

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO - MEC

WORLD TECH INFORMÁTICA LTDA, inscrita no CNPJ/MF, sob o nº 05.554.489/0001-67, com sede no SEPS 705/905 Bloco “B” Sala 02, nesta Cidade de Brasília/DF, por intermédio de seu Diretor, 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.

I – DAS EXIGÊNCIAS PARA HABILITAÇÃO TÉCNICA

A questão que envolve requisitos técnicos quando a licitação a ser analisada diz respeito a Pregão, tem tomado uma outra dimensão. Diferentemente da hipótese de licitação do tipo “técnica e preço”, no Pregão, o que diz respeito as exigências técnicas estão elencadas nos itens que tratam da habilitação técnica.

Assim, não se trata de ter pontuada ou não determinada exigência, mas sim, de condicionar a possibilidade da participação de determinada licitante que possuir determinadas características.

Neste sentido, e em face de até o presente momento estar sendo adotado o Pregão, 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*"¹

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.

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

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 316.

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 relação direta com a habilitação de empresas que possuam exclusivamente experiência em “*desenvolvimento e manutenção de sítios e portais*”. Está é uma exigência que se mostra restritiva, pois Desenvolvimento de sítios e portais é espécie do gênero Desenvolvimento de Sistemas. E objeto da licitação é Desenvolvimento de Sistemas.

Desde logo, cumpre 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 não 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.**

A doutrina tem se posicionado no mesmo sentido, Marçal Justen Filho² leciona:

² Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ed. Dialética, 5ª ed., São Paulo, 1998, p. 312.

"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, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais.*"³

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*"⁴ 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 deixar claro que o escopo do Edital é a contratação de empresa para *Desenvolvimento de Sistemas*, enquanto que permitir que empresas que obtenham qualificação técnica no *Desenvolvimento de Sítios e Portais* sejam as únicas a participar do certame caracteriza uma restrição indevida que não se justifica.

3 Direito Administrativo Brasileiro", Hely Lopes Meirelles, Ed. Malheiros Editores, 24ª ed., 1995, pág. 86

4 Item 1 do Termo de Referência

Segundo consta de Resolução Normativa do Ministério do Planejamento⁵, 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. 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 leiaute*”.

O sítio 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 não pode ser considerada como exigência de habilitação das licitantes. A experiência no Desenvolvimento de Sistemas, que é o objeto do Edital, esta sendo substituído por critério que seleciona empresas com experiência no desenvolvimento de portais e sítios. Isto torna a última como condição *sine qua non* para licitar com o órgão. O resultado é a restrição injustificável e sem qualquer fundamento de empresas com experiência em desenvolvimento de Sistemas, que estão tecnicamente aptas a participar do certame, no entanto, impedidas.

⁵<https://www.consultas.governoeletronico.gov.br/ConsultasPublicas/consultas.do?acao=exibir&id=44>. Acesso em 06/08/2010

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 subsequentes, 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 subitens 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 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 restritiva 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 poderia ser considerada para efeitos de habilitação, uma vez que objeto licitado faz referencia a Desenvolvimento de Sistemas *lato sensu*, o que torna o subitem 9.1.1.1.2 do Termo de Referência totalmente restritivo, por vez que o MEC não pretende a contratação de empresa para este fim específico, o que o torna contrario a Lei, doutrina e jurisprudência Tribunal de Contas da União, devendo o mesmo ser expurgado do instrumento convocatório.

II – A CONTRARIEDADE DE ITENS DO EDITAL EM CHOQUE COM O OBJETO DO CONTRATO

Conforme se pode identificar com a leitura do Edital, 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.

Observando o item 1.1 do Edital o objeto licitado diz respeito à contratação de serviços na área de Tecnologia da Informação para “*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);*” 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.

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. Cabe ainda a Contratada *“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”*⁶.

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”*⁷

Tudo faz acreditar que o Edital esta selecionando uma 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 pois não correspondem a uma contratação de serviços.

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

⁶ Subitem 8.3.1.3 do Anexo I – Termo de Referência

⁷ 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 tentando adaptar um Edital que na verdade pode ser caracterizado como alocação 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, e utilizando aparelhamento fornecido pelo próprio MEC, 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 às 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, nesta parte, características de uma alocação 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*”⁸.

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 de obra, fazendo exigência que não se coadunam com um contrato de fornecimento de serviço e fabricação de software.

Está impugnada, portanto, o objetivo de trazer o MEC a oportunidade de sanar os pontos que podem dar margem a uma interpretação que conclua que se trata de alocação de mão de obra. Nesta hipótese, cabe ainda informar que contratações que caracterizam alocação de mão de obra já foi objeto de análise por parte do Tribunal de Contas da União.

Destaque-se o seguinte trecho do Acórdão nº 786/2006 Plenário do TCU.

9.1.1. explicitamente 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-

⁸ Capa do Edital

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.

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 e que pode caracterizar como sendo locação.

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.

III- 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”*⁹

A necessidade de implementação de novos sistemas de informação deve seguir o que o MEC chama de MDS (Metodologia de

⁹ Item 1, Cláusula Segunda da Minuta de Contrato

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”¹⁰.

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.”

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”¹¹

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 conseqüências de um certame que não selecionará uma empresa capacitada para prestar o serviço. Isto porque, em face das características que envolvem o Pregão, tornar-se impossível a inclusão das devidas exigências na fase de habilitação.

¹⁰ Pagina 5 do Termo de Referência

¹¹ Pagina 5 do Termo de Referência

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 aprimoramento, a construção e/ou adequação de seus sistemas informatizados*”¹² 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, foi preciso aglutinar na fase de habilitação, todas aquelas exigências concernentes aos requisitos técnicos.

Como é cediço, tal procedimento não é permitido pelo Egrégio TCU, pois se traduz 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 do órgão.

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.

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*

¹² Subitem 6.7, pagina 8 do Termo de Referência

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."¹³

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, 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.

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.

3.1 – O perfil dos profissionais que realizarão a Desenvolvimento do Sistema junto ao MEC

¹³ Subitem 7.1, pagina 9 do Termo de Referência

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 *plus* acadêmico e profissional, o que deixa claro e irrefutável que os sistemas almejados pelo MEC exigirão um grande potencial intelectual no seu desenvolvimento.

3.2 – 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 Filho¹⁴.

‘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

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico’ - São Paulo: Dialética, 2001, págs. 28 e 29

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 10.520/2002¹⁵ 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 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

¹⁵ Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei

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 especificações 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 1º 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 Filho¹⁶:

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 pra 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 n.º 3.555/2000 e Lei n.º 10.520/2002), nem ressalvados pelo Poder Executivo, se sujeita ao critério de

¹⁶ Justem Filho, Marçal in Pregão: Comentários à legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 4º Ed. Revista e atualizada. São Paulo, Dialética, 2005.

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 conseqüências 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 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. 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 superior 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 exaustivamente 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*”¹⁷.

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.

IV AS CARACTERÍSTICAS DO RITO DO PREGÃO E A SUA INAPLICABILIDADE EM FACE DOS 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.

¹⁷ Subitem 4.4.2, pagina 22 do Edital

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.

Aliás, sobre essa matéria, o magistrado e professor Jossé Torres Pereira Júnior¹⁸, 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

¹⁸ <http://www2.uol.com.br/licitacao/biblioteca/artigos/jesse.htm>

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

V - 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”*¹⁹

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*

¹⁹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de HORVATH, Estevão; e TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. Manual de Direito Financeiro, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 94.

*melhor e mais amplo, para chegar-se à despesa e se ela fez-se com modicidade, dentro da equação **custo-benefício**'*²⁰.

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 inexequíveis, 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.

VI - 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

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.

²⁰OLIVEIRA, Régis Fernandes de HORVATH, Estevão; e TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. Manual de Direito Financeiro, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 94

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.

VII – 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 sejam alterados os itens que:

1 – Deixam margem para que se caracterize o contrato como sendo alocação de Mão de obra.

2 - A exigência contida para 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, 8 de setembro de 2010.

ADRIANO SANTOS
DIRETOR