantes, além de coercitivos para a Administração Pública e a Coletividade.

Os princípios fundamentais norteadores da gestão pública estão arrolados no artigo 37 da Constituição Federal

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

---

<sup>29</sup>OLIVEIRA, Régis Fernandes de HORVATH, Estevão; e TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. Manual de Direito Financeiro, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 94

O princípio da legalidade é princípio basilar do nosso sistema jurídico e situa-se no ápice da pirâmide dos princípios constitucionais reguladores da Administração Pública.

Com efeito, o princípio da legalidade é o fundamento e a gênese do Estado de Direito, onde as leis governam e não os homens. Pode ser sintetizado, segundo o Professor Pazzaglini Filho, no aforismo: "*a Administração Pública somente pode atuar em conformidade com a norma jurídica*" ("*secundum legem*").

A observância, no exercício funcional, do princípio da legalidade é um dever jurídico do agente público e prévia condição para atuar licitamente, sendo a expressa máxima da relação de subordinação ou vinculação, ao ordenamento jurídico.

Verifica-se, pois, que o princípio da legalidade é direito vital do indivíduo, cuja liberdade de atuação só pode ser contida pela norma jurídica, consoante enfatiza o artigo 5º, inciso II da Constituição Federal:

Da submissão perene da Administração Pública à lei podem se extrair as seguintes obrigações e regras que regem o comportamento dos agentes públicos:

- atuação funcional dos agentes públicos conforme com as normas do sistema jurídico em vigor;
- respeito aos princípios constitucionais e infraconstitucionais no exercício das funções públicas;

- sujeição à vigência da norma jurídica, sendo-lhes defeso deixar de cumpri-la sob o pretexto de julgá-la inconstitucional;
- submissão completa às leis, não cerceando sem amparo legal direitos e liberdades de particulares;
- responsabilização por atos ilegais (nulos ou anuláveis) que praticarem no exercício de funções públicas.

Portanto, como anteriormente demonstrado, se a Lei e demais normativos aplicáveis, são unânimes em diferenciar os bens complexos dos comuns, o Administrador não pode se utilizar de interpretação que dê destinação diversa do que a Lei determina, sob pena de se estar descumprindo um dos preceitos constitucionais que balizam a atividade do Administrador Público.

## VIII - CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer a impugnante sejam acolhidos os argumentos anteriormente expendidos de forma a modificar o Edital, alterando a modalidade de licitação para Concorrência e considerando a complexidade do objeto que se pretende licitar, que seja adotado o tipo de licitação técnica e preço, em que poderá ser exigido critério de seleção em que a proposta mais vantajosa para a Administração é escolhida com base na maior média ponderada, considerando-se as notas obtidas nas propostas de preço e de técnica.

Na hipótese de ser mantida a modalidade e o tipo de licitação, que seja vedada a participação das empresas sob forma de consórcio, posto que incompatível com o Pregão e sejam alterados os itens que dão ensejo a caracterização da licitação como locação de mão de obra, de forma a torna claro qual é o objeto da licitação, bem como a exigência contida na habilitação técnica, que difere flagrantemente do objeto do certame.

Caso não seja esse o entendimento, requer a apreciação da presente pela autoridade superior competente.

Brasília/DF, 18 de agosto de 2010.

**MARCO ANTONIO DEL FIACO**

RG: 610 025 SSP/DF

CIC: 225.611.451-15

DIRETOR - FINANCEIRO