



Futuro dos pregões da CEF fica para depois do Carnaval

01/02/2005

Enquanto aguarda informações da Caixa Econômica Federal para tomar uma decisão sobre a correção dos editais dos dois pregões que suspendeu na semana passada, o ministro do Tribunal de Contas da União, Ubiratan Aguiar, antecipa apenas uma opinião. “O setor público deve controlar a tecnologia dos serviços que adquire no mercado”.

Em entrevista à revista Consultor Jurídico, nesta terça-feira (1/2) o ministro afirmou que essa tem sido a orientação do Tribunal para evitar a repetição do problema ocorrido na Dataprev, o serviço de processamento de dados do Instituto Nacional do Serviço Social (INSS). Segundo ele, a flexibilização resultou na perda de controle do sistema e hoje “o seu modelo é muito problemático”.

A Caixa está reformulando todo o sistema informatizado de operação das loterias e prestação de serviços bancários (recebimento de contas de luz, água ou pagamento do bolsa-família). A norte-americana GTech, desde 1997, vinha operando e ampliando o sistema. Hoje, ele implica a cobertura de 3.700 municípios, e a instalação e operacionalização on line de 25 mil microcomputadores.

Pacote fechado, a GTech não tem competidores no Brasil. Assim, a Caixa optou por fracionar o pacote: transmissão de dados para uma empresa, fornecimento de bobinas de papel térmico para outra e assim por diante com os terminais de informática, logística e transporte dos materiais, telecomunicações e transmissão dos dados.

A Caixa optou também em lançar mão do instrumento do pregão abandonando a idéia de fazer uma licitação. No pregão, ganha o menor preço. Na licitação, a questão do preço é antecedida pela qualificação técnica dos concorrentes.

O primeiro tropeço surpreendeu. A Trans World, menor preço da área de transporte, ganhou mas, em seguida, anunciou que não teria condições de cumprir o contrato. O quarto pregão, realizado na segunda-feira (31/1) impressionou pela diferença de preços para os serviços de transmissão de dados. A Vicom Ltda., empresa paulista especializada em telecomunicação corporativa, levou por R\$ 283 milhões serviços que eram estimados em R\$ 522 milhões.

Os outros dois pregões foram interrompidos pelo ministro Ubiratan Aguiar. Ele concedeu cautelar em ação apresentada pelo advogado Leonardo Vianna Metello Jacob, do Rio Grande do Sul, que apontou vícios de direcionamento e ato anti-econômico nos editais dos pregões. O direcionamento, por exemplo, foi alegado diante do fato de que a Votorantin Papel e Celulose é o único fabricante, no país, do papel térmico especificado no pregão.

“Vou receber as informações da Caixa, a manifestação da Procuradoria da República, discutirei com os meus cinco assessores de gabinete e tomarei uma posição”, afirmou Aguiar. “E se não

estiver convencido levo para rever à noite em casa”, acrescenta o ministro, ex-advogado, ex-deputado federal e ex-tucano. “Tive que me desligar de tudo, mas o que mais me dói é minha baixa na Ordem dos Advogados do Brasil”.

Mas, o senhor considera que serviços especializados de informática podem ser adquiridos por meio de pregão, sem a qualificação técnica dos fornecedores? O ministro esquivava-se da pergunta. Como o senhor avalia o problema da Trans World? “Eles [Caixa Econômica Federal] devem se compor com os demais competidores”, limita-se a responder.

O ministro também não quis comentar a contradição entre decisões do TCU sobre assuntos semelhantes. No ano passado, a Corte recomendou ao Tribunal Superior Eleitoral que abandonasse a idéia de fazer pregão para a compra de 3.400 microcomputadores.

E baixaram o acórdão: “O pregão subentende a aquisição de bens simples, comuns, razão pela qual haveria ampla disputa, com várias propostas, resultando, ao final lances verbais de vários pretendentes. No caso específico [do TSE] entendemos que o procedimento (...) restou frustrado”.

Em relação à Caixa, no entanto, a Corte também no ano passado firmou posição diametralmente oposta, concordando em permitir a realização de pregões. Diante do precedente do TSE, o ministro Benjamin Zynler argumentou que a compra do Tribunal implicava também a aquisição de software.

Veja a íntegra do relatório e acórdão do plenário

Identificação

Acórdão 313/2004 - Plenário

Ementa

Representação formulada por licitante. Possíveis irregularidades praticadas pela Caixa Econômica Federal. Adoção da modalidade de pregão em licitação para adquirir bens e serviços de informática. Bens e serviços comparáveis entre si, que podem ser oferecidos por diversas empresas e cuja qualidade e produtividade podem ser estabelecidas objetivamente. Protelação de certame licitatório em razão de demandas judiciais. Conhecimento. Improcedência. Remessa de cópia ao MPU, ao STJ, à CEF e à interessada. Arquivamento.

Grupo/Classe/Colegiado

Grupo I / Classe VII / Plenário

Processo

012.678/2002-5

Natureza

Representação

Entidade

Entidade: Caixa Econômica Federal – CAIXA

Interessados

Representante: GTECH do Brasil Ltda.

Sumário

Representação formulada por licitante, com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. Supostas irregularidades existentes nos Pregões nº 127/2002 CESUP/CPL e 130/2002 CESUP/BR, ambos promovidos pela CAIXA. Novo modelo de operacionalização das loterias da Caixa Econômica Federal. Certames suspensos por força de decisão judicial. Diligências. Conhecimento. Improcedência. Determinações. Ciência à representante, à CAIXA, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Ministério Público Federal. Arquivamento.

Assunto

Representação

Ministro Relator

BENJAMIN ZYMLER

Representante do Ministério Público

LUCAS ROCHA FURTADO

Unidade Técnica

SECEX-2 – 2ª Secretaria de Controle Externo

Advogado Constituído nos Autos

Arnaldo Versiani Leite Soares – OAB/DF nº 6.235

Dados Materiais

TC 012.678/2002-5 e 001.616/2001-6 (apensado)

Relatório do Ministro Relator

Tratam os autos de representação formulada pela empresa GTECH do Brasil Ltda., com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. Naquela oportunidade, a representante solicitou a suspensão liminar dos Pregões nº 127/2002 CESUP/CPL e 130/2002 CESUP/BR, ambos promovidos pela Caixa Econômica Federal (fl. 33). O primeiro certame visou ao fornecimento e à instalação de 25.000 microcomputadores e periféricos, bem como à prestação de serviços de

manutenção e de assistência técnica (fl. 53 do vol. principal). Já o segundo destinou-se à contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de telecomunicação de dados e para a captação e transmissão bidirecional de transações lotéricas e não lotéricas, incluindo fornecimento, instalação e manutenção de infra-estruturas de rede local e de longa distância entre as Unidades Lotéricas e os processadores lotérico e não lotérico, localizados respectivamente em Brasília e Osasco (fl. 368).

2.Os certames ora atacados encontram-se suspensos desde 07/07/2002, por força de provimento judicial (Medida Cautelar Inominada nº 2002.34.00.016103-2 – 17ª Vara Federal do DF – fls. 587 a 608).

3.Os pregões em questão, juntamente com os de nº 128 (armazenamento e distribuição de insumos) e 129/2002 (fornecimento de insumos – volantes, bobinas e fitas entintadas), destinam-se à implantação e à operacionalização do sistema informatizado das loterias da CAIXA, em sua nova modelagem. Atualmente, essas loterias utilizam um sistema mantido e operado pela GTECH, com respaldo em contrato cuja vigência foi prorrogada pela Caixa Econômica Federal.

4.Além de pleitear a suspensão liminar dos pregões sob comento, a representante solicitou que o Tribunal declarasse a nulidade dos editais desses certames licitatórios. Referido pleito encontraria fulcro em alegada ilegalidade, qual seja, a adoção de modalidade licitatória inadequada ao objeto desses certames. Nesse sentido, a GTECH afirmou que (fls. 32 e 33):

a) os editais desses pregões foram “maquiados”, visando ocultar a verdadeira finalidade do agente público, pois a descrição inserida no edital está dissociada das especificações técnicas do bem e dos serviços;

b) os objetos desses pregões caracterizam bens e serviços de informática, em consonância com o art. 45 da Lei nº 8.666/1993 e com os arts. 1º e 2º do Decreto nº 1.070/1994 e respectivo Anexo;

c) os bens e serviços de informática licitados deveriam, necessariamente, ser selecionados pelo tipo técnica e preço, que é incompatível com a modalidade “Pregão”, para a qual se reservou, exclusivamente, o menor preço como critério de julgamento;

d) o regulamento do Pregão não autoriza a contratação de Estações Financeiras Lotéricas, que são complexas. Além disso, não permite a contratação de serviços destinados ao teleprocessamento de informações.

5.Em 16/08/2002, a representante colacionou parecer elaborado pela Escola Técnica CEFET de Minas Gerais (fls. 245 a 250), visando demonstrar que os equipamentos especificados pela CAIXA diferem totalmente de simples computadores pessoais, o que corroboraria a impossibilidade do uso do pregão para adquirir os bens sob comento. Em 19/08/2002, foi ofertado parecer do Prof. Pedro Antônio Dourado, do Departamento de Ciência da Computação da UnB, no mesmo sentido (fls. 251 a 273).



6. Em 20/08/2002, foram anexados aos autos breve arrazado e cópia de matéria jornalística veiculada pelo jornal “Valor Econômico” (fls. 274 a 278), ambos comentando a não inclusão de previsão para aquisição de bens de informática nos normativos referentes ao Pregão.

7. Em 06/09/2002, atendendo à minha determinação, o TC 001.616/2001-6 foi apensado aos presentes autos. Referido processo tratava de representação formulada pela empresa GTECH, tendo por objeto a Concorrência Pública Internacional nº 01/2000, promovida pela CAIXA, visando à contratação de empresas para prestação dos serviços de captação, transmissão e processamento de transações lotéricas e financeiras. Essa concorrência foi, posteriormente, cancelada pela CAIXA.

8. Em 12/09/2002, a representante solicitou à 2ª Secex agilidade na instrução do presente feito (fl. 282). A unidade técnica informou que, inobstante os esforços despendidos, o prazo de conclusão dos trabalhos acabou sendo dilatado devido à complexidade e à riqueza dos argumentos apresentados pela representante, os quais mereceram cuidadosa e pormenorizada análise. Aduz a Secex que a juntada posterior de um processo e de vários documentos também colaborou para elastecer o prazo de análise dos presentes autos.

9. Em 23/09/2002, a GTECH publicou extenso comunicado no jornal Correio Brasiliense (fl. 280), insurgindo-se contra o novo modelo adotado pela CAIXA para a operacionalização do sistema de loterias e exigindo o direito de apresentar proposta “integrada”. No dia seguinte, a CAIXA publicou comunicado em jornais de grande circulação (fl. 281), rebatendo os principais argumentos apresentados pela GTECH.

10. Em 10/12/2002, a empresa reiterou seu pedido de agilização da análise da questão (fls. 584 a 586), alegando que a medida acautelatória solicitada demandaria maior brevidade na apreciação. A unidade técnica ressaltou não ter se detido na análise da cautelar, adentrando todos os pontos suscitados e formulando proposta de mérito para a questão. Afinal, eventual direito do licitante já se encontrava protegido pela suspensão judicial dos certames sob comento.

11. Em 29/01/2003, esta Corte apreciou o TC 004.507/2002-3 (Acórdão 38/2003 – Plenário), referente à auditoria realizada nos sistemas informatizados de loterias da CAIXA, os quais são de responsabilidade da GTECH.

12. Em 18/02/2003, a unidade técnica obteve da CAIXA cópia de elementos apresentados na ação judicial que versa sobre os multicitados pregões (fls. 290 a 366).

13. Em 09/04/2003, deu entrada, nesta Corte, ofício da Procuradora da República Raquel Branquinho P. Mamede Nascimento (fl. 283), no qual são requeridas cópias das principais peças que compõem o presente feito e o TC 001.616/2001-6, com vistas a instruir procedimentos administrativos em curso na Procuradoria da República no DF. Esse pedido foi complementado em 18/06/2003 (Ofício GAB PR/DF/RB nº 106/2003 – fl. 367).

14. Em 09/08/2003, a CAIXA forneceu cópia do termo de acordo firmado por ela e pela GTECH (fls. 609 e 610), o qual visou extinguir a contenda judicial referente ao fornecimento de sistemas informatizados para os correspondentes bancários (no âmbito do projeto “CAIXA AQUI”).

15. Após analisar os documentos apresentados pela GTECH, o titular da 3ª DT da 2ª Secex destacou os seguintes pontos (fls. 616 a 645):

15.1 Suposta utilização de procedimento licitatório inadequado

- Alegações da representante

a) a CAIXA estaria omitindo o verdadeiro objeto das contratações com a intenção de fugir ao devido procedimento licitatório. Nesse sentido, a GTECH afirmou que:

“Cuida a presente Representação de apuração de ilegalidades na elaboração de editais de licitação, na modalidade de Pregão, cuja maquiagem na descrição dos objetos fez extrair uma falsa premissa, segundo a qual os certames não se destinariam à contratação de sofisticado e incomum bem de informática, com serviços igualmente singulares (...)

A CAIXA está alicerçada em editais embaixo dos quais escondeu sua verdadeira finalidade, seu verdadeiro alvo, para margear a resistência que o sistema jurídico impõe a essa contratação pela modalidade de licitação do Pregão.

O arremedo da definição dos objetos mais se mostra uma avantesma, posto que, aparentemente, os procedimentos licitatórios repousam em apenas um alvo, qual seja: a compra de 25.000 (vinte e cinco mil) microcomputadores e periféricos (Pregão nº 127/2002) e a prestação de serviços de telecomunicação de dados (Pregão nº 130/2002).

Os objetos dos editais não se definem na singeleza dos apontamentos que estão nas flâmulas. Tal assertiva se evidencia a partir do momento em que se adentra os editais para verificar que a CAIXA põe lâmpadas de pouca luminosidade sobre os objetos licitados, com o fito de eclipsar seu real desiderato.

Configura-se patente que os objetos dos editais não se resumem a meros microcomputadores de mesa ou portáteis, acompanhados de monitores de vídeo e impressoras, e a meros serviços de digitação e manutenção, conforme apregoa a Lei do Pregão.

Em verdade, a CAIXA está ilaqueando os editais, pois é inusitado que, diante de contratações tão complexas e vultuosas, se tenha invocado uma modalidade de certame licitatório reservada para contratações mais simples, descartando, dessa forma, a aferição da qualidade do objeto licitado, que persegue a própria utilidade dos serviços de que ela necessita.

Os pregões nº 127/2002 e 130/2002 perseguem objetos mais complexos, extensos e requintados do que aquele descrito no item 1.1 dos respectivos editais, sob qualquer prisma que se lance a análise, seja tecnológico ou jurídico.



Não se trata de mera contratação de empresa para o fornecimento e instalação de 25.000 microcomputadores e periféricos, nem de Contratação de empresas especializadas para a prestação de serviços de telecomunicação de dados. Os produtos licitados escapam à simples definição de bens e serviços comuns prevista nos instrumentos normativos que disciplinam a nova modalidade licitatória do Pregão.” (fls. 03 a 07)

– Análise empreendida pela unidade técnica

a) existem dois assuntos que, por sua natureza, não devem ser confundidos. A alegação de que a CAIXA está mascarando seus editais com o objetivo de adquirir objeto distinto do declarado, conforme se depreende dos fragmentos acima reproduzidos, não se confunde com a discussão sobre se o objeto dos certames se conforma à modalidade do pregão, tema que será analisado oportunamente;

b) não foram vislumbrados indícios nos autos que respaldem a alegação de que os objetos reais dos certames seriam muito mais “complexos, extensos e requintados” do que aqueles descritos nos editais. Os certames destinam-se à aquisição dos produtos e serviços descritos em seus editais, não havendo como possam servir para outro propósito. Parece que a representante comete o equívoco de confundir o sistema da loteria com seus componentes. O que é complexo, extenso e requintado é o sistema da loteria on-line, não, obrigatoriamente, os elementos que o compõem. O erro de percepção sobre o real objeto das contratações parece evidente em alegações como esta:

“Cuida-se de contratações voltadas para um sistema complexo, que envolve milhões de usuários e a própria cultura do país, na medida em que se revela no exercício da busca da ‘sorte grande’, via sistema lotérico, o que remexe a própria fé do povo.” (fl. 06)

c) o objeto dos certames em tela não é o sistema lotérico, mas apenas alguns de seus elementos, especificamente os computadores (Pregão nº 127/2000) e a rede de comunicações (Pregão nº 130/2000). Sobre esse ponto, a CAIXA, em comunicado publicado nos grandes jornais (fls. 282), afirmou que:

“4. No novo modelo definido pela CAIXA, não haverá contratação de empresa operadora para o processamento de loterias. Esse papel será desempenhado pela própria CAIXA, a qual já domina hoje todo o ciclo tecnológico necessário, permitindo libertar-se de todo aprisionamento tecnológico e operacional.

5. Contrariamente ao afirmado pela GTECH, a quebra da cadeia de valor no processo produtivo é admissível nas etapas em que não há risco operacional e perda dos necessários níveis de segurança. No modelo decidido pela CAIXA, as etapas estrategicamente definidas como monoblocos serão operadas internamente, dentro dos princípios de economicidade e eficiência. Fases constituídas por produtos e serviços considerados commodities serão livremente adquiridos, utilizando-se tecnologias abertas e padrão de mercado.

6. A opção pelo modelo integrado (ou seja, uma única empresa fornecedora e operadora de desenvolvimento, processamento, captação, transmissão, central de atendimento, assistência técnica e insumos), referido no documento da CAIXA mencionado pela GTech (Ofício CEF

027/1997), fazia sentido na realidade de fevereiro de 1997, quando o modelo previa a contratação de empresa desse tipo. Desde então, passados mais de cinco anos, a evolução da Tecnologia da Informação da CAIXA aconselha a adoção de modelos abertos e flexíveis, beneficiando oportunidades de concorrência e novas parcerias na execução da atividade de loterias.

(...)

9. A afirmação da GTech de que buscou garantir para si e outros eventuais interessados uma oferta de participação integrada no processo licitatório, tem uma qualidade não mencionada: apenas uma única empresa no mercado, a GTech, tem condições de oferecer integralmente todas as fases da operação, como dito acima: desenvolvimento, processamento, captação, transmissão, central de atendimento, assistência técnica e insumos.

(...)

12. Em se tratando de processo de compras e contratações no setor público, quem elege o modelo licitacional é o órgão ou entidade promotor do certame. A GTECH, diferentemente do que afirma em seu comunicado, quer impor seu modelo conceitual à administração da CAIXA, de forma a que ela continue com o monopólio da operação das loterias.

13. No processo do TCU, referido pela GTECH, esclarecemos que existe parecer de técnico daquele Tribunal favorável ao modelo licitacional desenvolvido pela CAIXA, cuja estratégia é justamente evitar a dependência de um único operador de tecnologia.

(...)

16. Estudos da CAIXA comprovam que a segmentação do objeto apresenta vantagens técnicas e econômicas. Com a segmentação, a execução do processamento de jogos passará a ser feita pela própria CAIXA, sem participação de terceiros, e haverá contratação pela modalidade de pregão de:

- a. fornecimento e distribuição de insumos
- b. serviços de telecomunicações de dados
- c. aquisição de microcomputadores

(...)

20. A CAIXA realizou projeções de retorno financeiro, comparando os dispêndios com as faturas pelos atuais serviços da GTech com os dispêndios pelo novo modelo. Os resultados foram extremamente positivos, reforçando a decisão administrativa pelo novo modelo. Tão importante quanto a decisão baseada apenas no critério financeiro, foi a decisão de internalizar o processamento e a inteligência, garantindo para a CAIXA o domínio do ciclo completo da tecnologia de loterias.”

d) o sistema lotérico, em síntese, constitui uma rede de computadores geograficamente distribuída (WAN), contando com um nó central que é responsável pelo processamento dos dados. Apesar de, quando analisado em sua integralidade, tratar-se de um sistema sofisticado, alguns de seus componentes são usuais. Esse é o caso dos microcomputadores que a CAIXA pretende adquirir por meio do Pregão nº 127/2002, que são equipamentos padronizados e amplamente utilizados pelo mercado;

e) considerando que as alegações da representante derivam de uma visão equivocada do real objeto dos certames, o ACE considerou improcedentes as ilações da GTECH;

15.2 Impossibilidade jurídica de utilização da modalidade pregão nas licitações sob enfoque

- Alegações da representante

a) a modalidade pregão seria inaplicável à aquisição dos bens abrangidos pelo Decreto nº 1.070/1994 em geral, dentre os quais se encontram os que constituem o objeto dos referidos pregões. Nesse sentido, a GTECH afirmou que:

“O tipo de licitação ‘técnica e preço’, ademais, é incompatível com a modalidade que se pretende aplicar para o caso em testilha, como se passa a demonstrar. O Decreto nº 1.070/1994 (doc. 5) que, ao regulamentar a Lei nº 8.248/1991, dispõe sobre a contratação de bens e serviços de informática pela Administração Federal, açambarcou uma série de definições, procedimentos e caracterizações próprias para as licitações deflagradas com essa finalidade.

Num primeiro momento, verifica-se que o referido decreto impôs, em caráter obrigatório e irrevogável, que as contratações dos bens e serviços de informática e automação deveriam ser precedidas de licitações processadas sob os dísticos próprios do tipo ‘técnica e preço’, como se observa.

(...)

Resta de todo evidente que os objetos licitados, quando cotejados com o Decreto nº 1.070/1994, caracterizam-se como fornecimento de bem e serviço de informática enquadrável nas alíneas relacionadas em seu art. 2º e em seu Anexo. Com efeito, ao se constatar que os objetos licitados constituem fornecimento de bem e prestação de serviço de informática, sujeitos às determinações que emanam do Decreto nº 1.070/1994, conclui-se que devem ser aplicados os procedimentos previstos nesse mesmo diploma legal para a respectiva contratação pelo Poder Público.

(...)

Inúmeros componentes dessa Estação Financeira Lotérica estão previstos no Decreto nº 1.070/1994, que impede sua aquisição pela Administração Pública mediante qualquer outro tipo senão o de “técnica e preço”.

Ao enumerar a especificação dos equipamentos que compõem o objeto da licitação, a CAIXA descortinou seu real desiderato e revelou a verdade, pois detalhou a Estação Financeira Lotérica e despiu a veste simplista que pretendeu emprestar ao objeto. Apresentam-se, no

Termo de Referência, as reais características do bem licitado, que o qualificam como um equipamento que não pode ser licitado por Pregão, por expressa vedação legal.

(...)

Como se observa, não é necessária uma análise pericial sobre o equipamento para se constatar a ilegalidade do procedimento adotado, pois a simples comparação entre o texto do edital e a redação do Decreto 1.070/1994 e de seu Anexo já conduz à inequívoca conclusão de inadequação da via eleita. No mesmo sentido, o Termo de Referência do edital contempla outras características do produto que, pela simples comparação, evidenciam a impropriedade do procedimento adotado.”

- Análise empreendida pela unidade técnica

a) contrariando o que foi sugerido pela representante, a discussão acerca do conjunto normativo aplicável à aquisição de bens de informática pela Administração Pública não se inicia nem se exaure na análise do Decreto nº 1.070/1994. A utilização da modalidade técnica e preço para a aquisição de produtos de informática está prevista no § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/1993, verbis:

“§ 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu parágrafo 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação ‘técnica e preço’, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 08/06/1994)”

b) verifica-se que a obrigatoriedade de uso da modalidade técnica e preço para os certames que tenham como objeto bens e serviços de informática não é absoluta, pois a própria Lei de Licitações, abriu a possibilidade de uso de outra modalidade, desde que autorizado por decreto do Poder Executivo;

c) a Medida Provisória nº 2.026, de 04/05/2000, posteriormente convertida na Lei nº 10.520/2002, estabeleceu modalidade nova para a aquisição de bens comuns, conforme se depreende do seu art. 1º:

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

Parágrafo único. 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.”

d) a Lei nº 10.520/2002, ao estabelecer novas regras para a aquisição de bens comuns, revogou as leis e decretos anteriores contrários a ela. Falece, assim, qualquer alegação de prevalência de aplicação do Decreto nº 1.070/1994 sobre essa;

e) face ao exposto, o ACE considerou que os óbices de natureza jurídica apresentados pela representante não se sustentam;

15.3 Natureza dos bens e serviços a serem adquiridos – aderência ao conceito de bem comum definido na Lei nº 10.520/2002

– Alegações da representante

a) a CAIXA procurou ocultar o verdadeiro objeto dos pregões em comento. Não se trata de simples microcomputadores, mas de Estações Financeiras Lotéricas – ELF, integradas por equipamentos e softwares destinados, exclusivamente, a viabilizar o processamento dos jogos de loterias.

b) o Pregão não pode ser utilizado para a aquisição desses equipamentos, sob pena de se caracterizar desvio de finalidade de ato administrativo, pois a ELF é um bem de característica singular, que não encontra paridade em qualquer outro produto, carecendo, portanto, de características que a classifiquem como “bem comum”.

– Análise empreendida pela unidade técnica

a) ao lançar dúvidas sobre a natureza dos equipamentos a serem adquiridos, identificados pela representante como “Estações Financeiras Lotéricas” e não simples microcomputadores, a GTECH comete equívoco de natureza similar ao consignado anteriormente neste relatório, quando a empresa tomava pelo sistema da loteria o que na verdade eram seus componentes;

b) no presente caso, o equívoco reside na ausência de distinção entre a natureza de um equipamento e a sua funcionalidade. Essa última está associada à utilização, à aplicação prática do bem, enquanto a natureza está associada aos elementos, à arquitetura do equipamento. Microcomputadores são ferramentas genéricas, que suportam os mais diversos empregos, dependendo apenas da adição do pacote adequado de softwares e periféricos. Não se deve, assim, confundir a funcionalidade dos equipamentos a serem adquiridos pela CAIXA (estações financeiras lotéricas) com sua natureza propriamente dita (microcomputadores padrão IBM-PC);

c) a representante centrou sua análise na funcionalidade e não na natureza do bem. Ocorre que os softwares responsáveis pelo processamento da loteria não serão adquiridos nos pregões em comento, mas elaborados posteriormente pela própria CAIXA. Juntamente com os computadores serão fornecidos apenas os softwares básicos (sistema operacional e drivers de sistema);

d) é infundada a afirmação de que o equipamento que se pretende adquirir não seria um simples microcomputador, mas algum tipo de máquina especial. A simplicidade da máquina pode ser constatada consultando-se o Anexo I do Edital do Pregão nº 127/2002 (fls. 69 a 77), do qual constam as especificações técnicas desse equipamento. A descrição resumida da CPU é a seguinte:

– Microcomputador com microprocessador compatível com a arquitetura Intel X86, com clock mínimo de 1,2 GHz ou tecnologia superior. Compatível com FSB de 200 MHz ou superior;



- No mínimo, 256 Megabytes de memória DDR, PC 266, ou tecnologia superior;
- No mínimo, 256 Kilobytes de memória cache secundária (L2) no processador;
- Uma unidade de disco padrão IDE ultra DMA 100, ou superior, com, no mínimo, 20 Gbytes;
- Monitor de vídeo monocromático padrão VGA de, no mínimo, 9 polegadas e, no máximo, 12,1 polegadas;
- Teclado padrão AT, com layout de conformidade com ABNT-2, com conexão do tipo mini-DIN;
- Um adaptador de rede padrão Fast Ethernet/Ethernet, full duplex, auto-sense, com conexão RJ-45, que atenda os padrões do IEEE 802.3.

e) não resta dúvida sobre a natureza do bem a ser adquirido: trata-se de um microcomputador padrão IBM-PC ao qual se adicionarão os periféricos necessários. Não subsistem, portanto, as alegações da representante;

15.4 Impossibilidade de utilização da modalidade pregão para adquirir alguns dos itens pretendidos pela CAIXA

- Alegações da representante

a) existe previsão expressa no Decreto nº 1.070/1994 para a aquisição desses itens pela modalidade técnica e preço;

b) no que concerne ao Pregão nº 127/2002, esses itens seriam os seguintes (fl. 10):

“1) Leitor de Código de Barras e CMC-7;

2) Leitora Ótica de Marcas;

3) Adaptador de Rede;

4) Teclado com conector mini-DIN, com leitor de cartão magnético acoplado e certificação por laboratório;

5) Teclado de cliente padrão PIN, com interface de comunicação, leitor de cartões magnéticos, dispositivos de leitura conforme padrão ISO, sensores de detecção de presença de cartão e identificação de tarja magnética, com leitor/gravador de smartcard dotado de dispositivo de retenção do cartão;

6) Equipamentos com mecanismo de leitura, adaptação e processamento de documentos bancários, conforme padrão Febraban.”

c) no que pertine ao Pregão nº 130/2002, os serviços considerados insuscetíveis de aquisição via pregão seriam os seguintes:

- “- Teleprocessamento de informações digitais;
- Dados quantitativos e qualitativos sobre as transações;
- Informações sobre as UL;
- Descrição resumida da arquitetura e aplicação;
- Informação sobre tempo de resposta e disponibilidade;
- Descrição resumida da central de atendimento.”

d) “toma-se como exemplo, inicialmente, a característica descrita nos itens 7.4.10 e 7.8.3, que, ao descreverem dois dos componentes do produto licitado, determinam que deveria: “Possuir mecanismo de leitura, para os vários tipos de documentos de arrecadação, conforme o padrão FEBRABAN’. No entanto, o Anexo ao Decreto nº 1.070/1994 condiciona a aquisição desse tipo de bem à licitação do tipo técnica e preço, como se observa:

‘ANEXO AO DECRETO Nº 1.070, DE 2 DE MARÇO DE 1994(...)

8472.90.9900 Máquinas automáticas destinadas a operações bancárias, por exemplo: do tipo das usadas em caixas de banco com dispositivo para autenticar; distribuidores automáticos de papel-moeda; terminais de auto-atendimento bancário.’

Como se observa, não é necessária uma análise pericial sobre o equipamento para se constatar a ilegalidade do procedimento adotado, pois a simples comparação entre o texto do edital e a redação do Decreto 1.070/1994 e seu Anexo já conduz à inequívoca conclusão de inadequação da via eleita.” (fl. 19)

- Análise empreendida pela unidade técnica

a) a aplicabilidade do Decreto nº 1.070/1994 face à Lei do Pregão já foi discutida neste relatório. Como visto anteriormente, a previsão no Decreto nº 1.070/1994 de aquisição de certo tipo de bem pela modalidade técnica e preço não tem o condão de reformar lei posterior que regula de forma distinta o assunto;

b) portanto, deve-se verificar se os periféricos e serviços relacionados pela representante enquadram-se nos termos da Lei nº 10.520/2002. A representante alega que a ausência de menção expressa a esses bens e serviços no Anexo I do Decreto nº 3.555/2000, que regulamenta o pregão, seria suficiente para determinar a impossibilidade de aquisição por essa via, conforme se depreende do seguinte trecho da representação: “d) o Regulamento do Pregão não autoriza a contratação de Estações Financeiras Lotéricas, com a complexidade e exclusividade que lhe são peculiares, além de não permitir, também, que se contrate serviços destinados ao teleprocessamento de informações.” (fl. 33);

c) o analista instrutor discorda dessa posição da representante por não identificar na lista apresentada pelo Decreto nº 3.555/2000 um rol exaustivo de bens e serviços passíveis de serem adquiridos via pregão. Nesse sentido, cita o seguinte trecho de instrução lançada nos autos do

TC 014.037/2002-9, o qual tratou de questão parecida:

“16. Havia, à época da realização do pregão, duas linhas antagônicas defendidas pelos principais estudiosos da matéria. Alguns sustentavam que o Anexo II do Decreto nº 3.555/2000 era exaustivo. Portanto, era possível utilizar o pregão para adquirir somente os bens e serviços nele elencados. Em linha oposta, havia aqueles que consideravam esse rol apenas exemplificativo, o que a nosso ver é mais adequado. Ao se instituir o pregão e, conseqüentemente, o seu regulamento, buscou-se o incremento da competitividade, a ampliação das oportunidades de participação nas licitações, a contribuição para a redução das despesas, a economia imediata nas aquisições de bens e serviços, a maior agilidade nas aquisições e a desburocratização dos procedimentos. Logo, o regulamento não tinha por objetivo exaurir todas as hipóteses possíveis de aplicação do pregão, o que se buscava com a publicação do regulamento era superar as dúvidas propiciadas pelo conceito de ‘bem e serviço comum’. Assim, acreditamos que o anexo constituía uma amostra de possíveis casos em que era adequada a utilização dessa nova modalidade. Nessa linha, podemos citar trechos de alguns autores:

‘A MP copiara textualmente parte do art. 8º do Regulamento de Contratações da Anatel, ao formular a definição de ‘bem ou serviço comum’. Lembre-se que o Regulamento da Anatel enunciara, exemplificativamente, algumas hipóteses, o que já funcionava como um parâmetro hermenêutico. Mas o Dec. nº 3.555 optou por solução mais explícita, consagrando um elenco próprio de objetos comuns sujeitáveis à contratação através de pregão (...) Não se afigura cabível interpretar em termos rígidos o elenco contido no Anexo II. A ausência de rigidez se manifesta sob dois aspectos. Em primeiro lugar, o elenco não é exaustivo. Qualquer outro objeto qualificável como comum, ainda que não constante do rol do Anexo II, pode ser contratado através de pregão. Sob esse ângulo, a relação contida no Anexo II envolve um elenco mínimo, exemplificativamente indicado no Regulamento. Essa solução deriva da impossibilidade jurídica de o conceito de ‘bem ou serviço comum’, contido em diploma legislativo, ser delimitado ou restringido através de regulamento (...) Insiste-se na idéia de que o Regulamento não poderia inovar o conceito de ‘bem ou serviço comum’, nem lhe caberia a função de fornecer elenco exaustivo dos objetos contratáveis através do pregão. A relação contida no Anexo II é meramente exemplificativa. Por isso, é perfeitamente cabível aplicar o pregão para contratação de bens ou serviços de informática, bastando exame e comprovação da natureza comum do objeto. Uma impressora, um computador pessoal ou qualquer outro equipamento abrangido no conceito de Tecnologia de Informação poderão ser adquiridos através do pregão, se for possível caracterizá-los como ‘bens comuns’. Bem por isso, é irrelevante a alusão contida no item 2.5 do Anexo II, que não abrange inúmeros outros bens comuns na área de informática’ (JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. São Paulo: Dialética, 2001. pp. 21, 22 e 39).

‘O Decreto nº 3.555/2000, ao definir o rol de bens e serviços comuns, que, como já se mostrou, tem caráter meramente exemplificativo, isto se for considerado que ainda está em vigor, pretendeu restringir a aquisição via pregão a microcomputador de mesa ou portátil (notebook), monitor de vídeo e impressora. É evidente que muitos outros bens, tecnicamente considerados

como de informática, como aparelho de fac-símile (fax), são comuns e podem, sem dúvida, ser adquiridos pelo pregão.’ (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de registro de preços e pregão. Belo Horizonte: Forum, 2003. p. 439).

‘O Decreto nº 3.555/2000, com as alterações promovidas pelos Decretos nº 3.693/2000 e nº 3.784/2001, trata com mais objetividade da matéria e estabelece quais são os bens e serviços comuns a serem licitados por pregão. Segundo Justen Filho, o elenco estabelecido pelo decreto não é exaustivo, constituindo-se em relação exemplificativa.’ (DALLARI, Adilson Abreu. Administração pública: direito administrativo, financeiro e gestão pública – prática, inovações e polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 142).

17. Corroborando a idéia acima exposta, o veto ao art. 2º da Lei nº 10.520/2002 retirou do ordenamento jurídico a necessidade de regulamento a dispor sobre bens e serviços comuns. Conclui-se que a definição de bens e serviços comuns contida na própria lei é suficiente para verificar se um dado objeto é apto à contratação pela modalidade pregão. Portanto, o Decreto nº 3.555/2000 e alterações posteriores, que eram indispensáveis para a eficácia do art. 1º da Medida Provisória que institui o pregão, tornou-se prescindível ante a legislação atual, o que na nossa opinião confirma o entendimento de que o Anexo II era apenas exemplificativo e não exaustivo como pregavam alguns autores.”

d) considerando que o rol apresentado no Decreto nº 3.555/2000 tem caráter meramente exemplificativo, a simples ausência de previsão nesse normativo não impossibilita a aquisição via pregão;

e) visando subsidiar a análise da natureza dos bens e serviços que a CAIXA pretende adquirir, o analista colacionou o seguinte trecho de instrução contida no TC 014.037/2002-9:

“7. Passaremos a tratar agora de outro assunto polêmico relacionado ao pregão – a definição de bens e serviços comuns.

8. A própria Lei nº 10.520/2002, em seu art. 1º, parágrafo único, define bens e serviços comuns: “Consideram-se bens e serviços comuns, para 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”.

9. Vê-se que, no corpo da lei, já houve a conceituação do que vêm a ser bens e serviços comuns, não cabendo aos doutrinadores e estudiosos do assunto atribuírem a essa definição características que não lhe foram atribuídas no ordenamento jurídico, o que dificultaria a operacionalização do novo instrumento. Um exemplo típico nesse sentido é a interpretação equivocada de alguns escritores quando registram em seus livros e artigos de revista que “os bens e serviços comuns seriam aqueles corriqueiros no dia-a-dia da Administração, que inexigem maiores detalhamentos e especificações”, aqueles “habitualmente adquiridos pela Administração”.

10. Cabe-nos transcrever trechos do livro “Sistema de Registro de Preços e Pregão”, de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

‘A norma definiu o que deve ser entendido por bens e serviços comuns, não sendo razoável a pretensão de inserir novas características nela não expressas. São comuns os objetos cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, deixando-se de exigir, em razão do veto ao art. 2º, regulamento que defina quais são esses bens e serviços.

O conceito é:

a) genérico, abrangendo qualquer tipo de objeto manufaturado, industrializado, com funcionamento mecânico, elétrico, eletrônico, nacional, importado, de elevado preço, pronto ou sob encomenda. Também abrange qualquer tipo de serviço profissional, técnico ou especializado;

b) dinâmico, pois depende de o mercado ser capaz de identificar especificações usuais;

c) relativo, pois a identificação do objeto depende do conhecimento do mercado e do grau de capacidade técnica dos seus agentes.

O que define se um bem ou serviço pode ser considerado comum é a possibilidade de se definir padrão de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado. Afastam-se com isso:

a) a pretensão de que se trate de bem padronizado, pois o que se está a exigir é que o padrão se refira a desempenho ou características que definam qualidade;

b) a pretensão de que se trate de bem com características definidas em normas técnicas, como ABNT;

c) a pretensão de que conste de elenco definido em Decreto ou regulamento;

d) a pretensão de restringir o pregão a bens prontos, vedando seu uso para bens de encomenda; e

e) serviços singulares, na forma da Lei nº 8.666/1993, que justificam a contratação por inexigibilidade porque só um atende às características pretendidas do executor ou porque, existindo mais de um, apenas em relação a um se pode inferir ser essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto.’

11. O administrador público, ao analisar se o objeto do pregão enquadra-se no conceito de bem ou serviço comum, deverá considerar dois fatores: os padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos no edital? As especificações estabelecidas são usuais no mercado? Se esses dois requisitos forem atendidos o bem ou serviço poderá ser licitado na modalidade pregão.

12. A verificação do nível de especificidade do objeto constitui um ótimo recurso a ser utilizado pelo administrador público na identificação de um bem de natureza comum. Isso não significa que somente os bens pouco sofisticados poderão ser objeto do pregão, ao contrário, objetos complexos podem também ser enquadrados como comuns. O que se pretende com essa afirmação é orientar o gestor público a observar se, durante a realização do procedimento licitatório, devido às características do objeto, haverá a necessidade de análises mais aprofundadas quanto aos elementos técnicos, exigindo-se para tal a execução de testes que comprovem a adequação do objeto ofertado às especificações constantes do edital. Se identificada a necessidade de realização de testes ainda na realização do certame, fica evidente que esse objeto não pode ser definido como comum, sendo, portanto, impossível a sua aquisição via pregão.”

f) com fulcro no acima exposto, o ACE concluiu que os equipamentos componentes dos objetos dos pregões da CAIXA satisfazem ao critério de “bens comuns”, uma vez que seus padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos. Ele aduziu tratar-se de equipamentos padronizados, cujas características se encontram normatizadas e cujo mercado dispõe de vários fornecedores. Consequentemente, devem ser rejeitadas as alegações da representante;

15.5 Incompatibilidade entre os serviços licitados pela Caixa Econômica Federal e a modalidade de Pregão

- Alegações da representante

a) o Edital nº 127/2002 prevê o fornecimento e a instalação de 25.000 microcomputadores e periféricos, bem como a prestação de serviços de manutenção e assistência técnica, que deverão observar os padrões mínimos de qualidade exigíveis e o disposto nos Anexos desse edital;

b) vale tecer breves ponderações técnicas acerca dos serviços cuja contratação se pretende. Segundo o Dicionário AURÉLIO BUARQUE, manutenção seria:

“1. Ato ou efeito de manter(-se).

2. Medidas necessárias para a conservação ou a permanência de alguma coisa ou de uma situação.

3. V manutenção.

4. cuidados técnicos indispensáveis ao funcionamento regular e permanente de motores e máquinas.”

c) no jargão da informática, os serviços de manutenção consistem, basicamente, na conservação do equipamento ou nos cuidados técnicos indispensáveis ao seu funcionamento regular e permanente. A empresa vencedora do certame, além de fornecer os equipamentos, deverá manter seu perfeito funcionamento, promovendo, para tanto, a troca de peças que apresentem defeitos ou seu devido reparo. Já os serviços de Assistência Técnica não guardam relação com o fornecimento dos equipamentos. A Assistência Técnica consiste na mão-de-obra capacitada para

solucionar questões que exsurgem da utilização do equipamento;

d) feitas essas distinções, verifica-se que os serviços de Assistência Técnica na área de informática não podem ser contratados através de Pregão. Segundo o art. 2º do Decreto nº 1.070/1994, considera-se serviço de informática e automação, nos termos do artigo 3º da Lei nº 7.232/1984, a assistência e a manutenção técnica. Logo, é obrigatória a utilização da modalidade de técnica e preço para contratação de serviços de assistência e manutenção técnica em informática e automação;

e) o Decreto nº 3.555/2000 inseriu os serviços de manutenção no rol daqueles que podem ser licitados mediante pregão, revogando apenas parcialmente o Decreto nº 1.070/1994. Afinal, o primeiro normativo excluiu a “manutenção” da relação dos serviços que devem ser licitados pelo tipo técnica e preço, sem fazer qualquer alusão à Assistência Técnica. Logo, manteve-se inalterado o Decreto nº 1.070/1994 no tocante à obrigatoriedade da adoção do tipo técnica e preço para a contratação desses serviços. Face ao exposto, é inegável que a presente licitação para contratação de serviços de Assistência Técnica na área de informática não poderá ser processada pela modalidade de Pregão. (fls. 20 a 23)

- Análise empreendida pela unidade técnica

a) esses argumentos da representante já foram amplamente debatidos neste relatório. A alegada prevalência do Decreto nº 1.070/1994 sobre a Lei nº 10.520/2002, por contrariar as normas da hermenêutica, deve ser rejeitada de plano. A alegação de que apenas o serviço de manutenção estaria previsto no Decreto nº 3.555/2000 e, portanto, apenas ele poderia ser licitado na modalidade pregão falece quando se constata que a relação inculpada no referido decreto tem caráter meramente exemplificativo. A ausência de previsão explícita do serviço de assistência técnica não tem o condão de desqualificar a priori sua aquisição via pregão. Aliás, ao contrário, a presença do item manutenção naquele rol apenas reforça a tese da natureza “comum” desse serviço, tornando evidente a pertinência de sua aquisição via pregão;

b) a distinção entre manutenção e assistência técnica, exacerbada pela representante, não subsiste. A Resolução CONFEA nº 418, de 27/03/1998, que dispõe sobre o registro nos CREAs e a fiscalização das atividades de pessoas físicas e jurídicas que prestem serviços de projeto, fabricação, instalação, manutenção e assistência técnica de equipamentos de informática, computadores e periféricos, define, em seu art. 8º, os referidos serviços da seguinte forma:

“Art. 8º - Para os efeitos desta Resolução, define-se:

(...)

IV - Manutenção: atividade técnica que envolve a verificação do desempenho e as soluções, no local ou à distância, dos problemas que afetam o funcionamento do sistema de comunicação de dados, com substituição de componentes, módulos ou partes, incluídos testes com uso de instrumentos e aparelhos adequados;

(...)

VI – Assistência Técnica: atividade que engloba, além da manutenção, uma série de procedimentos técnicos correlatos, para a operação ótima, o acondicionamento e o suprimento de peças de reposição, visando a que o equipamento forneça ao usuário o melhor desempenho, inclusive teste e ensaio.”

c) depreende-se que a assistência técnica engloba os serviços inerentes à manutenção, além de prover a logística necessária à sua execução. Note-se que a CAIXA sempre se referiu a “serviços de manutenção e assistência técnica”. Dessarte, o ACE entendeu não haver distinção entre os dois serviços que seja capaz de impedir sua contratação em conjunto. Tal constatação apenas reforça a natureza exemplificativa do rol contido no Decreto nº 3.555/2000, já que, do contrário, não haveria sentido lógico em incluir um desses serviços excluindo o outro;

15.6 Caracterização de outros tipos de serviços como comuns

– Alegações da representante

a) não há qualquer elemento que autorize a conclusão de que serviços de suporte e de manutenção da rede de comunicações ou de instalação de equipamentos e softwares sejam comuns. Ao revés, são absolutamente incomuns, próprios, singulares e serão desenvolvidos especificamente para uma finalidade impar;

b) os serviços licitados concentram-se numa área restrita de conhecimento técnico e científico: a informática. Não são serviços comuns, padronizados ou de amplo domínio, que podem ser fornecidos por quaisquer empresas que terceirizam mão-de-obra. O refinamento do serviço, agregado à importância de se manter a lisura de todo o sistema lotérico do país, impõe que conhecimentos específicos na área de informática sejam aplicados com intensa tecnicidade. Cuida-se de sofisticado sistema integrado de captação, controle, transmissão e armazenamento digital de informações teleprocessadas, o que enquadra o objeto licitado nas definições constantes dos incisos IV e VI do art. 2º do multicitado Decreto nº 1.070/1994. Por conseguinte, devem ser aplicadas as disposições do mencionado diploma regulamentar, fazendo-se mister que a licitação seja processada sob a modalidade de concorrência, para correta aferição dos critérios próprios do tipo técnica e preço. (fls. 24 e 25)

– Análise empreendida pela unidade técnica

a) o ACE divergiu da representante, a qual, segundo ele, considera que qualquer serviço relacionado a área da informática não pode ser caracterizado como comum. Tal entendimento vai de encontro ao próprio Decreto nº 3.555/2000, que relaciona explicitamente alguns serviços na área de tecnologia de informação;

b) alguns dos serviços impugnados pela representante são acessórios ao fornecimento dos bens ou serviços principais. Não se concebe a contratação de uma rede de telecomunicações sem que a empresa fornecedora garanta a qualidade e a continuidade dos serviços contratados, sendo natural a inclusão nos serviços contratados da instalação, suporte e manutenção da infraestrutura das redes local e de longa distância. Portanto, não se trata de serviços estanques,

passíveis de contratação de terceiros, mas de serviços acessórios, cujo fornecimento é inerente à própria prestação dos serviços principais;

c) face ao exposto, o ACE conclui que carecem de fundamento os argumentos aduzidos pela representante;

15.7 Parecer elaborado por dois professores do Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais – CEFET-MG

– Considerações exaradas nesse parecer

a) os autores do parecer, Srs. Heli Santos de Oliveira e Eduardo Henrique da Rocha Coppoli teceram as seguintes considerações acerca da configuração do equipamento a ser adquirido pela CAIXA por meio do Pregão nº 130/2002:

“1 – A solução estabelecida no que se refere à captura, armazenamento e transmissão de dados, na configuração listada anteriormente, não caracteriza um processo trivial, ordinário, não consistindo em interligação pura e simples de equipamentos, havendo necessidade de cuidados e considerações quanto ao processo como um todo, conforme listaremos a seguir:

I – a adequação do ambiente físico para abrigar e suportar esta configuração de acordo com as recomendações dos fabricantes deverá ser levada em conta;

II – Aspectos sobre segurança e integridade dos dados deverão ser considerados, onde se deverá garantir operações de captura, armazenamento e transmissão sem violações e interceptações não autorizadas;

III – O sistema operacional deverá garantir a estabilidade do funcionamento e do processamento de dados lotéricos e financeiros bem como a interligação dos periféricos;

IV – É necessário software específico para fazer a captura, o processamento, o armazenamento, a impressão e a transmissão dos dados, sendo que o software para processamento de dados lotéricos demanda cuidados especiais em vista de suas particularidades;

2 – Exatamente em vista das especificidades técnicas numeradas anteriormente, os equipamentos descritos na documentação fornecida pela Caixa Econômica Federal à GTECH do Brasil Ltda., para a obtenção de solução pretendida, ou seja, uma Estação Lotérica Financeira, possuem características e componentes, conforme citados neste documento, que vão além dos encontrados em um simples microcomputador, não constituindo tal solução, como um todo, somente um PC trivial e ordinário.

3 – No item referente à impressora matricial, verificamos, após pesquisa em fabricantes, que tal impressora não é comumente encontrada no mercado pelo fato de exigir uma bobina de 81,5 mm de largura. Os padrões de mercado mais próximos são: 57mm, 69mm, 76mm ou 89mm.” (fl. 250)

– Análise empreendida pela unidade técnica

a) apesar de terem se proposto a analisar o equipamento que compõe o objeto do Pregão nº 127/2002, os pareceristas acabaram fazendo uma série de colocações estranhas ao assunto aqui discutido. Inicialmente, foi questionado o ambiente físico que vai abrigar os equipamentos, o que não tem relação com o objeto do pregão. Ressalte-se que os equipamentos serão instalados nas casas lotéricas, as quais já abrigam os terminais da loteria. Assim, não existe nenhuma característica nesses ambientes que invalide os certames na forma pretendida pela CAIXA;

b) a segunda ressalva versa sobre aspectos de segurança e integridade dos dados que trafegarão na rede. Esses aspectos estão diretamente relacionados ao software que irá rodar as aplicações lotéricas e financeiras e não aos equipamentos que serão adquiridos por meio dos pregões. Como aqui não se analisa o software que será futuramente desenvolvido pela CAIXA, essa matéria acaba sendo estranha ao tema ora analisado;

c) as dúvidas levantadas sobre a adequabilidade do sistema operacional a ser utilizado nos microcomputadores não procede. O sistema estipulado pela CAIXA – Windows 2000 – é reconhecido como padrão para a plataforma PC, fazendo parte da linha de produtos com maior parque instalado no mundo nesse tipo de plataforma. É claro que a solução alternativa em software livre (sistema operacional Linux) vem ganhando vulto nesse mercado. Sua utilização, entretanto, implicaria conhecimento e cultura da entidade nesse tipo de ambiente, o que não é o caso, já que a CAIXA não utiliza e parece não ter planos para implantar sistemas baseados nesse sistema operacional;

d) o último comentário feito refere-se ao software do sistema, o qual não compõe o objeto do pregão. É portanto irrelevante a ressalva aduzida pelos pareceristas;

e) apesar de afirmarem que os equipamentos em tela possuem características e componentes que vão além de um simples microcomputador, não constituindo um PC trivial e ordinário, os pareceristas não esclarecem quais seriam esses componentes e características. Os elementos que trouxeram à lume em seu breve estudo em nada contribuem para a fundamentação de sua conclusão;

f) a única manifestação dos pareceristas que tratou diretamente do equipamento sob enfoque foi a última, relativa à largura da bobina da impressora matricial a ser adquirida com os computadores. Alegam os autores do parecer que a bitola especificada pela CAIXA não se coaduna com os padrões usualmente encontrados no mercado. Na verdade, a largura especificada para a bobina deve-se à necessidade de as apostas impressas terem a largura admitida pela leitora de marcas (item 7.5 do Anexo I do Pregão nº 127/2002 – fl. 74);

g) as bobinas de papel utilizadas no sistema de loterias da CAIXA possuem características próprias que necessariamente as segregam dos padrões de mercado. Cite-se, a título de exemplo, que o papel tem que ter impresso em seu verso o logotipo da CAIXA, além de possuir numeração seqüencial de segurança. Assim, o fato de a bitola adotada não estar entre as mais utilizadas comercialmente não dificulta a obtenção desse insumo, pois as características de sua utilização justificam a sua escolha;

h) face ao exposto, o ACE concluiu que esses argumentos também não merecem acolhida;

15.8 Parecer elaborado pelo Professor Pedro Antônio Dourado de Rezende

– Considerações exaradas nesse parecer

a) sua tese central é um alegado risco à segurança do sistema de loterias, o qual decorreria da adoção da modalidade pregão na licitação sob enfoque. Nesse sentido, o parecerista afirmou que:

“Consistentemente, com qualquer leitura isenta das peças examinadas sob a óptica técnica, o documento de representação ressalta, em seu item III.1, à página 16, num contexto claro, profusa e inequivocamente bem documentado, que os referidos certames não tratam simplesmente da aquisição de microcomputadores (...), da contratação de Serviço de Apoio à Informática (...) e de Telecomunicações de Dados (...):

‘Mais do que isto, a Caixa Econômica Federal deflagrou certame licitatório para adquirir Estações Financeiras Lotéricas – ELF, que são integradas por um conjunto de equipamentos e softwares destinados, exclusivamente, a viabilizar o processo de jogos de loteria cuja exclusividade é da titularidade da CEF’

Diante do exposto, cumpre-se registrar (...) o fato de os jogos de azar legalizados serem processos sociais com vários interesses em ação(...). Como sistemas de informação, eles se caracterizam pelo altíssimo risco de fraude (...)

Para dar início à análise pretendida, precisamos ter em mente que o essencial para sistemas informatizados é o software e não o hardware (...) Porém, o caso em tela mostra claramente que a ré [CAIXA] negligencia como essência, no que pretende alcançar através dos atos licitatórios em tela, justamente o software (...)

O que conspurca o tipo e a finalidade licitatórias nos certames em tela, pela escolha do modo licitatório, é o fato de que, embora os bens e serviços referidos em (2.1) sejam admissíveis como licitáveis no modo escolhido, sua natureza ali complementar interdita qualquer justificativa para esta escolha. Ao revés, ao se dar, ali, à sua natureza um caráter essencial, contamina-se a escolha com riscos desnecessários e potencialmente catastróficos para os desdobramentos do certame, como se pretende mostrar. Em outras palavras, a escolha de modo licitatório nesses atos inverte o essencial e o complementar, escamoteando a verdadeira essência dos seus desdobramentos, ao custo de se admitir sua inescrutabilidade. Em resumo, pretende-se mostrar como tal escolha escamoteia o instrumento de controle do processo dos jogos de azar legalmente monopolizados pela ré – o software ‘escondido’ no pregão, ao custo da admissão de riscos socialmente inaceitáveis.” (fls. 255 a 257)

– Análise empreendida pela unidade técnica

a) o parecerista centra sua linha argumentativa no risco de fraude que pode permear a operacionalização de um sistema como o lotérico. Nesse sentido, alerta para a importância do software, que teria sido negligenciado pela CAIXA e que seria, na verdade, o essencial nos certames em comento;

b) ao mesmo tempo em que admite que os bens e serviços definidos pela CAIXA poderiam ser adquiridos por via do pregão, alega que essa modalidade “escamoteia o instrumento de controle do processo dos jogos de azar”, que se consubstanciaria no software “escondido” no pregão. Assim, procura demonstrar a impossibilidade do uso do pregão para a aquisição de softwares, já que, em suas palavras, além de não permitir aferir a qualidade dos programas, essa modalidade deve contar com uma descrição “precisa, suficiente e clara” dos objetos, objetivo inalcançável em relação a softwares;

c) segundo o ACE, o parecerista, apesar de suas abalizadas considerações, parece ter trabalhado com base somente na peça exordial apresentada pela representante, sem atentar devidamente para os termos dos editais. Caso contrário, ele teria percebido que os certames não se prestam para a aquisição dos softwares que irão gerir o sistema lotérico, mas tão somente para a aquisição dos terminais e da infra-estrutura de comunicações do sistema;

d) ao contrário do alegado, não existe software “escondido” no pregão. Os únicos softwares cujo fornecimento está previsto são aqueles estritamente necessários ao funcionamento dos equipamentos: sistema operacional e drivers (Pregão nº 127/2002) e sistema de firewall (Pregão nº 130/2002). Os softwares da loteria não estão sendo adquiridos, devendo ser desenvolvidos em um momento posterior pela própria CAIXA, que, ciente do alto risco envolvido no sistema lotérico, resolveu internalizar a inteligência do sistema ao invés de confiá-la a terceiros. Esse procedimento diverge do atual, pelo qual os softwares do sistema foram escritos e são operados pela empresa GTECH;

e) considerando que os softwares aplicativos da loteria não compõem o objeto dos certames em exame, não se verificam os pressupostos básicos sobre os quais se escorria a tese apresentada. Ainda assim, apesar de as conclusões do parecer restarem irremediavelmente comprometidas, algumas lições do renomado mestre merecem ser apreendidas. Quando o Prof. Pedro Antônio afirma que o essencial para os sistemas informatizados é o software e não o hardware e que a segurança do sistema da loteria reside basicamente no software que lhe dará vida, delimita com precisão a área de risco do sistema. Foi de posse dessa mesma percepção que a CAIXA, em seu novo modelo para a loteria, resolveu licitar o que é menos importante – os equipamentos e a infra-estrutura de comunicação (hardware) – decidindo desenvolver ela mesma o realmente estratégico – o software – que é onde reside a inteligência do sistema. Consequentemente, o ACE considerou que uma leitura atenta e crítica do parecer apresentado corrobora suas teses, não servindo para a defesa das alegações da representante, mas, ao contrário, laborando contra elas.

15.9 Alegada superioridade qualitativa do tipo técnica e preço

– Alegações da representante

a) há inúmeras vantagens na adoção do tipo técnica e preço para a aquisição dos objetos sob comento, as quais não podem ser subestimadas pela CAIXA. Assim, seria contrário ao interesse público processar tais certames na modalidade Pregão. Nesse sentido, a GTECH afirmou que:



“Não é razoável que a Administração queira se iludir para buscar uma contratação de bens e serviços que tem no preço o elemento que gabarita a prévia seleção, sem a devida garantia de que esse bem e serviço, mesmo que atenda em parte ao desiderato administrativo, deveria ser substituído por outro com o mesmo preço e maior qualidade.

Mais do que isso, é injustificável a renúncia da CAIXA a uma modalidade licitatória que melhor conforta o perfil das contratações, tutelando os verdadeiros interesses públicos e afugentando os aventureiros, os vendedores minimalistas, aqueles que apresentam um preço com menor valor mas com a qualidade tímida, que, no fundo, simulam acudir à necessidade administrativa.

A CAIXA finge querer contratar mais utilidade por um menor preço, quando, em verdade, está abdicando de contratar melhor, mitigando o aspecto técnico como a verdadeira credencial que ajusta o perfil das contratações.”

- Análise empreendida pela unidade técnica

a) a representante utiliza argumentos subjetivos para defender a superioridade do tipo técnica e preço sobre o pregão para a aquisição do objeto sob enfoque. Cumpre destacar que, delineada a possibilidade legal e técnica de realização tanto do pregão como de licitação do tipo técnica e preço, fica ao talante da CAIXA decidir, fundamentadamente, qual das variantes a seu dispor atende melhor a suas necessidades e ao interesse público;

b) no presente caso, não se vislumbram vantagens no tipo técnica e preço. Primeiro, porque os bens e serviços a serem adquiridos configuram-se comuns, de acordo com a inteligência da Lei nº 10.560/2002, pois podem ser perfeitamente caracterizados por meio de parâmetros objetivos, os quais servirão perfeitamente para a aferição da qualidade. Assim, a opção pelo pregão não relega a um segundo plano a atenção com a qualidade;

c) com fulcro nessas considerações, o ACE considerou incorretas as ilações de que a opção pelo pregão pode resultar em algum prejuízo, tanto no aspecto da qualidade dos produtos adquiridos quanto na sua adequação aos objetivos a que se destinam. Note-se que, no caso de bens comuns, o pregão oferece maior agilidade e perspectiva de preços mais baixos que uma licitação do tipo técnica e preço.

16.Paralelamente à sua atuação nesta Corte de Contas, a empresa GTECH promoveu ações judiciais visando sustar as tentativas de licitar os bens e serviços associados à loteria on-line. Para permitir o entendimento desta questão e de seus desdobramentos, o ACE relatou os fatos mais relevantes, que foram sintetizados na forma abaixo:

a) até 1997, as loterias da CAIXA não operavam on-line. Naquele ano, a CAIXA, com fulcro na Concorrência nº 01/1994, contratou a empresa GTECH, na época denominada Racimec, para operacionalizar o novo sistema. A empresa contratada ficou responsável pela totalidade dos serviços relacionados à loteria, incluindo o fornecimento de equipamentos, o processamento das apostas e a distribuição de insumos (volantes, fita para impressora, etc.);

b) esse contrato tinha vigência prevista para cinco anos. Entretanto, em 26/05/2000, ele foi rescindido e substituído por um novo contrato, firmado com a mesma empresa para a prestação dos mesmos serviços e com vigência até 13/01/2003. A nova contratação foi realizada com inexigibilidade de licitação, sob a alegação, em essência, de que a GTECH era a única empresa no mercado nacional capacitada a operacionalizar o sistema de loteria on-line. A vigência desse contrato foi prorrogada, em virtude da impossibilidade de a CAIXA licitar os serviços sob comento, até 14/04/2003. Posteriormente, foi assinado novo contrato, prevendo a prestação de serviços pela GTECH por mais 25 meses;

c) não obstante as dificuldades encontradas, os esforços da CAIXA para licitar os serviços sob enfoque começaram cedo. Em março de 2000, foi constituído Grupo de Trabalho para estudar e especificar o novo modelo conceitual do sistema lotérico e elaborar os novos editais de licitação. O primeiro resultado prático desse Grupo foi o Edital de Licitação publicado em 09/03/2001 (Concorrência Internacional nº 01/2001). Nesse certame, foi delineado um modelo de operação totalmente distinto do então existente e que permanece em vigor até hoje, tendo sido previstos dois tipos de serviços: captação/transmissão de apostas, dividida em três regiões, e processamento lotérico. Adicionalmente, foi estabelecida uma regra de auto-exclusão, a qual não permitia que um mesmo licitante concorresse aos dois tipos de serviços nem pudesse sagrar-se vencedor em mais de duas regiões de captação/transmissão;

d) inconformada com esse modelo, a GTECH ingressou nesta Corte com a Representação nº 001.616/2001-6, atualmente apensada ao presente feito. Além disso, na esfera judicial, ela impetrou o Mandado de Segurança nº 2000.34.00.036847-9 (17ª Vara Federal do DF). Por intermédio desses feitos, a representante visou participar do certame apresentando proposta única para o sistema da loteria, sem se submeter a qualquer regra de exclusão;

e) na Justiça Federal, a GTECH obteve sentença de mérito favorável ao seu pleito, o que lhe garantiu o direito de participar do certame “mediante a apresentação de proposta integrada, sem com isso excluir, impedir ou limitar o direito das demais concorrentes que pretendam apresentar propostas fracionadas ou não” (TC 001.616/2001-6 – fls. 180 a 200 do vol. 4);

f) em 27/05/2002, a Concorrência Internacional nº 01/2001 foi revogada pela CAIXA, o que determinou, no âmbito desta Corte, o arquivamento do TC 001.616/2001-6 (fls. 536 e 537);

g) diante das críticas formuladas ao edital da Concorrência Internacional nº 01/2001, a CAIXA reformulou totalmente o modelo de licitação para a loteria on-line e, em julho de 2002, lançou os pregões ora examinados. Conforme esclareceu a entidade:

“Ato contínuo a essa decisão, a CAIXA revogou o processo licitatório, que era a base do modelo anterior, visando realizar o processamento das apurações dos resultados da loteria em seu próprio parque tecnológico, com redução de custos e, principalmente, com o domínio de todo o ciclo tecnológico e operacional.

É importante destacar que, assim agindo, a CAIXA liberta-se do aprisionamento a que estava submetida, por conta da dependência de plataformas tecnológicas proprietárias, processos e equipamentos pertencentes à empresa fornecedora, fortalecendo as bases de uma gestão eficaz que esta empresa tem a obrigação de, continuamente, buscar e garantir.” (TC 001.616/2001-6 –

fl. 531)

h) a concepção de um novo modelo para a loteria foi influenciada pela estruturação da rede de correspondentes bancários implementada pela CAIXA, a qual visou levar serviços bancários mínimos aos municípios totalmente deles desprovidos. Essa rede de correspondentes bancários, conhecida como CAIXA AQUI, foi implantada para possibilitar a extensão dos programas assistenciais do Governo Federal (Bolsa Escola, Vale Gás, Renda Mínima etc.) às comunidades mais carentes, conforme se depreende do seguinte esclarecimento prestado pela instituição financeira:

“Os estudos técnicos realizados permitiram que fosse aprovado um novo modelo operacional e tecnológico para o canal lotérico da CAIXA, sustentado no aporte de conhecimento e recursos tecnológicos, especialmente nos últimos doze meses, quando a CAIXA concluiu, com sucesso, a instalação de Correspondentes Bancários em todos os Municípios brasileiros não assistidos pela rede bancária, tornando-se, assim, o primeiro estabelecimento financeiro a estar presente em todas as 5.561 comunidades municipais de nosso País.” (TC 001.616/2001-6 – fl. 531)

i) verifica-se que a revogação do certame anterior atendeu a uma necessidade evolutiva do modelo adotado para a loteria, a qual foi reconhecida pelo Exmo. Ministro-Relator, verbis:

“Dessa forma, resta examinar se a revogação da licitação sob comento, por si só, afasta o interesse público a ser tutelado pelo presente processo. Nesse sentido, cumpre examinar se a decisão da Caixa Econômica Federal atende ao princípio da razoabilidade, sem adentrar ao exame do mérito da solução proposta pela Entidade para a busca da melhor maneira de obter os serviços lotéricos.

Como informou a Entidade, a licitação foi aberta no segundo semestre de 2000, porém os estudos que envolviam a matéria foram iniciados no ano anterior, quando se concluiu que a melhor solução para os serviços lotéricos e não lotéricos a serem fornecidos seria sua prestação, nas três etapas envolvidas, por terceiros estranhos à Empresa.

Entretanto, com os percalços ocorridos no procedimento, decorrentes, basicamente, das medidas judiciais e extrajudiciais adotadas pela representante, houve a necessidade de rever-se a forma de atender à necessidade da Empresa na prestação dos serviços acima indicados. Frise-se, ademais, que a vigência do contrato que rege a matéria atualmente expira em janeiro de 2003, ensejando a adoção de novas soluções no menor prazo possível.

Nesse contexto, a própria Caixa Econômica Federal desenvolveu um novo modelo operacional e tecnológico para seu canal lotérico, que possibilita o processamento das apurações dos resultados das loterias em seu próprio parque tecnológico, tornando desnecessária a contratação de terceiros para esse fim.

Por conseguinte, entendo que a revogação da licitação ora sob exame decorreu de fatos novos supervenientes que justificam plenamente a modificação de seu objeto. Não subsistindo nenhum outro fato a ser examinado no presente feito, entendo que o processo deve ser

arquivado, tendo em vista que não mais subsiste o objeto nele tratado.” (TC 001.616/2001-6, fls. 536 e 537)

j) o ACE concluiu que a Concorrência nº 01/2000 e os atuais Pregões, apesar de se prestarem à operacionalização do sistema da loteria on-line, contemplam aproximações distintas para o mesmo problema, não sendo passíveis de cotejo entre si. Não se pode, assim, estabelecer uma relação de continuidade entre os referidos certames;

k) a empresa GTECH, inconformada com o novo modelo proposto pela CAIXA para as loterias, formulou, no âmbito desta Corte, a presente representação e impetrou, na esfera judicial, a Medida Cautelar de Atentado nº 2002.34.00.16103-2 (fls. 217 a 241 do vol. 1), a qual foi distribuída, por conexão, à MM Juíza Maisa Giudice, responsável pela apreciação do Mandado de Segurança anterior;

l) tanto na referida cautelar quanto nos elementos colacionados ao TC 001.616/2001-6 (Vols. 8 e 9), a representante alegou que esses pregões foram elaborados pela CAIXA visando “inovar a situação de fato, resguardada pelo anterior decisório” (fl. 220 do vol. 1), o que configuraria uma tentativa de burlar o provimento judicial obtido pela GTECH em sede de mandado de segurança. A acusação feita pela empresa estendeu-se à implantação da rede de correspondentes bancários, que também foi considerada pela empresa uma burla à referida sentença judicial;

m) a GTECH teve seu pedido julgado procedente, como se observa nos seguintes trechos da sentença da MM. Juíza:

“Assim, fica evidenciado de toda a documentação acostada aos autos e do mais consubstanciado no mesmo que, de fato, a CEF revogou a Concorrência Internacional nº 01/2000, em virtude da decisão judicial proferida a favor da autora, para, por outros meios, contratação direta, sem licitação, e através de pregão, ir buscar justamente o que pretendia no edital retro citado, fazendo-o, porém, através do fracionamento do objeto inicialmente proposto, de molde a esvaziar o julgado sob a argumento de inexistente ‘interesse público’.

A comprovação documental de que as contratações continuam ocorrendo deixa certo e verificável o aqui fixado.

Isso posto, JULGO PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO CAUTELAR DE ATENTADO, uma vez que se fazem presentes os específicos requisitos do art. 879, inciso III, do Código de Processo Civil, para determinar à Ré CEF o restabelecimento do estado anterior – nos moldes em que se encontrava o mesmo quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 2000.34.00.036847-9 -, com o desfazimento das contratações levadas à efeito, no que tange ao ‘Consórcio HUGHES/EMBRATEL’ e ‘PROCOMP’, efetivadas, respectivamente, por força de – no relativo ao primeiro nomeado -, contratação direta sem licitação, para aquisição de ‘sistema de transmissão de dados via satélite’ (fls. 311), e – no que toca à Segunda indicada -, por pregão levado à efeito para a ‘aquisição de terminais para pontos de venda’.

Fica a CEF, também, impedida de levar adiante toda e qualquer contratação, em qualquer modalidade, que tenha por objeto, de forma parcial ou total, o objeto inserto no Edital da Concorrência Pública Internacional nº 001/2000, em todos os seus desdobramentos, inclusive as que se encontram em vias de serem concretizadas por meio dos demais pregões que se acham em andamento.

Aplico à CEF, por força do disposto no art. 881 do Código de Processo Civil, a proibição de falar nos autos, até a purgação comprovada do atentado.

Deixo de deferir à autora a pretendida indenização tendo em vista que o prejuízo material à mesma, por força das aludidas contratações a ensejar reparação de ordem pecuniária, não restou comprovado, sendo certo, ainda, que o decisório que deu margem ao presente conferiu àquela o direito de participar do certame (Concorrência Internacional nº 001/2000) em igualdade de condições com as demais licitantes, sem contudo previamente outorgar-lhe o objeto daquele.” (fls. 240 e 241 do vol. 1)

17. Após relatar esses fatos, o ACE afirmou que a GTECH vem obstruindo na Justiça Federal as diversas tentativas empreendidas pela CAIXA para promover nova licitação para os serviços da loteria. Aduziu que a grande e única beneficiada por esse expediente é a própria GTECH que, assim, obteve a prorrogação do contrato que mantém com a CAIXA, visto que não restaram alternativas à essa Instituição. Tal fato adquire maior gravidade diante das dúvidas existentes sobre a economicidade dos contratos firmados pela CAIXA e pela GTECH (TC 018.125/1996-4). Ressalte-se que o item 9.2 do Acórdão 692/2003 – Segunda Câmara, relativo a esse feito, teve a seguinte redação:

“9.2 determinar a constituição de processo de Inspeção, a ser autuado em processo autônomo, com o objetivo de avaliar todos os preços praticados nos contratos firmados entre a Caixa Econômica Federal e a empresa GTECH para operacionalização da loteria on-line, com exceção dos já examinados neste processo, em especial para apurar eventuais danos à entidade decorrentes da concessão de reajustes de preços em valores superiores ao legalmente permitido”.

18. Em seguida, o analista instrutor lembrou que as ações promovidas pela GTECH ultrapassaram os limites da loteria, o que prejudicou a implantação da rede de correspondentes bancários da CAIXA. A GTECH alegou, com sucesso, que a implantação da rede de correspondentes bancários guardaria alguma relação com os serviços lotéricos, o que levou a MM. Juíza da 17ª Vara Federal do DF a determinar à CAIXA o desfazimento dos contratos firmados com as empresas Procomp e Hughes/Embratel, que haviam sido contratadas para implantar essa rede.

19. A operação dos correspondentes bancários, além de totalmente estranha ao negócio da loteria, cumpre enorme função social, pois é responsável pela distribuição de diversos programas sociais do Governo Federal, em comunidades desassistidas de agências bancárias, que representam exatamente os municípios mais pobres e necessitados de nosso País. Assim, a sentença que prevê o imediato desfazimento de toda a rede de correspondentes bancários, além de fundar-se em premissas inverídicas, promove enorme desserviço ao País.

20. Ainda sobre esse tema, o analista transcreveu trechos da instrução elaborada para o TC 016.988/2001-8, os quais esclarecem a distinção entre os serviços da loteria e os dos correspondentes bancários, comprovando a total autonomia dessas iniciativas:

“Segundo o entendimento da GTech, não há diferença entre Loteria e Correspondentes Bancários, já que considera que a implantação de Novos Correspondentes Bancários atinge o objeto antes definido pela Concorrência nº 001/2000. Então, qual a relação dos serviços lotéricos com os ora analisados?

4.2 Para respondermos a essa questão, impende, inicialmente, salientar a diferença entre os serviços providos pelo canal lotérico, objeto da Concorrência nº 001/2000, e pelos Correspondentes Bancários da CAIXA, objeto da presente análise.

4.2.1 A disparidade existente entre as duas atividades nos parece latente quando da análise das Leis 8.987/1995 e 9.074/1995, que dispõem sobre o regime de concessão e prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da CF. A Lei nº 8.987/1995 assim dispõe:

‘Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.’ (grifo nosso)

4.2.1.1 Assim, na forma da lei, a atividade desenvolvida em Casas Lotéricas, por tratar-se de concessão, somente pode ser delegada ao vencedor de licitação específica para esse fim.

4.2.2 Com relação à atividade de Correspondentes Bancários, a Resolução nº 2.707/2000 do Conselho Monetário Nacional, permitiu à CAIXA contratar empresas para exercer aquela atividade e assim atuar em seu nome na prestação de serviços financeiros à comunidade (fl. 21 do vol. 3). Note-se que uma Casa Lotérica pode prestar serviços financeiros, tanto que foram os primeiros correspondentes bancários do país autorizados pelo Banco Central do Brasil. Porém, um Correspondente Bancário não poderá jamais prestar serviços lotéricos.

4.2.2.1 Os Correspondentes Bancários são, em geral, supermercados, padarias e outros comércios localizados junto às comunidades carentes (fl. 23 do vol. 3). Assim, sua esfera de atuação é restrita aos serviços bancários básicos. Ademais, não existe intenção da CAIXA na extensão dos serviços lotéricos para canais fora da atual rede de agências lotéricas (fls. 01 a 05 do vol. 1)

(...)

4.6 Aproveitando as palavras da CAIXA no Agravo de Instrumento referente a Ação Cautelar de Atentado nº 2002.34.00.016103-2 (fls. 280 a 310 do vol. 6), “A contratação da Procomp e do Consórcio Hughes/Embratel teve e tem por escopo a operacionalização dos Correspondentes Bancários (instalados em padarias, farmácias, armazéns de bairro, lojas de materiais de construção, etc), ao passo que a Concorrência que está sub judice nos autos do MS nº 2000.34.00.036847-9 teve como objeto a seleção de proposta para posterior contratação de

empresa prestadora de serviços de captação e transmissão de transações lotéricas e não lotéricas realizadas exclusivamente dentro das lojas lotéricas da CAIXA. (...) O objeto do contrato firmado entre a CAIXA e a GTech mostra-se limitado, diante de seus 'consideranda' e mais cláusulas, aos serviços prestados no âmbito interno dos Agentes Lotéricos.'

4.6.1 A CAIXA acrescentou que 'Com a edição da Resolução BACEN nº 2.707/2000, que autorizou os bancos a instalarem Correspondentes Bancários em localidades desassistidas de prestação de serviços bancários, a Caixa Econômica Federal, vislumbrando a possibilidade de se ver instalada, na forma adequada, oportuna e apropriada, de forma integral sobre o território nacional, procedeu ao credenciamento dos estabelecimentos interessados, na forma da citada Resolução. (...) Para atender a esse objetivo, intentou a CEF contratar, naquelas localidades, até 2.445 correspondentes bancários, (...) dentre os estabelecimentos independentes do comércio varejista local que aí comportassem a sua presença. (...) Ocorreu, na verdade, superveniência de fatos relevantes, quais sejam a emergencialidade do pagamento do Programa 'Bolsa-Escola', que levou a CEF a proceder, como autorizado pelo Banco Central através da Resolução nº 2707/2000, ao credenciamento dos estabelecimentos comerciais apropriados para assumirem a condição de Correspondentes Bancários, não lotéricos. Em decorrência, a contratação da PROCOMP para adquirir computadores necessários ao atendimento dessas novas demandas, bem como a contratação do consórcio HUGHES/EMBRATEL para a transmissão de dados, não caracterizou ilícito mas direito da CAIXA. E quem exerce direito não pratica ilícito.' (grifo nosso) (fls. 304 e 305 do vol. 6).

4.6.2 Por todo o exposto, concluímos que a CAIXA não burlou a Concorrência nº 001/2000, tendo em vista que o Pregão nº 017/2001 refere-se à aquisição de terminais para o projeto CAIXA AQUI, não havendo relação direta com os serviços lotéricos. Isso porque, além da diferença fulgente entre os objetos dos dois certames, estes visam a prestação de serviços absolutamente distintos. Assim, não concordamos com a GTech no entendimento de que a realização do Pregão significou uma forma de burlar a decisão proferida pela Sra. Juíza Maisa Giudice, da 17ª Vara da Justiça Federal (DF), mencionada no subitem 4.1.3 desta instrução."

21. Não obstante o interesse inicial da representante de impedir a implantação da rede de correspondentes bancários, recentemente foi firmado acordo entre a GTECH e a CAIXA visando à exclusão desse ponto da discussão judicial, verbis:

"1) as partes litigantes concordam em extirpar da discussão sub judice o capítulo da petição inicial e correspondente resposta da ré relativo aos Correspondentes Bancários instalados pela CAIXA com base na Portaria nº 2.707/2000 do Banco Central do Brasil;

2) que em decorrência dessa transação parcial, a ação em referência deverá prosseguir em relação aos demais pontos sobre os quais as partes litigam;" (fl. 609)

22. Segundo o ACE, essa transação, apesar de restituir a verdade aos autos, lança a preocupação de ter sido resultado de alguma composição firmada pela CAIXA e pela GTECH durante o processo de negociação da prorrogação do contrato para a operacionalização da loteria. Entretanto, ele ressaltou que, conforme determinado pelo Acórdão 692/2003 – Segunda Câmara, está prevista a constituição de processo autônomo de fiscalização para examinar a

legalidade e a economicidade de todos os contratos firmados pela GTECH e pela CAIXA.

23.Face a essas constatações, o ACE entendeu que a representante, mais do que defender seus alegados direitos, pareceu revelar um “desiderato intimo ou recôndito” em impedir a CAIXA de licitar os serviços da loteria, atitude que poderia até ser considerada litigância de má-fé a luz do disposto no inciso III do art. 17 do Código de Processo Civil, verbis:

“Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

(...)”

24.Com espeque no acima exposto, o analista propôs que, consoante autorizado na Portaria nº 01 GM-BZ, de 03/04/2003, fossem prestadas as informações requeridas pela Procuradora da República Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento. Quanto ao mérito, ele entendeu que o Tribunal deve:

a) conhecer, com fulcro no § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/1993 c/c o inciso VII do art. 237 do RI-TCU, da presente representação para, no mérito, considerá-la improcedente, sem prejuízo de emitir, com fundamento no inciso II do art. 250 c/c o parágrafo único do art. 237, ambos do RI-TCU, as seguintes determinações à Caixa Econômica Federal:

a.1) despender os esforços necessários à defesa da entidade na esfera judicial com vistas à superação dos óbices que impedem a realização dos certames relativos à loteria on-line, evitando, assim, ter que efetuar nova contratação sem licitação dos referidos serviços;

a.2) nos certames relativos à loteria on-line, preservar, na medida exigida pelo interesse público, os avanços delineados no novo modelo conceitual para a loteria on-line, adotado nos Pregões nºs 127, 130 e 135/2002;

b) dar ciência da deliberação que vier a ser adotada nos presentes autos, mediante a remessa de cópia da decisão, acompanhada do relatório e voto que a fundamentarem, aos seguintes interessados:

b.1) à representante – empresa GTECH Brasil Ltda, CNPJ: 33.643.305/0001-70;

b.2) à Caixa Econômica Federal;

b.3) ao Ministério Público Federal, na pessoa da Procuradora da República Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento, para que promova, dentro de suas competências, as medidas que julgar convenientes face ao relatado no presente feito;

c) arquivar, nos termos do inciso II do art. 250 c/c o parágrafo único do art. 237, ambos do RI-TCU, os presentes autos.

25.A proposta do analista foi acolhida pelo titular da 2ª Secex, que determinou, ainda, o envio das informações solicitadas pela Dra. Raquel Branquinho (fl. 649).

26.Em 13/01/2004, o Escritório Alcoforado Advogados Associados S/C renunciou aos poderes que lhe haviam sido conferidos pela GTECH. Em 19/01/2004, o Escritório Fischer e Foster Advogados também renunciou a esses poderes (fls. 658 a 660).Em 02/02/2004, a GTECH solicitou a juntada aos autos da procuração outorgada pela empresa ao Escritório de Advocacia Sigmaringa Seixas S/C (fl. 681).

27.Em 18/02/2004, dada a complexidade do tema ora sob exame, solicitei a manifestação do Ministério Público junto ao TCU (fl. 714).

28.Em 03/03/2004, o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Dr. Lucas Rocha Furtado, emitiu minudente parecer do qual destaco os seguintes pontos (fls. 715 a 724):

28.1Conhecimento da representação

- a presente representação pode ser conhecida, ex vi do disposto no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 c/c art. 237, inciso VII, do RI/TCU;

28.2Exame da legalidade dos atos administrativos

- o rol de bens e serviços comuns, constante do Anexo II do Decreto nº 3.555/2000, não é *numerus clausus*. Conforme Marçal Justen Filho: “Em primeiro lugar, o elenco não é exaustivo. Qualquer outro objeto qualificável como comum, ainda que não constante do rol do Anexo II, pode ser contratado através de pregão. Sob esse ângulo, a relação contida no Anexo II envolve um elenco mínimo, exemplificativamente indicado no regulamento federal. Essa solução deriva da impossibilidade jurídica de o conceito de ‘bem ou serviço comum’, contido em diploma legislativo, ser delimitado ou restringido através de um regulamento federal.” (obra citada. p. 32)

- nesse mesmo sentido, Sidney Bittencourt afirmou que: “É cediço que a regulamentação, ora posta, não diz respeito somente ao elenco de bens e serviços comuns, listados no anexo II do Regulamento aprovado pelo Decreto, mas sim de todo o diploma.” (Comentários ao Decreto nº 3.555/2000 e ao Regulamento do Pregão. Temas & Idéias, Rio de Janeiro, p. 22);

- a Lei nº 10.520/2002 não prevê a necessidade de delineamento ou detalhamento, via regulamento, do que seria um bem comum. Daí se admitir como não taxativa, mas sim meramente exemplificativa e orientadora, a relação constante do Decreto nº 3.555/2000. Dessa forma, revela-se frágil o argumento fundado no fato de os serviços de assistência técnica, previstos no Edital do Pregão nº 127/2002, não constarem do rol inserto no Anexo II do referido Decreto. Também por isso, admite-se a aquisição de microcomputadores e periféricos por meio de pregão;

- nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, os bens e serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado. O § 2º do art. 3º do Decreto nº 3.555/2000 repete a definição legal. A concisão das definições dadas pelas normas legal e regulamentar sobreleva a importância do entendimento doutrinário sobre a caracterização do que é um bem ou serviço comum. Esclarece Benedicto de Tolosa Filho que a “licitação na modalidade pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, estes definidos como de padrão e tendo a característica de desempenho e qualidade que possam ser estabelecidos de forma objetiva, ou seja, sem alternativas técnicas de desempenho dependentes de tecnologia sofisticada.” (Pregão. Uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9).
- ainda sobre a definição de bens e serviços comuns: “Trata-se, portanto, de bens e serviços geralmente oferecidos por diversos fornecedores e facilmente comparáveis entre si, de modo a permitir a decisão de compra com base no menor preço” (destaque no original, Arídio Silva e outros. Desvendando o Pregão Eletrônico. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 34);
- compulsando o Anexo I do Edital do Pregão nº 127/2002 (fls. 53 a 200), verificou-se que os bens ali descritos coadunam-se com a definição de bem comum, pois são equipamentos comumente utilizados em tarefas reputadas básicas, sobretudo se for considerada a vasta complexidade e a grande variedade de equipamentos disponíveis no mercado. Não há nada de especial ou incomum em microcomputadores (com gabinete principal, adaptador de rede e unidade de disco rígido), monitores de vídeo monocromáticos, teclados, impressoras matriciais, leitores de caracteres e códigos de barras, leitora ótica de marcas, teclados de clientes, mouses, leitoras manuais de códigos de barras e no-breaks. Tais bens podem ser oferecidos por diversos fornecedores e as várias marcas disponíveis no mercado podem ser facilmente comparadas entre si. Ademais, prescindem de especificações ou soluções que não as usuais de mercado;
- o objeto do Pregão nº 130/2002, consoante seu Edital (fls. 368 a 400), é composto por serviços facilmente comparáveis entre si, que podem ser prestados por diversas empresas e cuja qualidade e produtividade podem ser estabelecidas objetivamente. Assim, não há obstáculos à necessária comparação entre propostas. A grande quantidade de empresas potencialmente qualificadas para a prestação de serviços dessa espécie descaracteriza a alta complexidade sustentada na Representação. Se os serviços não beiram a trivialidade, longe estão do grau de dificuldade que desautorizaria o certame na modalidade de pregão;
- o sistema lotérico como um todo, esse sim, pode ser reputado como complexo, contudo, ele não é objeto de qualquer dos certames licitatórios em tela. Importa frisar que a CAIXA não pretende contratar empresas para processar as loterias, como se depreende do seguinte trecho: “4. No novo modelo definido pela CAIXA, não haverá contratação de empresa operadora para o processamento de loterias. Esse papel será desempenhado pela própria CAIXA, a qual já domina hoje todo o ciclo tecnológico necessário, permitindo libertar-se de todo aprisionamento tecnológico e operacional” (fl. 281);
- a alegação de que as compras de equipamentos de informática, por exigência do Decreto nº 1.070/1994, devem ser precedidas de licitação do tipo “técnica e preço” não merece prosperar. A Lei nº 10.520/2002, diploma mais recente e hierarquicamente superior, revogou as

disposições a ela contrárias contidas no Decreto nº 1.070/1994. Assim, foi revogado o artigo desse Decreto que exigia o tipo “técnica e preço” para toda e qualquer licitação para contratação de “bens e serviços de informática”. Ressalte-se que, até o advento da Lei nº 10.520/2002, a aquisição de equipamentos de informática necessariamente devia ser precedida de licitação do tipo “técnica e preço”, em razão do art. 45, § 4º, da própria Lei nº 8.666/1993, in verbis:

“Para a contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu § 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação técnica e preço, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo”.

- a Lei nº 10.520/2002, não obstante, abriu possibilidade de aquisição de equipamentos de informática precedida de licitação na modalidade pregão. O uso do pregão, em substituição a alguma modalidade prevista na Lei nº 8.666/1993, é faculdade da Administração. Haja vista o disposto no art. 45, § 4º, da Lei de Licitações, caso o administrador opte por uma das modalidades “clássicas”, definidas nessa Lei, para a compra de bens de informática, terá que observar o tipo “técnica e preço”. In casu, os gestores da CEF poderiam ter optado por uma concorrência do tipo “técnica e preço”, assim como poderiam – e assim fizeram – decidir pela licitação na modalidade pregão. Em verdade, uma vez cumprida a condição concernente ao objeto (bens ou serviços “comuns”), a licitação na modalidade pregão, em tese, não apresenta desvantagem qualitativa em relação à licitação do tipo “técnica e preço”. Aduz-se que o pregão é mais célere e ágil e possibilita a obtenção de preços mais baixos;

- a instrução da unidade técnica demonstrou a improcedência dos argumentos aduzidos ao longo dos Pareceres lavrados pelo Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais – CEFET/MG e pelo Professor Pedro Antônio Dourado de Rezende (fls. 632 a 636);

- o intento da GTECH, com a presente Representação, é postergar ao máximo a realização de licitações que darão à Caixa Econômica Federal condições de implantar o novo sistema de loterias. A partir desse novo sistema, a CAIXA terá total controle do processamento lotérico, fugindo em definitivo da situação de dependência que hoje amarga em relação à GTECH. Nesse sentido, é importante lembrar que o TCU decidiu (Acórdão 38/2003 – Plenário TC 004.507/2002-3, que trata de relatório de auditoria realizada nos sistemas de processamento das loterias de prognósticos da CEF):

“9.2 – determinar à Caixa Econômica Federal que:

a) adote meios para absorver e dominar o conhecimento pleno do Sistema processado pela empresa GTECH do Brasil Ltda., nos termos da cláusulas 8.1, 8.33 e 18.4 do contrato assinado em 2000”.

- cumpre ressaltar, ainda, que a 2ª Câmara do TCU decidiu (Acórdão 692/2003 TC 018.125/1996-4, que trata de auditoria realizada na Caixa Econômica Federal para exame de contratações realizadas na área de informática):

“9.1 converter, com fulcro no art. 47 da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 252 do Regimento Interno do TCU, o presente processo em Tomada de Contas Especial, determinando, nos termos dos arts. 10, § 1º, e 12, inciso II, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 202, inciso II, do RI/TCU, a citação dos responsáveis abaixo nominados, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentem alegações de defesa, quanto ao prejuízo decorrente da contratação dos serviços de operacionalização dos sistemas de loterias da Caixa Econômica Federal com preços alterados em relação aos propostos pela licitante, e/ou recolham, solidariamente, aos cofres da Entidade, a quantia de R\$ 91.974.625,10 (noventa e um milhões, novecentos e setenta e quatro mil, seiscentos e vinte e cinco reais e dez centavos), atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculados a partir de 26/05/2000;

Responsáveis: Empresa GTECH Brasil Ltda. CNPJ: 68.926.682/0001-00, Eduardo Tavares Almeida CPF: 114.741.221-91, Isabel Pereira de Souza CPF: 039.675.065-68, José Maria Nardeli Pinto CPF: 183.002.781-68, Sandra Beatriz Bairros Tavares CPF: 087.933.440-15, Sérgio Cutolo dos Santos CPF: 057.187.911-04 e Valter Hiebert CPF: 026.311.137-72”

- o prejuízo que ensejou a citação da GTECH decorreu de mudança na remuneração da contratada, tendo seu montante resultado do cotejo entre os valores efetivamente pagos pela CAIXA e aqueles que seriam devidos caso a proposta ofertada pela licitante tivesse sido observada. Isso demonstra o quão vantajoso foi para a GTECH contratar com a CAIXA e prorrogar sucessivamente o contrato e explica o interesse no adiamento dos Pregões nº 127 e 130/2002. De ressaltar que a CAIXA, desde 2001, busca realizar licitações destinadas a conferir-lhe autonomia para administrar e gerenciar o sistema de loterias. Esse intento não foi alcançado em função de liminares concedidas pela Justiça Federal à GTECH, as quais obrigaram a CAIXA a prorrogar sistematicamente seus contratos com essa empresa;

- a realização das licitações impugnadas pela representante revela não apenas a legítima preocupação da CAIXA, de natureza estratégica, no sentido da obtenção do controle total das operações lotéricas, mas também a pretensão, de cunho econômico, de abrir os grilhões que a prendem a contrato francamente oneroso. Assim, os questionados atos praticados pelos gestores da CAIXA, na verdade, demonstram respeito pelo interesse público, haja vista a tentativa de otimização dos serviços prestados pela instituição e a busca por soluções mais econômicas.

29.Com fulcro nessas considerações, o eminente representante do Parquet especializado manifestou anuência à proposta aduzida pela Unidade Técnica às fls. 645, 646 e 649.

30.Em 11/03/2004, o Dr. Arnaldo Versiani Leite Soares, advogado da GTECH, apresentou memorial, cuja juntada aos autos foi por mim autorizada (fls. 727 a 747). Nesse documento, o procurador da representante levantou os seguintes questionamentos:

30.1Perda de objeto da presente representação

a) os pregões sob comento teriam perdido os respectivos objetos, não só pelo decurso do tempo, mas também porque a CAIXA não mais demonstraria qualquer interesse em realizá-los;



- b) o próprio relatório da 2ª Secex discorreu sobre a perda de objeto do TC 001.616/2001-7, em apenso, pois nele se examinava a Concorrência Pública Internacional nº 01/2000, que foi posteriormente revogada pela CAIXA;
- c) a GTECH pretendeu, por meio da presente representação, suspender a realização dos pregões nº 127 e 130, ambos de 2000, os quais foram posteriormente suspensos por força de decisão judicial, a qual também se esvaiu em virtude do decurso do tempo;
- d) o contrato de prestação de serviços firmado pela GTECH e pela CAIXA foi prorrogado por mais 25 meses, a partir de 14/04/2003;
- e) face ao exposto, indaga-se: não realizados os pregões sob enfoque em 2002 e estando prorrogado o contrato até 2005, qual o resultado prático de analisar-se a legitimidade daqueles pregões, se a CAIXA não demonstra interesse em realizá-los? Essa falta de interesse não significa que a CAIXA não deseje a manutenção daquele mesmo sistema de pregões para a prestação de serviços lotéricos no futuro;
- f) a CAIXA poderá adotar o sistema que melhor lhe aprouver e parece estar em andamento estudo nesse sentido, visando saber qual é o melhor sistema de operação dos serviços de loteria. A GTECH jamais questionou esse poder da CAIXA nem visou paralisar o sistema de loteria ou qualquer forma de licitação. A GTECH impugnou edital de licitação que a impedia de apresentar proposta integrada para todas as regiões do país. Essa impugnação não vedava a realização da concorrência, a qual foi cancelada ou revogada pela CAIXA;
- g) posteriormente, a CAIXA resolveu lançar vários pregões, que eram subterfúgios para escapar dos efeitos da sentença concessiva da segurança que assegurou à GTECH a apresentação de proposta integrada. Isso porque, ao dividir os serviços lotéricos, a CAIXA impedia a GTECH de apresentar proposta integrada para todos esses serviços. Tanto isso é verdade que a justiça decidiu haver a CAIXA praticado atentado contra aquela sentença e, por isso, foram suspensos os pregões, até que ela purgasse o atentado, isto é, restaurasse os efeitos da sentença concessiva da segurança. Esse foi o direito exercido pela GTECH, que não pode ser confundido com litigância de má-fé;
- h) suspensos os pregões, não há como retomá-los em 2004 porque as soluções tecnológicas sofreram inúmeras transformações;
- i) a representação não pode ser convertida em espécie de consulta, como parece ser a proposta da 2ª Secex;
- j) tanto perderam o objeto as medidas judiciais que resultaram na suspensão dos pregões, que a Presidência do STJ, recentemente, determinou se expedisse ofício ao TRF da 1ª Região e ao TCU, para que fosse informado o andamento dos respectivos processos, pois o próprio pedido de suspensão formulado pela União Federal está paralisado no STJ desde o início de 2003, o que demonstraria a falta de interesse das partes na realização daqueles pregões;

30.2 Decisão anterior do TCU que vedaria a utilização da modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços de informática

a) o TCU teria apreciado matéria semelhante à contida nos autos, decidindo que não é possível utilizar-se a modalidade pregão para a aquisição de serviços e produtos de informática. Naquela oportunidade (Acórdão 691/2003 TC 009.901/2002-4), o Ministro-Relator Marcos Bemquerer Costa definiu da seguinte forma o objeto do pregão:

“O pregão nº 37/2002 visava à aquisição de 3.543 microcomputadores e ao fornecimento de 28 licenças de ferramenta/software de gerenciamento, 28 licenças de clientes para acesso, administração, gerenciamento e configuração remota de ferramenta/software de gerenciamento, 3.543 licenças para agentes da mencionada ferramenta de gerenciamento e 43 licenças do Sistema Operacional MS – Windows NT Server 4.0 ou superior, além de garantia e suporte técnico pelo período de 36 meses, conforme edital de fls. 110 a 176.”

b) em outras palavras, visava-se adquirir bens e serviços de complexidade significativamente inferior àquela dos bens e serviços cuja aquisição era objetivada pela CAIXA por meio dos pregões nº 127 e 130/2002;

c) ao julgar o referido processo, o TCU decidiu:

“9.2 determinar ao Tribunal Superior Eleitoral que:

9.2.1 abstenha-se de utilizar a modalidade pregão para a aquisição de produtos e serviços de informática com nível de complexidade similar ou superior àqueles objeto do Pregão nº 37/2002”

d) como destaca o respectivo voto:

“13. De acordo com o § 2º do art. 3º do referido Decreto nº 3.555/2000, consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser concisa e objetivamente definidos no edital, em perfeita conformidade com as especificações usuais praticadas no mercado, de acordo com o especificado no Anexo II. Na redação original, o mencionado anexo II previa a possibilidade de aquisição de equipamentos e utensílios em geral, exceto de informática (itens 2.2 e 2.3 do Anexo).

14. O Decreto n. 3.693/2000, entre outras providências, inseriu outros bens e serviços comuns no Anexo II do Decreto n. 3.555/2000, sendo incluído o item 2.5 ao novo Anexo correspondente a “Microcomputador de mesa ou portátil (notebook), monitor de vídeo e impressora”, permanecendo, entretanto, os itens 2.3 e 2.4 com a redação original, ou seja, excetuando a possibilidade de equipamentos e utensílios na área de informática.

15. Consoante ressaltado pela 3ª Secex, o administrativista Marçal Justen Filho enfatiza o entendimento de que, mesmo nos casos em que o bem esteja referido no Anexo II da norma regulamentadora do pregão, a contratação não poderá fazer-se por meio dessa nova modalidade, na hipótese de a Administração necessitar de bens com características peculiares

(“Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico”).

16. O professor Jessé Torres Pereira Júnior registra, em seu artigo “Pregão, a sexta modalidade de licitação”, que 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 n. 2.026/2000 (art. 4º, V). Veja-se que, na sucessão de 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”.

17. Continua o autor por último mencionado, “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 n. 8.666/1993, art. 445, § 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 tipo menor preço, caracterizando-se como bens ‘comuns’.”

18. Considerando a especificidade do objeto do Pregão n. 37/2002 – a aquisição de 3.543 microcomputadores e o fornecimento de 28 licenças de ferramenta/software de gerenciamento; 28 licenças de cliente para acesso, administração, gerenciamento e configuração remota de ferramenta/software de gerenciamento; 3.543 licenças para agentes da mencionada ferramenta de gerenciamento; e 43 licenças do Sistema Operacional MS/Windows NT Server 4.0 ou superior, além de garantia e suporte técnico pelo período de 36 meses – parece restar demonstrado que a modalidade de licitação escolhida não foi a mais adequada”;

d) se para a aquisição de 3.543 microcomputadores e fornecimento de certas licenças de software, decidiu o TCU não ser possível a realização de pregão, como essa mesma modalidade pode ser adotada pela CAIXA para adquirir 25.000 microcomputadores e periféricos, bem como para contratar a prestação de serviços de telecomunicações de dados para a captação e transmissão bidirecional de transações lotéricas e não lotéricas?

e) o relatório da 2ª Secex procura tratar a questão como se fosse uma mera compra de microcomputadores, quando a questão envolve a prestação de serviços de telecomunicação, manutenção e assistência técnica. Mas não é só, ainda de acordo com aquele relatório, é perfeitamente possível adquirir primeiro os equipamentos e depois o programa de computação, o que contraria a lógica e a economicidade, podendo causar prejuízos à CAIXA;

30.3 Das premissas da análise contida no Relatório da 2ª Secex

- a) esse relatório analisou individual e separadamente o objeto de cada um dos pregões, esquivando-se de abordar esses objetos de forma conjunta e em relação ao sistema lotérico objetivado pela CAIXA, conforme requerido;
- b) a representação, entre outras coisas, versa sobre o desvio de finalidade do ato administrativo que autorizou os Pregões em decorrência de neles haver inadequação da finalidade da licitação com o objeto licitado. A inadequação decorreria de ser o objeto licitado nos pregões, individual e coletivamente considerados, “bens e serviços de informática e de automação” e, por conseguinte, não passível de licitação por meio da modalidade pregão. A representação foi feita simultaneamente em relação a ambos os pregões porque a GTECH entende que os respectivos objetos, individual e conjuntamente, não se constituem em meras commodities e encobrem a aquisição fracionada de bem mais sofisticado e complexo;
- c) o processamento distribuído, aspecto essencial aos procedimentos de segurança inerentes à topologia e à aplicação objetivadas pela CAIXA, justamente o que impõe a análise integrada do objeto dos pregões e do sistema lotérico, é simplesmente ignorado, não obstante a própria CAIXA haver expressado que o objeto das aquisições em apreço destina-se a integrar o Sistema Lotérico;

30.4Da análise técnica

- a) ao contrário da GTECH, que colacionou pareceres dos especialistas e cópias de publicações a respeito da matéria técnica objeto das aquisições, o relatório da 2ª Secex se limitou a copiar as especificações técnicas constantes dos editais dos Pregões e a negar sumariamente os aspectos técnicos apontados pela GTECH e pelos consultores técnicos. As conclusões basearam-se exclusivamente no entendimento do auditor, o qual, com raras exceções, analisou a aquisição do item microcomputador, como se nenhum outro item integrasse os pregões;
- b) o relatório afirma que a GTECH teve dificuldade em diferenciar a natureza dos equipamentos das funcionalidades deles mesmos e que, portanto, confunde o Sistema de Loterias com os seus componentes. Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que a GTECH não afirmou que o objeto dos pregões é o Sistema Lotérico, mas apenas que esse sistema é complexo e sofisticado e que, embora nem todos os seus componentes sejam sofisticados ou complexos, o objeto dos Pregões é mais sofisticado, complexo e possui mais características de interdependência e organicidade do que querem fazer parecer os respectivos editais;
- c) de acordo com o relatório, “a funcionalidade está associada ao tipo de utilização, à aplicação ao qual se destina o bem, enquanto sua natureza está associada aos seus elementos, à sua arquitetura” e conclui tratar-se meramente de “um computador padrão IBM-PC ao qual se adicionarão os periféricos necessários”. São desconhecidos os fundamentos técnicos e científicos de tal distinção entre natureza e funcionalidade. Na ausência de fontes técnicas, recorreu-se àquelas mais coloquiais e também sob esse prisma os termos “natureza” e “funcionalidade” não têm acepções nos dicionários que sustentem a utilização pretendida pela Secex. Natureza diz respeito a essência, caráter ou espécie, nada tendo a ver com elementos ou arquitetura. Funcionalidade não se refere à utilização mas àquilo que é funcional, que está

relacionado com as funções vitais. Talvez o termo natureza queira significar hardware com arquitetura padrão IBM-PC, o que seguramente não inclui a “natureza” dos demais equipamentos objeto dos pregões, em particular, os equipamentos bancários e, absolutamente, os serviços de comunicação e teleprocessamento. Quanto ao termo funcionalidade, sua nova acepção seria a sua destinação ou aplicação. O relatório parece compor periféricos com o software que sequer é objeto do pregão. A real natureza do objeto do Pregão nº 130/2002 é serviços de comunicação e teleprocessamento de dados e a do objeto do Pregão nº 127/2002 é equipamento eletrônico de aquisição e processamento de dados bancário-financeiros. As funcionalidades aplicadas ao microcomputador transformaram-no em uma estação de serviços bancários, em conformidade com os padrões da Febraban;

d) a classificação proposta pela 2ª Secex não se sustenta, uma vez que o critério carece de embasamento técnico e metodológico e contraria o parecer de especialistas, colacionados nos autos. Além disso, as aquisições em apreço não versam exclusivamente sobre a aquisição de microcomputadores mas também de periféricos notadamente especializados e incomuns. Inexiste no mercado brasileiro qualquer programa de uso comum apto a fazer uso de todas as características da referida configuração;

e) o multicitado equipamento IBM-PC representa menos de 40 % do custo total do hardware, consoante estudos da CAIXA;

f) a integração dos sistemas foi, em geral, desconsiderada. Quando abordada, o foi de forma pouco técnica;

g) a GTECH não é a única empresa no mundo com recursos e tecnologia para prestação de serviços de loterias, embora trabalhe com vistas a ser a melhor;

h) não procede a afirmação constante do relatório de que os softwares da loteria não estão sendo adquiridos porque serão desenvolvidos em um momento posterior pela própria CAIXA. É notório que a última coisa a ser adquirida é o hardware, porque o software tem um desenvolvimento mais custoso e demorado. Se, de fato, inexistisse o software, a CAIXA não teria como testar a compatibilidade e a integração dos equipamentos ao sistema posteriormente ao anúncio do vencedor dos pregões. Por consequência, caso mais tarde somente uma das partes do sistema viesse a funcionar, o que seria feito? Na eventualidade de um tal problema ocorrer, haveria um ônus para o Poder Público;

i) os padrões mencionados nos editais são mínimos, o que equivale a dizer que os equipamentos a serem adquiridos podem se conformar aos editais e não atender às necessidades do sistema. De se indagar se o item assistência técnica não seria destinado a resolver esse eventual problema, cuja ocorrência acarretaria custos adicionais para a CAIXA;

j) o relatório, ao tratar do tema assistência técnica, recorreu à Resolução Confea nº 418, cujas definições diferem substancialmente das existentes no Regulamento do Imposto de Renda e na Lei de Propriedade Industrial. A definição do CONFEA aplica-se exclusivamente a engenheiros, arquitetos e agrônomos, não se aplicando à área de sistemas;

k) em suma, o relatório da 2ª Secex não contém análise técnica apta a definir o objeto dos pregões com vistas à determinação de seu enquadramento legal;

30.5 Da análise jurídica

a) a Lei nº 10.520/2002 não revogou expressamente as Leis nº 8.666/1993 e nº 8.248/1991 nem o Decreto nº 1.070/1994. Além disso, a Lei nº 10.520/2002 visou introduzir nova modalidade de licitação, o pregão, que é regulada subsidiariamente pela Lei nº 8.666/1993 e objetiva única e exclusivamente adquirir bens comuns, cuja definição não coincide com a de bens e serviços de informática e automação;

b) no multicitado Acórdão 691/2003, o TCU refutou a tese de que bens e serviços de informática são comuns. Considerando que o objeto desta representação atinge nível de complexidade muito superior ao analisado naquela oportunidade, conclui-se que a mesma conclusão aplica-se agora: o pregão não pode ser utilizado;

30.6 Considerações sobre suposta litigância de má-fé

a) não se consegue atinar com a razão pela qual a 2ª Secex entendeu que a GTECH promoveu litigância de má-fé. A uma, porque todas as decisões judiciais proferidas nos processos ajuizados pela representante foram corretas, tanto que nenhuma delas foi modificada no mérito. No pedido de suspensão formulado pela União Federal, o qual visava permitir que a CAIXA prosseguisse na realização dos pregões objeto desta representação, a Presidência do STJ ressaltou “não haver comprovação pela CAIXA de que o novo modelo de contratação é o melhor ou o de menor custo, enquanto não for estimado o custo de transição, o prejuízo alegado pela requerente é mera suposição.” A duas, não compete ao TCU manifestar-se sobre decisões judiciais e também não cabe à equipe de auditoria imputar a quem quer que seja pretensa litigância de má-fé. A três, quem foi considerada pela Justiça litigante de má-fé não foi a GTECH mas a CAIXA, por haver oposto, por duas vezes, embargos de declaração manifestamente protelatórios, tanto que a CAIXA foi condenada a pagar multa de 1 % do valor da causa. Aduz-se que a CAIXA foi até mesmo proibida de falar nos autos de medida cautelar de atentado. Ademais, não se compreende a proposta de cientificar o Ministério Público para que promova as medidas que julgar convenientes, como se a CAIXA não dispusesse de corpo jurídico próprio ou estivesse sendo omissa em sua defesa. Finalmente, não existe mais nenhuma ativa batalha no campo judicial entre a CAIXA e a GTECH. Todos os processos remontam aos anos de 2000 a 2002 e, desde o início de 2003, não houve nenhum andamento novo nem outras medidas judiciais, o que corrobora a perda de objeto daqueles processos;

b) não é verdadeira a afirmação de que a grande e única beneficiada pelas ações judiciais é a GTECH, que teria obrigado a CAIXA a prorrogar seguidamente o contrato que com ela mantém. Primeiro, porque não houve reiteradas prorrogações do contrato, mas apenas duas, em janeiro e abril de 2003. Depois, a última prorrogação importou na redução do preço em 15 %, tendo sido também firmado acordo pelas partes nos autos da medida cautelar de atentado, possibilitando que a CAIXA executasse os serviços relativos aos correspondentes bancários. Por último, cumpre ressaltar que a GTECH nunca impediu a realização de licitações, mas somente assegurou o direito de apresentar proposta integrada.

31.Com fulcro no acima exposto, a GTECH, por intermédio de seu procurador, solicitou que a presente representação seja julgada prejudicada, devido à perda de seu objeto, ou que, na linha do Acórdão 691/2003, abstenha-se a CAIXA de promover pregão para a aquisição de bens e serviços de informática.

32.Cumpre registrar que a Procuradora da República Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento solicitou informações sobre a tramitação deste processo, as quais foram encaminhadas por intermédio do Ofício 2ª Secex nº 485/2003.

33.O Exmo. Ministro Nílson Naves, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, solicitou informações sobre o andamento do TC 001.616/2001-6, apensado ao presente processo. Essa solicitação foi atendida por intermédio do Aviso nº 441/2004 – GP/TCU.

É o relatório.

Voto do Ministro Relator

I – Do conhecimento da presente Representação

Em conformidade com o inciso VII do art. 237 do Regimento Interno do TCU, a legitimidade para representar a esta Corte pode ser conferida por lei específica. No presente caso, verifica-se que o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 concedeu legitimidade a qualquer licitante para representar a este Tribunal contra supostas irregularidades na aplicação da referida lei. Diante disso, fica patente a legitimidade da empresa GTECH do Brasil Ltda. para ingressar com a presente representação, a qual atendeu, ainda, aos requisitos insculpidos nos artigos 235 e 237, parágrafo único, ambos do Regimento Interno desta Corte. Consequentemente, entendo que esta representação deve ser conhecida.

II – Do mérito das alegações da representante

2.Os pregões nº 127/2002, 130/2002, 128/2002 e 129/2002, todos promovidos pela Caixa Econômica Federal, visavam adquirir os insumos necessários à implantação de um novo modelo de sistema informatizado de loterias da CAIXA. A representante insurgiu-se contra a realização dos dois primeiros pregões, alegando que:

- o Pregão aparentaria ser a modalidade adequada para as contratações em questão. Entretanto, a verdadeira finalidade dessas licitações estaria sendo camuflada pela singeleza das definições dos objetos nos respectivos editais, que ocultaria a complexidade e a extensão dos bens e serviços a serem contratados;
- o Pregão não seria a modalidade mais adequada, vez que se destina a contratações mais simples e que dispensem a aferição de qualidade do objeto licitado;
- os objetos das licitações em exame não seriam bens ou serviços comuns, por não serem caracterizados pela padronização de suas configurações e pela fungibilidade;

- a CAIXA não estaria adquirindo somente microcomputadores, mas “Estações Financeiras Lotéricas – ELF, que são integradas por um conjunto de equipamentos e softwares destinados, exclusivamente, a viabilizar o processamento de jogos de loteria.” A ELF seria “um bem de característica singular, que não encontra paridade em qualquer outro produto, carecendo, portanto, da característica que a classifique como ‘bem comum’”;
- em conformidade com o disposto no Decreto nº 1.070/1994, deve ser realizada licitação do tipo “técnica e preço” para a aquisição dos equipamentos sob enfoque;
- o Decreto nº 3.555/2000, ao instituir o pregão, incluiu a “manutenção” no rol de serviços comuns, mas não fez qualquer alusão à “assistência técnica”;

3. Consoante o exposto acima, o ponto fulcral desta representação diz respeito à adoção de pregão para a aquisição de bens e serviços de informática, que, supostamente, afrontaria o disposto no Decreto nº 3.555/2000, o qual regulamentou essa modalidade licitatória. A questão jurídica subjacente aos fatos arrolados nos autos não se mostra de fácil solução. Diversas dúvidas razoáveis surgem quando da aplicação das normas referentes ao pregão às licitações sob comento. Além disso, indaga-se se seria razoável considerar bens comuns os computadores que a CAIXA pretende adquirir.

4. A melhor resposta para as indagações levantadas não se apresenta de forma imediata e clara ao administrador. Há razões jurídicas suficientemente fundamentadas para se defender mais de uma solução possível. De acordo com o § 2º do art. 3º do referido Decreto nº 3.555/2000, consideram-se “bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser concisa e objetivamente definidos no edital, em perfeita conformidade com as especificações usuais praticadas no mercado, de acordo com o disposto no Anexo II”. Na redação original, o mencionado Anexo II previa a possibilidade de aquisição de equipamentos e utensílios em geral, exceto os de informática (itens 2.2 e 2.3 do Anexo).

5. O Decreto nº 3.693/2000, entre outras providências, inseriu outros bens e serviços comuns no Anexo II do Decreto nº 3.555/2000, a exemplo do item 2.5, que faz referência a “Microcomputador de mesa ou portátil (notebook), monitor de vídeo e impressora”. Entretanto, o item 2.3 permaneceu com a redação original, ou seja, foi mantida a vedação à aquisição de equipamentos e utensílios na área de informática.

6. Consoante Marçal Justen Filho, mesmo nos casos em que o bem esteja referido no Anexo II da norma regulamentadora do pregão, a contratação não poderá fazer-se por meio dessa nova modalidade, na hipótese de a Administração necessitar de bens com características peculiares (in Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. São Paulo: Dialética, 2001). Nesse mesmo sentido, Jessé Torres Pereira Júnior registrou, em seu artigo “Pregão, a sexta modalidade de licitação”, que 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 2.026/2000 (art. 4º, V). Veja-se que na sucessão de 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”.

7.Nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, os bens e serviços comuns são “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”. O § 2º do art. 3º do Decreto nº 3.555/2000 repete a definição legal. A concisão dessas definições torna mais necessária a análise do entendimento dos doutrinadores sobre essa questão.

8.Benedicto de Tolosa Filho esclareceu que a “licitação na modalidade pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, estes definidos como de padrão e tendo a característica de desempenho e qualidade que possam ser estabelecidos de forma objetiva, ou seja, sem alternativas técnicas de desempenho dependentes de tecnologia sofisticada.” (Pregão. Uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9). Nesse mesmo sentido manifestou-se Arídio Silva: “Trata-se, portanto, de bens e serviços geralmente oferecidos por diversos fornecedores e facilmente comparáveis entre si, de modo a permitir a decisão de compra com base no menor preço” (Desvendando o Pregão Eletrônico. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 34).

9.Com fulcro nas descrições constantes do Anexo I do Edital do Pregão nº 127/2002, entendo que os bens ali especificados coadunam-se com a definição de bem comum acima explicitadas. Afinal, trata-se de equipamentos geralmente utilizados em tarefas reputadas básicas. Concorro com o representante do Ministério Público junto ao TCU quanto à afirmação de que não há nada de incomum em microcomputadores (com gabinete principal, adaptador de rede e unidade de disco rígido), monitores de vídeo monocromáticos, teclados, impressoras matriciais, leitores de caracteres e códigos de barras, leitora ótica de marcas, teclados de clientes, mouses, leitoras manuais de códigos de barras e no-breaks. Aduzo que tais bens podem ser oferecidos por diversos fornecedores e são facilmente comparáveis entre si. Ademais, podem ser adquiridos com base em especificações usuais de mercado.

10.Consoante demonstrado nos autos, o objeto do Pregão nº 130/2002 é composto por serviços facilmente comparáveis entre si, que podem ser prestados por diversas empresas e cuja qualidade e produtividade podem ser estabelecidas objetivamente. Dessarte, entendo não haver maiores obstáculos à necessária comparação entre as propostas apresentadas pelos licitantes. Acrescento que a grande quantidade de empresas potencialmente qualificadas para a prestação de serviços dessa espécie também ajuda a ilidir a alta complexidade alegadamente existente. Conclui-se que, nesse contexto, é possível realizar o pregão.

11.Saliento, por oportuno, que os pregões sob comento não se destinam à contratação do sistema lotérico como um todo, o qual pode efetivamente ser considerado complexo. Aliás, segundo a CAIXA, a parte central e especializada desse sistema não será licitada, pois essa instituição financeira pretende desenvolver o software responsável pela inteligência do sistema de loterias.

12.Aduzo que, como ressaltaram a unidade técnica e o Parquet especializado, o rol de bens discriminado no Anexo II do Decreto nº 3.555/2000 não é exaustivo. Nesse sentido, Marçal

Justen Filho asseverou que:

“Não se afigura cabível interpretar em termos rígidos o elenco contido no Anexo II. A ausência de rigidez se manifesta sob dois aspectos: em primeiro lugar, o elenco não é exaustivo. Qualquer objeto qualificável como comum, ainda que não conste do rol do Anexo II, pode ser contratado por meio de pregão. Sob esse ângulo, a relação contida no Anexo II envolve um elenco mínimo, exemplificativamente indicado no Regulamento. Essa solução deriva da impossibilidade jurídica de o conceito de bem ou serviço comum, contido no diploma legislativo, ser delimitado ou restringido através de regulamento.” (in Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. São Paulo: Dialética, 2001. p. 32)

13. Nesse mesmo sentido, consoante lembrado pelo eminente Procurador-Geral, Sidney Bittencourt afirmou que: “É cediço que a regulamentação, ora posta, não diz respeito somente ao elenco de bens e serviços comuns, listados no anexo II do Regulamento aprovado pelo Decreto, mas sim a todo o diploma.” (Comentários ao Decreto nº 3.555/2000 e ao Regulamento do Pregão. Temas & Idéias, Rio de Janeiro, p. 22). Os atualizadores da obra de Hely Lopes Mirelles, adotando essa mesma linha, asseveraram que: “O Decreto nº 3.555, de 8.8.2000 (alterado pelo Decreto 3.693, de 20.12.2000), regulamenta a matéria, contendo, no Anexo II, a relação dos bens e serviços comuns. A lista é apenas exemplificativa e serve para orientar o administrador na caracterização do bem ou serviço comum. O essencial é que o objeto licitado possa ser definido por meio de especificações usuais no mercado” (Licitação e Contrato Administrativo. 13ª ed. 2002. p. 97). Ressalto que Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (in Sistema de Registro de Preços e Pregão. Belo Horizonte: Forum, 2003) e Adilson Abreu Dallari (in Administração Pública: Direito Administrativo, Financeiro e Gestão Pública – Prática, Inovações e Polêmicas. São Paulo: RT, 2002), entre outros, também defendem essa idéia.

14. Note-se que este Tribunal já proferiu entendimento no sentido de que a lista de serviços constante do Anexo II do Decreto nº 3.555/2000 não é exaustiva (Acórdão 615/2003 – Primeira Câmara), verbis:

“Por outro lado, o mencionado Decreto (3.555/2000) não caracteriza o serviço de locação de mão-de-obra como serviço comum, o que impossibilitaria a utilização da modalidade pregão. No entanto, a nosso ver, a lista de serviços constante do Anexo II do Decreto 3.555/2000 não é exaustiva, haja vista a impossibilidade de relacionar todos os bens e serviços comuns utilizados pela Administração.”

15. Comungam dessa mesma orientação as Decisões nº 343/2002 e nº 384/2002, ambas do Plenário.

16. Ressalto, ainda, que o veto do Presidente da República ao art. 2º da Lei nº 10.520/2002 retirou do ordenamento jurídico a obrigatoriedade de o regulamento dispor sobre bens e serviços comuns. Consequentemente, a definição contida nessa Lei é o parâmetro a partir do qual deve ser aferida a aptidão de um determinado bem ou serviço para ser adquirido por meio de um pregão.

17. Tendo em vista o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, acima citado, bem comum é aquele para o qual é possível definir padrões de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado. Destarte, o bem em questão não precisa ser padronizado nem ter suas características definidas em normas técnicas. Da mesma forma, não se deve restringir a utilização do pregão à aquisição de bens prontos, pois essa forma de licitação também pode visar à obtenção de bens produzidos por encomenda. Do exposto decorre não ser taxativa, mas sim meramente exemplificativa e orientadora a relação constante do Decreto nº 3.555/2000. Por tudo isso, revela-se frágil o argumento fundado no fato de os serviços de assistência técnica, previstos no Edital do Pregão nº 127/2002, não constarem do rol inserto no Anexo II do referido Decreto.

18. A alegação de que as compras de equipamentos de informática, por exigência do Decreto nº 1.070/1994, devem ser obrigatoriamente precedidas de licitação do tipo “técnica e preço” também não merece prosperar. Afinal, a Lei nº 10.520/2002, diploma mais recente e hierarquicamente superior àquele Decreto, revogou as disposições a ela contrárias nele contidas. Assim, foi revogado o artigo desse Decreto que exigia o tipo “técnica e preço” para toda e qualquer licitação para contratação de “bens e serviços de informática”. Ressalte-se que, até o advento da Lei nº 10.520/2002, a aquisição de equipamentos de informática, ressalvadas as exceções, devia ser precedida de licitação do tipo “técnica e preço”, em razão do art. 45, § 4º, da própria Lei nº 8.666/1993, in verbis:

“Para a contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu § 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação técnica e preço, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo”.

19. Considerando que a Lei nº 10.520/2002 possibilitou a aquisição de equipamentos de informática precedida de licitação na modalidade pregão, surge outra questão: o uso do pregão, nos casos em que ele seja admissível, é facultativo ou obrigatório? Entendo que, nessa hipótese, a decisão pelo emprego ou não do pregão, em substituição a alguma modalidade prevista na Lei nº 8.666/1993, está inserida no âmbito da competência discricionária do administrador, devendo, sempre, ser devidamente motivada. Por outro lado, com fulcro no art. 45, § 4º, da Lei de Licitações, considero que, caso o administrador opte por uma das modalidades “clássicas” definidas nessa Lei para a compra de bens de informática, deverá ser observado o tipo “técnica e preço”.

20. No caso sob análise, os gestores da CAIXA poderiam ter optado por uma concorrência do tipo “técnica e preço”. Da mesma forma, poderiam – e assim fizeram – decidir pela licitação na modalidade pregão. Em verdade, uma vez cumprida a condição concernente ao objeto (bens ou serviços “comuns”), a licitação na modalidade pregão, em tese, não apresenta desvantagem qualitativa em relação à licitação do tipo “técnica e preço”. Ao contrário, o pregão é mais célere e ágil e possibilita a obtenção de preços mais baixos.

21. Concluindo, saliento que, ao perquirir se um determinado bem pode ser adquirido por intermédio de um pregão, o agente público deve avaliar se os padrões de desempenho e de qualidade podem ser objetivamente definidos no edital e se as especificações estabelecidas são

usuais no mercado. Aduzo que o objeto da licitação deve se prestar a uma competição unicamente baseada nos preços propostos pelos concorrentes, pois não haverá apreciação de propostas técnicas. Caso essas condições sejam atendidas, o pregão poderá ser utilizado. No presente caso, por entender que esses requisitos foram contemplados, considero adequada a utilização do pregão para a aquisição dos bens de que ora se cuida.

III – Dos pareceres acostados aos autos

22.A representante acostou aos autos dois pareceres, o primeiro elaborado por dois professores do Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais – CEFET/MG e o segundo preparado pelo Professor Pedro Antônio Dourado, do Departamento de Ciência da Computação da Universidade de Brasília. Considero que a instrução da unidade técnica, cujos principais pontos constam do Relatório que antecede este Voto, demonstrou a improcedência dos argumentos aduzidos ao longo desses pareceres.

IV – Do memorial apresentado pelo procurador da GTECH

23.Nesse documento, a representante solicitou que a presente representação fosse julgada prejudicada, por perda de objeto, ou, então, que na linha do Acórdão Plenário nº 691/2003, abstenha-se a CAIXA de realizar pregão para adquirir bens e serviços de informática.

24.Entre os argumentos apresentados como suporte a esse pleito encontram-se alguns que, por repetirem alegações já apresentadas e analisadas neste Voto e no Relatório que o precede, não serão objeto de nova análise. Por outro lado, o memorial apresenta algumas questões novas e pertinentes, as quais serão examinadas a seguir.

24.1 Alegada perda de objeto da presente representação

– Argumentos apresentados pela representante

- a) os pregões cuja realização está sendo contestada teriam perdido os respectivos objetos, face ao decurso do tempo e ao aparente desinteresse da CAIXA;
- b) a realização desses pregões está suspensa por força de decisão judicial, cuja eficácia também se esvaiu em virtude do lapso temporal transcorrido;
- c) o arquivamento do TC 001.616/2001-7, relativo à Concorrência Pública Internacional nº 01/2000, promovida pela CAIXA, foi por mim determinado, tendo em vista que aquele processo teria perdido seu objeto em virtude do cancelamento dessa Concorrência. Referido caso seria semelhante ao que ora se examina;
- d) o contrato celebrado entre a CAIXA e a GTECH teve sua vigência prorrogada até maio de 2005;
- e) suspensos os pregões em 2002, não há como retomá-los em 2004, pois as soluções tecnológicas sofreram inúmeras transformações;

f) essa representação não pode ser transformada em espécie de consulta, como parece ser a proposta da unidade técnica;

– Análise

a) preliminarmente, destaco que o processo no âmbito do TCU possui características que o diferenciam dos processos judiciais subjetivos. Assim, esta Corte não visa defender interesses individuais, mas preservar a legalidade da ação dos agentes públicos e proteger o erário federal. Visando à concretização desse último objetivo e tendo em vista que a eficiência foi alçada à condição de princípio regente da ação do Estado, por força da Emenda Constitucional nº 19/1998, o Tribunal estimula a adoção pela Administração Pública de práticas eficientes. Do exposto, conclui-se que esta Corte pode, e deve, julgar representações como a presente com o fito de orientar as entidades públicas envolvidas. Essa função pedagógica e preventiva do Tribunal supera largamente qualquer alegação de perda de interesse individual no julgamento dos processos submetidos à apreciação do TCU;

b) o fato de a realização desses pregões ter sido cogitada há dois anos não impede que, no futuro, a CAIXA ainda pretenda realizá-los, com as devidas adequações ao ambiente tecnológico então existente. Caso isso ocorra, as orientações emanadas desta Corte serão importantes para a consecução do interesse público;

c) ao decidir pelo arquivamento do TC 001.616/2001-7, sopesei o fato de que, naquele processo, não havia necessidade de serem realizadas determinações, ao contrário do que ocorre com este TC. Consequentemente, existem diferenças significativas entre as duas situações, o que implica que aquela decisão não pode ser encarada como um precedente válido para o deslinde do presente caso;

d) ao julgar essa representação, o TCU não a terá transformado em consulta, até porque a Corte analisou um caso concreto não uma tese genérica;

e) face ao exposto, considero que não merece acolhida essa argumentação da representante;

24.2 Decisão anterior do TCU vedando a utilização da modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços de informática

– Argumentos apresentados pela representante

a) por meio do Acórdão Plenário nº 691/2003 TC 009.901/2002-4, o TCU determinou ao Tribunal Superior Eleitoral que se abstivesse de utilizar a modalidade pregão para a aquisição de produtos e serviços de informática com nível de complexidade similar ou superior àqueles que foram objeto do Pregão nº 37/2002;

b) os bens e serviços licitados por meio do referido pregão tinham complexidade significativamente inferior a daqueles cuja aquisição era objetivada pela CAIXA por meio dos Pregões ora sob enfoque;

c) se para a aquisição de 3.543 microcomputadores e para o fornecimento de certas licenças de software, o Tribunal vedou a realização do pregão, como essa mesma modalidade de licitação pode ser adotada para a aquisição de 25.000 computadores e periféricos, para a prestação de serviços de manutenção e assistência técnica e para a prestação de serviços de telecomunicações de dados?

– Análise

a) previamente à análise da alegada maior complexidade do objeto dos pregões ora atacados, destaco que, em consonância com o entendimento da própria representante externado nestes autos, o software é a parte mais complexa e sensível de qualquer sistema;

b) os pregões ora sob exame não se destinavam à aquisição de softwares, salvo os básicos, ao contrário do Pregão nº 37/2002, por meio do qual se pretendia adquirir milhares de licenças de programas de gerenciamento. Dessa constatação decorre que os objetos dos certames licitatórios questionados pela GTECH possuem menor complexidade que o objeto do Pregão julgado irregular pelo Acórdão Plenário nº 691/2003. Logo, aos pregões examinados neste processo não se aplica o Acórdão citado pela representante;

c) destaco, ainda, que o responsável pelo Pregão nº 37/2002 reconheceu que os bens de informática a serem adquiridos naquela licitação não se revestiam da simplicidade e padronização requeridas para a utilização dessa modalidade de licitação (fl. 1.170 daquele TC). Por isso também, essa situação difere da que ora se examina nos presentes autos;

d) aduzo que esta Corte, ao julgar o TC 014.037/2002-9 (Sessão Plenária Sigilosa de 17/03/2004), acolheu voto de minha autoria no sentido de considerar legal a aquisição de bens de informática, pela CAIXA, por meio de pregão. Naquela oportunidade, entendeu-se que os bens licitados eram “comuns”, na acepção constante da legislação vigente;

e) assim sendo, entendo que esse argumento também não merece prosperar;

24.3 Questionamento de suposta litigância de má-fé por parte da GTECH

– Alegações da representante

a) todas as decisões judiciais proferidas nos processos ajuizados pela GTECH foram corretas, tanto que não foram posteriormente modificadas no mérito;

b) não compete ao TCU criticar decisões judiciais nem incumbe à equipe de auditoria imputar a quem quer que seja pretensa litigância de má-fé;

c) a Justiça considerou a CAIXA, não a GTECH, litigante de má-fé;

d) não se compreende a proposta da unidade técnica no sentido de que o Ministério Público seja cientificado desses eventos, para que promova, dentro de suas competências, as medidas que julgar convenientes, como se a CAIXA não dispusesse de corpo jurídico próprio;

e) não existe, nos dias de hoje, nenhuma “ativa batalha judicial” entre a CAIXA e a GTECH;

f) foi firmado acordo nos autos que permitiu a contratação dos correspondentes bancários pela CAIXA;

g) a última prorrogação do contrato firmado pela CAIXA e pela GTECH importou uma redução no preço cobrado da ordem de 15 %;

– Análise

a) entendo que, efetivamente, a GTECH exerceu um direito constitucionalmente assegurado, qual seja, submeter ao Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito próprio. Além disso, considero pertinente destacar que a representante obteve várias decisões judiciais favoráveis e que ela não foi considerada litigante de má-fé pela Justiça. Assim sendo, entendo indevida a imputação de litigância de má-fé à GTECH;

b) o envio de informações ao Ministério Público será analisado a seguir.

V – Dos pedidos de informações

25.Com fulcro no caput e no parágrafo único do art. 52 da Resolução nº 136/2000, entendo que devem ser atendidas as solicitações de informações formuladas pelo Exmo. Ministro Nílson Naves, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, e pela Procuradora da República Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento. Com esse desiderato, deverão ser encaminhadas aos solicitantes cópias deste Voto, do Relatório que o fundamenta e do Acórdão que vier a ser proferido.

VI – Outras considerações relevantes

26.A partir da adoção do novo modelo de operacionalização de loterias, a CAIXA terá total controle do processamento lotérico. Importa lembrar que esta Corte, cônica da importância dessa providência, determinou à Caixa Econômica Federal que adotasse os meios necessários para absorver e dominar o conhecimento pleno do Sistema processado pela empresa GTECH do Brasil Ltda., nos termos das cláusulas 8.1, 8.33 e 18.4 do contrato assinado em 2000 (Acórdão 38/2003 – Plenário TC 004.507/2002-3, que tratou de relatório de auditoria realizada nos sistemas de processamento das loterias de prognósticos da CEF).

27.Considero também relevante para o deslinde da questão posta nestes autos lembrar que a 2ª Câmara deste Tribunal decidiu (Acórdão 692/2003 TC 018.125/1996-4, que trata de auditoria realizada na Caixa Econômica Federal para exame de contratações realizadas na área de informática):

“9.1 converter, com fulcro no art. 47 da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 252 do Regimento Interno do TCU, o presente processo em Tomada de Contas Especial, determinando, nos termos dos arts. 10, §1º e 12, inciso II da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 202, inciso II do RI/TCU, a citação dos responsáveis abaixo nominados, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentem alegações de defesa, quanto ao prejuízo decorrente da contratação dos serviços de operacionalização dos sistemas de loterias da Caixa Econômica Federal com preços alterados em relação aos

propostos pela licitante, e/ou recolham, solidariamente, aos cofres da Entidade, a quantia de R\$ 91.974.625,10 (noventa e um milhões, novecentos e setenta e quatro mil e seiscentos e vinte e cinco reais e dez centavos), atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculados a partir de 26/05/2000;

Responsáveis:

Empresa GTECH Brasil Ltda. CNPJ: 68.926.682/0001-00

Eduardo Tavares Almeida CPF: 114.741.221-91

Isabel Pereira de Souza CPF: 039.675.065-68

José Maria Nardeli Pinto CPF: 183.002.781-68

Sandra Beatriz Bairros Tavares CPF: 087.933.440-15

Sérgio Cutolo dos Santos CPF: 057.187.911-04

Valter Hiebert CPF: 026.311.137-72"

28.O débito que ensejou a citação da GTECH decorreu de mudança na remuneração da contratada, tendo seu valor sido estimado a partir de cotejo realizado entre os valores efetivamente pagos pela CAIXA e aqueles que seriam devidos caso a proposta ofertada pela licitante tivesse sido efetivamente observada.

29.Com espeque nessas considerações, concordo com o representante do Parquet quanto à afirmação de que a realização das licitações impugnadas pela representante revela não apenas a legítima preocupação da CAIXA, de natureza estratégica, no sentido da obtenção do controle total das operações lotéricas, mas também a pretensão, de cunho econômico, de abrir os grilhões que a prendem a contrato aparentemente oneroso. Assim, os questionados atos praticados pelos gestores da CAIXA, na verdade, demonstram seu respeito pelo interesse público, haja vista a tentativa de otimização dos serviços prestados pela instituição e a busca por soluções mais econômicas.

Ante o exposto, concordando no essencial com a 2ª Secex e com o Ministério Público junto ao TCU, VOTO por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 24 de março de 2004.

BENJAMIN ZYMLER

Relator

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela empresa GTECH do Brasil Ltda., com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, acerca de supostas irregularidades praticadas pela CAIXA quando da abertura dos Pregões nº 127/2002

CESUP/CPL e 130/2002 CESUP/BR, visando ao fornecimento e à instalação de 25.000 microcomputadores e periféricos, à prestação de serviços de manutenção e de assistência técnica e à contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de telecomunicação de dados e para a captação e transmissão bidirecional de transações lotéricas e não lotéricas, incluindo fornecimento, instalação e manutenção de infra-estruturas de rede local e de longa distância entre as Unidades Lotéricas e os processadores lotérico e não lotérico, localizados respectivamente em Brasília e Osasco.

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

9.1 conhecer da presente representação, tendo em vista terem sido preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 235 e 237, VII, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, para, no mérito, considerá-la improcedente;

9.2 com fundamento no inciso II do art. 250 c/c o parágrafo único do art. 237, ambos do Regimento Interno do TCU, determinar à Caixa Econômica Federal que:

9.2.1 despenda os esforços necessários à defesa da entidade na esfera judicial com vistas à superação dos óbices que impedem a realização dos certames relativos à loteria on-line, evitando, assim, ter que efetuar nova contratação sem licitação dos referidos serviços;

9.2.2 nos certames relativos à loteria on-line, preserve, na medida exigida pelo interesse público, os avanços delineados no novo modelo conceitual para a loteria on-line, adotado nos Pregões nº 127, 130 e 135/2002;

9.3 encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do relatório e voto que o fundamentaram à empresa GTECH do Brasil Ltda; à Caixa Econômica Federal - CAIXA; ao Superior Tribunal de Justiça, na pessoa de seu Presidente, Exmo. Ministro Nílson Naves, e ao Ministério Público Federal, na pessoa da Procuradora da República Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento;

9.4 arquivar, nos termos do inciso II do art. 250 c/c o parágrafo único do art. 237, ambos do Regimento Interno do TCU, os presentes autos.

Quorum

12.1. Ministros presentes: Valmir Campelo (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça (Relator), Humberto Guimarães Souto, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar, Benjamin Zymler (Relator) e o Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.

12.2. Auditor presente: Marcos Bemquerer Costa

Publicação

Ata 09/2004 - Plenário



Sessão 24/03/2004

Aprovação 31/03/2004

Dou 07/04/2004 – Página 0

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2005-fev-01/futuro_pregoes_cef_fica_depois_carnaval/