

## **GRUPO I - CLASSE VII - PLENÁRIO**

**TC 003.789/1999-3 (com 20 volumes)**

**Apensos:** TC 004.779/1998-3 e TC 003.136/2001-0

**Natureza:** Representação

**Interessados:**

- Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça; e
- IOS Informática Organização e Sistemas Ltda.

**Ementa:** Representação encaminhada pela Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, relativamente ao Procedimento Administrativo nº 08012.008024/98-49, instaurado para apuração de infrações à Lei nº 8.884/94. Índícios de irregularidades em processos de inexigibilidade de licitação para fornecimento de produtos e serviços de informática contratados através da TBA Informática Ltda. Índícios de irregularidades nos contratos **Select** firmados com essa empresa. Conhecimento. Fixação de entendimento acerca da exigibilidade de processo licitatório para essas contratações bem como da incompatibilidade dos Contratos **Select** com a Lei nº 8.666/93. Ciência aos interessados. Arquivamento.

## **RELATÓRIO**

O presente processo originou-se de expediente encaminhado a este Tribunal pelo Chefe de Gabinete da Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça (Ofício nº 1768/99/SDE/GAB, de 14/04/1999), acompanhado de cópia integral do Procedimento nº 08012.008024/98-49, instaurado contra as empresas Microsoft Informática Ltda. e TBA Informática Ltda. para apuração de possíveis infrações à Lei nº 8.884/94.

2.O mencionado Procedimento Administrativo foi instaurado *ex officio* pela Secretaria de Direito Econômico - SDE/MJ em decorrência de matéria publicada no Jornal "O Globo" de 09/10/1998, no Caderno de Economia, pág. 28, em que é relatada denúncia feita pela firma IOS Informática Organização e Sistemas Ltda. quanto a possível existência de contrato de exclusividade entre aquelas duas empresas, o qual estaria impedindo o fornecimento de produtos de informática e a prestação de serviços a órgãos governamentais, por parte de outras distribuidoras de produtos da Microsoft, no mercado brasileiro.

3.Segundo a reportagem, a exclusividade dada pela Microsoft consistiria em autorização à TBA para representá-la na comercialização de produtos junto a grandes clientes estatais no Distrito Federal, por intermédio do chamado Contrato **Select**, prática essa que estaria impedindo a livre concorrência e configurando monopólio no mercado de informática brasileiro.

4.Secretário de Direito Econômico, ao decidir pela instauração Processo Administrativo com o fim de serem apuradas práticas anticoncorrenciais relativas aos fatos evidenciados no Procedimento Administrativo e examinados naquela Secretaria, determinou o envio de cópia da Representação da empresa IOS Informática Organização e Sistemas Ltda. ao Tribunal de Contas da União para as providências que o órgão julgar cabíveis.

5.Também a respeito de contratações de produtos e serviços de informática pela Administração Pública, o Presidente da Comissão de Ciência de Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados enviou ao Tribunal o Ofício CCTCI/P/193/99 (fls. 15/17), autuado como TC 005.574/1999-4, mediante o qual solicita a realização de exames relativos a contratos corporativos firmados por órgãos ou entidades públicas com inexigibilidade de licitação. O Tribunal Pleno, acolhendo as conclusões expendidas pelo Relator, Exmo. Sr. Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, decidiu, mediante a Decisão nº 297/99 - Plenário - TCU (Sessão de 02/06/99, Ata nº 21/99), entre outras providências, determinar a juntada daquele processo a este TC 003.789/1999-3 -, para efeito de análise e instrução (subitem 8.2 da Decisão), bem como determinar à Segecex que promovesse os ajustamentos necessários, no sentido de que as providências adotadas no exame deste TC 003.789/1999-3 contemplassem as informações requeridas naquele processo (subitem 8.3 da Decisão).

6.No âmbito desta Corte de Contas, a matéria então constante dos presentes autos foi examinada e objeto de proposta de encaminhamento pela então Secretaria de Auditoria e Inspeções - Saudi, mediante a instrução de fls. 22/51, da autoria do Assessor Carlos Sávio Rosa.

6.1.Preliminarmente, a instrução da Saudi, apresenta uma descrição das informações contidas no citado Procedimento Administrativo, abordando os seguintes pontos:

- i) a linha de produtos Microsoft, bem como a estrutura de distribuição e comercialização desses produtos no Brasil;
- ii) o chamado Contrato **Select**, destinado à comercialização de licenças de uso dos produtos Microsoft para as grandes corporações, bem como a forma de contratação de fornecimento de produtos por meio deste tipo de contrato, o qual deve ser firmado através de um revendedor autorizado da Microsoft, denominado LAR - **Large Account Reseller**;
- iii) os requisitos de habilitação dos revendedores como LAR por parte da Microsoft, a sua forma de atuação no mercado, bem como a rede de distribuidores LAR atuando no território brasileiro;
- iv) o relacionamento da Microsoft com a TBA Informática Ltda., incluindo o histórico de atuação desta última, desde o início de suas operações no mercado de informática até o seu credenciamento como LAR, sendo, então, a única empresa credenciada como tal a atuar no mercado do Distrito Federal;
- v) o descredenciamento da IOS Informática, Organização e Sistemas Ltda. como **Specialist LAR**, atuando no Distrito Federal, pela Microsoft; e
- vi) os termos da Representação feita pela IOS Informática, Organização e Sistemas Ltda., autora da denúncia que originou o Procedimento Administrativo em análise na SDE/MJ, feita também à SDE/MJ, contra a TBA Informática Ltda. e a Microsoft Informática Ltda., representante no Brasil da Microsoft Corporation, com o fim de demonstrar a prática de condutas atentatórias aos princípios da livre concorrência e da liberdade de iniciativa na comercialização feita pela Microsoft mediante os contratos **Select**, inclusive quanto a aspectos relacionados à inexigibilidade de licitação para compra daqueles produtos e ao superfaturamento de preços nessas aquisições.

6.2.Destacam-se dessa análise preliminar realizada pela Saudi, por serem de importância fundamental no deslinde da presente lide, os seguintes pontos:

6.2.1.O Contrato **Select** é a modalidade contratual oferecida pela Microsoft que permite que as grandes corporações adquiram licenças para o uso de seus produtos com redução dos custos relativos à aquisição, manutenção e gerenciamento de software. Este contrato apresenta os seguintes recursos básicos:

- c)direito de copiar e usar os softwares da Microsoft, permitindo que grandes corporações tenham acesso instantâneo a toda linha de produtos de software, quando isso lhes for necessário;
- d)aquisição das licenças junto a um ou mais LAR - **Large Account Reseller** - que é uma categoria de revendedor autorizado pela Microsoft a distribuir licenças sob o sistema **Select**;
- e)possibilidade de as empresas com filiais optarem por adquirir produtos em um ou mais pontos de compra;
- f)preços que refletem o volume total de licenças adquiridas.

6.2.2.A TBA Informática Ltda. é a única empresa habilitada como LAR a atuar no Distrito Federal.

6.3.Consigna a Saudi, ao final da análise preliminar referente aos termos da Representação da IOS Informática, Organização e Sistemas Ltda. à SDE, “que se inserem na competência da Secretaria de Direito Econômico - SDE e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, do Ministério da Justiça, as apurações atinentes ao relacionamento entre a Microsoft e a TBA Informática Ltda., no qual se destaca a exclusividade obtida por esta última empresa para a comercialização de produtos [Microsoft] perante grandes clientes, com indícios de detrimento das atividades de outras empresas do setor de informática, especialmente no Distrito Federal”.

6.4.Ainda em relação à matéria em análise, a Unidade Técnica acrescenta: “Todavia, em se tratando dos desdobramentos advindos dessa exclusividade de representação comercial, quando guardam relação com os atos de que resulte receita ou despesa, praticados por gestores ou administradores públicos no âmbito de órgãos e entidades da Administração Pública Federal ou em outra Unidade da Federação, as apurações são, por sua vez, de competência desta Corte de Contas”.

6.5.No tocante à competência do Tribunal para analisar a matéria constante do Processo Administrativo, a instrução da Saudi acrescenta; “Os fatos constantes dos presentes autos indicam que a empresa TBA Informática Ltda., única empresa habilitada pela Microsoft como LAR (**Regional e Direct**) para atuar no mercado geográfico do Distrito Federal,

tem firmado, com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, como, por exemplo, Serpro, CEF, INSS e ECT, contratos do tipo **Select**, com inexigibilidade de licitação, para venda de licenças de uso de softwares Microsoft e a prestação de serviços de treinamento, suporte e consultoria. Nestes casos, a inexigibilidade de licitação está fundamentada nas disposições do art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93, haja vista a declaração de exclusividade, emitida pela Microsoft em favor da TBA, para a comercialização de produtos sob o contrato **Select** junto aos órgãos e entidades governamentais com sede no Distrito Federal”.

6.6. Prosseguindo, a instrução técnica relaciona os processos que então tramitavam no Tribunal, relacionados com contratos firmados entre órgãos e entidades governamentais e a TBA, na modalidade **Select**, todos com inexigibilidade de licitação. Dentre estes processos, destaca-se o TC 002.646/1997-8, que trata de Representação formulada por licitante, versando sobre supostas irregularidades na Concorrência Internacional nº 40/96, realizada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, tendo por objeto o fornecimento, a implantação e a garantia de uma solução integrada para automação de suas agências. Esse fornecimento compreende a aquisição de hardware (microcomputadores e periféricos) e da rede de comunicação.

6.7. Dentre as alegações de irregularidades apuradas no TC 002.646/1997-8, a representante mencionou a assinatura pela ECT do Contrato nº 8756/96, na modalidade **Select**, no valor de R\$14.466.904,91, com a TBA, para a aquisição de softwares, com inexigibilidade de licitação.

6.8. Das conclusões advindas da inspeção realizada pela então 9ª Secex na ECT, foi apresentada ao Relator, Exmo. Sr. Ministro Bento José Bugarin, proposta de mérito no sentido de considerar improcedente a citada Representação, tendo como principal fundamento o fato de que a Concorrência Internacional nº 40/96 não foi dirigida à aquisição de produtos da Microsoft, aquisição essa feita anteriormente por meio do Contrato nº 8756/96, entre a ECT e a TBA, mas sim à aquisição de soluções integradas para automação das agências dos Correios, compreendendo o fornecimento de hardware e rede de comunicação que deveriam adequar-se aos padrões então definidos, os quais incluíam a utilização de softwares da Microsoft.

6.9. Em relação a esse processo, o Tribunal proferiu a Decisão nº 186/99 - Plenário - TCU, Ata nº 16/99, acompanhando o voto do Relator, nos seguintes termos:

“8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, conhecer da presente Representação, para, no mérito, julgá-la improcedente;

8.2. com fulcro no art. 45 da Lei nº 8.443/92, fixar o prazo de 15 (quinze) dias para que a ECT exclua do contrato de nº 8756/96, firmado com a empresa TBA Informática Ltda., caso este tenha sido prorrogado após 31/12/98, os serviços de assistência técnica e treinamento, haja visto terem sido contratados sem licitação, com inobservância aos preceitos da Lei nº 8.666/93, uma vez que é possível a competição para a espécie, consoante demonstram os próprios estudos técnicos daquela empresa pública, devendo, portanto, caso ainda seja de seu interesse, ser realizado o competente processo licitatório para a contratação dos aludidos serviços, observando-se, nessa hipótese, todos os dispositivos da mencionada Lei nº 8.666/93;

8.3. encaminhar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e do Voto que a fundamentam, à ECT e à empresa representante.”

6.10. Considerando que a deliberação do Tribunal no caso concreto do contrato **Select** firmado entre a ECT e a TBA não implica impedimento ou prejuízo da análise das ocorrências relativas aos presentes autos, prossegue a instrução da Saudi, tecendo considerações sobre o aspecto da indicação de marca, sob alegação de atendimento ao princípio da padronização, previsto na Lei nº 8.666/93, por ser esta uma das razões que tem levado a Administração Pública Federal a celebrar contratos na modalidade **Select** com inexigibilidade de licitação para a aquisição do direito de uso dos softwares da Microsoft. Na linha de raciocínio da Unidade Técnica, a conclusão é a de que o princípio da padronização não é uma obrigatoriedade legal, mas uma diretriz, e não autoriza a indicação de marca do produto a ser adquirido.

6.11. Ainda com relação à questão da padronização e a indicação de marca, conclui a Saudi que, mesmo se aventando a hipótese de que a Lei de Licitações admita indicação de marca na aquisição de produtos, fundamentada na

necessidade de padronização ou em outro argumento, isso não implicará na inexigibilidade de licitação. Havendo mais de um fornecedor do produto especificado, fica caracterizada a viabilidade de competição, e apenas na hipótese de que o produto especificado só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca e comprovada essa exclusividade, é que fica caracterizada a inviabilidade de competição, sendo o caso de licitação inexigível previsto no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93.

6.12.No tocante à exclusividade detida pela TBA para a comercialização de produtos Microsoft mediante contrato **Select** no Distrito Federal, é consignado pela Instrução em tela que a TBA não é fornecedora exclusiva de softwares da Microsoft, seja no mercado do Distrito Federal, seja nos Estados da Federação, perante órgãos e entidades da Administração Pública, sendo a citada exclusividade tão somente em relação à modalidade **Select** de contratação. Entretanto, os órgãos e entidades da Administração Pública Federal não estão obrigados a adquirir produtos Microsoft mediante essa modalidade de contratação, podendo fazê-lo por intermédio do grande número de revendedores existentes no mercado, na linha de varejo, em qualquer Unidade da Federação. Considera ainda a Instrução a possibilidade de regionalização das licitações para a aquisição desses produtos, com o objetivo de melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e de ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala, em atendimento aos ditames da Lei nº 8.666/93.

6.13.O último aspecto relevante analisado pela Saudi, em relação à matéria constante dos presentes autos, diz respeito às características básicas do contrato **Select** não condizentes com a Lei nº 8.666/93. Dentre essas características, observa-se que o contrato **Select** não especifica os produtos que estão sendo efetivamente adquiridos, suas quantidades e seus preços, sendo que os valores (quantidades, preços e descontos) constantes do contrato **Select** são meramente estimativos para efeito de um valor global do contrato. Isto se deve ao fato de que apenas durante a vigência do contrato, à medida que o cliente vai definindo os produtos de seu interesse e as suas quantidades, é que serão estabelecidos os preços efetivos, de acordo com o desconto atribuído e ao nível do consumo.

6.14.Sob o aspecto da legalidade, continua a Instrução, as retromencionadas características básicas do contrato **Select** afrontam as disposições da Lei nº 8.666/93, quais sejam:

a)ausência de adequada caracterização do objeto do contrato, com infringência dos arts. 14 e 15, § 7º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93:

-falta de especificação precisa do produto: o produto é geralmente referenciado de maneira genérica, sem especificação dos códigos de identificação de seus componentes (**partnumbers**) cujos preços variam de acordo com a configuração;

-falta de especificação precisa de quantidade do produto: a quantidade é apenas estimada, podendo variar de acordo com o nível de consumo definido no decurso da execução do contrato;

b)ausência de indicação precisa dos preços dos produtos realmente adquiridos, com infringência do art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93:

-falta de identificação do nível **Select** (Novas Aquisições, Manutenção, Atualização e Migração) para determinação dos preços;

-o nível de desconto nos preços unitários varia segundo a quantidade projetada para consumo no período de vigência contratual;

c)possibilidade de majoração ou decréscimo do valor global do contrato em limite não permitido pelo disposto no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93:

-ausência da especificação precisa dos preços e das quantidades a serem praticados no contrato possibilita a inobservância do limite legal permitido para acréscimo ou decréscimo no valor total das aquisições.

6.15.Por fim, a Instrução da Saudi apresenta a seguinte proposta de encaminhamento:

“I - seja conhecido como Representação o expediente encaminhado, de ordem, pelo Chefe de Gabinete da Secretaria do Direito Econômico, do Ministério da Justiça, por enquadrar-se nas disposições do art. 37-A, inciso 111, da Resolução nº 77/96-TCU e atender aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno, aplicáveis à espécie consoante o disposto no art. 37-A, § 1º, da mencionada Resolução;

II - seja determinado aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta, por meio dos órgãos de controle interno, que se abstenham de firmar contratos corporativos do tipo **Select**, uma vez que a habilitação como **Large Account Reseller - LAR** feita pela Microsoft a empresas do ramo de informática, para que possam firmar tais contratos junto àqueles órgãos e entidades, a exemplo do credenciamento da empresa TBA Informática Ltda. para atuar no mercado do Distrito Federal, é específica para a referida modalidade contratual e não caracteriza inviabilidade de competição e, em consequência, inexigibilidade de licitação para a aquisição de produtos ou prestação de serviços de informática, haja vista a existência de revendedores e de prestadores de serviço na linha de varejo, no Distrito Federal e nas demais Unidades da Federação, e considerando, ainda, que as características básicas dessa modalidade contratual atentam contra as exigências estabelecidas na legislação vigente, em especial:

a) falta da especificação do código (**part number**), da quantidade e do preço dos produtos que serão efetivamente adquiridos, resultando em ausência da adequada caracterização do objeto do contrato, com infringência dos arts. 14 e 15, § 7º, incisos I e 11, da Lei nº 8.666/93;

b) ausência de indicação precisa dos preços dos produtos a serem realmente adquiridos, haja vista que estão na dependência do nível de consumo a ser praticado no decurso do período de vigência contratual, com infringência do art. 55, inciso 111, da Lei nº 8.666/93;

c) ausência de comprovação de garantia de preços de produtos mais baixos que os de mercado, haja vista que o percentual de desconto no preço varia de acordo com a demanda no decurso do período de vigência contratual, havendo a possibilidade de que, ao não se atingir eventual grau de consumo do produto e, em consequência, o respectivo nível de desconto, a contratação se tome antieconômica;

d) possibilidade de alteração do valor global do contrato em limite não permitido pelo art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, haja vista a ausência da especificação precisa dos preços e das quantidades dos produtos, bem como do nível efetivo de desconto, a serem praticados no contrato;

III - seja determinado às Unidades Técnicas do Tribunal que realizem, no âmbito da respectiva clientela, diligência aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta, em relação aos procedimentos adotados que resultaram nos contratos corporativos do tipo **Select** celebrados, a contar do exercício de 1995, com a firma TBA Informática Ltda. e com outras empresas habilitadas pela Microsoft para atuar na mesma modalidade contratual, com inexigibilidade de licitação, bem como em relação aos resultados alcançados nessas contratações, devendo ser observados nessas diligências, para efeito de uniformidade de tratamento, no mínimo, os seguintes itens:

a) quanto aos procedimentos anteriores às contratações na modalidade **Select**:

a.1) quais os motivos que levaram à indicação de marca nas aquisições de softwares sem licitação, haja vista a existência, no mercado de informática, de produtos de diferentes marcas e, ainda, a vedação de indicação e preferência de marca estabelecida nos arts. 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93;

a.2) caso tenha sido constatada, em estudos técnicos, a necessidade de padronização em que tenha sido indicada marca, quais as razões que levaram a esse procedimento, uma vez que o atendimento ao princípio da padronização não autoriza a indicação de marca, mas a imposição de compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, bem como, quando for o caso, a observância das condições de manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas, de conformidade com o disposto no art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/93;

a.3) se foram realizadas pesquisas com vistas à verificação da viabilidade de competição nas aquisições de *softwares* Microsoft por meio dos revendedores disponíveis no mercado, que não atuem na linha corporativa (**Large Account Reseller - LAR**) mediante a modalidade de contrato **Select**;

a.4) se o objeto do contrato **Select** incluiu a prestação de serviços de assistência técnica e treinamento, e, caso positivo, quais as justificativas apresentadas para esse procedimento, haja vista a existência de viabilidade de competição no mercado, conforme já deliberou o Tribunal na Decisão nº 186/99 - Plenário - TCU, Sessão de 05/05/99, Ata nº 16/99;

a.5) se foram realizadas pesquisas com vistas ao aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala, considerando a possibilidade de realização de licitação pelas administrações regionais dos órgãos ou entidades de âmbito nacional, bem como a possibilidade de divisão do procedimento licitatório em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado no local de sede daqueles órgãos e entidades, visando economicidade, preservada a modalidade de licitação pertinente à execução do

objeto a ser licitado, em atendimento às disposições constantes dos arts. 15, inciso IV, e 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93;

a.6) se foram realizadas, efetivamente, pesquisas de preço no mercado fornecedor de produtos de informática, bem como nos contratos firmados pelo próprio órgão ou entidade, ou por outras instituições da Administração Pública, com ou sem licitação, de semelhante objeto, para efeito de comparação com os preços de *softwares* constantes da tabela da Microsoft, praticados nos contratos **Select**, e quais os resultados obtidos;

b) quanto aos termos constantes dos contratos **Select**:

b.1) se foi feita a adequada caracterização do objeto do contrato, consistente, entre outras medidas, na especificação precisa do produto a ser adquirido, de sua quantidade e de seu preço, haja vista as exigências estabelecidas nos arts. 14 e 15, § 7º, incisos I e 11, e 55, inciso 111, da Lei nº 8.666/93, bem como os termos da Decisão nº 186/99- TCU-Plenário;

b.2) se foi feita programação adequada das quantidades de produtos para a realização de compras, com vistas ao aproveitamento dos percentuais de descontos oferecidos no contrato, variáveis de acordo com o nível de consumo;

c) quanto à execução dos contratos **Select**:

c.1) quais foram os produtos efetivamente adquiridos, suas quantidades e preços até a data de realização da diligência e qual a programação futura;

c.2) quais foram os percentuais de desconto efetivamente praticados nos preços de cada produto adquirido, considerando os respectivos níveis de consumo;

c.3) quais são as variações de preços dos produtos efetivamente adquiridos em relação aos de mercado e aos de outros contratos firmados com ou sem licitação para semelhante objeto, com a própria TBA e com outros fornecedores;

IV - sejam levados em consideração, nos exames dos contratos **Select** a serem procedidos pelas Secexs nos casos concretos, os relatórios dos auditores independentes contratados pela representante IOS Informática, Organização e Sistemas Ltda., constantes dos autos do TC 003.789/1999-3;

V - seja determinado às Secexs que indaguem, também, aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta no âmbito da respectiva clientela, a respeito da existência de contratos corporativos firmados, a contar do exercício de 1995, mediante inexigibilidade de licitação, com empresas revendedoras ou prestadoras de serviço habilitadas por fabricantes de produtos de informática que não a Microsoft, solicitando, em caso afirmativo, cópia dos instrumentos contratuais e demais documentos necessários ao exame das situações concretas, entendendo-se por contratos corporativos, para esse fim, aqueles mediante os quais fabricantes do ramo de informática comercializam, através de empresas especificamente habilitadas, produtos e serviços para atender a grandes volumes de demandas de consumidores, supostamente com garantia de preços mais baixos que os de mercado, embora os mesmos produtos e serviços sejam também comercializados por outras empresas habilitadas no mercado de varejo;

VI - seja determinado às Unidades Técnicas que, no prazo de 30 (trinta) dias a contar do recebimento dos dados e informações relativos aos contratos corporativos e demais documentos obtidos na forma dos incisos III e V anteriores, encaminhem à Saude, para consolidação e ciência à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, da Câmara dos Deputados, os seguintes elementos:

a) órgão ou entidade contratante;

b) empresa contratada;

c) número de referência e data de assinatura do contrato corporativo;

d) objeto do contrato (produtos e/ou serviços de informática);

e) prazo de vigência do contrato;

f) valor inicial do contrato;

g) número de referência e data de assinatura de termo aditivo, se houver;

h) período de vigência do termo aditivo;

i) valor do termo aditivo;

j) situação do contrato ou aditivo na data da diligência (vigente, interrompido, rescindido, extinto);

VII - seja também examinada, nos casos dos contratos corporativos eventualmente identificados na forma do inciso V anterior, a existência das ocorrências constantes dos itens da diligência de que trata o inciso III anterior, inclusive quanto aos procedimentos adotados pelo Poder Público na fase antecedente às contratações;

VIII - sejam as Secexs autorizadas a realizar inspeções e auditorias caso as análises das informações e documentos de que tratam os incisos III a VI anteriores indiquem a necessidade de adoção desses procedimentos nas situações concretas de contratos corporativos;

IX - seja determinada a constituição, pelas Secretarias de Controle Externo encarregadas dos trabalhos, de processo específico para cada órgão ou entidade jurisdicionada, com vistas ao exame dos casos concretos de contratos corporativos, mediante a realização de diligências e eventuais inspeções e auditorias, objetivando identificar a necessidade de providências corretivas nas situações concretas, se for o caso, bem como possível reflexo nas contas daqueles órgãos e entidades, devendo os autos ser submetidos aos respectivos Relatores com proposta de encaminhamento da matéria, inclusive no sentido de que seja dado conhecimento da Decisão que for proferida pelo Tribunal em cada processo à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, da Câmara dos Deputados;

X - seja solicitada à Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, que dê ciência a esta Corte de Contas da decisão que vier a ser proferida, no âmbito de sua competência, a respeito do Processo Administrativo instaurado para apuração de possíveis práticas anticoncorrenciais pelas empresas Microsoft Informática Ltda. e TBA Informática Ltda., consoante Despacho do Secretário de Direito Econômico de 13/04/99 (publicado no DOU de 13/04/99, Seção 1, págs. 1/2, retificado por Despacho de mesma data), exarado no Procedimento Administrativo nº 08012.008024/98-49;

XI - seja encaminhada cópia da Decisão que vier a ser proferida nos presentes autos, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem, para conhecimento:

- a) ao Secretário de Direito Econômico, do Ministério da Justiça;
- b) ao Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça;
- c) aos Presidentes da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática e da Subcomissão Especial de Contratos Corporativos de Aquisição de Bens e Serviços pelo Poder Público na Área de Informática, ambas da Câmara dos Deputados;
- d) aos dirigentes dos órgãos de controle interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, para os fins do atendimento à medida constante do inciso 11 anterior;

XII - sejam arquivados os presentes autos.”

7. Tendo em vista a relevância da matéria objeto do presente processo, o eminente Ministro Benjamin Zymler, então Relator do feito, requisitou o pronunciamento do Ministério Público junto ao TCU, o qual emitiu parecer (fls. 55/59) da lavra do ilustre Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado.

7.1. O parecer do MP/TCU manifesta a concordância daquele *Parquet* especializado com a análise realizada pela Saudi, exceto no tocante ao princípio da padronização e seus reflexos na escolha de marca. Embasando-se em ampla doutrina, o parecer do Procurador-Geral do MP/TCU é no sentido de que o princípio da padronização deve ser adotado como regra no âmbito da Administração Pública e que a vedação de preferência de marca não é obstáculo à adoção desse princípio, desde que a decisão administrativa seja circunstanciadamente motivada. Assim, a padronização, devidamente motivada, autoriza a eventual indicação de marca, conclui o parecer.

7.2. Em função desse posicionamento, o MP/TCU propõe nova redação para os seguintes itens da proposta de encaminhamento formulada pela Unidade Técnica, manifestando-se de acordo com os demais:

-Inciso III, alínea a.1) quais os motivos que levaram à indicação de marca nas aquisições de softwares sem licitação?

-Inciso III, alínea a.2) caso tenha sido verificada, em estudos técnicos, a necessidade de padronização, se esse procedimento foi regular e devidamente motivado e se a uniformização vem efetivamente assegurar a maior economia dos processos operacionais do órgão ou entidade.

8. Em despacho à fl. 60, o Ministro Benjamin Zymler, considerando a relevância do caso concreto e a ampla repercussão que a decisão a ser proferida teria no âmbito da Administração Pública, que a solução final do processo poderia atingir interesses jurídicos das empresas mencionadas, e, ainda, que não havia motivo razoável para afastar a incidência dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, entendeu que deveria ser chamadas aos autos a TBA Informática Ltda. e a Microsoft Informática Ltda. para que produzissem as razões que entendessem de direito.

9.Em atendimento ao citado despacho, a Saudi realizou diligências junto às empresas, tendo a Microsoft Informática Ltda., representada pelo Escritório de Advocacia Pinheiro Neto - Advogados, prestado esclarecimentos através do ofício às fls. 84/96, enquanto que a TBA Informática Ltda., representada pelo renomado administrativista Marçal Justen Filho, manifestou-se através do ofício às fls. 112/171.

10.Aproximadamente à mesma época em que eram recebidas as respostas à diligência acima mencionada, deu entrada neste Tribunal o Ofício nº CCTCI-P/542/99, de 15/12/99, mediante o qual o Presidente da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados, Exmo. Sr. Deputado Luiz Piauhyllino, encaminha Relatório Final da Subcomissão Especial de Contratos Corporativos de Aquisição de Bens e Serviços pelo Poder Público na Área de Informática (fls. 71/79). Segundo o mencionado expediente, o Relatório reflete o conjunto de reuniões realizadas pela Subcomissão, que conseguiu identificar vários pontos da legislação atual que necessitam de modificações para adequar-se às necessidades tecnológicas atuais. Por fim, o signatário do expediente solicita a especial atenção do Tribunal para o assunto. A análise do mencionado relatório, entretanto, mostrou que as conclusões nele contidas não solicitavam, diretamente, nenhuma providência por parte do TCU, tendo o mesmo sido encaminhado à Saudi, tendo em vista a pertinência da matéria com o assunto tratado nos presentes autos.

11.A análise das respostas às diligências acima mencionadas foi efetuada no âmbito Cofis, Unidade Técnica sucessora da Saudi, por meio da instrução às fls. 235/336, também da autoria do Assessor Carlos Sávio Rosa. A seguir é apresentada uma síntese dos pontos relevantes enfocados nas respostas das empresas, bem como a transcrição das conclusões da correspondente análise levada a cabo pela Unidade Técnica.

11.1.Inicialmente, ambas as empresas tecem, em suas respostas, considerações a respeito da forma como o processo foi instaurado no âmbito desta Corte de Contas.

11.1.1.Resposta da Microsoft: O processo no TCU foi instaurado a partir de não regular representação, mas de um expediente do Chefe de Gabinete da Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, a propósito do Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49, que trata fundamentalmente de uma pendência comercial entre as duas revendedoras da Microsoft, a saber, TBA Informática Ltda. e IOS Informática, Organização e Sistemas Ltda. Dada a forma pouco regular como foi instaurado o processo, desde logo cabe indagar qual a sua real motivação.

11.1.2.Resposta da TBA:

11.1.2.1.A TBA invoca duas questões preliminares a respeito da constituição do processo no Tribunal, a saber: a) garantias constitucionais referentes ao devido processo legal administrativo, às provas ilícitas, à ausência de inversão do ônus da prova, à unilateralidade das provas e à inaplicabilidade do postulado de que “o fim justifica os meios”; e b) indefinição sobre o objeto do processo.

11.1.2.2.Dentro da primeira preliminar, alega a TBA que o princípio do devido processo legal, estendido pela Constituição Federal a todas as órbitas da atividade estatal, significa a aplicação, no âmbito do processo administrativo, das garantias constantes do art. 5º, incisos LV (segurança do contraditório e da ampla defesa) e LVI (inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos), da Constituição Federal. Logo, não podem ser admitidas informações produzidas através de vias irregulares, como as elaboradas unilateralmente por um sujeito interessado, sem participação de autoridade imparcial, o que conduz, no caso concreto, à desserventia de todos os documentos que instruem o processo. Mais precisamente, sua única utilidade deriva de indícios de prática de atos ilícitos por terceiros.

11.1.2.3.Quanto às provas ilícitas, afirma a TBA que há, no processo instaurado no Tribunal em virtude de expediente encaminhado pela Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, vício de origem extremamente grave, consistente na utilização de documentos e “provas” ilícitos, absolutamente nulos. A nulidade resulta de que as “provas” encaminhadas pela SDE/MJ ao TCU constituem-se em exames de auditoria, realizados pelas empresas contratadas pela IOS (Boucinhas e Campos e Soltz, Mattoso e Mendes), com base em documentos fornecidos pela IOS (contratos firmados entre órgãos públicos e a TBA) sem que os detivesse por justo título. Alega a TBA que não há qualquer evidência de autenticidade de tais contratos, inclusive com possibilidade de alteração de seu conteúdo por parte de terceiros que os produziram.

11.1.2.4.A TBA destaca que foi vítima de incursão criminosa, com a subtração de documentos ou obtenção indevida de cópia de documentos próprios, conforme requerimento protocolado em 04/12/98 na 2ª Delegacia Criminal de



Brasília (Vol. 3, fls. 526/528). Alguns dos documentos subtraídos ilicitamente da TBA foram, posteriormente, exibidos pela IOS, havendo sérios indícios materiais de que ambos os eventos estejam relacionados.

11.1.2.5. Por fim, com fundamento no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, nos arts. 30 (veda a utilização de provas ilícitas obtidas fora dos limites do processo) e 38, § 2º (veda a produção de provas ilícitas no corpo do processo), da Lei nº 9.784/99 (regula o processo administrativo federal no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), e, ainda, em entendimentos oriundos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a TBA elenca argumentos para demonstrar que são inaproveitáveis não só as provas obtidas ilicitamente, assim como as oriundas, diretamente ou indiretamente, daquelas ilícitas.

11.1.2.6. Quanto à ausência de inversão do ônus da prova, a TBA afirma que não incumbe a ela o ônus de provar a ilicitude dos documentos. Se alguém invoca certa prova, tem o dever de evidenciar a regularidade na sua produção, cabendo-lhe, portanto, o ônus da prova. Não cabe atribuir presunção de validade a toda e qualquer prova, beneficiando indevidamente a quem atuou de modo reprovável. Acrescenta que também não se lhe impõe o dever de contraprova acerca de questões levantadas através da prova ilícita, ou seja, não há presunção de veracidade através de prova ilícita.

11.1.2.7. No tocante à unilateralidade das provas, alega a TBA que a documentação entranhada nos autos foi produzida particularmente, por um sujeito privado com interesses próprios. Nenhuma evidência foi produzida segundo a regra do devido processo legal, com ampla participação dela, TBA, sob crivo de contraditório e perante autoridade imparcial. Em consequência, inexistente garantia da correção do resultado, haja vista a existência de risco de comportamentos ativos e omissivos orientados a obter o resultado conveniente para o particular interessado.

11.1.2.8. Por fim, como último tópico dentro da preliminar das garantias constitucionais, a TBA tece considerações acerca da inaplicabilidade do postulado de que “o fim justifica os meios”, com fundamento nas já referidas vedações constitucionais, independentemente de tratar-se, no presente caso concreto, de interesse público (defesa do patrimônio público). Alega, ainda, não ser possível a “convalidação” ou “aproveitamento”, ainda que parcial, de provas ilícitas, sendo o vício de caráter absoluto nem admitindo ponderações. Os documentos obtidos irregularmente podem ter sofrido falsificação, inclusive com alteração de seu conteúdo para prejudicar a TBA.

11.1.2.9. Relativamente à segunda questão preliminar, a TBA entende que não houve precisa definição do objeto do presente processo. A indeterminação acerca da finalidade buscada pelo processo resulta de que, embora se afirme na Instrução de fls. 22/51 (subitem 15.4; fl. 34) que o exame a ser realizado nestes autos pode ser entendido “como um tratamento em tese do conjunto das ocorrências relativas ao contrato **Select** com o intuito de formular proposta quanto ao encaminhamento de mérito da matéria em questão”, faz-se referência, na mesma Instrução, a questões concretas e específicas, relacionadas a contratações determinadas.

11.1.2.10. Daí que, sustenta a TBA, existem duas alternativas entre si excludentes. A primeira seria determinar se o contrato **Select** é compatível com o regime da Lei nº 8.666/93. Nesse caso, o exame seria teórico e hipotético, e haveria decisão de cunho geral e abstrato, aplicável a toda a Administração Federal. Essa alternativa não seria viável, porque a decisão teria cunho normativo, para a qual se pressupõe atribuição constitucional e esta inexistente no nosso sistema jurídico. Os dez incisos do art. 71 da Constituição Federal têm cunho exaustivo e nenhum deles atribui competência para a emissão de atos de cunho normativo ou interpretação em abstrato acerca de soluções adotadas pela Administração Pública. Ademais, em virtude dos efeitos *erga omnes* dessa decisão, seria inevitável que todos os possíveis interessados fossem ouvidos (pelo princípio do devido processo legal), uma vez que a TBA não é a única empresa privada que pratica contratos dessa espécie com a Administração Pública Federal. Não se pode dizer, ainda, que a TBA não tem interesse processual para formular a presente ressalva, pois tem interesse em que o processo se desenvolva de forma útil e válida.

11.1.2.11. A segunda alternativa consistiria no exame concreto dos diferentes contratos. Para isso, os fatos deveriam ser bem individualizados, indicados em termos específicos e precisos os indícios de irregularidades. Porém, as manifestações produzidas nos autos não dão esse tratamento, inclusive pela ausência de dados confiáveis. Opõe-se a tanto, inclusive, o princípio da ampla defesa, uma vez que a TBA não sabe, exatamente, de que se defender, já que não existe indicação precisa e concreta da prática de irregularidade. Como exemplo, a TBA cita que não há imputação da prática de superfaturamento em um contrato específico, mas cogitações acerca de sua possibilidade.

11.1.2.12. Por fim, a TBA pede que seja reconhecida a inviabilidade da avaliação em tese e com efeitos *erga omnes* de uma questão jurídica, bem como a ausência de indicação precisa de eventos que possam ser objeto de defesa de sua

parte. Pleiteia, assim, a pronúncia da nulidade do processo, determinando-se, se for o caso, seu reinício, para os devidos fins.

11.1.3.A Cofis analisou detalhadamente as ponderações de ambas as empresas quanto a essas considerações a respeito da forma como o processo foi instaurado no âmbito desta Corte de Contas. A partir dessa análise, a Unidade Técnica conclui pela improcedência das argumentações feitas pela Microsoft e das questões preliminares oferecidas pela TBA quanto à instauração do processo no Tribunal, resumidamente, pelos seguintes motivos, *verbis*:

“a) os procedimentos de constituição, no Tribunal, dos presentes autos de Representação são regulares, porquanto estão em consonância com a legislação que rege a matéria, a saber:

a.1) a conduta da Secretaria de Direito Econômico de enviar a documentação ao Tribunal, para efeito da adoção de providências pertinentes à verificação da regularidade dos atos praticados por administradores públicos nas contratações de produtos e serviços de informática perante a TBA, é condizente com as disposições dos arts. 71, inciso 11, e 74, § 20, da Constituição Federal c/c o art. 113, *caput* e § 10, da Lei nº 8.666/93, as quais conferem a esta Corte de Contas um conjunto de competências relativas ao julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta do Poder Público federal, bem como ao controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos pela Lei de Licitações e Contratos;

a.2) a proposta formulada na Instrução de fls. 22/51 no sentido de que o expediente encaminhado pela Secretaria do Direito Econômico, do Ministério da Justiça, seja conhecido como Representação está fundamentada nas disposições do art. 37-A, inciso 111, da Resolução nº 77/96-TCU, editada de acordo com o disposto no art. 30 da Lei nº 8.443/92, uma vez atendidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno, aplicáveis à espécie consoante o disposto no art. 37-A, § 10, da mencionada Resolução.

b) a Instrução de fls. 22/51 foi elaborada com base na cópia integral dos autos do Procedimento Administrativo nº 08012.008024/98-49, enviados pela SDE/MJ, e aborda amplamente a matéria objeto da competência do Tribunal, não tendo a Microsoft declinado em quais aspectos as informações obtidas daqueles autos estariam incompletas;

c) no âmbito do presente processo administrativo no Tribunal, pode dizer-se que houve antecipação do atendimento à garantia constitucional do devido processo legal, materializada no presente caso, quanto à matéria de competência desta Corte de Contas e em relação a ambas as empresas interessadas - Microsoft e TBA -, nas diligências determinadas pelo Relator, Exmo. Sr. BENJAMIN ZYMLER, realizadas mediante os Ofícios nos 19 e 20/99-Saudi (fls. 61/62), com o intuito de dar oportunidade de manifestação às interessadas, desde logo, a respeito de qualquer questão, considerando que a solução final do processo poderia atingir seus interesses jurídicos, e de acordo com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, conforme consta do Despacho do Relator à fl. 60;

d) a apresentação de argumentos e de provas documentais para a configuração do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade alegada na peça vestibular da Representação oferecida de forma unilateral pela empresa IOS, inserta nos autos do Procedimento Administrativo instaurado pela SDE/MJ, é ato que concerne à parte signatária da inicial, conforme as disposições dos arts. 283 e 396 do Código de Processo Civil e as do art. 37-A da Resolução nº 77/96-TCU c/c art. 213 do Regimento Interno - TCU, não cabendo falar em infringência do princípio do devido processo legal administrativo em relação à parte contrária, tampouco em nulidade daqueles documentos e deste processo;

e) a alegação de ilicitude das provas documentais constantes da Representação da IOS junto à SDE/MJ, quanto à forma ilícita de sua obtenção, está baseada em mera possibilidade de conexão entre a invasão da sede da empresa e o oferecimento daquelas provas, sem levar em conta sua existência também em outras fontes, como os próprios órgãos e entidades públicos signatários dos contratos **Select** (o que está demonstrado pela cópia de contratos **Select** obtidos de processos em tramitação no Tribunal, conforme Vol. 6 [8] anexo), sendo que as devidas apurações vêm sendo realizadas na instância adequada (Segunda Delegacia Policial de Brasília). A referida alegação da TBA não induz nulidade ou inadmissão, nestes autos, daqueles documentos, bem como não impede que o processo no Tribunal prossiga, ainda que inconclusas aquelas investigações na esfera policial, em face do princípio da independência das instâncias civil, administrativa e penal;

f) a alegação de ilicitude das provas documentais constantes da Representação da IOS junto à SDE/MJ, quanto à alteração de conteúdo, também está fundamentada em mera suposição por parte da TBA, sem apresentar nenhum

elemento concreto ou indício de falsidade ideológica daqueles documentos, cujo ônus da prova cabe à parte que a argüi (TBA), conforme dispõe o art. 389, inciso I, do CPC, não sendo o caso de inversão do ônus da prova;

g) a continuidade do presente processo independe da comprovação de ilicitude dos documentos apresentados na Representação da IOS junto à SDE/MJ, seja quanto à suposta forma ilícita de sua obtenção, seja quanto à suposta falsidade ideológica, uma vez que:

g.1) os documentos sobre os quais recai a alegação de ilicitude e de falsidade não são a causa determinante da instauração do procedimento administrativo instaurado pela SDE/MJ nem são indispensáveis aos exames que se realizam, na presente etapa processual, no Tribunal;

g.2) a abertura do procedimento administrativo pela SDE/MJ tem origem nas notícias divulgadas na imprensa, basicamente concernentes a possível prática, por parte da Microsoft e da TBA, de condutas atentatórias à livre concorrência e à liberdade de iniciativa na comercialização de produtos no mercado brasileiro de informática, bem como a aspectos relativos à inexigibilidade de licitação e superfaturamento de preços. Anteriormente ao oferecimento da representação pela IOS, a SDE/MJ já havia adotado medidas junto àquelas duas empresas, para esclarecimento das ocorrências referentes à existência de contrato de exclusividade no fornecimento de produtos e prestação de serviços ao 'Poder Executivo';

g.3) a nulidade decorrente da mencionada ilicitude, se fosse o caso, recairia tão-somente sobre aqueles documentos constantes da representação da IOS e os exames realizados pelos auditores independentes, não prejudicando, conforme estabelece o art. 248, segunda parte, do CPC, bem como a jurisprudência pertinente (a exemplo do HC-72528/MG, STF, Min. Octávio Gallotti, DJ 02/02/96, e HC-74599/SP, STF, Min. Ilmar Galvão, DJ 07/02/97), o restante das informações existentes no procedimento administrativo da SDE/MJ nem os exames realizados no Tribunal, os quais são independentes daqueles documentos;

g.4) o Tribunal pode agir de ofício na apuração de irregularidades ou ilegalidades divulgadas na imprensa sobre matéria de sua competência e agentes sujeitos à sua jurisdição, conforme regulamentado nas disposições da Resolução nº 77/96-TCU (art. 36) c/c as da Portaria nº 68/97, da Presidência do TCU, consistentes, no presente processo, nas matérias atinentes à inexigibilidade de licitação e ao superfaturamento de preços;

g.5) o Tribunal, independentemente da remessa do processo administrativo pela SDE/MJ, já vinha participando das audiências públicas realizadas na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados, a respeito de aspectos relacionados com as licitações e as contratações públicas para a aquisição de *software* e a prestação de serviços de informática;

g.6) o objeto de que trata o TC 005.574/1999-4, apenso ao presente processo, consiste em solicitação feita ao Tribunal pela referida Comissão, para que seja verificado se os contratos corporativos de aquisição de bens e serviços de informática, com inexigibilidade de licitação, ferem o arcabouço legal vigente sobre o assunto;

h) as análises realizadas nesta Instrução que concluem pela continuidade dos presentes autos não estão fundamentadas no postulado de que o fim (interesse público) justifica os meios (admissão de provas supostamente obtidas de forma ilícita), mas nas disposições legais atinentes à condução processual (Código de Processo Civil e normas processuais próprias do Tribunal);

i) o objeto do presente processo é preciso e está bem definido; consiste no exame de duas questões principais, complementares entre si: 1ª) a viabilidade de competição para fornecimento de *software* da Microsoft e prestação de serviços de informática à Administração Pública Federal, sob a forma de contratos corporativos do tipo **Select** firmados com a empresa TBA, estendendo-se as análises e conclusões a demais revendedores habilitados pela Microsoft e a demais contratos corporativos com semelhantes condições; e 2ª) a verificação da suposta ocorrência de preços excessivos nas referidas aquisições e serviços na modalidade **Select** junto à empresa TBA, estendida essa verificação também a demais revendedores habilitados pela Microsoft e a demais contratos corporativos com semelhantes condições;

j) no mencionado exame da viabilidade de competição e do superfaturamento de preços, a referência à TBA é explícita nos presentes autos por ser contra ela a denúncia na imprensa e a representação da IOS, bem como por ser a TBA a detentora, dita circunstancial, da exclusividade de fornecimento de produtos e serviços de informática da Microsoft para órgãos e entidades públicos federais no mercado brasileiro. Eventualmente, na medida da necessidade, os demais fornecedores que tenham firmado contratos corporativos com o Poder Público federal, com semelhantes

condições aos da modalidade **Select**, serão chamados a pronunciar-se nas verificações dos casos concretos consoante a proposta formulada no item 20, incisos III a IX, da Instrução de fls. 22/51.”

11.2.O segundo ponto tratado nas respostas das empresas Microsoft e TBA diz respeito ao modelo de negócios da Microsoft e ao contrato **Select**.

11.2.1.A Microsoft apresenta, em sua resposta, informações acerca do seu modelo de negócios, consistentes na distribuição e venda dos produtos, na operacionalização do contrato **Select** e indicação do **Large Account Reseller - LAR**, e na habilitação da TBA como LAR no Distrito Federal.

11.2.2.Resposta da TBA:

11.2.2.1.A TBA, reportando-se às ressalvas feitas a respeito da questão da nulidade processual e em atenção ao princípio da eventualidade, formula defesa genérica, por entender que não há delimitação precisa e específica dos temas em disputa.

11.2.2.2.Passa, dessa forma, a expor as características e peculiaridades do contrato **Select**, o qual considera figura contratual atípica. Nesse sentido, faz considerações sobre a forma adequada do uso eficiente de equipamentos e programas de informática, partindo-se de um “processo de diagnóstico” das necessidades de uma pessoa ou organização, a serem atendidas por um sistema de computação, até a formulação de uma solução, consistente na identificação das máquinas e dos programas adequados à satisfação do usuário.

11.2.2.3.Quanto aos programas de computação, a TBA menciona, além das alternativas existentes (programas já desenvolvidos e disponíveis no mercado, e a possibilidade de desenvolvimento de programas novos), as vantagens da “customização” de programas. Consiste a “customização” na adequação, às peculiaridades da atividade de um usuário, de programas já existentes e largamente testados no mercado. Não são desenvolvidos novos programas (a partir do ponto zero), mas introduzidas inovações em programas existentes, que são conjugados a outros e sofrem ampliações ou restrições, para satisfação das necessidades dos usuários. Essa alternativa corresponde à do contrato **Select**, entendido como um contrato destinado a adequar programas disponíveis no mercado às peculiaridades de um usuário e que demanda especialização de fornecimentos, seja do ponto de vista qualitativo, seja sob o ângulo quantitativo.

11.2.2.4.Destaca a TBA a distinção entre a “customização” de programas (desenvolvimento de soluções diferenciadas e específicas) e a comercialização de programas ditos “de prateleira”, mencionando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 176.626-3) e do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 123022/RS), a qual aborda a questão sob a perspectiva de incidência dos tributos ICMS e ISS.

11.2.2.5.Em linhas gerais, a jurisprudência destacada aponta que as operações de licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador, com fim específico e para atender a determinada necessidade do usuário, não têm por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, caracterizando o fenômeno tributário da prestação de serviços. Há, nesse caso, incidência de ISS, e não de ICMS.

11.2.2.6.Já em se tratando da circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo, esses produtos, chamados de software “de prateleira”, constituem mercadorias postas no comércio e sujeitam-se ao ICMS.

11.2.2.7.A TBA afirma que é bem nítida a diferença entre as três categorias de comercialização de *software*, quais sejam: 1ª) os programas **standard** (de prateleira), cuja comercialização corresponde a uma espécie de compra e venda do meio físico em que está lançado o programa, à qual adere a cessão do direito de uso do programa; 2ª) os adaptados ao cliente, entendida a comercialização como prestação de serviços; e 3ª) os desenvolvidos sob encomenda, também entendida a comercialização como prestação de serviços.

11.2.2.8.Acrescenta, ainda, que, embora a discussão tenha surgido a propósito de questões tributárias, a diferenciação teve em vista a natureza jurídica de diferentes modalidades contratuais. O entendimento jurisprudencial se aplica, portanto, à definição da natureza jurídica das operações realizadas entre titulares de direito de uso de programas e usuários. Ademais, a distinção entre as modalidades contratuais é acolhida pela doutrina, como se pode ver no estudo de MARIA CECÍLIA DE ANDRADE SANTOS, intitulado “Contratos Informáticos - Breve Estudo”, publicado na Revista dos Tribunais nº 762, págs. 32/66.

11.2.2.9. Em seguida, a TBA passa a discorrer a respeito das peculiaridades e da natureza jurídica do contrato **Select**, as quais são sintetizadas a seguir:

a) o contrato **Select** compreende uma solução integrada concebida para grandes corporações (e não um simples somatório de diferentes contratos, cada qual com objeto autônomo), consistente na licença ou cessão do direito de uso dos programas de computador, autorizações prévias para uso de programas em testes ou para uso produtivo com pagamento *a posteriori*, instalação e adaptação dos programas às necessidades específicas do usuário, fornecimento de manuais (personalizados ou não), suporte técnico específico e treinamento dos usuários (nas versões básica e customizada);

b) um traço relevante consiste na ausência de definição imediata e precisa dos quantitativos que a Administração efetivamente consumirá, os quais são estimados, mas dependem das circunstâncias, da medida da necessidade administrativa. O pagamento corresponderá ao consumo efetivo, que poderá variar ao longo do tempo;

c) o contrato **Select** é de natureza complexa (interligação e interdependência das diferentes prestações; inexistência de prestações autônomas), possui forte cunho de contrato normativo (sua execução gera a necessidade de outros contratos, dele dependentes; impossibilidade do dimensionamento das necessidades *a priori*; fixação apenas das regras gerais), é uma modalidade de contrato de prestação de serviços (o dever principal do fornecedor é a sistematização e harmonização dos serviços de informática de uma entidade administrativa; configura uma prestação de fazer - licença ou cessão do uso de direito de programas de computador, consultoria e treinamento - e não de dar, que é inerente aos contratos de compra; as demais prestações são instrumentais e acessórias);

d) segundo entendimento firmado na jurisprudência, o preço pago em relação ao software não corresponde ao de compra de uma mercadoria, mas à satisfação de direitos autorais (direito de utilizar um programa cujos direitos autorais são reservados), configurando a operação, por isso, uma prestação de serviços por parte do titular dos direitos autorais. Isso significa que os dispositivos dos arts. 14 e 15 da Lei de Licitações não incidem sobre o contrato **Select**, que deve ser examinado em face das regras gerais acerca de serviços.

11.2.3. Conclusões resultantes da análise da Unidade Técnica, *verbis*:

“a) a questão objeto de análise pelo Tribunal nestes autos, apesar da possibilidade de atingimento indireto de interesses da Microsoft e da TBA, não se refere a questionamento acerca da política de comercialização de produtos adotada pela Microsoft nem ao modelo contratual por ela idealizado, mas à conduta praticada pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal nas contratações diretas de fornecimento de *software* e de prestação de serviços de informática;

b) no direito positivo brasileiro, com o advento da Lei nº 7.646, de 18/12/87, regulamentada pelo Decreto nº 96.036, de 12/05/88, ficou consagrada a aplicação, com modificações, das normas de direito autoral disciplinadas pela Lei nº 5.988, de 14/12/73, como regime de proteção à propriedade intelectual do programa de computador. Na atualidade, vigoram as Leis nos 9.609 (norma específica sobre a proteção da propriedade intelectual do programa de computador) e 9.610 (norma geral sobre direito autoral), ambas de 19/02/98, as quais revogaram, respectivamente, as Leis nos 7.646/87 e 5.988/73;

c) o *software* é obra intelectual e constitui bem incorpóreo, cuja utilização é objeto de contrato de licença, que poderá configurar-se nas figuras contratuais de compra-e-venda ou cessão (há transferência de domínio do *software*), locação (direito de uso em que inexistente transferência de domínio) ou *leasing* (direito de uso em que há previsão de transferência de domínio ao término da licença);

d) na Instrução de fls. 22/51, a aquisição de **software standard** contido num suporte físico ou mídia (disquete, CD) foi considerada, por aproximação, como compra, para efeito das normas relativas a licitações e contratos, à semelhança da operação realizada com o livro (e também, entre outros exemplos, com um CD de música), porque em geral os contratos de adesão que acompanham o **software standard**, realizados em massa e com consumidores quaisquer, não estipulam o prazo de vigência da licença de uso do **software standard** e, por extensão, da locação do suporte físico (se for o caso), assemelhando-se a operação global a uma transferência definitiva, próxima da figura da compra para os efeitos da Lei de Licitações e Contratos. Considerou-se, ainda, que subsiste nesse caso, acessoriamente, o elemento contratual do licenciamento de uso, na figura, também por aproximação, da locação (ou do **leasing**);

e) é de reconhecer-se que, juridicamente, no fornecimento do **software standard** (em suporte físico ou mediante *download*) acrescido da execução de uma ou mais de uma das atividades de informática como instalação, configuração, testes, assistência, suporte ou consultoria técnica, treinamento de usuários e, ainda, de adaptação do **software standard** às necessidades do cliente ('customização'), há, em consonância com o entendimento da TBA, contrato de prestação de serviço, consoante as disposições da Lei nº 8.666/93, relativamente àquelas atividades. Subsiste ainda, nesse contrato, o elemento contratual da licença de uso do software *standard*, nas modalidades de locação ou **leasing**, bem como o elemento contratual da compra ou da locação do suporte físico, ou do serviço concernente às atividades de liberação da senha de acesso e de *download* do **software standard**;

f) permanecem três questões controversas quanto ao presente tópico, as quais serão resolvidas adiante, nesta Instrução, na seguinte ordem:

1ª) possibilidade de que, quando necessitados por órgãos ou entidades da Administração Pública, o fornecimento do **software standard** e a prestação de serviços de informática, como instalação, configuração e testes de **software standard**, assistência, suporte ou consultoria técnica, treinamento de usuários e adaptação do **software standard** às necessidades do cliente ('customização'), entre outros, sejam legalmente contratados em conjunto, com uma só empresa de informática;

2ª) necessidade de instauração do procedimento licitatório, caso a conclusão da primeira questão controversa seja pela viabilidade legal daquela contratação global;

3ª) aplicação à licitação (se houver) e ao contrato de prestação de serviço (existente nesse caso), se ainda viável a contratação global objeto da primeira questão controversa, os dispositivos da Lei nº 8.666/93 atinentes à padronização, indicação de marca e definição do objeto, os quais estão referenciados na Instrução de fls. 22/51 como aplicáveis a compra (arts. 14 e 15 da Lei nº 8.666/93, entre outros), considerando o enfoque ali adotado.”

### 11.3. Opção pelo contrato Select e fracionamento do objeto.

#### 11.3.1. Resposta da Microsoft:

11.3.1.1. A opção pelo contrato Microsoft **Select**, bem como a contratação da TBA, com base no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93, resulta da discricionariedade do Poder Público, sendo de responsabilidade exclusiva dos vários órgãos da Administração direta e indireta. Trata-se de procedimento no qual a Microsoft não interfere. O próprio contrato administrativo que regula a licença para o uso dos *software* Microsoft é firmado entre o LAR e os entes públicos.

11.3.1.2. A Microsoft não fez, expressamente, considerações a respeito da questão do fracionamento do objeto.

11.3.2. Na continuidade de sua resposta, a TBA trata primeiramente do tema referente à compatibilidade das características do contrato **Select** com a Lei nº 8.666/93 para, em seguida, abordar o aspecto da opção discricionária do administrador público pelo contrato e, mais à frente, a questão do fracionamento do objeto.

11.3.2.1. Quanto à opção da Administração de realizar um contrato **Select**, a TBA a entende como competência discricionária do administrador, que dispõe de diferentes alternativas. Por um lado, poderá assumir diretamente a gestão da atividade, de modo que o recurso a contratações de terceiros poderá ser mais ou mesmo intenso; outra alternativa será pactuar um contrato **Select**. A diferença fundamental entre essas duas situações reside no modo pela qual a participação do contratado será integrada à atividade administrativa. Na medida em que a atividade desenvolvida se torne mais complexa e aumenta a estrutura organizacional, o recurso ao contrato **Select** se mostra inevitável, porque a Administração não dispõe de tempo nem de pessoal em condições de gerir adequadamente os serviços de informática.

11.3.2.2. A respeito do assunto, aduz ainda a TBA:

11.3.2.2.1. A atividade administrativa discricionária não exclui controles sobre ela; apenas não se pode impugnar a escolha feita pelo administrador com base no argumento da existência de outra alternativa possível, se aquela estava no âmbito do poder do administrador, estava apta a satisfazer o interesse público e não havia outra opção mais satisfatória.

11.3.2.2.2. Não é possível, ainda, impor-se indiretamente a alteração do modelo contratual adotado pela Administração. A título de exemplo, se a Administração optou por realizar uma obra mediante empreitada, não é possível argumentar que existiriam diferentes fornecedores de cimento e que seria viável licitar a compra de cimento. O fornecimento de cimento está englobado no objeto da contratação, incumbindo ao empreiteiro, através também do fornecimento desse material, produzir a obra.

11.3.2.2.3. Ao se questionar a possibilidade de licitar separadamente a aquisição de direito de uso de programas, de treinamento e consultoria e assim por diante, produz-se, indiretamente, a desnaturação da opção por um contrato complexo.

11.3.2.2.4. Já quanto ao fracionamento do objeto, afirma a TBA que ele pode ser quantitativo ou qualitativo, e envolve a avaliação da natureza do contrato **Select**.

11.3.2.2.5. O fracionamento quantitativo corresponderia à pactuação de diferentes contratos **Select**, cada um (constituído de cessão de direito de uso de programas cumulada com desenvolvimento, suporte técnico, treinamento e outros deveres) vinculado a um certo número de máquinas ou a uma região geográfica (unidade administrativa em cada Estado da Federação, por exemplo). O fracionamento qualitativo significaria a dissociação dos diferentes objetos em contratos autônomos (a cessão de direitos, o desenvolvimento, o suporte técnico, o treinamento e outras atividades gerariam, cada uma, um contrato próprio e distinto). É possível, ainda, uma terceira hipótese, que é a conjugação dos fracionamentos qualitativo e quantitativo: cada unidade administrativa nos Estados produziria contratações autônomas.

11.3.2.2.6. A TBA entende que nenhuma dessas soluções é adequada. O fracionamento qualitativo importa desnaturação do contrato **Select**, pois consiste na conjugação de diferentes prestações, traduzidas numa única contratação, como forma de produzir um fim, que é a harmonização e ampliação da eficiência dos serviços de informática. O fracionamento qualitativo para a aquisição de licenças de uso de um programa, por exemplo, não permite que o administrador público exija a introdução de inovações e modificações de qualquer ordem nos programas, nem integração entre os diversos programas, compatibilização de funcionamento de equipamentos, padronização de rotinas e assim por diante.

11.3.2.2.7. O fracionamento quantitativo provocaria o desenvolvimento paralelo e não coordenado de soluções distintas para problemas similares, com dificuldades de conexão de diferentes pólos de desenvolvimento. Há razões técnica (multiplicidade de soluções) e econômica (desembolso de mais recursos) contrárias ao fracionamento quantitativo do contrato **Select**.

11.3.2.2.8. A natureza e os fins do contrato **Select** são incompatíveis com o fracionamento. A centralização da contratação deriva da impossibilidade de ausência de coordenação centralizada para os serviços de informática.

11.3.3. Na conclusão da análise realizada pela Unidade Técnica quanto às considerações acima apresentadas pelas empresas, são reputadas improcedentes as argumentações oferecidas nas respostas da Microsoft e da TBA quanto à opção pelo contrato **Select** e fracionamento do objeto, permanecendo inalterado o *conteúdo* dos entendimentos expendidos nos subitens 17.7 e 17.8 da Instrução de fls. 22/51, porquanto o teor das disposições legais ali referidas a compra (arts. 15, inciso IV, e 23, § 1º) é equivalente ao das atinentes a serviço. Nesse sentido, em relação às disposições contidas no art. 23, §§ 1º, 2º, 4º e 5º, da Lei nº 8.666/93, são oferecidas as seguintes conclusões quanto à análise do ponto em foco, *verbis*:

“a) diferentemente do que ocorre no âmbito do direito privado quanto à liberdade de estruturação dos contratos, a discricionariedade do administrador público nas contratações públicas não é ampla, mas delimitada pela obediência a determinados requisitos legais de ordem cogente, a respeito dos quais o administrador não poderá inovar naquelas contratações;

b) nem sempre há liberdade por parte do administrador em assumir diretamente a gestão da atividade (realizar as atividades por seus próprios recursos materiais e humanos ou por meio de contratações de objeto fracionado) ou pactuar a realização do conjunto global das atividades (à semelhança da modalidade **Select**), conforme entende a TBA. A legislação vigente (art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271, de 07/07/97) veda o instituto da terceirização de atividade-fim, a qual consiste na contratação de terceiros para execução de atividade específica a que se destinam os órgãos ou entidades públicos, a exemplo da contratação de serviços de informática por parte do Serpro e do Prodasen;

c) a análise, pelo administrador público, da viabilidade da ocorrência, num só contrato de serviço, a ser executado por somente uma empresa de informática, do fornecimento de **software standard** e das atividades, entre outras, de instalação, configuração, testes, assistência, suporte ou consultoria técnica, treinamento de usuários e ‘customização’ de **software standard**, está delimitada pelos seguintes aspectos:

c.1) observância de que o parcelamento de serviço é a regra, no sentido da necessidade de realização de estudos técnicos adequados para verificação da possibilidade de que a licitação seja dividida em tantas parcelas quanto necessárias, sem prejuízo da economia de escala, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, preservada a modalidade de licitação pertinente à execução do objeto a ser licitado e observada, ainda, se for o caso, a exceção de que trata a parte final do § 5º do art. 23 da Lei nº 8.666/93;

c.2) possibilidade de que as empresas que não disponham de capacidade de execução da totalidade do objeto participem com referência a uma ou mais parcelas ou lotes da licitação, inclusive sob a forma de consórcio;

c.3) necessidade de estudos técnicos adequados para verificação da viabilidade de realização de licitações regionalizadas (art. 20, *in fine*, da Lei nº 8.666/93), também com o objetivo de melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e de ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala, tendo em vista que, em geral, grandes clientes estatais, a exemplo da ECT, CEF e INSS, possuem representações em mais de um Estado da Federação;

d) em termos gerais, é possível o parcelamento, bem como o atendimento às demais condições legais (economicidade, viabilidade técnica e econômica, aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado, ampliação da competitividade e economia de escala) na licitação e na contratação de fornecimento de **software standard** e de prestação de serviços de informática no âmbito da Administração Pública, pelas seguintes razões, entre outras:

d.1) o fornecimento de **software standard** e a prestação de serviços de informática são de natureza divisível, existindo, no mercado, tanto empresas especializadas na comercialização unicamente de **software standard** quanto na prestação dos respectivos serviços;

d.2) descabe a comparação da suposta inadequação do fornecimento de cimento, de forma isolada, na empreitada integral de obras e serviços de engenharia com a suposta inadequação do fornecimento de **software standard** e prestação de serviços de informática em contratações distintas, em razão de que:

d.2.1) o cimento é um insumo da obra e, de modo geral, seu fornecimento não se presta isoladamente ao interesse imediato da Administração Pública, ao contrário do que ocorre com o **software standard** e os serviços de informática;

d.2.2) nada impede que, na empreitada global, o órgão ou entidade pública forneça ele próprio o cimento (caso, por exemplo, fabrique cimento ou possua estoques desse material ou créditos nele conversíveis em quantidades suficientes para a obra), desde que assim esteja estipulado no edital e no contrato, sem que a isso possa opor-se o contratado, ou faça licitação específica para tanto, caso o cimento venha a tornar-se um insumo de relevância tal no custo total de uma obra que estudos apropriados indiquem a viabilidade técnica e econômica da licitação e contratação de seu fornecimento em separado daquela empreitada;

d.3) o fracionamento quantitativo não implica, necessariamente, a adoção de soluções paralelas e incompatíveis entre si por parte de cada empresa participante do contrato. Resolução de interfaces e coordenação de soluções ocorrem inevitavelmente na implementação e desenvolvimento de projetos e programas que exsurtem em qualquer ramo de atividade e ensejam, em última análise, ferramentas adequadas de gerenciamento, o que ocorre, por exemplo, tanto no caso da contratação de empresas em consórcio (que se assemelha a diversos contratos) quanto na eventual contratação de uma só empresa (como no contrato **Select**);

d.4) o fracionamento qualitativo não consiste na pactuação de diferentes contratos **Select** por região geográfica, conforme afirma a TBA, pois a nosso ver as características básicas da modalidade **Select** atentam contra a Lei de Licitações e Contratos (conforme consta dos itens 18 e 20, inciso 11, da Instrução de fls. 22/51, o que também é objeto de análise no subitem 13.7 da presente Instrução), mas na pactuação, mediante licitações regionalizadas ou por uma única licitação com cotação por lotes regionais ou itens, inclusive com a possibilidade de participação de empresas em consórcio, de contratos de fornecimento de *software* agregado à prestação de uma ou mais de uma das atividades de informática, de acordo com os resultados indicados nos adequados estudos de viabilidade técnica;

d.5) ainda no caso do fracionamento qualitativo, a contratação em licitações distintas ou por lotes ou itens dentro de um mesmo procedimento licitatório não impede, ao contrário do que afirma a TBA, que sejam introduzidas inovações ou modificações nos programas, sua interligação e compatibilização de funcionamento de equipamentos, padronização de rotinas e assim por diante, as quais podem ser feitas pelo adquirente, por empresa especializada em 'soluções de informática' ou, ainda, pelo prestador de serviço habilitado pelo fabricante, conforme estiver estipulado no respectivo



contrato, como se depreende das disposições do art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.609/98 (norma específica do *software*) c/c os arts. 39, inciso I, e 51, inciso XV, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), alterada pelo art. 87 da Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste);

e) aplicam-se, ao procedimento licitatório, as disposições do art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/93 c/c as da Lei nº 8.248, de 23/10/91 (dispõe sobre contratações de bens e serviços de informática e automação pela Administração Federal), regulamentadas pelo Decreto nº 1.070, de 02/03/94, entre as quais a obrigatoriedade da adoção de licitação do tipo técnica e preço.”

#### 11.4. Viabilidade de competição para fornecimento de software e prestação de serviços de informática

##### 11.4.1. Resposta da Microsoft:

11.4.1.1. Na continuidade de sua resposta, a Microsoft trata, primeiramente, do aspecto relativo à obrigação do atendimento ao princípio da padronização. Na seqüência da presente análise, é tratada a questão da viabilidade de competição à frente daquele aspecto, objeto do subitem 13.8.

11.4.1.2. Afirma a Microsoft que, na Instrução de fls. 22/51, se sustenta que, mesmo nos casos de opção de produtos Microsoft mediante contrato **Select**, haveria viabilidade de competição, tendo em vista que outros revendedores dos produtos Microsoft poderiam participar de certame licitatório, oportunidade em que o administrador público decidiria pela melhor proposta para a administração.

11.4.1.3. Entende a Microsoft que esse entendimento contido na Instrução de fls. 22/51 é equivocado. Uma vez tomada a decisão discricionária pelo administrador público, a conseqüência imediata é a aquisição dos produtos padronizados, que podem ser Microsoft, Oracle, IBM, Novell, Lotus, de forma direta e sem licitação, com base no inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

11.4.1.4. No caso da aquisição dos produtos Microsoft, continua esta empresa, a declaração de inexigibilidade de licitação decorre da constatação fática de que a **Microsoft Corporation** é, obviamente, a única detentora da licença de utilização de seus próprios produtos, como o programa **Select**, e a TBA é, circunstancialmente, a única empresa autorizada a operar o contrato **Select** no Distrito Federal. Não havendo como adquirir, de outros fornecedores, os produtos identificados pelo administrador público como sendo o mais vantajoso para a Administração, inviável é a competição, pois apenas um revendedor se mostra em condições de contratar na modalidade escolhida.

11.4.1.5. Nessa linha de pensamento, a Microsoft cita trecho de obra de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Acresce, ainda, excerto do Relatório do Relator do TC 002.646/97-8, Exmo. Sr. Ministro Bento José Bugarin, que acompanha a Decisão nº 186/1999 - Plenário - TCU, com o intuito de demonstrar que os processos de declaração de inexigibilidade de licitação relacionados ao contrato **Select** já foram, inclusive, objeto de detido exame e considerados lícitos e regulares pelo Tribunal. Alega, também, que não cabe questionar a amplitude e a aplicabilidade da referida Decisão.

##### 11.4.2. A resposta da TBA está resumida nos itens seguintes:

11.4.2.1. Alega a TBA que não é possível dissociar os diferentes ângulos do contrato **Select** para avaliar parcialmente os requisitos de competitividade. Não é possível defender que inúmeros fornecedores estariam em condições de comercializar programas porque o objeto do contrato **Select** não é a simples comercialização (além do direito de uso de um programa, inclui a possibilidade de alterações, com suporte técnico na sua utilização e treinamento). Ao adquirir os programas de um mero fornecedor, a Administração não terá direito de obter aquilo que lhe é assegurado mediante o contrato **Select**. Mais ainda, aquilo que o contrato **Select** garante à Administração (integração entre as diferentes prestações para produzir o desempenho satisfatório dos serviços de informática) não poderia ser obtido mediante contratações isoladas e autônomas.

11.4.2.2. Isso significa que a competitividade apenas pode ser examinada tendo em conta o objeto integral do contrato **Select** e a existência de sujeitos no mercado em condições de oferecê-lo. Retomando-se o caso do exemplo da empreitada de obra pública, não se pode invocar a existência de diversos vendedores de cimento para exigir licitação para aquisição desse produto, pois o contrato não era para adquirir-se cimento, mas para realizar-se a obra pública.

11.4.2.3. Seguindo esse raciocínio, a existência de fornecedores de programas e de prestadores de outros serviços na área de informática não importava viabilidade de competição. Ademais, existia apenas um fornecedor (um único titular

das extensas condições técnicas exigidas pela Microsoft para firmar contrato **Select**) em condições de pactuar p contrato **Select** no mercado de Brasília.

11.4.2.4. Em prosseguimento, a TBA tece considerações a respeito da titularidade, a seu favor, da cláusula de exclusividade em face da Microsoft. Conclui que a discussão de titularidade é irrelevante, porque não há dúvida acerca da ausência de outro revendedor habilitado a pactuar contratos **Select** em Brasília. Ou seja, afirmar que a TBA não é representante exclusiva não elimina a ausência de viabilidade de competição.

11.4.3. Conclusões resultantes da análise da Unidade Técnica, *verbis*:

“a) a proposta formulada no item 20, inciso II, da Instrução de fls. 22/51 (transcrita no subitem 8.3 anterior) evidencia que não se está tratando de viabilidade de competição para fornecimento de *software* e prestação de serviços mediante contrato **Select**, uma vez que características desse contrato afrontam as exigências estabelecidas na legislação vigente sobre licitações e contratos;

b) o Tribunal, mediante a Decisão nº 186/1999 - Plenário - TCU, ao deliberar que há viabilidade de competição no mercado para a prestação de serviços de assistência técnica e treinamento nas contratações **Select**, está, na verdade, propugnando pela impossibilidade de serem firmadas tais contratações de forma global, uma vez que, conforme a própria TBA afirma, seu objeto consiste num conjunto indissociável de serviços, cuja partição implica a desnaturação desses contratos;

c) a operação global de fornecimento de **software standard** e de prestação de serviços de informática constitui contrato de serviço, não se lhe aplicando o disposto no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93, que trata de compra ou contrato de compra, mas o *caput* do mencionado dispositivo legal, que se refere à ocorrência de inviabilidade de competição para efeito de inexigibilidade de licitação;

d) a afirmação da TBA de que o contrato **Select** é inevitável e consiste numa solução integrada e indissociável de fornecimento de software e de prestação de todos os serviços de informática, a preços supostamente mais vantajosos que os de mercado, condiz mais com uma estratégia concebida para a comercialização de produtos e serviços de informática num ambiente altamente competitivo na atualidade, do que uma necessidade técnica e econômica própria do ramo de informática, amplamente aplicável a diversos segmentos consumidores, entre eles o da Administração Pública, uma vez que:

d.1) no contrato **Select**, não há fornecedor exclusivo de software nem prestador exclusivo de serviço de informática. Há uma *modalidade exclusiva* da operação global de fornecimento de software e de prestação de serviço, sob determinadas condições e supostas garantias em favor do contratante;

d.2) a referida exclusividade decorre da capacidade de prestação de atividades de forma integrada por uma única empresa, mas não significa que o mesmo objeto contratual não possa ser executado por outras empresas que atuem nos ramos de fornecimento de **software standard** ou de serviços de informática no mercado, inclusive no Distrito Federal, seja pela divisão do objeto da execução em lotes ou itens, seja pela possibilidade de formação de consórcio. Ademais, a existência do atestado de exclusividade da TBA, para atuar no mercado brasileiro não significa, por si só, que não exista outra empresa, não participante do procedimento de habilitação pela Microsoft, em condições de realizar o mesmo objeto nas mesmas condições, por outra forma contratual;

e) o atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local de realização da licitação ou da obra ou do serviço, nos termos do disposto no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93, implica presunção *iuris tantum* de exclusividade, sujeita a prova em contrário, e conduz à necessidade de verificação da veracidade de seu conteúdo material por parte da comissão de licitação, bem como à possibilidade de contestação por qualquer interessado no decurso do procedimento licitatório ou da contratação. O Tribunal de Contas da União já se manifestou, mediante a Decisão nº 47/95 - Plenário - TCU (Sessão de 15/02/95, Ata nº 06/95, TC 013.304/94-1), pela necessidade de adoção de medidas cautelares por parte dos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais, equipamentos ou gêneros (art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93), visando a assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes;

f) também sob o ponto de vista da política de comercialização de produtos e serviços, o procedimento de habilitação adotado pela Microsoft é questionado *ex officio* pela SDE/MJ e na representação da empresa IOS junto àquela Secretaria, à luz da vedação constitucional de formação de monopólio e restrição à livre concorrência;

g) a justificativa da exclusividade detida por uma única empresa para a execução, mediante contratação direta, da operação global de fornecimento de **software standard** e prestação de serviços de informática em determinada Unidade da Federação, no caso, o Distrito Federal, estendendo-se, todavia, o objeto contratual a muitas outras localidades nas quais existem outros revendedores habilitados pelo fabricante ou não há representação comercial da empresa contratada, configura, sob o ponto de vista da Administração Pública, infringência ao princípio da proporcionalidade e detrimento de outros princípios e exigências atinentes à licitação e contratação públicas, como o atendimento à isonomia, competitividade, certeza de obtenção de melhor vantagem para a administração, entre outros;

h) a exclusividade detida por uma única empresa em determinada Unidade da Federação não justifica a inexigibilidade de licitação nas contratações **Select**, uma vez que, caso houvesse motivos suficientes para a indicação da marca Microsoft, se as condições do contrato **Select** não atentassem contra dispositivos da Lei de Licitações e Contratos e, ainda, se constatassem em estudos técnicos adequados a economicidade, viabilidade técnica e econômica e economia de escala naquelas contratações, ainda assim haveria viabilidade de competição, com necessidade de instauração de procedimento licitatório, cujo objeto por hipótese seria o fornecimento de *software* da Microsoft e a prestação de serviços de informática na modalidade **Select** por revendedores habilitados como **Large Account Ressellers - LAR**, que competiriam entre si nas licitações regionais (em cada localidade em que o órgão público possuísse representação) ou numa única licitação com possibilidade de cotação por lotes regionais, inclusive com a possibilidade de formação de consórcio, com vistas ao atendimento da exigência legal de aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado. Aplicam-se também as disposições da Lei nº 8.248/91, regulamentadas pelo Decreto nº 1.070/94 (adoção de licitação do tipo técnica e preço, entre outras medidas).”

#### 11.5. Compatibilidade das características do contrato **Select** com a lei de licitações e contratos.

##### 11.5.1. Resposta da Microsoft:

11.5.1.1. A respeito da regularidade do contrato **Select** em face da Lei de Licitações, a Microsoft discorda do contido na Instrução de fls. 22/51, no que tange à conclusão de que esse contrato viola os arts. 14 e 15, § 7º, incisos I e II (ausência de adequada caracterização do objeto do contrato), art. 55, inciso III (ausência de indicação precisa dos preços dos produtos adquiridos), e art. 65, § 1º (possibilidade de majoração ou decréscimo do valor global do contrato em limite não permitido), todos da Lei nº 8.666/93.

11.5.1.2. Como já ressaltado, os recursos básicos do contrato **Select** incluem: a) a partir das licenças adquiridas, o direito de copiar e usar os software da Microsoft, permitindo a grandes corporações ter acesso instantâneo a toda linha de produtos de software, quando isso lhes for necessário; e b) preços que refletem o volume total de licenças. Não há que se falar, pois, em falta de especificação precisa do produto e de sua quantidade, em ausência de identificação do nível **Select**, nem, muito menos, em falta de especificação precisa dos preços e das quantidades a serem praticadas no contrato.

11.5.1.3. Com o intuito de demonstrar que o Tribunal já se manifestou pela regularidade dos termos do contrato **Select**, novamente a Microsoft remete-se à Decisão nº 186/1999 - Plenário - TCU, desta feita a trecho do Voto em que o Relator entende, em outros pontos, que não houve a suposta insuficiência de especificações e ausência de preços dos software e respectivos custos de treinamento e assistência técnica, pois tais elementos constam do contrato **Select** firmado entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e a TBA (Cláusula 1.1.1) e do respectivo Anexo I (Tabela de Preços).

##### 11.5.2. Resposta da TBA:

11.5.2.1. A respeito da questão da compatibilidade legal do contrato **Select**, a TBA afirma que a Lei de Licitações consagra a viabilidade da atipicidade de contratos, estabelecendo regras gerais acerca de categorias gerais de contratos. A Lei nº 8.666/93 não disciplina figuras específicas, mas dispõe acerca de “alienações, obras, serviços e compras”. A Administração poderá produzir as mais diferentes fórmulas contratuais, inclusive valendo-se de competência discricionária para produzir contratos atípicos.

11.5.2.2. Prossegue a TBA afirmando que, quando se trata de contrato complexo (atípico), há dificuldades jurídicas inquestionáveis relacionadas com a definição de seu regime jurídico, uma vez que cada um de seus aspectos comporta um regime jurídico próprio, sendo impossível aplicá-los todos, até porque isso poderia gerar conflitos insuperáveis.

11.5.2.3. O contrato complexo conduz à necessidade de harmonização dos regimes jurídicos dos contratos simples a partir dos quais teve origem. Algumas regras integrantes do regime jurídico dos contratos simples podem ser aplicadas, outras não. Eventualmente, novas regras são estabelecidas em função das características próprias do contrato.

11.5.2.4. Fazendo menção à figura contratual complexa e atípica do arrendamento mercantil, a TBA explica como, à sua semelhança, um contrato pode ser incorporado na prática da vida administrativa, sem violação dos princípios jurídicos pertinentes, passando a ser, como o **Select**, um instrumento de satisfação das necessidades públicas, com utilização cada vez mais difusa.

11.5.2.5. Reconhece a TBA, todavia, a problemática da avaliação da compatibilidade do contrato de natureza normativa em face da Lei nº 8.666/93. O primeiro problema desse contrato é a relativa indeterminação acerca do objeto, a qual deriva de sua própria função. Mas isso não se configura incompatível com as regras gerais da Lei nº 8.666/93, porquanto é necessário considerar que as necessidades administrativas não comportam, em todas as hipóteses, uma definição precisa e exata de quantitativos e momentos de execução de certas prestações. A exemplo das atividades referentes a conservação e assistência de veículos, fornecimento de combustível e mesmo no caso de treinamento de pessoal, há situações em que não há como se definir o objeto em termos precisos e inquestionáveis, os quais poderiam produzir o risco de a Administração contratar algo inútil, para ser fornecido em momento inadequado, pagando por algo que se destina a perder-se.

11.5.2.6. A TBA faz, ainda, referência ao sistema de registro de preços, previsto na Lei nº 8.666/93, para destacar que a idéia de objeto preciso e determinado não significa a necessidade de definição absoluta e rigorosa de quantitativos. O que a lei exige é que a definição do objeto seja a mais precisa, tendo em vista a natureza do contrato e do interesse a ser satisfeito, não podendo a Administração ser constrangida a deixar de atender ao interesse público nas hipóteses em que isso não for possível. Por isso, nesses casos, são feitas estimativas de quantitativos máximos, com fixação precisa de preços unitários e com a faculdade de requisição de fornecimentos ao longo do tempo.

11.5.2.7. No caso do contrato **Select**, a natureza dinâmica das atividades na área de computação e a necessidade de soluções integradas inviabilizam a definição prévia precisa. É impossível determinar o número de licenças que serão necessárias durante um ano, especialmente quando depende da formulação de soluções específicas que serão desenvolvidas ao longo do tempo. Muitas das licenças deverão fazer-se para modificação de configurações básicas de programa, o que envolve manifestação de vontade do titular dos direitos autorais. São fixados, em termos precisos e determinados, todos os preços unitários, com uma estimativa de quantitativos máximos e de valores a ser desembolsados pela Administração ao longo de um período de tempo específico.

11.5.2.8. A TBA afirma que essa solução passou a ter ainda maior respaldo legislativo em virtude da alteração, introduzida pela Lei nº 9.648/98, na redação do art. 65, § 2º, da Lei nº 8.666/93, no sentido de que qualquer modificação poderá fazer-se para reduzir os montantes inicialmente contratados, desde que através de acordo entre as partes.

11.5.2.9. Por último, a TBA considera que, por não ser a única modalidade de contratação que apresenta os caracteres apontados na Instrução de fls. 22/51, o contrato **Select** não pode ser reputado contrário à Lei nº 8.666/93, pois implicaria que as demais figuras contratuais semelhantes teriam idêntico destino. Nenhuma contratação poderia ser praticada se não contivesse a identificação precisa, sob o ponto de vista quantitativo e qualitativo, dos objetos a ser executados, inclusive com especificação de datas para tanto. Afirma, ainda, que vedação dessa ordem não pode ser extraída da Lei nº 8.666/93.

11.5.3. Conclusões resultantes da análise da Unidade Técnica, *verbis*:

“a) a disciplina de diferentes regimes jurídicos num mesmo contrato firmado pelo Poder Público é feita pela mesma legislação geral, Lei nº 8.666/93 e suas alterações, cujas disposições são praticamente equivalentes e não conflitantes entre si quanto à matéria vertente nestes autos, embora de modo geral o regime de serviço seja mais complexo do que o de compra;

b) embora assista razão à TBA ao afirmar que não se aplicam os arts. 14 e 15 da Lei nº 8.666/93 às contratações **Select**, as conclusões a que se chegou na Instrução de fls. 22/51, quanto à possibilidade de atendimento ao princípio da padronização, vedação de indicação de marca e caracterização do objeto da licitação e do contrato, permanecem inalteradas no mérito na presente Instrução, uma vez que o conteúdo daqueles dispositivos legais aplicados ao regime de compra é equivalente ao dos dispositivos atinentes ao regime de serviço (arts. 11 e 7º, § 2º, inciso II e §§ 4º e 5º da Lei nº 8.666/93), objeto do redirecionamento adotado nesta Instrução;

c) a característica da relativa indeterminação do objeto do contrato **Select**, no sentido de que a definição dos produtos (software) e dos serviços e das respectivas quantidades a serem adquiridas é feita apenas durante a vigência do contrato e na medida do interesse do órgão ou entidade pública, e que há estipulação de quantitativos máximos e preços unitários dos produtos e serviços, é incompatível com a disciplina do regime jurídico de serviço constante dos arts. 11 e 7º, § 2º, inciso II e §§ 4º e 5º da Lei nº 8.666/93, pelas seguintes razões, entre outras:

c.1) o fornecimento ou a substituição de software não se assemelha a desgaste de peças de veículos ou a consumo de combustível, sendo perfeitamente possível ao administrador público estimar, com um grau razoável de certeza, a quantidade necessária de software **standard** em função do número de hardware que esteja ou vá entrar em operação, especificando os componentes do programa (**part numbers**), bem como os respectivos preços;

c.2) não é permitida a inclusão de um limite máximo dos serviços a serem contratados, entre eles, os serviços de informática (instalação, configuração, testes, assistência, suporte ou consultoria técnica, treinamento e 'customização', entre outros), sem que haja previsão do que se pretende realizar, ante a vedação do art. 7º, § 4º, da Lei nº 8.666/93, consoante expressamente deliberou o Tribunal mediante a Decisão nº 69/96 - Plenário - TCU (Sessão de 28/02/96, Ata nº 07/96), bem como ante a infringência das disposições dos arts. 6º, inciso IX, alíneas *c* e *j*, e 55, incisos I e III, da Lei nº 8.666/93, todos atinentes à completa caracterização do objeto da licitação e do contrato de serviço.

c.3) a necessidade de previsão de quantitativos e preços de serviços no edital e no contrato implica a idéia de planejamento de atividades, cuja execução se destina ao alcance das metas estabelecidas, evitando o administrador público, o mais possível, de ficar adstrito às circunstâncias, o que não significa que situações anômalas não possam eventualmente ocorrer. Para tanto, na definição de atividades de informática, deve-se fazer uso de técnicas de estimação de quantitativos adequadas à natureza das atividades, conforme se depreende pelas disposições do art. 7º, § 4º, relativamente a obras e serviços, e do art. 15, § 7º, inciso II, referente a compras, ambas da Lei nº 8.666/93;

c.4) a ausência, no contrato **Select**, de discriminação dos quantitativos das atividades de informática como, por exemplo, suporte técnico ou treinamento, implica descontrole na atividade de planejamento e de execução por parte do administrador público. Não se têm metas claras a ser atingidas, com prejuízo da avaliação da eficiência e eficácia da gestão do órgão ou entidade pública, bem como da economicidade dos preços efetivamente praticados;

c.5) a adequada caracterização do fornecimento de software e da prestação das atividades de informática não induz risco de se pagar por algo inútil e que se destina a perder-se, porquanto, nas contratações públicas, os pagamentos não podem ser efetuados antecipadamente, devendo, principalmente nas contratações por preços unitários, estar atrelados à efetiva execução das despesas relativas às medições dos quantitativos de realização de produtos e serviços. As contratações públicas não comportam a previsão de desembolsos mensais desvinculados da devida contraprestação em produtos e serviços;

c.6) a sistemática do registro de preços não pode ser tomada como meio indireto de demonstração de que a Lei nº 8.666/93 permite a definição de quantitativos máximos, por ser característica específica permitida pela Lei para aquela modalidade, não podendo ser estendida aos demais modalidades de contratação. Nos contratos **Select** já firmados com o Poder Público federal a cotação do *software* é feita pela quantidade genérica do grupo do aplicativo, sem discriminação de seus componentes, os quais possuem diferentes versões e preços, e, na cotação dos serviços de informática, não há quantitativos máximos nem mínimos, mas apenas preços unitários;

d) a suposta estimativa, no contrato **Select**, de quantitativos máximos e de valores a ser desembolsados pela Administração ao longo de um período de tempo específico não tinha nem passou a ter maior respaldo legislativo em virtude da alteração, introduzida pela Lei nº 9.648/98, na redação do art. 65, § 2º, da Lei nº 8.666/93, bem como a nova redação não autoriza que 'qualquer modificação poderá fazer-se para reduzir os montantes inicialmente contratados, desde que através de acordo entre as partes', como alega a TBA, uma vez que:

d.1) os acréscimos e as supressões permitidas pelo art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93 até o limite, no caso de obras, compras e serviços, de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, são medidas excepcionais e não podem ser tidas como a regra de um contrato. Ao administrador não é permitido acrescer ou suprimir quantitativos relacionados com o objeto contratado segundo a sua vontade, mas apenas na ocorrência de situações excepcionais, na medida das necessidades supervenientes da instituição e com as devidas justificativas declinadas nos autos do processo de execução do contrato;

d.2) a exceção de que trata o inciso II do § 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98, referente à possibilidade de serem feitas supressões que excedam o limite estabelecido no § 2º daquele artigo (no caso de obras, serviços e compras, limite de até 25% do valor inicial atualizado do contrato), só se aplica como ‘exceção secundária’, ou seja, está inserida em exceção maior e que lhe é anterior constante do § 2º do art. 65, no sentido de que ‘nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder o limite estabelecido no parágrafo anterior [limite de até 25% do valor inicial atualizado do contrato]’.

d.3) a Lei de Licitações não foi alterada no que se refere à vedação de acréscimo que exceda o limite a que se refere o § 2º do art. 65, permanecendo, também, por esse motivo, a incerteza no contrato **Select** quanto à garantia de observância daquele limite;

d.4) a alteração do inciso II do § 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 entrou em vigor a contar de 27/05/98, data da edição da Lei nº 9.648/98, que é posterior à assinatura de grande parte dos contratos **Select** firmados com o Poder Público federal;

e) não há empecilho às presentes análises ou ao prosseguimento das apurações nos casos concretos dos presentes autos conforme proposta contida no item 20, incisos III e IV, da Instrução de fls. 22/51, tendo em vista a deliberação constante da Decisão nº 186/99 - Plenário - TCU (contrato **Select** entre a ECT e a TBA), bem como a concomitância de tramitação de outros processos nesta Corte de Contas a respeito de contratos **Select** com a TBA, uma vez que a natureza das deliberações do Tribunal nos processos de sua competência constituem julgamentos em tese da regularidade geral das contas dos gestores, não abrangendo, pelo princípio da verdade material, fatos ou situações que não foram objeto específico de controvérsia e análise em seus autos, como a questão do superfaturamento e da viabilidade de competição na forma que se vem abordando nos presentes autos. Ademais, os julgamentos de contas pelo Tribunal estão sujeitos à alteração de mérito, conforme se depreende do disposto no art. 236, inciso III, do Regimento Interno, ao referir-se à possibilidade de revisão de decisões do Tribunal ‘na superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida’.”

## 11.6. Obrigação do atendimento do princípio da padronização e a vedação da indicação de marca

### 11.6.1. Resposta da Microsoft:

11.6.1.1. A Instrução de fls. 22/51 manifesta o entendimento de que o administrador público não poderia ter optado pelos produtos Microsoft com base no princípio da padronização, uma vez que a observância de tal princípio não seria obrigatória, e tendo em vista que é vedada a indicação ou preferência por marca de produtos (art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93).

11.6.1.2. Para demonstrar que a interpretação dada na Instrução de fls. 22/51 não parece ser a mais correta, a Microsoft afirma que o termo “sempre que possível”, constante do referido dispositivo legal, significa que o legislador pretendeu impor ao administrador público a obrigação de padronizar as suas compras, observando a compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho. Transcreve a Microsoft, também, excertos de obras dos doutrinadores Marçal Justen Filho e José Cretella Júnior e, ainda, de entendimento do Procurador-Geral do MP/TCU constante dos presentes autos (fls. 56/58), com o intuito de demonstrar, em síntese, que o administrador público tem dever de obedecer ao princípio da padronização, ainda que tal procedimento leve à opção por um produto identificável por uma marca.

11.6.1.3. Com relação à motivação da decisão do administrador público por determinados programas de computador, a Microsoft alega que vários estudos técnicos desenvolvidos por entidades internacionais de estudos da indústria de informática, como o **Gartner Group**, o IDC, a **Internacional Organization for Standardization**, e mesmo universidades brasileiras, como a Fundação Getúlio Vargas, comprovam que a padronização de sistemas e soluções de

informática é a alternativa mais adequada ao setor público, na medida em que: a) simplifica a produção de bens e serviços, reduzindo custos; e b) permite o aumento da produtividade e da economicidade.

11.6.1.4. Certamente considerando tais estudos, vários órgãos da Administração Pública direta e indireta desenvolveram seus próprios estudos e, em alguns casos, concluíram que a melhor opção, que atenderia aos requisitos da padronização e economicidade, era a assinatura do contrato **Select**, da Microsoft. Nessa linha, destaca trecho de parecer exarado pelo Presidente da Comissão de Informatização do Poder Judiciário, do Tribunal de Justiça do Ceará, e envia cópia de parecer da área competente do Ministério da Educação e Desporto, para demonstrar que as decisões foram, técnica e juridicamente, embasadas e não resultaram de preferência arbitrária pela marca Microsoft.

11.6.1.5. A Microsoft afirma que seus concorrentes, igualmente fundados nos princípios de adequação e economicidade essenciais à contratação direta pela Administração Pública, também comercializam seus produtos, licenças e tecnologia diretamente a órgãos da Administração Pública. Em respeito aos preceitos contidos na Lei nº 8.666/93, essa é a regra geral de toda a indústria, e não a exceção da Microsoft.

11.6.1.6. Conclui, por fim, que não há irregularidade na opção pelo contrato **Select** por parte dos administradores públicos, com base nos princípios da padronização e economicidade insculpidos na Lei nº 8.666/93 e em respeito à vedação legal de preferência por marca. Menciona, ainda, que toda essa questão a respeito da modalidade **Select** foi extensivamente examinada e debatida na Subcomissão Especial de Contratos Corporativos na Área de Informática da Câmara dos Deputados, a qual concluiu ser benéfico para a Administração esse tipo de contrato.

#### 11.6.2. Resposta da TBA:

11.6.2.1. A TBA considera que os argumentos manifestados pelo Procurador-Geral do MP/TCU, em discordância das informações da Instrução de fls. 22/51 referentes à preferência por marca, são suficientes para evidenciar a ausência de defeitos no tocante ao tema. Acrescenta, todavia, algumas considerações a respeito da liderança dos produtos da Microsoft no mercado de software, para concluir que a escolha da linha de produtos retrata uma seleção fundada em critérios técnicos, não em preferências subjetivas e arbitrárias. E, como acentuado pelo Procurador-Geral, a indicação de marca é apenas uma necessidade de comunicação, eis que os produtos são distinguidos através dela. Não há ofensa à Lei de Licitações; poderia dizer-se a vedação refere-se à preferência por um produto fundada em motivos circunscritos ao seu nome.

11.6.2.2. Prossegue a TBA no sentido de que a Lei de Licitações se orientou pela obrigatoriedade da padronização, tal como se vê nos arts. 11 e 15. Impôs a padronização “sempre que possível”, somente não admitindo sua aplicação quando razões de ordem técnica ou econômica a desaconselharem. A Administração pode deixar de promover a padronização, mas deverá evidenciar que sua opção tem por lastro a presença de motivos que a impeçam.

11.6.2.3. A padronização no campo da informática possui respaldo, ainda, nas questões de direito de uso de um programa, cuja violação constitui crime tipificado no art. 12 da Lei nº 9.609/98. Seria contrária ao princípio da eficiência a aquisição de direitos de programas incompatíveis entre si para instalação numa mesma máquina, caso não fosse obedecida a regra da padronização, pois geraria problemas de comunicação entre os equipamentos, gastos com ampliação de memória, dificuldades de treinamento de pessoal e de desenvolvimento. Além disso, quando se trata de serviços prestados pela Administração Pública também em âmbito regional, a uniformidade é indispensável para evitar que cada local seja transformado em um pólo autônomo de atuação.

11.6.2.4. Em seguida, a TBA apresenta argumentos para concluir que, quanto à linha de produtos, a escolha de programas Microsoft para ser objeto de contrato **Select** não apresenta qualquer irregularidade ou defeito.

#### 11.6.3. Conclusões resultantes da análise da Unidade Técnica, *verbis*:

“a) a necessidade de atendimento ao princípio da padronização é, em tese, a regra nas licitações e contratos públicos de compra ou serviço, mas não de forma absoluta, em virtude das disposições dos arts. 11 e 15, inciso I, da Lei nº 8.666/93. A indicação de marca por necessidade técnica e econômica imperiosa, a ser constatada no caso concreto de uma padronização, é medida excepcional à regra geral de vedação à indicação de marca nas compras ou serviços, consoante se depreende do disposto nos arts. 7º, § 5º, e 15, § 7º, inciso I, da Lei nº 8.666/93;

b) a proposta feita pelo MP/TCU de alteração da redação do ponto de diligência constante do item 20, inciso III, subalíneas *a.1* e *a.2*, da Instrução de fls. 22/51, é, a nosso ver, pertinente, com a mencionada ressalva de

excepcionalidade, porquanto, em última análise, deixa claro que a indicação de marca e a padronização devem ser motivadas, não havendo prejuízo dos demais pontos de diligência, haja vista o enfoque principal ser a análise da viabilidade de competição no fornecimento de software e prestação de serviços de informática à Administração Pública, restando os aspectos da indicação de marca e da padronização como elementos acessórios.”

#### 11.7. Indeterminação de quantitativos, preços e descontos.

##### 11.7.1. Resposta da Microsoft:

11.7.1.1. Em sua resposta, a Microsoft contestou a indeterminação de quantitativos e preços ao tratar da regularidade do contrato **Select** perante a Lei de Licitações e Contratos, conforme consta do subitem 13.7.1 da Instrução da Cofis.

11.7.1.2. Naquela oportunidade, discordou das conclusões da Instrução de fls. 22/51 no que tange à violação dos arts. 14 e 15, § 7º, incisos I e II (ausência de adequada caracterização do objeto do contrato), art. 55, inciso III (ausência de indicação precisa dos preços dos produtos adquiridos), e art. 65, § 1º (possibilidade de majoração ou decréscimo do valor global do contrato em limite não permitido), todos da Lei nº 8.666/93.

11.7.1.3. O argumento da Microsoft é que os recursos básicos do contrato **Select** incluem: a) a partir das licenças adquiridas, o direito de copiar e usar os software da Microsoft, permitindo a grandes corporações ter acesso instantâneo a toda linha de produtos de software, quando isso lhes for necessário; e b) preços que refletem o volume total de licenças. Não há que se falar, pois, em falta de especificação precisa do produto e de sua quantidade, em ausência de identificação do nível **Select**, nem, muito menos, em falta de especificação precisa dos preços e das quantidades a serem praticadas no contrato.

11.7.1.4. Com o intuito de demonstrar que o Tribunal já se manifestou pela regularidade dos termos do contrato **Select**, a Microsoft mencionou a Decisão nº 186/1999 - Plenário - TCU, no trecho do Voto em que o Relator entende, em outros pontos, que não houve a suposta insuficiência de especificações e ausência de preços dos software e respectivos custos de treinamento e assistência técnica, pois tais elementos constam do contrato **Select** firmado entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e a TBA (Cláusula 1.1.1) e do respectivo Anexo I (Tabela de Preços).

##### 11.7.2. Resposta da TBA:

11.7.2.1. A TBA retoma, novamente, a questão da indeterminação de quantitativos, preços e descontos sustentada na Instrução de fls. 22/51, já referenciada na resposta constante do subitem 13.7.2 da Instrução da Cofis, que trata da compatibilidade das características do contrato **Select** com a Lei de Licitações e Contratos. Desta feita, repete basicamente os mesmos argumentos já oferecidos na resposta daquele tópico, no sentido de que o contrato **Select** pode ser concebido como uma modalidade de prestação de serviços contínuos, cuja indeterminação de parâmetros deriva de sua própria função e não é incompatível com a Lei nº 8.666/93. Admite-se a fixação de valores e quantitativos máximos, bem como facultam-se reduções superiores ao limite de 25% (art. 65, § 20, da Lei nº 8.666/93, alterado pela Lei nº 9.648/98).

11.7.2.2. Acrescenta a TBA que não cabe argumentar que o contrato deixou de incluir a especificação do nível de desconto assegurado. Segundo a empresa, rigorosamente, o desconto constitui um **plus**, eis que condicionado ao montante de aquisições que se fizerem necessárias. Esse desconto era assegurado à Administração, com a perspectiva de eventual variação no futuro. Dessa forma, se certos quantitativos de aquisição não fossem alcançados, o desconto seria alterado para o futuro (não para as compras passadas).

##### 11.7.3. Conclusões resultantes da análise da Unidade Técnica, *verbis*:

“a) a questão acerca da compatibilidade das características do contrato **Select** com as disposições da Lei nº 8.666/93, entre elas, a relativa indeterminação de quantitativos e preços de software e serviços de informática nos contratos **Select** já foi objeto de análise no subitem 13.7.3 desta Instrução, contemplando, também, a abrangência e o alcance dos termos da Decisão nº 186/1999 - Plenário - TCU;

b) o argumento da TBA, no sentido de que o desconto constitui um **plus**, assegurado no passado e com variações apenas para as aquisições futuras, não resolve a questão da ausência de sua especificação nos contratos nem configura garantia de sua aplicação, como pode ser constatado ao tomarem-se como exemplo os termos ‘Proposta Microsoft Select



Versão 4.0', que integra do Contrato nº 023/97-INSS/TBA. Continua inalterado o entendimento contido na Instrução de fls. 22/51, de que, no contrato **Select**, há incerteza quanto à alegada garantia de preços mais baixos que os de mercado, em virtude da falta de especificação do níveis de desconto e, também, tendo em vista a possibilidade de não aplicação desses níveis de desconto, por estarem na dependência do consumo.”

11.8. A questão dos preços de software serviços de informática (superfaturamento).

11.8.1. A Microsoft não fez considerações a respeito da questão dos preços sob o enfoque do superfaturamento.

11.8.2. Resposta da TBA:

11.8.2.1. Reafirmando as ressalvas quanto à já alegada ilicitude das provas (exames realizados pelos auditores independentes contratados pela empresa IOS), a TBA entende, quanto aos preços praticados nos contratos **Select** firmados pela TBA com os órgãos e entidades públicas, em suma, que:

a) os preços das licenças de software basearam-se na tabela mundial estabelecida pela Microsoft, de domínio público, o que elimina a versão de acréscimos indevidos ou superfaturamento;

b) a possibilidade de divergência de preços em moeda nacional para produtos equivalentes deve-se a que a fixação do valor em real varia segundo o câmbio, uma vez que a TBA liquida o preço da licença mediante pagamento em moeda estrangeira. A TBA formulava estimativa da variação cambial em função do período de tempo em que os preços se manteriam inalterados. Por isso, é impossível comparar preços praticados em momentos distintos, inclusive em face de conjuntura econômica diversa;

c) os relatórios apresentados pelos auditores independentes se ressentem de sérios defeitos, entre eles:

c.1) pressuposição de que um contrato **Select** se constitui em mera “venda de licenças de *software*” (equivoco de que a empresa IOS tinha plena ciência). O contrato impunha outros deveres à TBA, os quais foram remunerados, muitas vezes, de forma global, através de preços relacionados ao número de licenças cedidas (por exemplo, no contrato como o Serpro, a remuneração pelo suporte era calculada segundo o número de licenças utilizadas pela Administração). Por isso, não é possível comparar o valor da licença cobrado pela Microsoft com os preços constantes dos diferentes contratos;

c.2) relevantes erros de cálculo na quase totalidade dos preços dos produtos em virtude de divergência na estimativa da variação cambial. Por exemplo, ao produto “Office Pro 95 Upgrade” (código 269-053-70VL), o relatório da Boucinhas (pág. 61; Vol. 4, fl. 874) atribuiu o preço de R\$ 213,95, quando o valor correto, pela cotação do dólar a R\$ 1,0386 (utilizada no contrato), deveria ser de R\$ 252,37 (US\$243,00). O preço do produto 065-050-MNT EXCEL MNT é calculado como R\$ 75,86, quando deveria ser R\$ 101,78 (US\$ 98,00);

c.3) comparação entre os preços da tabela Microsoft MVPL-C e os do contrato Serpro/TBA feita de forma inválida pela Boucinhas (págs. 09/55 de seu relatório; Vol. 4, fls. 822/868), mediante conversão para reais com base no dólar do início daquele contrato, com desconsideração de sua Cláusula Quinta (dispõe que os preços serão fixos e irajustáveis em reais por um ano após a assinatura do contrato). Uma vez que os preços têm como componente essencial os preços das licenças de software baseadas em dólar norte-americano, não é razoável supor que o fornecedor assumiria para si toda a desvalorização cambial que viesse a ocorrer no ano. Ou seja, a TBA assumiu para si o risco de desvalorização cambial, estimando uma certa cotação de dólar para vigência durante o período de um ano;

c.4) idêntica conversão inválida foi feita no relatório (págs. 60 e 64; Vol. 4, fls. 873 e 877), na comparação entre os preços das tabelas Microsoft MVLP-C (para grupos 1 e 3) e MVLP- B (para grupo 2) e os preços praticados no contrato CEF/TBA;

c.5) utilização, nos relatórios, do valor de compra do dólar comercial (pág. 57; Vol. 4, fl. 870), quando a legislação do Banco Central determina que seja considerado, para remessas de valores referentes a software, o dólar de venda na modalidade turismo, mais elevado que o parâmetro utilizado;

c.6) falta de cômputo de qualquer provisão para impostos nos preços para comparação;

c.7) inobservância, pela Boucinhas, do disposto na Cláusula Décima Sexta, item I, letra F, do contrato INSS/TBA (obrigação da TBA de prestar serviços de acordo com a tabela de pontos constantes do Anexo I), o que levou os auditores ao equivoco de atribuir o direito a apenas um kit de serviços para o INSS durante todo o contrato, e não a um número proporcional à aquisição de licenças, nos termos da referida tabela de pontos;

c.8) as ressalvas acima indicadas quanto ao relatório da empresa Boucinhas aplicam-se também ao relatório da empresa Soltz, Mattoso e Mendes, de configuração idêntica àquele;

c.9) os relatórios nada indicam acerca da comparação entre os preços praticados no mercado, considerando todos os deveres assumidos pela TBA e que podiam ser desempenhados por outros agentes econômicos (há outros deveres que somente a TBA estava em condições de atender). Não há referência à possibilidade de obtenção de valores inferiores para prestações equivalentes.

11.8.2.2. Por fim, a TBA afirma que os relatórios foram realizados segundo orientações prévias e não retratam, portanto, o exame imparcial e equilibrado dos diferentes aspectos dos fatos relevantes. Dessa forma, considera que qualquer avaliação dos preços depende da realização de provas segundo o princípio do devido processo legal, colocando-se à disposição do Tribunal caso entenda cabível a averiguação de preços.

11.8.3. Conclusões resultantes da análise da Unidade Técnica, *verbis*:

“a) não é possível fazer, tomando-se como base apenas as distorções e indícios de superfaturamento de preços em contratações do Serpro, CEF, INSS e ECT constantes dos relatórios elaborados pelos auditores independentes, afirmações seguras quanto a um eventual dano ou prejuízo por parte da Administração Pública, cujas apurações não de dar-se nos casos concretos, na forma da proposta constante do item 20, inciso III, da Instrução de fls. 22/51;

b) as contestações oferecidas pela TBA quanto à metodologia da análise empregada e os resultados alcançados nos relatórios das empresas Boucinhas e Campos Auditores Independentes e Soltz, Mattoso e Mendes Auditores Independentes, contratadas pela IOS Informática, Organização e Sistemas Ltda., deverão ser levadas em consideração nas investigações do Tribunal nos casos concretos dos contratos **Select** firmados pelos órgãos e entidades públicos federais com a TBA, em conjunto com os resultados das apurações daqueles relatórios;

c) independentemente da orientação constante da alínea anterior, algumas constatações gerais podem ser feitas a partir das razões apresentadas pela TBA quanto ao suposto superfaturamento de preços e defeitos nos exames constantes dos relatórios das empresas de auditoria privada, entre elas:

c.1) os alegados defeitos e erros de cálculo encontrados nos relatórios de apuração e comparação dos preços realmente praticados nos contratos **Select** confirmam, *in totum*, a ênfase que se vem dando nestes autos quanto à indeterminação de preços de *software* e de serviços de informática praticados naquelas contratações;

c.2) a remuneração de atividades de informática de forma global, proporcionalmente ao número de licenças de *software* adquiridas, como, por exemplo, o suporte técnico no contrato Serpro/TBA, incorre nos seguintes defeitos:

1º) desconhecimento do preço do *software* e da quantidade e preço do serviço efetivamente praticados no contrato, com infringência dos arts. 6º, inciso IX, alíneas *c* e *f*, 7º, § 2º, inciso II, e 55, incisos I e III, da Lei nº 8.666/93, referentes à necessidade de especificação de quantidades e preços;

2º) premissa de que a demanda de prestação de serviço, no caso, suporte técnico, é diretamente proporcional à quantidade adquirida de *software*, desconsiderando que à medida que se adquire e se coloca em operação mais *software* de mesma qualidade e natureza, de forma combinada com a transferência de tecnologia (que também é um dos objetos do contrato **Select**), menos ocorre necessidade efetiva de suporte técnico, inclusive por economia de escala;

3º) possibilidade de que se esteja remunerando serviço sem a correspondente prestação, ou, então, remunerando serviço acima da quantidade de serviço efetivamente prestada, com infringência do art. 66 da Lei nº 8.666/93 c/c os arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64;

c.3) a suposta impossibilidade, aventada pela TBA, de comparação do valor da licença cobrada pela Microsoft com os preços constantes dos diferentes contratos firmados em momentos distintos, inclusive em face de conjuntura econômica diversa, resultaria numa margem de dúvida insuperável, por parte do administrador público, quanto à certeza em firmar contratos **Select** a preços sempre ditos mais vantajosos, pela impossibilidade de sua comparação com a tabela da Microsoft e com os de mercado;

c.4) o fato de os preços das licenças de software dos contratos **Select** estarem baseados na tabela mundial estabelecida pela Microsoft não elimina a dúvida acerca dos acréscimos indevidos ou de superfaturamento, porquanto existe variação dos preços daqueles produtos em moeda nacional e possibilidade de economia de escala em aquisições por meio de outros revendedores no mercado;

c.5) os relatórios dos auditores independentes não apontam apenas ocorrências de preços excessivos de *software*, mas também diferenças a maior nas cotações de preços unitários de serviços, conforme tópicos já transcritos no subitem 18.8 da Instrução de fls. 22/51;

c.6) os preços praticados em contratos **Select** firmados incluem todos os tributos e impostos, resultando inconsistente a alegação de falta dessa provisão na comparação de preços objeto dos mencionados relatórios dos auditores independentes.”

#### 11.9. Os pedidos formulados nas respostas às diligências.

11.9.1. Em sua resposta à diligência, a Microsoft não formula, expressamente, pedido ao Tribunal.

11.9.2. Pedidos formulados pela TBA:

11.9.2.1. Ao final do conjunto de sua resposta, a TBA formula ao Tribunal pedidos que consistem, em síntese, nos seguintes pontos:

a) sejam, em preliminar, reputadas ilícitas todas as provas produzidas pela empresa IOS Informática, Organização e Serviços Ltda., considerando a obtenção irregular de documentos e a falta de confiabilidade de seu conteúdo;

b) sejam desentranhados e encaminhados os documentos à Segunda Delegacia Policial de Brasília, para averiguação de eventual vínculo com o crime objeto de investigação no inquérito policial ali pendente;

c) seja, ainda em preliminar, arquivado o processo administrativo, diante da absoluta ausência de irregularidades;

d) seja, alternativamente, reconhecida a nulidade do processo, pela impossibilidade de avaliação *in abstracto* da validade de uma certa espécie contratual, bem como pela ausência de explícita indicação dos defeitos que teriam inquinado as contratações realizadas pela TBA;

e) seja, no mérito, reconhecida a natureza própria do contrato **Select**, com aplicação das conseqüências jurídicas daí derivadas, e a ausência de defeito nessa modalidade contratual, com admissão formal de sua adoção por parte da Administração Pública Federal.

11.9.3. Análise realizada pela Unidade Técnica dos pedidos:

11.9.3.1. A Cofis conclui que das análises das respostas de diligência oferecidas pelas empresas Microsoft e TBA a respeito das diversas questões deste processo concernentes ao fornecimento de *software* e prestação de serviços de informática, resultaram procedentes as seguintes argumentações feitas pelas interessadas:

a) no fornecimento do **software standard** (em suporte físico ou mediante *download*) acrescido da execução de uma ou mais de uma das atividades de informática como instalação, configuração, testes, assistência, suporte ou consultoria técnica, treinamento de usuários e, ainda, de adaptação do **software standard** às necessidades do cliente (“customização”), aplica-se, em consonância com o entendimento da TBA, o regime jurídico de serviço para efeito das disposições da Lei nº 8.666/93, relativamente àquelas atividades. Subsiste ainda, nesse contrato, a licença de uso do **software standard**, nas modalidades de locação ou **leasing**;

b) o contrato **Select** é de natureza atípica e complexa, compreende uma solução integrada de atividades concebida para grandes corporações, possui cunho de contrato normativo e, ainda, constitui um contrato de prestação de serviços para os efeitos da Lei nº 8.666/93, conforme afirma a TBA.

11.9.3.2. Quanto aos pedidos formulados pela TBA, a conclusão da Cofis é pelo indeferimento de todos esses pedidos, em decorrência da análise da Saudi (fls. 22/51), complementada pela análise das respostas à diligência, apresentadas pelas empresas Microsoft e TBA.

12. Juntamente com a análise das respostas à diligência junto às empresas Microsoft e TBA, a Cofis apresentou também uma análise do Relatório Final da Subcomissão Especial de Contratos Corporativos, da Câmara dos Deputados, já mencionado no item do presente Relatório, cujo conteúdo é resumido pela Unidade Técnica nos seguintes termos, *verbis*:

“14.1 No tocante ao Relatório Final da ‘Subcomissão Especial de Contratos Corporativos de Aquisição de Bens e Serviços pelo Poder Público na Área de Informática’ (fls. 72/79), seu conteúdo trata dos resultados dos debates realizados, naquela Subcomissão, com autoridades da Administração Pública (Secretaria de Direito Econômico e Tribunal de Contas da União) e entidades representativas do setor de software no País (Assespro, Abes e Sucesu), a

respeito do mercado e das formas de comercialização de bens de informática, com destaque para o mercado de software. Os debates contemplaram os seguintes temas: abuso de poder econômico, monopólio no mercado de software e contratos corporativos, este desdobrado em contratações sem licitação, exclusividade de fornecimento e prejuízo à Administração Pública.

14.2 Antes da abordagem de cada tema, a Subcomissão considera, como importante ponto a ser levado em conta diante da complexidade do mercado de informática, a conclusão de que a venda de bens e serviços de informática não deve ser vista sob o prisma primário da comercialização de qualquer outro produto. ‘O grau de complexidade de cada software, a necessária integração entre os mesmos, o compromisso com o investimento feito em cada plataforma e a velocidade de mutação das soluções de informática e tecnologias oferecidas, dificultam sobremaneira um modelo de compra convencional, sob pena de promover no ato da compra, prejuízos de alta monta para o erário público.’

14.2.1 Sob essa perspectiva, a partir da definição de um plano estratégico e atualizado, uma plataforma tecnológica é geralmente escolhida pelo órgão comprador e outras complementares são associadas para atendimento das necessidades computacionais da instituição. A Subcomissão entende que, nesse momento, em função do porte e dos riscos de implementação, o contrato com garantias diretas do fornecedor ou seu representante espelha a opção mais prática e mais segura.

14.3. No que se refere a cada um dos três temas já mencionados, as conclusões da Subcomissão são, em síntese, as seguintes:

a) abuso de poder econômico: na atualidade, o aumento do número de empresas fornecedoras de ‘soluções de informática’ proporcionou disputa de mercado, que vem pulverizando as remotas, se ainda possíveis, chances de abuso de poder econômico;

b) monopólio no mercado de software: nos vários casos examinados junto a órgãos públicos, a maioria das solicitações de compra de software específico está acompanhada de amplas justificativas técnicas (compatibilidade, padronização ou especificidade), as quais permitem visualizar a separação entre a compra de soluções em mercados específicos e a acusação de exercício de monopólio. Atualmente, as plataformas abertas e um mercado bastante competitivo composto de fornecedores de hardware, software e soluções substituíram o monopólio dos primeiros anos desta década. No entanto, algumas situações de mercado, a exemplo da ‘recompra’ induzida por novos aplicativos da Microsoft, devem ser objeto de constante e severa observação, em estudo mais aprofundado a ser feito pela Subcomissão;

c) contratos corporativos:

- no tocante à contratação sem licitação, pelos órgãos públicos, é satisfatória e admissível a justificativa técnica da opção por um software específico de um único fabricante (detentor de direitos autorais) ou por determinada tecnologia que se pretende adquirir;

- a uniformidade de princípios (acompanhamento da evolução da tecnologia, proximidade fornecedor/cliente, aquisição do domínio da tecnologia, acesso a soluções complexas e condições potenciais de economicidade), adotada pelos fornecedores de ‘soluções de informática’ nos contratos corporativos, permitiu um relacionamento do mercado de software com o setor público muito próximo dos setores privados nacional e estrangeiro, propiciando a redução de alguns graves problemas da Administração Pública, entre eles, o desperdício de recursos públicos e a pirataria de software;

- o aspecto preocupante dessa modalidade contratual reside no pouco número de fabricantes multinacionais de software com política correta de nomeação de representantes locais credenciados, com aptidão para vender produtos e repassar soluções de informática. Isso ocasiona a eterna dependência da Administração Pública em relação ao fornecedor integral e o refluxo integral dos resultados obtidos para os países, contrariamente aos interesses brasileiros, sem contribuir para a geração de empregos, para a formação de recursos humanos e para o fortalecimento das empresas nacionais;

- a Comissão identifica a necessidade de uma averiguação mais profunda sobre a existência ou não da indução de monopólio do mercado de software, mediante a inclusão de aplicativos em sistema genericamente comercializados, gerando uma sensível dependência técnica ao comprador, impossibilitando novas soluções sem antes arcar com grandes prejuízos;

- a Comissão conclui, também, pela proposta da possibilidade de incentivar, por meio da legislação vigente, a contratação de representantes locais de bens ou serviços de informática, pelos fabricantes que não mantenham uma

política explícita nesse sentido, deixando de valorizar recursos nacionais e retardando o acesso brasileiro às constantes inovações tecnológicas.”

12.1.A análise desse relatório efetuada pela Cofis tece os seguintes comentários, *verbis*:

“14.4.1 O conteúdo do Relatório Final contempla três temas básicos relacionados com a comercialização de produtos e serviços de informática na atualidade, que são: abuso do poder econômico, monopólio no mercado de software e contratos corporativos.

14.4.2 Os dois primeiros assuntos têm relação com disposições dos direitos econômico e do consumidor, refugindo à competência desta Corte de Contas uma atuação direta sobre a matéria. Apenas de forma indireta, para verificação da regularidade da gestão de recursos públicos por órgãos e entidades da Administração Pública, elementos da política de comercialização de empresas de informática são levados em consideração nas análises a cargo do Tribunal, a exemplo das considerações constantes dos subitens 13.6.3.11/13.6.3.21, 13.6.3.26 e 13.5.3.38/13.5.3.39 desta Instrução, a respeito da estratégia de comercialização efetuada pela Microsoft mediante contratos **Select**, bem como de normas atinentes à defesa do consumidor, respectivamente.

14.4.3 Por sua vez, a regularidade dos contratos corporativos, quando firmados com o Poder Público federal, interessa diretamente ao Tribunal. Nesse sentido, as conclusões constantes do Relatório Final da referida Subcomissão não destoam, na essência, dos entendimentos a que se chegou no presente processo.

14.4.4 A título de exemplo, consta do Relatório Final que é satisfatória e admissível a justificativa técnica da opção por um software específico de um único fabricante. Conforme considerações expendidas na presente Instrução, a opção por um produto ou, melhor dizendo, a indicação de marca desse produto, há de ser aferida por estudos pertinentes. Em se tratando de fornecimento de software, enquadrado como contrato de serviço para efeito da Lei de Licitações de Contratos (subitem 13.4.3.33), a própria norma jurídica reconhece, como exceção à vedação de realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços de marcas, características e especificações exclusivas, a possibilidade de existência de casos em que seja tecnicamente justificável aquela realização (art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/93).

14.4.5 Outrossim, os aspectos da política de nomeação de representantes locais credenciados e da dependência técnica do comprador guardam relação com a necessidade de demonstração da exclusividade de fornecimento de produtos e prestação de serviços para efeito das contratações diretas junto ao Poder Público federal, conforme tratado na presente Instrução. Note-se, a respeito, que a Comissão conclui pela proposta de possibilidade de incentivar, por meio da legislação vigente, a contratação de representantes locais de bens e serviços de informática, pelos fabricantes que não possuam uma política explícita nesse sentido, deixando de valorizar recursos nacionais e retardando o acesso brasileiro às constantes inovações tecnológicas.

14.4.5 A propósito desse assunto, segundo informações obtidas pela Cofis junto à SDE/MJ a respeito do andamento do Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49, originado do Procedimento Administrativo de mesmo número, a Microsoft formulou proposta àquela Secretaria no sentido de firmar ‘compromisso de cessação de prática’, consistente na adoção de medidas para credenciamento de outros revendedores em localidades que possuam apenas um deles na atualidade. No momento, aquele compromisso, que também envolve interesse da TBA, encontra-se em análise pela SDE/MJ. Posteriormente, será enviado ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça - Cade/MJ, para referendo.

14.4.6 Portanto, os resultados constantes do Relatório Final da ‘Subcomissão Especial de Contratos Corporativos de Aquisição de Bens e Serviços pelo Poder Público na Área de Informática’ não são discrepantes, na essência, das conclusões obtidas das análises efetuadas nos presentes autos. No tocante a um pronunciamento desta Corte de Contas a respeito do Relatório Final, embora não haja solicitação nesse sentido, entendemos suficiente seja comunicada, àquela Subcomissão, a decisão que vier a ser proferida nos presentes autos.”

13.Como resultado das análises das respostas à diligência às empresas TBA e Microsoft, seguida da análise do Relatório Final da Subcomissão Especial de Contratos Corporativos, da Câmara dos Deputados, a Cofis apresentou a seguinte proposta de encaminhamento, *verbis*:

“I - seja conhecido como Representação o expediente encaminhado pela Secretaria do Direito Econômico, do Ministério da Justiça, por enquadrar-se nas disposições do art. 37-A, inciso III, da Resolução nº 77/96-TCU e atender aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno, aplicáveis à espécie consoante o disposto no art. 37-A, § 1º, da mencionada Resolução;

II - sejam consideradas improcedentes as alegações constantes das respostas de diligência oferecidas pela empresa Microsoft Informática Ltda. e parcialmente procedentes as apresentadas pela empresa TBA Informática Ltda., as quais resultaram insuficientes para alteração do mérito das questões tratadas no presente processo;

III - sejam os órgãos e entidades públicos federais orientados no sentido de que, nas licitações e contratos públicos cujo objeto seja o fornecimento de software standard sem transferência de seu domínio, em suporte físico ou mediante a técnica de download, isoladamente ou acrescido, de acordo com resultados obtidos por estudos de viabilidade técnica e econômica, da prestação de atividades de informática como, entre outras, instalação, configuração, testes, assistência, suporte ou consultoria técnica, treinamento de usuários ou, ainda, adaptação do **software standard** às necessidades do cliente (‘customização’), aplica-se o regime jurídico de serviço para efeito das disposições da Lei nº 8.666/93, bem como a licença de uso do software, disciplinada pelas disposições das Leis nos 9.609, norma especial que rege a proteção da propriedade intelectual do programa de computador, e 9.610, norma geral sobre direito autoral, ambas de 19/02/98, as quais revogaram, respectivamente, as Leis nos 7.646/87 e 5.988/73;

IV - seja determinado aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta, por meio dos órgãos de controle interno, que se abstenham de firmar contratos corporativos do tipo **Select**, uma vez que a habilitação como **Large Account Reseller - LAR** feita pela Microsoft a empresas do ramo de informática, para que possam firmar tais contratos junto àqueles órgãos e entidades, a exemplo do credenciamento da empresa TBA Informática Ltda. para atuar no mercado do Distrito Federal, é específica para a referida modalidade contratual e não caracteriza inviabilidade de competição e, em consequência, inexigibilidade de licitação para o fornecimento de **software standard** e a prestação de serviços de informática, haja vista a existência de revendedores e de prestadores de serviço na linha de varejo, no Distrito Federal e nas demais Unidades da Federação, e considerando, ainda, que as características básicas dessa modalidade contratual atentam contra as exigências estabelecidas na legislação vigente, em especial:

a) falta da especificação do código (**part number**), da quantidade e do preço dos software que serão efetivamente fornecidos, bem como das quantidades relativas à prestação das atividades de informática, resultando em ausência da adequada caracterização do objeto do contrato, com infringência dos arts. 6º, inciso IX, alíneas *c* e *f*, 7º, § 2º, inciso II, e §§ 4º e 5º, 11 e 55, incisos I e III, da Lei nº 8.666/93;

b) ausência de indicação precisa dos preços dos *software* a serem realmente fornecidos, haja vista que estão na dependência do nível de consumo a ser praticado no decurso do período de vigência contratual, com infringência do art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93;

c) ausência de comprovação da alegada garantia de preços de software mais baixos que os de mercado, haja vista que o percentual de desconto no preço varia de acordo com a demanda no decurso do período de vigência contratual, havendo a possibilidade de que, ao não se atingir eventual grau de consumo do produto e, em consequência, o respectivo nível de desconto, a contratação se torne antieconômica;

d) possibilidade de alteração do valor global do contrato em limite não permitido pelo art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, haja vista a ausência da especificação precisa dos preços e das quantidades dos *software*, do nível efetivo de desconto e, ainda, da indicação das quantidades relativas à prestação das atividades de informática, a serem praticados no contrato;

V- seja determinado às Unidades Técnicas do Tribunal que realizem, no âmbito da respectiva clientela, diligência aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta, em relação aos procedimentos adotados que resultaram nos contratos corporativos do tipo **Select** celebrados, a contar do exercício de 1995, com a firma TBA Informática Ltda. e com outras empresas habilitadas pela Microsoft para atuar na mesma modalidade contratual, com inexigibilidade de licitação, bem como em relação aos resultados alcançados nessas contratações, devendo ser observados nessas diligências, para efeito de uniformidade de tratamento, no mínimo, os seguintes itens:

a) quanto aos procedimentos anteriores às contratações na modalidade **Select**:

a.1) quais os motivos que levaram à indicação de marca nas contratações de fornecimento de *software* sem licitação;

a.2) caso tenha sido verificada, em estudos técnicos, a necessidade de padronização, se esse procedimento foi regular e devidamente motivado e se a uniformização vem efetivamente a assegurar a maior economia dos processos operacionais do órgão ou entidade;

a.3) se foram realizadas pesquisas com vistas à verificação da viabilidade de competição para o fornecimento de *software* Microsoft por meio dos revendedores disponíveis no mercado, que não atuem na linha corporativa (**Large Account Reseller - LAR**) mediante a modalidade de contrato **Select**;

a.4) se o objeto do contrato **Select** incluiu a prestação de serviços de informática como, entre outros, assistência, suporte ou consultoria técnica e treinamento, e, caso positivo, quais as justificativas apresentadas para esse procedimento, haja vista a existência de viabilidade de competição no mercado, conforme já deliberou o Tribunal na Decisão nº 186/99 - Plenário - TCU, Sessão de 05/05/99, Ata nº 16/99;

a.5) se o objeto do contrato **Select** previu a atividade de 'customização' do software **standard**, entendida, nesse caso, como a alteração de funções ou da estrutura básica do software **standard**, bem como desenvolvimento de programas ou rotinas, para a adequação do *software* às peculiaridades da atividade do órgão ou entidade pública contratante, e se houve estudos técnicos adequados que comprovassem a necessidade da efetiva prestação desse serviço de informática;

a.6) se foram realizadas pesquisas com vistas ao aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala, considerando a possibilidade de realização de licitação pelas administrações regionais dos órgãos ou entidades de âmbito nacional, bem como a possibilidade de divisão do procedimento licitatório em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado no local de sede daqueles órgãos e entidades, visando economicidade, preservada a modalidade de licitação pertinente à execução do objeto a ser licitado e, ainda, observada a exceção de que trata o § 5º, *in fine*, do art. 23 da Lei nº 8.666/93, em atendimento às disposições constantes dos arts. 20, *in fine*, e 23, §§ 1º, 2º, 4º e 5º, da Lei nº 8.666/93;

a.7) se foram realizadas, efetivamente, pesquisas de preço no mercado fornecedor de *software* e de serviços de informática, bem como nos contratos firmados pelo próprio órgão ou entidade, ou por outras instituições da Administração Pública, com ou sem licitação, de semelhante objeto, para efeito de comparação com os preços de software e de serviços de informática constantes da tabela da Microsoft, praticados nos contratos **Select**, e quais os resultados obtidos;

a.8) se os órgãos ou entidades públicos que têm, entre suas atribuições, a execução de serviços de informática como atividades-fim apresentaram justificativas para a contratação direta desses serviços na modalidade **Select**, haja vista a vedação de terceirização de atividade-fim na forma do disposto no art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271, de 07/07/97;

b) quanto aos termos constantes dos contratos **Select**:

b.1) se foi feita a adequada caracterização do objeto do contrato, consistente, entre outras medidas, na especificação precisa do software a ser fornecido e dos serviços de informática a serem prestados, de sua quantidade e de seu preço, haja vista as exigências estabelecidas nos arts. 6º, inciso IX, alíneas *c* e *f*, 7º, § 2º, inciso II, e §§ 4º e 5º, 11 e 55, incisos I e III, da Lei nº 8.666/93, bem como os termos da Decisão nº 186/99 - Plenário - TCU;

b.2) se foi feita programação adequada das quantidades de software para a contratação do fornecimento, com vistas ao aproveitamento dos percentuais de descontos oferecidos no contrato, variáveis de acordo com o nível de consumo;

c) quanto à execução dos contratos **Select**:

c.1) quais foram os software efetivamente fornecidos e os serviços de informática efetivamente prestados, suas quantidades e preços até a data de realização da diligência e qual a programação futura;

c.2) quais foram os percentuais de desconto efetivamente praticados nos preços de cada software fornecido, considerando os respectivos níveis de consumo;

c.3) quais são as variações de preços dos software efetivamente fornecidos e dos serviços de informática efetivamente prestados em relação aos de mercado e aos de outros contratos firmados com ou sem licitação para semelhante objeto, com a própria TBA e com outros fornecedores;

c.4) se houve alteração de funções ou da estrutura básica do **software standard**, bem como desenvolvimento de programas ou rotinas, para adaptação do *software* fornecido às peculiaridades da atividade do órgão ou entidade pública contratante ('customização'), na forma indicada nos estudos técnicos, se houver, e quais foram essas medidas;

VI - sejam levados em consideração, nos exames dos contratos **Select** a serem procedidos pelas Secexs nos casos concretos, os relatórios dos auditores independentes contratados pela representante IOS Informática, Organização e Sistemas Ltda., bem como as contestações feitas na resposta de diligência oferecida pela TBA Informática Ltda. a respeito da metodologia e resultados daqueles relatórios, constantes dos autos do TC 003.789/1999-3;

VII - seja determinado às Secexs que indaguem, também, aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta no âmbito da respectiva clientela, a respeito da existência de contratos corporativos firmados, a contar do exercício de 1995, mediante inexigibilidade de licitação, com empresas revendedoras ou prestadoras de serviço habilitadas por fabricantes de produtos de informática que não a Microsoft, solicitando, em caso afirmativo, cópia dos instrumentos contratuais e demais documentos necessários ao exame das situações concretas, entendendo-se por contratos corporativos, para esse fim, aqueles mediante os quais fabricantes do ramo de informática comercializam, por intermédio de empresas especificamente habilitadas, *software* e serviços de informática para atender a grandes volumes de demanda de consumidores, supostamente com garantia de preços mais baixos que os de mercado, embora os mesmos produtos e serviços sejam também comercializados por outras empresas habilitadas no mercado de varejo;

VIII - seja determinado às Unidades Técnicas que, no prazo de 30 (trinta) dias a contar do recebimento dos dados e informações relativos aos contratos corporativos e demais documentos obtidos na forma dos incisos V e VII anteriores, encaminhem à Coordenadoria de Fiscalização e Controle - Cofis, para consolidação e ciência à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, da Câmara dos Deputados, os seguintes elementos:

- a) órgão ou entidade contratante;
- b) empresa contratada;
- c) número de referência e data de assinatura do contrato corporativo;
- d) objeto do contrato (produtos e/ou serviços de informática);
- e) prazo de vigência do contrato;
- f) valor inicial do contrato;
- g) número de referência e data de assinatura de termo aditivo, se houver;
- h) período de vigência do termo aditivo;
- i) valor do termo aditivo;
- j) situação do contrato ou aditivo na data da diligência (vigente, interrompido, rescindido, extinto);

IX - seja também examinada pelas Secexs, nos casos dos contratos corporativos eventualmente identificados na forma do inciso VII anterior, a existência das ocorrências constantes dos itens da diligência de que trata o inciso V anterior, inclusive quanto aos procedimentos adotados pelo Poder Público na fase antecedente às contratações;

X - sejam as Secexs autorizadas a realizar inspeções e auditorias caso as análises das informações e documentos de que tratam os incisos VII a IX anteriores indiquem a necessidade de adoção desses procedimentos nas situações concretas de contratos corporativos;

XI - seja determinada a constituição, pelas Secretarias de Controle Externo encarregadas dos trabalhos, de processo específico para cada órgão ou entidade jurisdicionada, com vistas ao exame dos casos concretos de contratos corporativos, mediante a realização de diligências e eventuais inspeções e auditorias, objetivando identificar a necessidade de providências corretivas nas situações concretas, se for o caso, bem como possível reflexo nas contas daqueles órgãos e entidades, devendo os autos ser submetidos aos respectivos Relatores com proposta de encaminhamento da matéria, inclusive no sentido de que seja dado conhecimento da Decisão que for proferida pelo Tribunal em cada processo à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, da Câmara dos Deputados;

XII - seja solicitada à Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, que dê ciência a esta Corte de Contas da decisão que vier a ser proferida, no âmbito de sua competência, a respeito do Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49, instaurado para apuração de possíveis práticas anticoncorrenciais pelas empresas Microsoft Informática Ltda. e TBA Informática Ltda., consoante Despacho do Secretário de Direito Econômico de 13/04/99



(publicado no DOU de 13/04/99, Seção 1, págs. 1/2, retificado por Despacho de mesma data), exarado no Procedimento Administrativo de mesmo número;

XIII - seja encaminhada cópia da Decisão que vier a ser proferida nos presentes autos, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem, para conhecimento:

a) ao Secretário de Direito Econômico, do Ministério da Justiça;

b) ao Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça;

c) aos Presidentes da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática e da Subcomissão Especial de Contratos Corporativos de Aquisição de Bens e Serviços pelo Poder Público na Área de Informática, ambas da Câmara dos Deputados;

d) aos dirigentes dos órgãos de controle interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, para os fins do atendimento à medida constante do inciso IV anterior;

XIV - sejam arquivados os presentes autos após o cumprimento, pela Cofis, das medidas determinadas no inciso VIII anterior.”

14. Estando o processo no Ministério Público junto ao TCU com fins de obter daquele Parquet novo pronunciamento em face da manifestação da Cofis acima relatada, deu entrada neste Tribunal documento da TBA Informática Ltda. (fls. 434/502), no qual são expostos argumentos a respeito da matéria tratada nos presentes autos, além de formular uma série de pedidos.

14.1. Por determinação do Exmo. Sr. Ministro Benjamin Zymler, então relator, este documento foi encaminhado à Cofis para “informar se, dentre os argumentos trazidos pela interessada, há algum fundamento, jurídico ou de fato, que possa influenciar no exame do mérito, suficiente para determinar a juntada da peça aos autos”.

14.2. A análise procedida pela Cofis consta das fls. 419/425, mais uma vez da autoria do Assessor Carlos Sávio Rosa, na qual se concluiu que o referido documento não deveria ser juntado aos autos em virtude de não lograr confirmar os motivos para sua apresentação ao Tribunal, bem como em razão de os novos argumentos de defesa nele contidos, incidindo contra os resultados das análises expendidas na análise anterior da Cofis (fls. 235/336), configurarem antecipação de matéria de recurso que a interessada terá direito de interpor contra a decisão que vier a ser proferida pelo Tribunal no presente processo.

15. Encaminhados novamente os autos para pronunciamento do MP/TCU, foi emitido parecer às fls. 503/532, da autoria da Procuradora Maria Alzira Ferreira, no qual é feito um extenso estudo sobre a natureza jurídica do contrato Microsoft **Select**, concluindo aquele parecer que tal avença corresponde a uma união de “contratos coligados”, de acordo com a classificação proposta por Orlando Gomes. Haveria, assim, no contrato **Select**, a combinação, - indevida, no pensar da Procuradora, ante os ditames da Lei nº 8.666/93 - de contratos distintos e completos de compra e venda e de prestação de serviços. Ante esse posicionamento, o parecer do MP/TCU discorda do entendimento da Cofis no sentido de que nos contratos **Select** deve-se observar o regime jurídico de serviços, para efeito de aplicação da Lei nº 8.666/93. Quanto aos demais pontos do parecer da Cofis, o parecer do MP/TCU manifesta-se de acordo.

16. Tendo os autos retornados à Unidade Técnica em razão dos despachos exarados pelo Relator na documentação avulsa apresentada pela TBA Informática Ltda., solicitando a juntada de documento da TECSOFT, e no TC 003.136/2001-0 (apensado), foi emitido parecer da Segecex (fls. 552/557, vol. 2) opinando pela juntada da referida documentação avulsa, apesar da mesma, na opinião daquela Unidade, não acrescentar elementos novos em relação aos argumentos já apresentados pela TBA no momento oportuno e já devidamente analisados. O referido parecer traz ainda algumas considerações a respeito da oportunidade da juntada do TC 004.779/1998-3, concluindo que, em relação a esse processo, revela-se mais adequado que, ao se proferir a decisão nos presentes autos, seja determinado o desapensamento daquele processo para o prosseguimento do seu julgamento de acordo com os parâmetros decididos pelo Tribunal no presente caso.

17. Em decorrência do recebimento de ofício (fl. 566, vol. 2) da Secretaria de Direito Econômico - SDE, encaminhando cópia dos autos do Processo Administrativo nº 08012.001182/98-31 e informando sobre a decisão no âmbito daquela Secretaria de que a Microsoft Informática Ltda. prejudica a livre concorrência no mercado nacional de aplicativos para Windows e, ainda, que foi decidida a remessa do processo administrativo ao Conselho Administrativo de

Defesa Econômica - Cade para fins de julgamento de que trata a Lei nº 8.884/94, o Relator encaminhou os presentes autos à Segecex a fim de verificar o possível reflexo da decisão da SDE nas conclusões exaradas pelas unidade técnicas do TCU no presente processo. Solicitou, ainda, novo pronunciamento do MP/TCU após o parecer da Unidade Técnica.

18. Enquanto era aguardada a análise da Adcon, unidade encarregada pela Segecex de dar atendimento ao despacho acima mencionado, deu entrada neste Tribunal de ofício da TBA Informática Ltda. (fls. 575/580, vol. 2) requerendo o sobrestamento dos presentes autos até o julgamento final do TC 013.034/2000-6, que trata de contrato firmado pela empresa IOS Informática Ltda. com a Infraero, nos mesmos moldes dos contratos firmados pela TBA.

19. O parecer da autoria do ACE Roberto Carlos Martins Pontes (fls. 586/592, vol. 2), complementado pelo parecer do Secretário-Adjunto de Contas, Ricardo de Mello Araújo, às fls. 595/601, trata não apenas da análise da decisão da SDE no processo administrativo mencionado no item acima, mas também do requerimento do sobrestamento dos presentes autos, citado no item.

19.1. Quanto à decisão da SDE no Processo Administrativo nº 08012.001182/98-31, decorrente de representação feita pela empresa Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda. relativa à aquisição do software Microsoft Money pelo Banco do Brasil e pela Caixa Econômica Federal sem licitação, a conclusão da Adcon é de que ela não interfere nas propostas constantes da instruções já realizadas pelas Unidades Técnicas deste Tribunal no presente processo. Propõe os referidos pareceres que seja enviada cópia do processo administrativo à 2ª Secex para que avalie e adote as medidas de sua alçada no tocante aos atos praticados pelo Banco do Brasil S/A e pela Caixa Econômica Federal pertinentes à aquisição, sem licitação pública, do software MS Money.

19.2. Propõe ainda a Adcon que seja recomendado às entidades da Administração Pública Federal, por intermédio da Secretaria Federal de Controle Interno - SFCI, que, ao estabelecerem padronizações de software, realizem previamente estudos detalhados, com critérios claros, objetivos e transparentes, e, sempre que possível, seja procedida a audiência dos fabricantes envolvidos, além de incluírem pareceres de entidades tais como universidades.

19.3. Quanto ao requerimento de sobrestamento do presente processo até o julgamento do TC 013.034/2000-6, a Adcon propôs o indeferimento dessa solicitação, haja vista a prolação da Decisão nº 543/2001 - Plenário - TCU naqueles autos, a qual determina à 3ª Secex o acompanhamento do presente processo de modo a verificar o entendimento que prevalecerá quanto à celebração de contratos tipo **Select** com a Administração Pública.

20. Em despacho à fl. 603, vol. 2, determinei, entre outras providências, a juntada da documentação da TBA às fls. 434/502, vol. 2, determinando, ainda, a análise da referida documentação pela Adcon, com vistas a verificar possíveis reflexos na proposta de mérito anteriormente formulada. Solicitei também novo pronunciamento do MP/TCU após a manifestação da Unidade Técnica.

21. Atendendo ao citado despacho, a Adcon emitiu parecer às fls. 638/657, da autoria do Diretor de Divisão Técnica Interino Édison Franklin Almeida, no qual, além de ser analisada a documentação da TBA às fls. 434/502, vol. 2, juntada ao processo, promoveu-se também a análise do parecer do Centro de Tecnologia de Software de Brasília, às fls. 609/634, vol. 2, sobre o tema Contratos Corporativos.

21.1. Sobre a documentação da TBA às fls. 434/502, vol. 2, a Adcon, após extensa análise, refuta os seus argumentos e considera descabidas a reivindicações nela contidas, mantendo, com pequenas modificações e atualizações, a proposta de encaminhamento formulada pela Cofis, nos seguintes termos, *verbis*:

“I - sejam conhecidos como *Representação* os documentos encaminhados pela Secretaria do Direito Econômico, do Ministério da Justiça, (principal, fl. 1 e Anexo I, volumes 1 a 4), complementados pela documentação trazida pela empresa Conetiva (TC 003.136/2001-0), com fulcro no disposto no art. 68 da Resolução TCU nº 136/200, considerando que atendem aos requisitos *de* admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno;

II - sejam firmados entendimentos no sentido de que:

a) nas licitações e contratos públicos cujo objeto seja o fornecimento de **software standard** sem transferência de seu domínio, em suporte físico ou mediante a técnica de *download*, isoladamente ou acrescido, de acordo com resultados obtidos por estudos de viabilidade técnica e econômica, da prestação de atividades de informática como, entre outras, instalação, configuração, testes, assistência, suporte ou consultoria técnica, treinamento de usuários ou, ainda, adaptação do **software standard** às necessidades do cliente ('customização');

a.1) aplica-se o regime jurídico de 'serviço' para efeito das disposições da lei nº 8.666/93, bem como a licença de uso do software, disciplinada pelas disposições da lei nºs 9.609, norma especial que rege a proteção da propriedade intelectual do programa de computador, e da lei 9.610, norma geral sobre direito autoral, ambas de 19/02/98, as quais revogaram, respectivamente, as leis de nº 7.646/87 e 5.988/73;

a.2) a detenção por parte empresa dos direitos exclusivos para a prática de determinada modalidade contratual não caracteriza a inviabilidade de competição, nem, em consequência, hipótese de inexigibilidade de licitação;

a.3) a adequada caracterização dos objetos dos contratos definida nos arts. 6º, inciso IX, alíneas c e f, 7º, § 2º, inciso II, e §§ 4º e 5º, 11 e 55, incisos I e III, da lei nº 8.666/93 não prescinde da indicação, nos editais e termos contratuais, da especificação precisa e completa dos software - inclusive dos respectivos códigos de identificação, das quantidades a serem contratadas e do preço certo de cada software a ser efetivamente fornecido, bem como das especificações quantitativas e qualitativas das prestações de atividades de informática;

b) são inaceitáveis cláusulas contratuais que estabeleçam sistemáticas que apresentem como benefício, vantagem ou prestação a possibilidade de afastamento da aplicação de dispositivos constitucionais e legais, em especial os relacionados a licitações e contratos;

c) determinada modalidade ou gênero contratual, independentemente da denominação que receba, não constitui benefício ou utilidade pública em si, mas sim os objetos úteis ou necessários cuja consecução se pretenda obter com a contratação;

d) o fornecimento, por um mesmo prestador, de software standard sem transferência de seu domínio cumulada com a prestação de atividades de informática tais como, instalação, treinamento, configuração, testes, assistência, suporte ou consultoria técnica, ainda, adaptação do software às necessidades do cliente ('customização') somente se justifica nos casos em, por razões tecnicamente comprovadas, inequivocamente demonstradas, o benefício ou proveito de fato especialmente útil ou necessário ao ente contratante for uma solução integrada, cujas propriedades sistêmicas inviabilizem as a obtenção de resultados equivalentes recorrendo-se às ofertas regulares do mercado de serviços de tecnologia da informação e de treinamento, haja vista a viabilidade de competição pela prestação de tais serviços.

III - seja determinado às unidades técnico-executivas do Tribunal que realizem, no âmbito da respectiva clientela, diligência aos órgãos e entidades dos Poderes da Administração Pública Federal direta e indireta, em relação aos procedimentos adotados que resultaram na celebração, sem licitação, de contratos corporativos envolvendo o licenciamento de software *standard*, tão-somente ou com a agregação de prestação de atividades, a contar do segundo semestre de 1999, entendendo-se por contratos corporativos, para esse fim, aqueles mediante os quais fabricantes do ramo de informática comercializam, por intermédio de empresas especificamente habilitadas, software e serviços de informática para atender a grandes volumes de demanda de consumidores, supostamente com garantia de preços mais baixos que os de mercado, embora os mesmos produtos e serviços sejam também comercializados por outras empresas habilitadas no mercado de varejo -, devendo ser observados nessas diligências, para efeito de uniformidade de tratamento, preferencialmente, os seguintes itens:

a) quais os motivos que levaram à indicação de marca nas contratações, se houver;

b) caso tenha sido verificada, em estudos técnicos, a necessidade de padronização, se esse procedimento foi regular e devidamente motivado e se a uniformização vem efetivamente a assegurar a maior economia dos processos operacionais do órgão ou entidade;

c) se foram realizadas pesquisas com vistas à verificação da viabilidade de competição para o fornecimento de software;

d) se o objeto do contrato corporativo incluiu a prestação de serviços de informática como, entre outros, assistência, suporte ou consultoria técnica e, caso positivo, quais as justificativas apresentadas para esse procedimento, haja vista a existência de viabilidade de competição no mercado, conforme já deliberou o Tribunal na Decisão nº 186/99 - Plenário - TCU, Sessão de 05/05/99, Ata nº 16/99;

e) se foram realizadas, efetivamente, pesquisas de preço no mercado fornecedor de software e de serviços de informática, bem como nos contratos firmados pelo próprio órgão ou entidade, ou por outras instituições da Administração Pública, com ou sem licitação, de semelhante objeto, para efeito de comparação com os preços de software e de serviços de informática praticados nos contratos e quais os resultados obtidos;

f) se nos contratos corporativos foi feita a adequada caracterização do objeto do contrato, consistente, entre outras medidas, na especificação precisa do software a ser fornecido e dos serviços de informática a serem prestados, de sua quantidade e de seu preço, haja vista as exigências estabelecidas nos arts. 6º, inciso IX, alíneas c e f, 7º, § 2º, inciso II, e §§ 4º e 5º, 11 e 55, incisos I e III, da Lei nº 8.666/93, bem como os termos da Decisão nº 186/99 - Plenário - TCU;

g) se foi feita programação adequada das quantidades de software para a contratação do fornecimento, com vistas ao aproveitamento dos percentuais de descontos oferecidos no contrato, variáveis de acordo com o nível de consumo;

h) quais foram os software efetivamente fornecidos e os serviços de informática efetivamente prestados, suas quantidades e preços até a data de realização da diligência e qual a programação futura;

i) quais foram os percentuais de desconto efetivamente praticados nos preços de cada software fornecido, considerando os respectivos níveis de consumo;

j) quais foram as variações de preços dos software efetivamente fornecidos e dos serviços de informática efetivamente prestados em relação aos de mercado e aos de outros contratos firmados com ou sem licitação para objeto semelhante;

k) se houve alteração de funções ou da estrutura básica de software standard, bem como desenvolvimento de programas ou rotinas, para adaptação do software fornecido às peculiaridades da atividade do órgão ou entidade pública contratante ('customização'), na forma indicada nos estudos técnicos, se houver, e quais foram essas medidas, como foram especificadas formalmente, e com que critérios seus preços foram estabelecidos;

IV - sejam as Secex autorizadas a realizar inspeções caso as solicitações a serem encaminhadas não apresentem como resultado os documentos e informações necessários ao exame da matéria;

V - seja determinada a constituição, pelas Secretarias de Controle Externo encarregadas dos trabalhos, de processo específico para cada órgão ou entidade jurisdicionada que tiver celebrado contrato corporativo sem licitação no período considerado, com vistas ao exame dos casos concretos, mediante a realização de diligências e eventuais inspeções e auditorias, objetivando identificar a necessidade de providências corretivas nas situações concretas, se for o caso, bem como possível reflexo nas contas daqueles órgãos e entidades, devendo os autos ser submetidos aos respectivos Relatores com proposta de encaminhamento da matéria, inclusive no sentido de que seja dado conhecimento da Decisão que for proferida pelo Tribunal em cada processo à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, da Câmara dos Deputados;

VI - seja solicitado à Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, que dê ciência a esta Corte de Contas da decisão final que vier a ser proferida, no âmbito de sua competência, a respeito do Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49, instaurado para apuração de possíveis práticas anticoncorrenciais pelas empresas Microsoft Informática Ltda. e TBA Informática Ltda., consoante Despacho do Secretário de Direito Econômico de 13/04/99 (publicado no DOU de 13/04/99, Seção 1, págs. 112, retificado por Despacho de mesma data), exarado no Procedimento Administrativo de mesmo número;

VII - seja encaminhada cópia da Decisão que vier a ser proferida nos presentes autos, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem, para conhecimento:

a) ao Secretário de Direito Econômico, do Ministério da Justiça;

b) ao Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça;

c) ao Presidente da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados;

d) aos dirigentes dos órgãos de controle interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, bem como aos titulares de cada uma das pastas ministeriais, para divulgação dos entendimentos firmados na decisão que vier a ser proferida;

e) à Procuradora da República Andréa Lyrio de Souza Mayer Soares, da Procuradoria da República do Distrito Federal, considerando-se o teor dos ofícios de fls. 583 e 637.

f) ao Coordenador da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria-Geral da República, ante o despacho de fl. 391, e do Ofício de fl. 392, ambas do vol. 1.

VIII - Considerando o teor do item IV (fl. 556) do Despacho do Senhor Secretário de Controle Externo, seja o TC 004.779/1998-3 desapensado e remetido ao Gabinete do Ministro Guilherme Palmeira, relator original do processo, para a continuidade regular do feito.

IX - sejam arquivados os presentes autos, após o cumprimento pela Adcon das medidas previstas nos itens V, VI, VII e VIII acima.”

21.2.Com referência ao parecer do Centro de Tecnologia de Software de Brasília, às fls. 609/634, vol. 2, sobre o tema Contratos Corporativos, da autoria do Diretor do Tecsoft, Sr. Odacyr Luiz Timm Jr., a Adcon concluiu que o referido parecer é óbvio, não afetando os pronunciamentos pronunciados nos autos até aquele momento, uma vez que o documento não enfrenta as questões de direito, sendo que suas conclusões não destoam dos entendimentos até então adotados.

22.O Ministério Público junto ao TCU, em atendimento ao despacho mencionado no item acima, emitiu parecer da lavra do Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado, o qual transcrevo a seguir (grifos e negritos no original):

“Na sessão plenária deste Tribunal realizada em 18/09/2002, foi apreciado o processo TC 014.843/2002-0 [TC 013.458/2000-0], uma solicitação do Senado Federal, da relatoria do ilustre Min.Ubiratan Aguiar. Naquela ocasião, foi examinada a contratação de bens e serviços relacionados à área de informática e constatou-se que os valores decorrentes de contratação direta - sem licitação - alcançam montantes absurdamente elevados.

Eis alguns trechos do voto proferido:

‘2.Os números constantes dos autos são superlativos: os gastos realizados com o pagamento de contratos de prestação de serviços e a aquisição de equipamentos de informática, realizados com dispensa ou inexigibilidade de licitação, no período compreendido entre 1995 e 2000, montam a mais de 15,87 bilhões (quinze bilhões, oitocentos e setenta milhões de reais). Alerta-se, por relevante, que não estamos a falar do total de dispêndios realizados na área de informática, mas apenas das despesas realizadas sem licitação!

3. A título demonstrativo, indico, a seguir, os vinte entes jurisdicionados que realizaram os maiores dispêndios nessa categoria, com dispensa ou inexigibilidade de licitação, no período compreendido entre os anos de 1995 e 2000, com os respectivos valores:

Órgão/Unidade/Entidade	Valor Total (R\$)	Nº de Contratos
Caixa Econômica Federal	2.507.143.968,18	313
Secretaria da Receita Federal	2.199.782.183,74	13
Banco do Brasil S. A.	1.688.664.720,50	1.863
Ministério de Minas e Energia	1.667.928.064,00	1
ANP	894.534.437,00	27
Ministério das Relações Exteriores	771.511.616,23	48
Serpro	691.040.327,20	434
Secretaria do Tesouro Nacional	575.199.753,75	4
Petróleo Brasileiro S. A. - Petrobrás	563.784.898,23	1.054
Escola de Administração Fazendária	518.045.042,00	5
Ministério dos Transportes	487.987.759,15	41
Secretaria de Políticas, Emprego e Salário	297.965.547,00	5
Coordenação-Geral de Recursos do FAT	251.199.016,81	5
Coordenação-Geral de Serviços Gerais do MPAS	212.880.809,00	6
Departamento de Marinha Mercante	201.225.088,55	11
Empresa de Correios e Telégrafos - ECT	155.981.561,26	91
Tribunal Superior Eleitoral	154.544.185,08	54
Procuradoria Geral da Fazenda Nacional	104.891.753,00	2
Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão	95.787.574,11	41
Banco da Amazônia S. A.	86.239.808,79	105

4. Os números constantes do quadro acima, bem assim todos os demais encontrados no trabalho elaborado pela **Adfis**, foram fornecidos ao Tribunal pelos próprios entes jurisdicionados. Não foram, portanto - é bom que se diga -, auditados. A enorme massa de dados recebida por esta Corte possibilitou apenas a realização de verificações de conformidade, que detectaram algumas incoerências, já corrigidas. Isso não significa, contudo, que não existam outras inexatidões, imputáveis aos órgãos que prestaram as informações. Vejam-se, por exemplo, os números relacionados ao Ministério de Minas e Energia: ao que tudo indica, existe equívoco na informação do número de contratos, caso contrário estaremos defronte de um único contrato, firmado com dispensa ou inexigibilidade de licitação, de valor superior a um bilhão e seiscentos milhões de reais, o que seria espantoso.

5.Outros números revelam-se merecedores de especial atenção deste Tribunal e podem subsidiar a elaboração de trabalhos específicos. Vejam-se os seguintes exemplos:

- diversos dos contratos firmados nas circunstâncias mencionadas nestes autos possuem valor superior a R\$ 100 milhões;

- a Petrobrás e o Banco do Brasil firmaram, no período, uma média de um contrato sem licitação a cada dois dias (apenas para a área de informática).

6. Vê-se, portanto, em função da magnitude dos números envolvidos, que a contratação de bens e serviços de informática representa significativo nicho para a atuação deste Tribunal, podendo ser enquadrada como área de alta relevância e expressivo grau de risco. Nesse sentido, é oportuno que se grife a informação prestada pela **Adfis**, de que está programada, para o primeiro semestre de 2003 a realização de estudo específico voltado para ‘aferir a oportunidade e a conveniência de se realizar auditoria na área de licitações e contratos relativos a software e serviços de informática, extensiva a toda a Administração Pública Federal’, conforme determinado pela Decisão nº 351/2002 - Plenário. Creio, ante os dados agora disponíveis, que a conveniência e a oportunidade já se apresentam devidamente confirmadas, restando apenas a elaboração do planejamento dos trabalhos, incluindo a metodologia de seleção das entidades a serem auditadas e elaboração dos papéis de trabalho, o que poderá ser realizado no semestre vindouro.’

Julgamos necessário fazer as transcrições acima, relativas ao TC 014.843/2002-0, haja vista a pertinência daquele processo com o que ora examinamos. Essa pertinência decorre da materialidade dos recursos envolvidos nas contratações diretas de bens e serviços de informática, conforme acima transcrito, decorrentes, em parte, da sistemática de contratação a ser examinada no presente parecer.

Feitas essas considerações preliminares, passemos ao exame da matéria que nos é apresentada.

Deu impulso inicial a este processo o Ofício nº 1768/99/SDE/GAB, de 14.04.1999, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE -, por meio do qual encaminhou-se a este Tribunal cópia do processo administrativo nº 08012.008024/98-49, instaurado no âmbito do referido órgão com vistas ao exame de possível prática de infração à ordem econômica pelo fato de a empresa Microsoft Informática Ltda. ter credenciado sua revendedora TBA Informática Ltda. para, de forma exclusiva, fornecer a instituições sediadas no Distrito Federal softwares e serviços de informática em grande escala, mediante contratos alcunhados de ‘corporativos’ ou ‘Select’.

Autuado como representação, o presente feito vem tramitando nesta Corte com o objetivo de examinar a legalidade da celebração dos ditos contratos Select entre órgãos e entidades da administração pública federal e revendedores de produtos da Microsoft Informática Ltda. credenciados por esta empresa como Large Account Resellers - LARs -, como é a situação da TBA.

- II -

Pela terceira vez o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União é chamado a opinar neste processo.

A nós coube a primeira intervenção, às folhas 55 a 59, oportunidade em que manifestamos concordância com a proposta então formulada pela Secretaria de Auditoria e Inspeções - Saudi - e corroborada pela Secretaria Geral de Controle Externo - Segecex - (folhas 47 a 53), no sentido de que, entre outras medidas, fosse determinado aos órgãos e entidades da administração pública federal que se abstivessem de firmar contratos Select com a Microsoft Ltda. ou com a TBA Ltda., em razão das incompatibilidades entre os termos daquele tipo de avença e as exigências da Lei nº 8.666/1993. A proposta contemplava, também, a realização de amplo exame dos contratos corporativos firmados por órgãos e entidades da administração federal em todo o país, bem como a verificação da existência de outros contratos, nos moldes do Select, celebrados com outras empresas revendedoras ou prestadoras de serviço credenciadas por outros fabricantes de produtos de informática que não a Microsoft. Em nosso parecer, discordamos das unidades técnicas apenas quanto ao ponto de sua proposta que dizia respeito à decisão da administração pela padronização mediante a escolha de determinada marca de produtos. Defendemos, naquela oportunidade, o entendimento de que o princípio da padronização deve ser adotado como regra no âmbito da administração pública e que a vedação de preferência de marca não é obstáculo à adoção desse princípio, desde que a decisão pela uniformização seja circunstanciadamente motivada e realizada com vistas a efetivamente assegurar maior economia dos processos operacionais do órgão ou entidade contratante. Não defendemos que a padronização visa à escolha de marca. Todavia, se em decorrência desse processo, concluir-se que o padrão a ser adotado seja o de determinada marca, seria legítima referida escolha.

Da segunda feita, este MP/TCU interveio mediante parecer da lavra da Procuradora Maria Alzira Ferreira, peça em que foi apresentado extenso estudo sobre a natureza jurídica do contrato Microsoft Select (folhas 503 a 532), acabando

por concluir a Procuradora que a avença em exame corresponde a uma união de 'contratos coligados', de acordo com a classificação proposta por Orlando Gomes. Haveria, assim, no contrato Select, a combinação - indevida, no pensar da Procuradora, ante os ditames da Lei nº 8.666/1993 - de contratos distintos e completos de compra e venda e de prestação de serviços. Assim se posicionando, a referida Procuradora manifestou discordância em relação ao entendimento esposado pela Coordenadoria de Fiscalização e Controle - Cofis -, no sentido de que nos contratos Select dever-se-á observar, para efeito das disposições da Lei nº 8.666/1993, o regime jurídico de serviços (folhas 331 e 332). No entanto, a referida representante do MP/TCU manifestou sua anuência em relação aos demais pontos da proposta da unidade técnica que tocaram a essência do assunto em tela, com destaque para a sugestão de determinação aos órgãos e entidades da administração pública federal para que se abstenham de firmar contratos Select, uma vez que essa modalidade contratual atenta contra certas exigências legais atinentes a contratos administrativos. Também concordou a Procuradora com a realização de amplo exame dos contratos corporativos celebrados por instituições integrantes da administração federal.

Retorna agora o processo ao nosso gabinete para que, ante todos os elementos e manifestações que se acostaram aos autos após as referidas intervenções deste Ministério Público, externemos o que é de nosso parecer sobre o mérito envolvido no feito e, em especial, sobre a mais recente proposta técnica de encaminhamento formulada, desta feita, pela Secretaria Adjunta de Contas - Adcon -, que a seguir transcrevemos, permitindo-nos destacar alguns trechos (folhas 654 a 657):

I - sejam conhecidos como Representação os documentos encaminhados pela Secretaria do Direito Econômico, do Ministério da Justiça, (principal, fl. 1 e Anexo I, volumes 1 a 4), complementados pela documentação trazida pela empresa Conectiva (TC 003.136/2001-0), com fulcro no disposto no art. 68 da Resolução TCU nº 136/200, considerando que atendem aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno;

II - sejam firmados entendimentos no sentido de que:

a) nas licitações e contratos públicos cujo objeto seja o fornecimento de software standard sem transferência de seu domínio, em suporte físico ou mediante a técnica de download, isoladamente ou acrescido, de acordo com resultados obtidos por estudos de viabilidade técnica e econômica, da prestação de atividades de informática como, entre outras, instalação, configuração, testes, assistência, suporte ou consultoria técnica, treinamento de usuários ou, ainda, adaptação do software standard às necessidades do cliente ('customização');

a.1) aplica-se o regime jurídico de 'serviço' para efeito das disposições da lei nº 8.666/93, bem como a licença de uso do software, disciplinada pelas disposições da lei nº 9.609, norma especial que rege a proteção da propriedade intelectual do programa de computador, e da lei 9.610, norma geral sobre direito autoral, ambas de 19/02/98, as quais revogaram, respectivamente, as leis de nº 7.646/87 e 5.988/73;

a.2) a detenção por parte empresa dos direitos exclusivos para a prática de determinada modalidade contratual não caracteriza a inviabilidade de competição, nem, em consequência, hipótese de inexigibilidade de licitação;

a.3) a adequada caracterização dos objetos dos contratos definida nos arts. 6º, inciso IX, alíneas c e f, 7º, § 2º, inciso II, e §§ 4º e 5º, 11 e 55, incisos I e III, da Lei nº 8.666/93 não prescinde da indicação, nos editais e termos contratuais, da especificação precisa e completa dos software - inclusive dos respectivos códigos de identificação, das quantidades a serem contratadas e do preço certo de cada software a ser efetivamente fornecido, bem como das especificações quantitativas e qualitativas das prestações de atividades de informática;

b) são inaceitáveis cláusulas contratuais que estabeleçam sistemáticas que apresentem como benefício, vantagem ou prestação a possibilidade de afastamento da aplicação de dispositivos constitucionais e legais, em especial os relacionados a licitações e contratos;

c) determinada modalidade ou gênero contratual, independentemente da denominação que receba, não constitui benefício ou utilidade pública em si, mas sim os objetos úteis ou necessários cuja consecução se pretenda obter com a contratação;

d) o fornecimento, por um mesmo prestador, de software standard sem transferência de seu domínio cumulada com a prestação de atividades de informática tais como, instalação, treinamento, configuração, testes, assistência, suporte ou consultoria técnica, ainda, adaptação do software às necessidades do cliente ('customização') somente se justifica nos casos em, por razões tecnicamente comprovadas, inequivocamente demonstradas, o benefício ou proveito de fato especialmente útil ou necessário ao ente contratante for uma solução integrada, cujas propriedades sistêmicas

inviabilizem a obtenção de resultados equivalentes recorrendo-se às ofertas regulares do mercado de serviços de tecnologia da informação e de treinamento, haja vista a viabilidade de competição pela prestação de tais serviços.

III - seja determinado às unidades técnico-executivas do Tribunal que realizem, no âmbito da respectiva clientela, diligência aos órgãos e entidades dos Poderes da Administração Pública Federal direta e indireta, em relação aos procedimentos adotados que resultaram na celebração, sem licitação, de contratos corporativos envolvendo o licenciamento de software standard, tão-somente ou com a agregação de prestação de atividades, a contar do segundo semestre de 1999, entendendo-se por contratos corporativos, para esse fim, aqueles mediante os quais fabricantes do ramo de informática comercializam, por intermédio de empresas especificamente habilitadas, software e serviços de informática para atender a grandes volumes de demanda de consumidores, supostamente com garantia de preços mais baixos que os de mercado, embora os mesmos produtos e serviços sejam também comercializados por outras empresas habilitadas no mercado de varejo -, devendo ser observados nessas diligências, para efeito de uniformidade de tratamento, preferencialmente, os seguintes itens:

- a) quais os motivos que levaram à indicação de marca nas contratações, se houver;
- b) caso tenha sido verificada, em estudos técnicos, a necessidade de padronização, se esse procedimento foi regular e devidamente motivado e se a uniformização vem efetivamente a assegurar a maior economia dos processos operacionais do órgão ou entidade;
- c) se foram realizadas pesquisas com vistas à verificação da viabilidade de competição para o fornecimento de software;
- d) se o objeto do contrato corporativo incluiu a prestação de serviços de informática como, entre outros, assistência, suporte ou consultoria técnica e, caso positivo, quais as justificativas apresentadas para esse procedimento, haja vista a existência de viabilidade de competição no mercado, conforme já deliberou o Tribunal na Decisão nº 186/99- TCU-Plenário, Sessão de 05/05/99, Ata nº 16/99;
- e) se foram realizadas, efetivamente, pesquisas de preço no mercado fornecedor de software e de serviços de informática, bem como nos contratos firmados pelo próprio órgão ou entidade, ou por outras instituições da Administração Pública, com ou sem licitação, de semelhante objeto, para efeito de comparação com os preços de software e de serviços de informática praticados nos contratos e quais os resultados obtidos;
- f) se nos contratos corporativos foi feita a adequada caracterização do objeto do contrato, consistente, entre outras medidas, na especificação precisa do software a ser fornecido e dos serviços de informática a serem prestados, de sua quantidade e de seu preço, haja vista as exigências estabelecidas nos arts. 6º, inciso IX, alíneas c e f, 7º, § 2º, inciso II, e §§ 4º e 5º, 11 e 55, incisos I e III, da lei nº 8.666/93, bem como os termos da Decisão nº 186/99 - Plenário - TCU;
- g) se foi feita programação adequada das quantidades de software para a contratação do fornecimento, com vistas ao aproveitamento dos percentuais de descontos oferecidos no contrato, variáveis de acordo com o nível de consumo;
- h) quais foram os software efetivamente fornecidos e os serviços de informática efetivamente prestados, suas quantidades e preços até a data de realização da diligência e qual a programação futura;
- i) quais foram os percentuais de desconto efetivamente praticados nos preços de cada software fornecido, considerando os respectivos níveis de consumo;
- j) quais foram as variações de preços dos software efetivamente fornecidos e dos serviços de informática efetivamente prestados em relação aos de mercado e aos de outros contratos firmados com ou sem licitação para objeto semelhante;
- k) se houve alteração de funções ou da estrutura básica de software standard, bem como desenvolvimento de programas ou rotinas, para adaptação do software fornecido às peculiaridades da atividade do órgão ou entidade pública contratante ('customização'), na forma indicada nos estudos técnicos, se houver, e quais foram essas medidas, como foram especificadas formalmente, e com que critérios seus preços foram estabelecidos;

IV - sejam as Secex autorizadas a realizar inspeções caso as solicitações a serem encaminhadas não apresentem como resultado os documentos e informações necessários ao exame da matéria;

V - seja determinada a constituição, pelas Secretarias de Controle Externo encarregadas dos trabalhos, de processo específico para cada órgão ou entidade jurisdicionada que tiver celebrado contrato corporativo sem licitação no período considerado, com vistas ao exame dos casos concretos, mediante a realização de diligências e eventuais inspeções e



auditorias, objetivando identificar a necessidade de providências corretivas nas situações concretas, se for o caso, bem como possível reflexo nas contas daqueles órgãos e entidades, devendo os autos ser submetidos aos respectivos Relatores com proposta de encaminhamento da matéria, inclusive no sentido de que seja dado conhecimento da Decisão que for proferida pelo Tribunal em dado processo à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, da Câmara dos Deputados;

VI - seja solicitado à Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, que dê ciência a esta Corte de Contas da decisão final que vier a ser proferida, no âmbito de sua competência, a respeito do Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49, instaurado para apuração de possíveis práticas anticoncorrenciais pelas empresas Microsoft Informática Ltda. e TBA Informática Ltda., consoante Despacho do Secretário de Direito Econômico de 13/04/99 (publicado no DOU de 13/04/99, Seção 1, págs. 1/2, retificado por Despacho de mesma data), exarado no Procedimento Administrativo de mesmo número;

VII - seja encaminhada cópia da Decisão que vier a ser proferida nos presentes autos, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem, para conhecimento:

a) ao Secretário de Direito Econômico, do Ministério da Justiça;  
b) ao Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça;  
c) ao Presidente da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados;  
d) aos dirigentes dos órgãos de controle interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, bem como aos titulares de cada uma das pastas ministeriais, para divulgação dos entendimentos firmados na decisão que vier a ser proferida;

e) à Procuradora da República Andréa Lyrio de Souza Mayer Soares, da Procuradoria da República do Distrito Federal, considerando-se o teor dos ofícios de fls. 583 e 637.

f) ao Coordenador da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria-Geral da República, ante o despacho de fl. 391, e do Ofício de fl. 392, ambas do vol. 1.

VIII - Considerando o teor do item IV (fl. 556) do Despacho do Senhor Secretário de Controle Externo, seja o TC 004.779/1998-3 desapensado e remetido ao Gabinete do Ministro Guilherme Palmeira, relator original do processo, para a continuidade regular do feito.

IX - sejam arquivados os presentes autos, após o cumprimento pela Adcon das medidas previstas nos itens V, VI, VII e VIII acima.'

- III -

Após compulsar os autos e reexaminar detidamente a matéria sob exame, somos levados a nos posicionar de acordo com a proposta de encaminhamento formulada pela Secretaria Adjunta de Contas.

No entanto, proporemos, ao cabo desta nossa intervenção, duas emendas à proposta da unidade técnica, derivadas delas de algumas considerações adicionais que a seguir faremos sobre as questões cruciais deste feito, as quais dizem respeito à essência do assunto ora em tela e que, a nosso ver, podem ser dispostas da forma que se segue:

1ª) é juridicamente possível a contratação casada de softwares e serviços correlatos ao uso desses softwares pela administração pública, mediante a celebração de contratos corporativos de 'solução integrada'? Admitindo-se a possibilidade jurídica desse tipo de contratação pela administração pública, seriam as disposições típicas dos contratos Microsoft Select compatíveis com os preceitos normativos da Lei nº 8.666/1993?

2ª) ainda admitindo-se a possibilidade jurídica de celebração de contratos administrativos corporativos, seria a 'solução integrada' oferecida pela Microsoft a única existente atualmente no mercado que pode atender satisfatoriamente a esse tipo de necessidade da administração pública, podendo, por isso, ser contratada sem a necessidade de prévia realização de procedimento licitatório?

- IV -

Em relação à primeira das questões, os argumentos trazidos aos autos acerca dos contratos corporativos convenceram-nos de que a 'solução integrada', consistente na contratação de licenciamento de softwares com a prestação de serviços correlatos ao uso desses softwares, pode, em casos específicos, desde que técnica e economicamente justificada, representar uma situação mais vantajosa para a administração. Em hipóteses como essa, dever-se-á aplicar aos contratos firmados o regime de serviço, para efeito das disposições da Lei nº 8.666/1993, bem como o licenciamento de

uso de softwares, disciplinado pela Lei nº 9.609/1998, norma especial que rege a proteção da propriedade intelectual dos programas de computador, e pela Lei nº 9.610/1998, norma geral sobre direitos autorais.

Com efeito, o licenciamento de uso de software mais se aproxima, em certas hipóteses, de um serviço que de uma simples compra. Ante a conceituação estabelecida no artigo 6º da Lei nº 8.666/1993, é de se reconhecer que os contratos que envolvem o uso de software têm, a um só tempo, características de compra e de serviço. Em situações como essa, a natureza do objeto do contrato deve ser identificada pelo seu elemento predominante. Restaria, então, nesses casos, decidir se os diversos serviços atinentes ao uso de um software, entre eles o licenciamento, devem ser objeto de um só contrato de prestação de serviços ou, de outra forma, devem constituir objetos de distintos contratos.

A Lei nº 8.666/1993 estabelece que, uma vez definido um serviço a ser contratado, seu parcelamento não constitui uma medida obrigatória, inafastável, mas sim dependente de prévias avaliações técnica e econômica de sua adoção:

‘Art. 23

(...)

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.’

Ou seja, se as avaliações prévias levarem à conclusão de que a divisão de um serviço implicará a perda de economia de escala, deverá a administração descartar essa hipótese, ainda que com isso fique prejudicada a ampliação da competitividade.

Não se pode, no entanto, encarar a ‘solução integrada’ como se panacéia fosse. Há, certamente, casos em que a administração deve buscar a satisfação de suas necessidades de informática mediante a celebração de contratos distintos, de licenciamento de software e de prestação de serviços, precedidos, em regra, cada um deles, de distinta licitação.

Ademais, é necessário, neste ponto, que deixemos bem aclarado nosso ponto de vista sobre a possibilidade jurídica dos contratos administrativos corporativos, considerados em tese, e sobre a legalidade dos contratos Microsoft Select.

O fato de termos reconhecido ser possível, em hipóteses específicas, técnica e economicamente justificadas, a celebração de contratos corporativos de informática pela administração pública não significa, em absoluto, que estejamos afirmando a legalidade das disposições dos contratos Select que vêm sendo firmados por diversas instituições públicas com os LARs da Microsoft. Pelo contrário. Vislumbramos nessas avenças graves violações a preceitos normativos atinentes à contratação administrativa.

A TBA Informática Ltda. alega nos autos que a principal vantagem do contrato Select em relação ao contrato comum é permitir a flexibilidade na definição de preços, quantidades e tipos de softwares a serem fornecidos.

Entendemos, todavia, que de forma alguma esse argumento pode prosperar. A livre flexibilização de itens contratados, bem como de suas quantidades, somente seriam admissíveis se estivessemos no melhor e no mais probo dos mundos! Por razões que dispensam comentários, essa flexibilização é tudo o que legislador pátrio quis coibir, sendo taxativa nesse sentido a Lei nº 8.666/1993:

‘Art. 7º.

(...)

§ 4º É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

(...)

Art. 8º. A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

(...)

Art. 65.

(...)

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo  
I - (VETADO)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

Além da flexibilização de itens e quantidades, os ‘descontos progressivos’ também são anunciados pela TBA como outra ‘comodidade’ proporcionada pelos contratos Select. Pensamos que não é bem assim. O contrato Select não garante a prática de preços mais baixos que os de mercado, vez que os ‘descontos progressivos’ dependem da quantidade de licenças de softwares e do volume de serviços realizados no período de vigência do contrato, o que abre a possibilidade de que, não se atingindo o consumo esperado dos produtos, caiam os descontos e, por em razão disso, a contratação se torne antieconômica.

Disso tudo que foi dito decorre a grande importância do órgão ou entidade pública promover cuidadoso projeto de sua futura estrutura de informática antes de se lançar a adquirir produtos e a contratar softwares. Inconcebível, no nosso entender, que se inicie processo de informatização sem ao menos se proceder ao levantamento prévio de necessidades, que seja realizado em harmonia com o planejamento estratégico da instituição e seu plano diretor de informática - ou algo equivalente -, e a partir de profundo estudo que vise a avaliar e a redefinir, se for o caso, as rotinas utilizadas no funcionamento da instituição. A experiência tem mostrado que um processo de informatização atabalhado, realizado sem planejamento sério, e sem que se proceda previamente ao adequado tratamento da informação ou à reavaliação de rotinas de que falamos, acarreta invariavelmente sérios transtornos e imensos prejuízos aos cofres públicos. Afinal, informatizar aquilo que funciona mal ou de forma errada é algo duplamente maléfico: desperdiça-se muito dinheiro público com equipamentos, softwares e serviços e - o que, ironicamente, talvez seja pior! - acelera-se a operação do caos.

Assim, o acurado planejamento do processo de informatização é, a nosso ver, requisito indispensável para que a administração pública possa contratar bens e serviços de forma satisfatória. Os resultados desse planejamento deverão ser automaticamente incorporados noutra peça imprescindível na contratação de serviços de informática: o projeto básico, exigência disposta no caput do artigo 7º da Lei nº 8.666/1993, combinado com o § 9º do mesmo dispositivo legal.

O projeto básico presta-se, principalmente, a definir claramente o objetivo da administração pública na contratação a ser realizada. De acordo com o inciso IX do artigo 6º da Lei nº 8.666/1993, o projeto básico é o ‘conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução’. O projeto básico presta-se, também, a orientar a formulação das propostas dos licitantes, minimizando ou mesmo afastando a possibilidade de ocorrência de fraudes contra o certame, vez que tem o efeito de vedar que o objeto do futuro contrato seja executado de modo diverso do previsto.

Sustentamos, em outros feitos, que, em casos de contratação direta, sem licitação, não faria sentido manter a exigência de projeto básico. Afinal, não sendo a escolha do contratado realizada mediante certame licitatório, não haveria que se falar na necessidade de orientação da formulação de propostas por meio daquela peça. Todavia, permaneceria, na hipótese de contratação direta, a importantíssima necessidade de se definir claramente os objetivos da administração antes da celebração do contrato. Entendemos que, no caso específico de fornecimento de produtos de informática, dada a importância estratégica e a materialidade dos recursos geralmente envolvidos nesse tipo de contratação, não se pode admitir que a definição dos objetivos da administração figure direta e tão-somente no instrumento de contrato. O planejamento das necessidades de informática é, como dissemos, imprescindível, devendo constar de documento à parte, por cuja autoria devem se responsabilizar não apenas os gestores que têm competência para contratar em nome da administração, como também os que gerenciam a informática da instituição e os que desta ferramenta fazem uso direto. Esse cuidado se faz especialmente necessário porque contratar produtos de informática é algo que não pode, nem de longe, ser comparado à contratação de serviços comuns. Afinal, a informática trata de algo que só não é mais importante e valioso para as instituições que as pessoas que as realizam: a informação.

No que tange à segunda das questões que acima apontamos como da essência deste processo, estamos convencidos que o contrato Microsoft Select não constitui a única ‘solução integrada’ de softwares e serviços existente atualmente no mercado que pode atender satisfatoriamente a esse tipo de necessidade da administração pública.

Decidindo a administração pela ‘solução integrada’, vislumbramos duas situações possíveis para a celebração de um contrato corporativo que contemple tal objeto. A primeira situação corresponde à hipótese em que a administração indica para a contratação produtos de determinada marca, após comprovar a necessidade imperiosa de padronização de sua estrutura de informática. Numa segunda hipótese, a administração apenas projeta suas necessidades, sem impor quaisquer exigências prévias de padronização.

Suponhamos, para exemplificar a primeira das hipóteses, que a administração decida contratar uma ‘solução integrada’ que envolva licenciamento de softwares da Microsoft e prestação de serviços correlatos ao seu uso. Nessa hipótese, quaisquer revendedores de produtos Microsoft - e não apenas aqueles que obtiveram daquela empresa a condição de Large Account Resellers - poderão, desde que satisfaçam às condições estabelecidas pela administração, concorrer à celebração do contrato. No nosso pensar, não há justificativas para que a administração pública contrate diretamente um LAR da Microsoft quando existirem outros revendedores daquela empresa aptos a realizar o objeto almejado.

Lembremos que, de acordo com o que estabelece o inciso I do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993, a exclusividade de fornecedor, condição indispensável para que se caracterize uma das situações de inexigibilidade de licitação, deve ser atestada pelo órgão de registro do comércio local, pelo sindicato, pela federação ou confederação patronal, ou, ainda, por entidades equivalentes, e não pelo próprio fabricante ou fornecedor dos produtos. Em sendo assim, a carta de exclusividade para a celebração de contratos Select, expedida pela Microsoft em favor de seus LARs, não constitui documento idôneo para que o administrador público possa nele se amparar para contratar sem licitação.

Alega a TBA, uma das empresas detentoras das tais cartas de exclusividade (ver folhas 377 e 378), que os revendedores interessados em se habilitar à celebração de contratos corporativos deveriam pleitear junto à Microsoft a condição de Large Account Reseller. Alega, também, ser o único LAR da Microsoft com atuação em Brasília, sede da administração pública federal e onde são celebrados contratos de âmbito nacional, e que não cabe ao TCU questionar esse credenciamento exclusivo (folhas 493 a 500).

Com a devida vênia, afirmamos que não se questiona, nestes autos, esse credenciamento. A Microsoft, como empresa privada, é livre para credenciar ou descredenciar quaisquer de seus mais de sete mil revendedores espalhados pelo país. O que aqui se questiona é o uso desse credenciamento como se fosse um atestado de exclusividade de fornecimento, tal como previsto na Lei nº 8.666/93, este, sim, capaz de afastar a realização de um procedimento licitatório.

Todavia, é forçoso reconhecer que, caso a Microsoft continue a indicar apenas alguns, ou apenas um de seus revendedores para a celebração dos contratos Select, é de se antever que, na prática, apenas esse LAR regional acabe por participar de uma licitação eventualmente lançada pela administração, vez que a participação, no certame, de revendedores a que não houvera sido conferida pela Microsoft aquela exclusividade poderia representar desrespeito às regras estabelecidas pelo fabricante e, por conseguinte, não seria desarrazoado esperar que desse desrespeito adviesse algum tipo de represália (um descredenciamento, por exemplo). Daí, é de se esperar que, na prática, a hipótese de opção pela padronização de produtos da marca Microsoft faça com que a licitação de nada valha, pois provavelmente ao certame acorrerá apenas o LAR da região - leia, a TBA.

Isso nos leva a concluir que, em hipóteses como essa, deve o planejamento do processo de informatização, a fortiori, prever contratos distintos para uso de softwares e prestação de serviços correlatos a esse uso, desde que, obviamente, isso seja técnica e economicamente aconselhável. **Em palavras mais simples, o que aqui propomos, a fim de que o Estado brasileiro não continue refém de posturas monopolísticas de empresas privadas, nacionais ou estrangeiras, em segmento tão sensível quanto a informática, é a adoção de mecanismos que incentivem a competitividade. Posta a questão em termos claros, ou a Microsoft admite novos LARs em Brasília, de modo a que haja competitividade, ou torna-se imperiosa a adoção de contratos corporativos a serem fornecidos por empresas concorrentes daquele fabricante.** Não nos cabe, no âmbito do TCU, falar e decidir acerca de aspectos relacionados ao direito da concorrência, afeto à Secretaria de Direito Econômico - SDE e ao Conselho Administrativo de

Direito Econômico - Cade. Todavia, ainda que nosso enfoque seja, aqui, o Direito Administrativo, forçoso se faz enfrentar essa questão e propor soluções compatíveis tanto do ponto de vista da concorrência quanto dos interesses da administração pública.

Nesses termos, a alternativa que aqui aventamos, em que não se estabeleça previamente a padronização da marca dos produtos de informática, é admitir que os contratos corporativos possam ser disputados tanto pelos revendedores da Microsoft - na prática, os LARs, como vimos - quanto pelos concorrentes daquele fabricante.

Entre esses concorrentes, destacam-se atualmente os que oferecem 'soluções integradas' baseadas nos chamados 'softwares livres' ou 'softwares de código aberto'.

Os softwares livres diferenciam-se dos softwares proprietários - como os da Microsoft - por não serem protegidos pelos direitos autorais clássicos - o chamado copyright -, que impedem a execução, a reprodução, a divulgação ou a alteração dos programas sem a autorização do titular dos direitos. Os softwares livres, utilizados mediante uma 'licença' diferenciada, que mais se assemelha a uma simples adesão, podem ser executados e reproduzidos gratuitamente, bem como livremente aperfeiçoados e adequados às necessidades do usuário. Existem atualmente softwares livres destinados aos mais diversos propósitos. Há, entre outros, sistemas operacionais, programas de automação de escritório, ferramentas de navegação na Internet e programas desenvolvidos para aplicações específicas. Um dos softwares livres mais conhecidos e utilizados em todo o mundo é, sem dúvida, o sistema operacional Linux, concorrente do Microsoft Windows.

Normalmente, os softwares livres não são desenvolvidos por uma empresa ou por uma instituição específica. Seu modelo de desenvolvimento geralmente envolve a participação cooperativa de estudiosos autônomos e de instituições públicas e privadas voltadas à pesquisa de informática de todas as partes do mundo. No Brasil, também vêm tendo experiência com o uso de softwares livres diversas instituições públicas e privadas. Entre as integrantes da administração pública nacional, citam-se, entre outras, a Marinha do Brasil - MB -, o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais - INPE -, o Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região - TRT/6ª Região - e diversos órgãos e entidades do Estado do Rio Grande do Sul e dos Municípios de São Paulo, Recife e Campinas. Mas é, todavia, uma das mais recentes adesões ao uso do software livre que se revela de especial importância para a administração pública federal. Trata-se da adesão do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro -, conforme notícia divulgada em 29.08.2002 no 'Folha Online', site vinculado ao jornal 'Folha de S. Paulo', que a seguir transcrevemos:

'Serpro instala Linux no Recife e prevê economia de R\$ 3,5 mi

O Serpro (Serviço Federal de Processamento de Dados), maior empresa de informática do governo federal, começou a implantar ferramentas Linux em parte dos computadores da regional do Recife. A companhia pretende expandir a experiência para todos os seus computadores e prevê economia de até R\$ 3,5 milhões no próximo ano.

O Linux é um sistema operacional livre e de código-fonte aberto distribuído gratuitamente. O desenvolvimento do software é feito por milhares de programadores entusiastas da plataforma no mundo e qualquer pessoa pode fazer modificações em seus mecanismos, o que não acontece com sistemas fechados e proprietários como o Windows, da Microsoft.

'Queremos sair da obsolescência forçada', afirmou o diretor de serviços do Serpro, José Henrique Portugal, explicando que muitas vezes fornecedores de sistemas fechados param de oferecer manutenção a versões antigas de seus produtos, obrigando a troca de máquinas antes do necessário.

Com o Linux instalado, os técnicos do Serpro poderão fazer as atualizações necessárias, aumentando a vida útil dos sistemas da empresa.

Segundo Henrique Portugal, a experiência no Recife, que levou quatro anos para ser desenvolvida, está numa primeira fase e envolve a substituição do pacote de softwares para escritório Microsoft Office 97 pelo conjunto OpenOffice.org em 162 dos 270 computadores da regional.

O OpenOffice é uma versão do pacote de escritórios StarOffice, da Sun Microsystems, também de licença livre.

Os custos do projeto no Recife, onde funciona o Centro de Especialização Unix/Linux do Serpro, foram bastante reduzidos.

'A equipe que desenvolveu era de quatro pessoas. Se gastamos R\$ 1,5 milhão foi muito', afirmou Portugal.

O diretor explicou ainda que a economia de custos em licenças de atualização que a implantação do Linux deve gerar na empresa pode chegar a R\$ 3,5 milhões.

A idéia é fazer com que pelo menos três quartos da empresa esteja usando Linux até o final deste ano. Ao todo, o Serpro tem 5.600 estações de trabalho no país.

Depois do Recife, a companhia vai estender o projeto para as regionais de Belo Horizonte, Curitiba e Porto Alegre, onde os governos estaduais têm incentivado bastante o uso de softwares livres.

‘Estamos nisso há quatro anos e temos esperança de sucesso de 100%’, disse o diretor de serviços da estatal. Segundo ele, a transição para o Linux será gradual para não impactar soluções desenvolvidas para clientes.’

Os mais propalados atrativos dos softwares livres são, certamente, o seu baixo custo e o fato de poderem ser livremente adaptados às necessidades do usuário. Contudo, alega-se que alguns desses softwares não oferecem o mesmo padrão de qualidade técnica dos seus equivalentes softwares proprietários.

Todavia, ainda que, por hipótese, essa alegação fosse admitida como verdade, não se poderia olvidar que a melhor técnica não deve, necessariamente, determinar a escolha de um produto. Um ônibus, sem dúvida, em muito supera um automóvel popular em termos de robustez, potência e capacidade de passageiros. Todavia, isso não é razão suficiente para que um comprador decida pelo ônibus. Se a necessidade desse comprador é apenas realizar seu próprio transporte e, eventualmente, o de outras poucas pessoas, por que optaria pelo ônibus, em detrimento do carro popular, se aquele tem valor muito superior a este e sua capacidade operacional excede em muito as necessidades do comprador?

Da mesma forma, há que se ponderar, em cada contratação de produtos e serviços de informática: (1º) o preço dos produtos ou serviços; (2º) o que os produtos e serviços oferecem; (3º) as reais necessidades do contratante; e (4º) as possibilidades financeiras do contratante.

A licitação do tipo técnica e preço presta-se exatamente a fazer esse tipo de ponderação. Permite esse tipo de procedimento que seja ajustado o objeto a ser contratado às reais necessidades e possibilidades do contratante. Não foi à toa, pois, que a Lei nº 8.666/1993 estabeleceu como obrigatória a adoção do tipo de licitação técnica e preço na contratação de produtos de informática:

‘Art. 45.

(...)

§ 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.’

O § 2º do artigo 46 da mesma Lei nº 8.666/1993 estabelece claramente que, nas licitações do tipo técnica e preço será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório e a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

Assim, ainda que um produto de informática se revele tecnicamente inferior a outro, mas seja oferecido a melhores preços, poderá (deverá) ser escolhido pela administração, desde que, obviamente, atenda satisfatoriamente às necessidades prévia e objetivamente estabelecidas.

Percebe-se, pois, que o software livre desponta como uma real alternativa de solução para as necessidades de informática da administração pública, mormente quando as soluções propostas pela Microsoft submetem a administração pública, em Brasília, a uma situação anti-capitalista ou anti-concorrencial. A notícia da adesão do Serpro, dada a importância daquela empresa de processamento de dados no processo de informatização de diversas instituições federais, reveste-se de especial significado e pode estar sinalizando uma tendência.

Tudo isso nos leva a propor emenda à proposta formulada pela Secretaria Adjunta de Contas em relação aos pontos daquela que dizem respeito à realização de amplo exame de contratos de informática firmados pelos diversos órgãos e entidades da administração pública federal (itens III, IV e V da proposta, às folhas 655 a 657). Sugerimos, pois, adicionalmente, que o exame a ser realizado contemple, também, casos de contratação que tenham envolvido o uso de softwares livres, para que, além da verificação de cada um dos quesitos de avaliação contratual propostos pela Adcon (item III da proposta), seja também realizado trabalho de análise comparativa do uso de softwares proprietários e de

softwares livres pela administração pública federal, com avaliação técnica e/ou econômica dos seguintes aspectos, entre outros que a unidade técnica que vier a coordenar o trabalho julgar necessários:

- a) licenciamento, renovação de licenciamento e implantação de novas versões (upgrades);
- b) performance dos softwares, adaptação dos softwares às necessidades do usuário ('customização') e compatibilidade com outros sistemas operacionais;
- c) manutenção, assistência, suporte e consultoria;
- d) documentação;
- e) treinamento dos usuários; e
- f) nível de satisfação dos usuários.

- VI -

Encontrando-se estes autos em nosso gabinete, deu entrada documento firmado pelo Sr. Rodrigo Antônio de Paiva, datado de 30.08.2002, em que o subscritor manifesta seu interesse de se habilitar neste processo para 'colaborar com as investigações'.

Acostamos o referido documento à contracapa deste feito, para que, nos termos do artigo 55 da Resolução TCU nº 136/2000, V. Ex<sup>a</sup>. decida sobre a juntada do mesmo a estes autos.

- VII -

Ante o exposto, este representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União manifesta-se favoravelmente à proposta formulada pela Secretaria Adjunta de Contas às folhas 654 a 657, sugerindo, porém, em acréscimo, que, na decisão que vier a ser proferida pelo Tribunal neste processo:

1º) seja firmada a imprescindibilidade da realização de rigoroso planejamento do processo de informatização para que a administração pública possa contratar bens e serviços de informática, devendo esse planejamento:

a) ser realizado em harmonia com o planejamento estratégico de cada instituição e com seu plano diretor de informática;

b) ser devidamente formalizado em documento próprio, por cuja autoria devem-se responsabilizar não apenas os gestores que têm competência para contratar em nome da administração, como também os que gerenciam a informática da instituição e os representantes daqueles que desta ferramenta fazem uso direto; e

c) ter seus resultados automaticamente incorporados ao projeto básico, a ser elaborado conforme dispõe o caput do artigo 7º da Lei nº 8.666/1993, combinado com o § 9º do mesmo dispositivo legal, tanto em casos de contratação direta como em casos de contratação mediante licitação;

2º) nos exames de contratos de informática propostos pela Secretaria Adjunta de Contas (itens III, IV e V da proposta daquela unidade técnica, às folhas 655 a 657), sejam também contemplados, além dos casos que aquela proposta específica, casos de contratação que tenham envolvido o uso de softwares livres, para que, além da verificação de cada um dos quesitos de avaliação contratual propostos pela Adcon (item III da proposta), seja também realizado trabalho de análise comparativa do uso de softwares proprietários e de softwares livres pela administração pública federal, com avaliação técnica e/ou econômica dos seguintes aspectos, entre outros que a unidade técnica que vier a coordenar o trabalho julgar necessários:

- a) licenciamento, renovação de licenciamento e implantação de novas versões (upgrades);
- b) performance dos softwares, adaptação dos softwares às necessidades do usuário ('customização') e compatibilidade com outros sistemas operacionais;
- c) manutenção, assistência, suporte e consultoria;
- d) documentação;
- e) treinamento dos usuários; e
- f) nível de satisfação dos usuários.”

23. Encontrando-se o processo novamente em meu Gabinete, foi verificado que o TC 005.574/1999-4 havia sido apensado aos presentes autos em cumprimento à Decisão nº 297/1999 - Plenário - TCU, a qual deliberou o seguinte:

“8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 - com fulcro no art. 71, inciso IV; da Constituição Federal, conhecer da presente Solicitação;

8.2 - com base no art. 22, parágrafo único, da Resolução/TCU nº 077/96, determinar a juntada do presente processo ao TC 003.789/1999-3, para efeito de exame e instrução;

8.3 - determinar à Segecex que promova os ajustamentos necessários, no sentido de que as providências adotadas no exame do processo indicado no item anterior contemplem as informações requeridas nestes autos; e

8.4 - dar conhecimento do inteiro teor da presente Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, às Presidências da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática e da Subcomissão Especial de Contratos Corporativos de Aquisição de Bens e Serviços pelo Poder Público na Área de Informática, ambas da Câmara dos Deputados.”

23.1. Ocorre que o TC 005.574/1999-4 originou-se de requerimento do Presidente da Comissão de Ciência de Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados, Exmo. Sr. Deputado Luiz Piauhyllino, que enviou ao Tribunal o Ofício CCTCI/P/193/99 (fls. 15/17), no qual, fazendo referência a requerimento de autoria da Exma. Sra. Deputada Luíza Erundina, aprovado por aquela Comissão, solicita ao Tribunal “que sejam tomadas providências para a realização de diligências, perícias e auditorias nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, da administração direta e indireta, que firmaram contratos corporativos, de aquisição de bens e serviços de informática, com inexigibilidade de licitação, objetivando apurar, no âmbito de competência do Tribunal, se as contratações ferem o arcabouço legal vigente sobre o assunto”.

23.2. Dessa forma, foi observado que o escopo da solicitação objeto do processo anexado refere-se aos contratos corporativos para aquisição de bens e serviços de informática de um modo geral, e não apenas aos contratos **Select** da Microsoft. Portanto, o objeto daquele processo é bem mais amplo do que o do tratado nos presentes autos.

23.3. Por outro lado, foi constatado que na sessão plenária de 18/09/2002 foi julgado o processo TC 013.458/2000-0, da relatoria do Exmo. Sr. Ministro Ubiratan Aguiar, o qual trata de solicitação do Congresso Nacional, oriunda da Subcomissão do Judiciário da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, com vista a receber deste Tribunal a relação de todos os contratos firmados, desde 1995, por todos os órgãos da administração direta e indireta, que tenham como objeto a prestação de serviços e/ou a aquisição de equipamentos de informática, firmados com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

23.4. A Decisão nº 1214/2002 - Plenário - TCU prolatada no processo TC 013.458/2000-0, acima mencionado, além de dar atendimento à solicitação objeto dos autos, determinando o envio ao Congresso Nacional das informações requeridas, deliberou, ainda, *verbis*:

*“8.2. determinar à Segecex que elabore, para o próximo semestre, planejamento de realização de trabalhos de auditoria que tenham por objeto avaliar a legalidade e oportunidade da contratação/aquisição de bens e serviços de informática pelos diversos órgãos e entidades integrantes da administração pública federal, utilizando-se, como subsídio, da base de dados elaborada pela Adfis na busca do atendimento da solicitação tratada nestes autos;”*

23.5. Assim sendo, ficou claro que o atendimento à solicitação objeto do TC 005.574/1999-4, ora pensado aos presentes autos, poderia ser conseguido a partir dos resultados da auditoria determinada através do item 8.2 da Decisão retromencionada, evitando-se, assim, a duplicidade de trabalhos por parte do Tribunal para se atingir objetivos semelhantes.

23.6. Ante estas constatações, determinei, através de despacho às fls. 688/689, o desapensamento do TC 005.574/1999-4 dos presentes autos, encaminhando-o à Adfis, para que aquela Unidade Técnica adotasse as providências necessárias ao atendimento à solicitação objeto do processo desapensado.

24. Ainda no período que o processo se encontrava em análise no meu Gabinete, deram entrada neste Tribunal os seguintes documentos:

24.1. documento da TBA Informática Ltda., às fls. 1/189, vol. 19, no qual são relatadas as alterações do modelo do Contrato **Select** e a instituição do modelo de contratação de softwares Microsoft denominado **Government Subscription**, além de novas considerações sobre os contratos corporativos e os pareceres já emitidos pelas Unidades Técnicas e pelo



MP/TCU, especialmente em relação à última manifestação daquele *Parquet* neste processo. Ao final, requer-se a juntada do documento aos autos, a oitiva da Unidade Técnica do Tribunal, bem como do MP/TCU a respeito dessa nova peça;

24.2.documento da TBA Informática Ltda., às fls. 190/201, vol. 19, no qual requer-se a juntada aos autos da Sentença da Seção Judiciária do Distrito Federal em Mandado de Segurança impetrado pela TBA Informática Ltda contra o Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, favorável à impetrante;

24.3.documento da Microsoft Informática Ltda., às fls. 206/215, vol. 19, encaminhado ao meu Gabinete a meu pedido, no qual são apresentadas as modalidades atualizadas de comercialização de softwares por parte da Microsoft;

24.4.tabelas comparativas a título de esclarecimento sobre as características dos sistemas de comercialização do licenciamento dos produtos da Microsoft Informática Ltda., às fls. 235/236 e 241/242, vol. 19, também fornecidas a meu pedido;

24.5.documento da TBA Informática Ltda., às fls. 5/69, vol. 20, onde, inicialmente, noticia que a Procuradoria-Geral do Conselho Administrativo de Defesa do Direito Econômico proferiu parecer pela “improcedência das condutas imputadas à TBA”. Em seguida passa a tecer considerações sobre a assertiva da Microsoft de que “o modelo de licenciamento da Microsoft não pode ser confundido com o contrato que a TBA firmava com a administração”, assertiva esta contida no documento citado no item acima.

É o relatório.

## VOTO

Verifico que o expediente encaminhado pelo Chefe de Gabinete da Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, pode ser conhecido por este Tribunal como Representação, porquanto atendidos os requisitos de admissibilidade aplicáveis à espécie, consoante o art. 237, c/c o art. 235, ambos do RI/TCU.

2.Os presentes autos, conforme se observa no relatório acima, receberam sete pareceres quanto ao mérito, quatro por parte das Unidades Técnicas e três por parte Ministério Público junto ao TCU, além de diversas outras manifestações referentes a aspectos atinentes à tramitação do processo. Ademais, habilitaram-se para atuar nos autos, por meio de procurações ou substabelecimentos, cerca de quarenta advogados, tendo sido praticados inúmeros atos, tais com pedidos de vista e cópia e juntada de documentos. Ademais, a cada manifestação das Unidades Técnicas ou do MP/TCU, os interessados procuraram oferecer contra-argumentos, dando causa a novas análises por parte das Unidades Técnicas e do MP/TCU, ocasionando o excesso de instrução já mencionado.

3.Os fatores suprareferidos contribuíram sobremaneira para que a questão tratada neste processo não tivesse tido deslinde mais célere.

## II

4.Preliminarmente, cabe fazer considerações a respeito de algumas decisões interlocutórias tomadas durante o trâmite deste processo.

5.Estando o processo concluso para julgamento em meu Gabinete, já com a terceira manifestação do MP/TCU, deu entrada o expediente acostado às fls. 1/189, vol. 19, atinente à mais uma manifestação da TBA Informática Ltda., requerendo a sua juntada aos autos, além da oitiva da Unidade Técnica e do MP/TCU.

6.Entendi por não acolher o pedido de oitiva formulado, primeiro em razão de sua extemporaneidade e porque considere que não havia nesses documentos elementos suficientes para alterar as propostas de mérito já emitidas e segundo, para evitar que essa prática pudesse protelar ainda mais o deslinde da questão, conforme, aliás, já havia alertado no despacho à fl. 603, vol. 2.

7.No entanto, tendo em vista que o referido expediente traz a informação a respeito da instituição pela Microsoft, a partir de janeiro de 2003, de outro modelo de contratação específico para a Administração Pública, denominado **Government Subscription**, determinei, em caráter excepcional, a juntada de mais estes elementos aos autos.

8.Com relação ao contrato **Select**, o documento acima citado informa que será instituído um novo modelo, denominado “**Select 6.0**”, o qual, conforme é possível deduzir das informações prestadas, destina-se a funcionar como uma opção para os órgão e entidades públicos que não desejarem aderir ao novo modelo de contratação instituído pela

Microsoft - o **Government Subscription**. Este novo modelo de contrato **Select**, entretanto, aumenta a vigência do prazo contratual de dois para três anos.

9.Outro aspecto relativo ao presente processo, conforme o item do Relatório anterior, foi a constatação de que se encontrava apensado aos presentes autos, por deliberação contida na Decisão 279/99 - Plenário - TCU, o processo TC 005.574/1999-4, uma solicitação do Congresso Nacional, da relatoria do eminente Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

10.Ressalto, entretanto, que o escopo do referido TC 005.574/1999-4 é muito mais amplo do que o tratado nos presentes autos, já que aquele diz respeito à realização de auditorias em todos os contratos corporativos para aquisição de bens e serviços de informática, firmados pela administração direta e indireta com inexigibilidade de licitação.

11.Ante essa circunstância, mantive entendimentos com o titular da Adfis no sentido de que o atendimento à solicitação objeto do TC 005.574/1999-4 fosse contemplado através dos resultados obtidos nas auditorias determinadas através da Decisão nº 1214/2002 - Plenário - TCU, prolatada noTC 013.458/2000-0, as quais têm por objetivo avaliar a legalidade e oportunidade de contratação/aquisição de bens e serviços de informática pelos diversos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal. Neste sentido, proferi o Despacho às fls. 688/689, determinando o desapensamento do TC 005.574/1999-4 deste autos, e o seu encaminhamento à Adfis para as providências mencionadas. Considerando, entretanto, que o apensamento se deu por Decisão Plenária, submeto então a decisão de desapensamento ao *referendum* do e. Plenário.

12.Uma vez adotada esta providência, as propostas de encaminhamento contidas nas instruções técnicas relativas ao objeto daquele processo devem ser nele avaliadas.

13.É ainda de mencionar que se encontram atualmente apensados aos presentes autos o TC 003.136/2001-0, uma representação da empresa Conectiva relativa à aquisição de produtos Microsoft sem licitação por parte da Administração Pública, a qual não se refere a nenhum caso concreto especificamente, e o TC 004.779/1998-3, que trata de representação do Sindicato dos Trabalhadores em Empresas e Órgãos Similares do Estado do Rio de Janeiro - SINDPD/RJ, contra a contratação, via contrato **Select**, por parte do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS de produtos Microsoft e serviços de informática por inexigibilidade de licitação junto à TBA Informática Ltda.

14.O primeiro destes processos apensados versa exatamente sobre a matéria ora tratada nestes autos, de maneira que a solução aqui adotada alcança também aquele processo. Quanto ao segundo, acolho a proposta da unidade técnica formulada no item 16 do relatório supra, no sentido de que seja determinado o desapensamento daquele processo para o prosseguimento do seu julgamento de acordo com os parâmetros decididos pelo Tribunal no presente caso.

15.Verifico ainda que se encontra entranhado nestes autos, conforme ofício à fl. 566, vol. 2, cópia do Processo Administrativo nº 08012.001182/98-31 (vols. 10 e 18) instaurado pela Secretaria de Direito Econômico, decorrente de representação feita pela empresa Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda. relativa à aquisição do software Microsoft Money pelo Banco do Brasil e pela Caixa Econômica Federal sem licitação. Entendo que tal matéria deva constituir autos apartados de representação, no qual devem ser apurados os fatos relatados.

### III

16.Ante o emaranhado de assuntos que vêm sendo tratado nos autos, embora as providências retromencionadas já tenham clareado um pouco o horizonte nebuloso deste processo, cabe agora melhor definir o seu alvo, a fim de que não se perca a objetividade de análise.

17.Verifico que, da extensa matéria tratada, exsurtem três questões relevantes e fundamentais, que merecem aqui estudo mais detalhado. São elas:

1.<sup>a</sup>)a contratação, por parte da Administração Pública Federal, da empresa TBA Informática Ltda, para fornecimento de licenças de software Microsoft juntamente com prestação de serviços técnicos de informática, por meio de um único contrato corporativo, com inexigibilidade de licitação;

2.<sup>a</sup>)a compatibilidade jurídica dos contratos corporativos **Select** e **Government Subscription**, da Microsoft, com a Lei nº 8.666/93, ante a suposta indeterminação do objeto destes contratos; e

3.<sup>a</sup>)a regularidade da indicação de marca nas aquisições de software por parte da Administração Pública, frente ao princípio da padronização e à opção de implantação e utilização de “software livre”.

### IV

18.Passagem agora ao mérito.

19.Primeiramente, cabe avaliar a contratação de serviços técnicos de informática por parte da Administração Pública.

20.Em suas várias manifestações, a TBA Informática Ltda. tenta demonstrar que o contrato **Select** apresenta-se juridicamente como um contrato de natureza complexa, que tem como objeto diversas prestações interdependentes que melhor se ajustam às necessidades da Administração Pública, tais como, licenciamento de uso dos softwares Microsoft, instalação, assistência técnica, “customização”, etc.. Segundo a argumentação oferecida por essa empresa, não há como a Administração Pública obter os mesmos resultados oferecidos pelo contrato **Select** através de aquisições separadas de cada uma das diversas prestações deste contrato. Em suma, a TBA sustenta a regularidade jurídica da contratação de serviços técnicos de informática em conjunto o fornecimento de licenças de software, num único contrato corporativo, mediante inexigibilidade de licitação.

21.Discordo desse posicionamento.

22.De todo o exposto nas instruções das Unidades Técnicas e do Ministério Público junto ao TCU, bem como nos diversos elementos trazidos aos autos pelas empresas Microsoft Informática Ltda. e TBA Informática Ltda., observo que a essência do contrato **Select** é o licenciamento de uso dos softwares da Microsoft e não a prestação serviços técnicos de informática. Tais serviços, embora se tenha consciência de sua importância, podem ser considerados elementos acessórios ao licenciamento. Ou seja, a finalidade do contrato corporativo é o fornecimento de licenças de software e não se vislumbra a existência de contrato dessa natureza para prestação de serviços unicamente.

23.Tal observação pode ser claramente confirmada através das propostas Microsoft Select - Versão 3.0 e Microsoft Select - Versão 4.0, apresentadas à ECT e ao INSS, respectivamente, conforme consta do vol. 8 destes autos. Nessas propostas verifica-se que os softwares Microsoft podem ser adquiridos com ou sem a inclusão dos chamados “kits de customização”, os quais, por sua vez, incorporam os serviços de capacitação técnica, suporte técnico e transferência de tecnologia.

24.Esta questão fica ainda mais clara quando a própria Microsoft Informática Ltda., no documento às fls. 206/215, vol. 19, afirma textualmente à fl. 207 o seguinte:

“Por outro lado, vale ressaltar que os contratos da Microsoft são exclusivamente para licenciamento de seus produtos, não incluindo qualquer outro bem ou serviço, que não a adequação de tais produtos às necessidades dos clientes (customização).” [grifei].

25.Não podem prosperar, portanto, os argumentos apresentados pela TBA de que o objeto do contrato **Select** é de natureza complexa, representando uma solução integrada, que não comporta o fracionamento do seu objeto em fornecimentos independentes das licenças de uso dos softwares Microsoft e dos serviços correspondentes.

26.Quanto á obrigatoriedade do fracionamento do objeto do contrato **Select** e a necessidade de licitação para os serviços que costumeiramente são incluídos nesse contrato, a questão, já foi dirimida por este Tribunal, nas Decisões 186/1999, 538/2000 e 811/2002, todas do Plenário.

27.Na Decisão nº 186/1999, posteriormente confirmada, em sede de recurso, pela Decisão nº 538/2000, prolatada nos autos do TC 002.646/1997-8, da relatoria eminente Ministro Bento José Bugarin, consta a seguinte determinação:

“(…)8.2. com fulcro no art. 45 da Lei nº 8.443/92, fixar o prazo de 15 (quinze) dias para que a ECT exclua do contrato de nº 8.756/96, firmado com a empresa TBA Informática Ltda., caso este tenha sido prorrogado após 31/12/98, os serviços de assistência técnica e treinamento, haja vista terem sido contratados sem licitação, com inobservância aos preceitos da Lei nº 8.666/93, uma vez que é possível a competição para a espécie, consoante demonstram os próprios estudos técnicos daquela empresa pública, devendo, portanto, caso ainda seja de seu interesse, ser realizado o competente processo licitatório para a contratação dos aludidos serviços, observando-se, nessa hipótese, todos os dispositivos da mencionada Lei nº 8.666/93; [grifei] (...)”

28.Cabe ressaltar que o contrato nº 8.756/96 acima referido, conforme já mencionado no item do Relatório antecedente, é exatamente um contrato **Select**, firmado entre a ECT e a TBA Informática Ltda. Portanto, resta claro que a

Decisão 186/1999 aponta no sentido de que os serviços de assistência técnica e treinamento, na área de informática, devem ser licitados pela Administração Pública, independentemente da aquisição das licenças de software.

29.A Decisão nº 811/2002 - Plenário - TCU foi prolatada nos autos do TC 006.337/2002, relatado pelo eminente Ministro Benjamin Zymler, referente à representação do próprio TCU acerca de irregularidades ocorridas na Concorrência LICSUPGA 20022113948, realizada pelo Serpro para a aquisição de produtos e serviços para a plataforma Microsoft. No voto condutor da referida decisão, o eminente Relator consignou:

“No caso concreto, não se verificou nenhuma justificativa para a realização de uma única licitação para a aquisição de bens de informática e de prestação de serviços que, a princípio, poderiam perfeitamente ser objeto de certames distintos (...)”

30.Na parte dispositiva da referida decisão, este Tribunal prolatou as seguintes determinações ao Serpro:

“8.2.3. celebre **distintas licitações para aquisição ou atualização de licenças de software e para fornecimentos de serviços na plataforma Microsoft**;

8.2.4. nas licitações de serviços na plataforma Microsoft, sejam especificados e contratados separadamente dos demais os serviços de treinamento e certificações, de suporte técnico e de consultoria, utilizando-se o parcelamento ou a adjudicação por itens como forma de obtenção de melhor preço entre os licitantes.” [Grifei]

31.Conforme pode ser observado nas determinações supracitadas, não apenas o fornecimento de serviços deve ser licitado separadamente da aquisição ou atualização de licenças de software, como os próprios fornecimentos de serviços devem ser licitados de forma a se permitir a contratação separadamente por itens, conforme a natureza do serviço.

32.Há que se considerar ainda que os requisitos de qualificação técnica para o fornecimento de serviços devem ser diferenciados daqueles exigidos para o fornecimento das licenças de software. No primeiro caso, as exigências de qualificação técnica devem ser suficientemente seletivas de forma que os interessados na prestação dos serviços comprovem a necessária capacitação, enquanto que para o caso do simples fornecimento de licenças, tal qualificação deve ser bem mais simples, já que qualquer que seja a modalidade contratual adotada, as licenças de software são as mesmas.

33.Da mesma forma, devem ser definidos distintamente os requisitos de qualificação técnica de cada espécie de serviço (assistência técnica, treinamento e certificação, suporte técnico e consultoria), vez que as exigências de conhecimento técnico para os prestadores de cada um deles também é distinta. Essa proposta visa a ampliar a competição no processo licitatório, pois evita, numa única licitação para a contratação de diversos serviços técnicos, que utilize a qualificação necessária à prestação de serviços de consultoria, que pode ser de alto grau e que poucos credenciados detenham, venha a ser utilizada também para contratação de serviços de assistência técnica ou treinamento, que nem sempre é alta, excluindo os eventuais credenciados para estes últimos da participação do certame.

34.Muito se enfatizou, nos elementos trazidos aos autos pela TBA Informática Ltda., relativamente à prestação do serviço de “customização”, parte do objeto do contrato **Select**. Pelo que é exposto, faz-se crer que esse serviço visa agregar aos softwares **standard**, fornecidos pela Microsoft, recursos adicionais de acordo com as necessidades específicas de cada cliente.

35.Em princípio, somos levados a pensar que essa “customização” é um tipo de serviço que somente poderia ser executado pelo próprio fabricante - ou representante credenciado -, uma vez que envolveria a alteração do “código fonte” do software com vistas a agregar as funcionalidades requeridas especificamente por um determinado cliente. Fosse esse o caso, comprovada a necessidade dessa “customização” por parte do órgão ou entidade da Administração Pública, justificada estaria a opção por essa modalidade de contratação, já que o conhecimento e a propriedade do “código fonte” é exclusiva do fabricante.

36. A realidade, entretanto, mostra que não é esse o caso. A maioria dos softwares de automação de escritório da Microsoft, assim como também a maioria dos softwares atuais dos demais fabricantes, normalmente oferecem recursos de agregação de funcionalidades, tais como, recursos de personalização embutidos no próprio aplicativo, macros, adição de

funções programadas em Visual Basic, programas “**plug-in**”, etc. Qualquer serviço de “customização” empregando estes recursos, quando não possam ser realizados pelo próprio cliente, podem facilmente ser contratados junto a terceiros, desde que devidamente qualificados. Não há razão para crer que apenas o revendedor que fornece a licença do software está capacitado a fazer a prefalada “customização” quando ela, ocasionalmente, se fizer necessária. É certo que outras empresas com a devida qualificação também estão autorizados a esse tipo de serviço.

37. Ademais, analisando-se as propostas Microsoft Select, como no caso daquelas feitas à ECT e ao INSS, verifica-se que a chamada “customização” oferecida naquelas proposta nada mais é que os serviços de treinamento, suporte técnico e consultoria, que devem ser licitados e contratados separadamente, como já decidiu esta Corte.

38. Verifica-se assim que inexistem razões para que a Administração Pública fique restrita a essa solução integrada oferecida pelo contrato Select, uma vez que, conforme demonstrado, os serviços constantes desse contrato podem - e, no caso de assistência técnica e treinamento, segundo entendimento prolatado nas Decisões 186/1999 e 811/2002, devem - ser licitados, já que há competição no mercado para fornecimento desses serviços.

39. É sábia a decisão do Tribunal de desvincular a prestação dos serviços de informática da aquisição de licenças de uso de software. Além da viabilidade de competição para a prestação dos serviços, como se disse, os requisitos de qualificação técnica para prestação de serviços de informática podem, em razão das necessidades específicas da Administração, ser bastante estritos, limitando, às vezes muito, o universo dos eventuais habilitados pela Microsoft ou pelo detentor dos direitos do software. É irracional, inconstitucional e ilegal que esses mesmos requisitos estritos venham a limitar também o universo dos revendedores habilitados para fornecer as licenças de uso de software, que se sujeitam, em regra, à qualificação mais simples.

#### V

40. Passo a tratar da contratação de licenças de softwares Microsoft com inexigibilidade de licitação, por meio do contrato **Select**.

41. Verifico que essa inexigibilidade vinha se fundamentando no fato de que a TBA Informática Ltda. era, à época dos fatos tratados nestes autos, a única empresa credenciada pela Microsoft como **Large Account Reseller - LAR** para atuação no mercado do Distrito Federal, sendo, portanto, distribuidor então exclusivo e apto a celebrar os contratos **Select** com a Administração Pública Federal, já que no Distrito Federal encontram-se a maioria das sedes dos órgãos e entidades dessa Administração. Assim, a inexigibilidade de licitação se fundava no *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/93, ou seja, a inviabilidade de competição no mercado.

42. É certo que, naquela época, a TBA era o único LAR credenciado pela Microsoft para atuar no Distrito Federal, local que concentra grande parte das contratações da Administração Pública Federal. Muito embora essa fosse uma situação criticável no âmbito do Direito Administrativo e, muito mais, no âmbito do Direito Econômico, era uma realidade e poderia justificar a inexigibilidade de licitação para a contratação de licenças de software via **Select**. Além disso, esse contrato corporativo, em vista do volume de software pactuado, oferecia supostas vantagens em preço e outras facilidades.

43. Considerando o acima exposto, o TCU ao avaliar o contrato **Select** da ECT, em 1999, não se manifestou conclusivamente pela irregularidade da contratação de licença de software sem licitação, de maneira que, decorridos vários anos, não vislumbro razoabilidade numa manifestação nessa linha. Não obstante, este Tribunal não pode deixar de, nos processos em forem apreciados os contratos celebrados com os diversos órgãos e entidades da Administração, avaliar a regularidade dos preços contratados.

44. Por outro lado, trazendo a questão para o momento atual, verifica-se que a TBA Informática Ltda. já não é a única empresa credenciada pela Microsoft para atuar como LAR no mercado do Distrito Federal, vez que também se encontra credenciada a empresa Hepta Tecnologia e Informática Ltda. Além disso, conforme consignado pela Microsoft à fl. 207, vol. 19, qualquer LAR localizado no território brasileiro pode participar de licitações junto a entidades governamentais com sede no Distrito Federal. Dessa forma, mesmo justificada a contratação na modalidade **Select**, já não mais se justifica a inexigibilidade de licitação para aquisição de licenças de software. A licitação faz-se obrigatória

#### VI

45. Passo a focar a questão relativa à compatibilidade da forma de comercialização **Select**, da Microsoft, com a Lei nº 8.666/93.

46. De início, deixe-se claro que, no âmbito da Administração Pública, não existe “contrato **Select**”. Os contratos da Administração são “contratos administrativos”. **Select** para a Administração deve ser apenas uma forma de comercialização de produtos Microsoft incorporada num contrato administrativo. Não obstante, como a denominação “contrato **Select**” vem sendo até aqui largamente utilizada, continuarei, algumas vezes a utilizá-la, mas tendo em mente que se trata apenas de uma forma de comercialização.

47. Quanto ao aspecto da legalidade, os pareceres das unidades técnicas e do MP/TCU são uníssomos no sentido de que os termos do contrato **Select**, especificamente no que diz respeito à indeterminação do seu objeto, colidem frontalmente com as disposições da Lei nº 8.666/93.

48. Não restam dúvidas, ante tudo o que foi debatido nas instruções técnicas, de que o aludido contrato, na forma como vem sendo usado pela Administração, não especifica os produtos que estão sendo adquiridos nem suas quantidades e, por conseguinte, não são determinados os valores contratados. Essa indeterminação do objeto é incompatível com o disposto no arts. 7º, § 4º, 8º, 14 e 55, inciso I, todos da Lei nº 8.666/93:

“Art. 7º (...)

(...)

§ 4º. É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

(...)

Art. 8º. A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

(...)

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização do objeto (...)

(...)

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;”

49. A doutrina pátria e a jurisprudência desta e. Corte é uníssona no sentido de que é inválido contrato administrativo com objeto indeterminado.

50. A meu sentir, a forma de comercialização **Select**, em si e em abstrato, não afronta a Lei de Licitações e Contratos. A forma como ela vem sendo utilizado pela Administração Pública, ao não prever precisamente os produtos adquiridos e seus quantitativos, é que a torna ilegal perante os ditames da Lei nº 8.666/93.

51. Ocorre que a celebração do contrato administrativo decorrente do **Select** está fundada apenas numa estimativa ou projeção, fornecida pela própria Administração, dos produtos e respectivas quantidades a serem adquiridos, e é aí que vislumbro o problema. Essa projeção é usada pelo revendedor Microsoft para fixar o nível de desconto a ser concedido na aquisição do software, mas ela não significa um compromisso da Administração de adquirir o que projetou. Como não há esse compromisso da própria Administração, o objeto do contrato resta indeterminado em desacordo com a Lei nº 8.666/93, como asseriu as instruções técnicas.

52. A Administração Pública está proibida pela Lei 8.666/93 de celebrar contratos baseados apenas em estimativas ou projeções. Segundo a Lei, a Administração, antes de licitar e contratar, deve determinar precisamente o quer, em que quantidade e em que prazo. Nos termos da Lei 8.666/93, cabe a Administração estabelecer precisamente o objeto a ser adquirido e as condições para a aquisição e os interessados, independentemente das formas de comercialização de que dispõem, é que devem aderir aos parâmetros fixados no edital. É vedado à Administração alterar a forma de contratação prevista em Lei para aderir à forma de comercialização de um determinado fornecedor, ainda que esse fornecedor seja monopolista.

53. Com esse enfoque, deve a Administração adotar providências para transformar a atual projeção ou estimativa em compromisso, por meio de planejamento sério. Creio que é nessa linha o entendimento esposado pelo Ministério Público junto ao TCU, quando sugere seja firmado entendimento acerca da “imprescindibilidade da realização de rigoroso planejamento do processo de informatização” no âmbito da Administração Pública Federal.

54. Creio também ser perfeitamente possível para a Administração Pública, com base em adequado planejamento definir, dentro de limites razoáveis, os bens de informática que deseja adquirir, as respectivas quantidades e o prazo de

entrega. Feito isso, independentemente da modalidade de comercialização de que venha se utilizar eventual fornecedor, o objeto já não será indeterminado, deixando de haver a ofensa à Lei nº 8.666/93. O limite razoável é o da própria Lei nº 8.666/93, ou seja, o equivalente a 25%, para mais ou para menos, do valor atualizado do contrato (art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93). Note-se que o limite inferior pode ser menor que os 25% mencionados, se houver consenso entre as partes contratantes na redução, conforme prescreve o art. 65, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, o que amplia significativamente o grau de liberdade do planejamento, tornando-o possível e exequível. Eventualmente o limite inferior aos 25% pode constar como cláusula do próprio contrato.

55.A realização do planejamento nos moldes preconizados, além de determinar o objeto pretendido pela Administração como exige a Lei 8.666/93, permite a Administração, como já antecipado acima, realizar a licitação e a contratação independentemente da forma ou modalidade de comercialização de que disponha o fornecedor que queira dela participar, se **Select, Government Subscription, Full Package Product** ou **Open**.

56.Tal conclusão é relevantíssima, a meu ver, vez que a competição do certame pode ser ampliada de modo a alcançar, em alguns casos, todos os revendedores autorizados pela Microsoft, e não apenas os LARs. Numa licitação para aquisição de licenças de software Microsoft, em que estejam previamente definidos os produtos, as quantidades e o prazo de entrega de eventuais parcelas, qualquer revenda credenciada pela Microsoft pode participar. Vencerá aquele que efetivamente oferecer o melhor preço, independentemente da forma de comercialização que se utilize.

57.A título de esclarecimento, as formas de comercialização da Microsoft, conforme descrito no ofício às fls. 206/215, vol. 19, podem ser resumidamente definidas da seguinte forma: **Full Package Product** - FPP: é o chamado software de prateleira, constituído por uma caixa contendo a mídia e os manuais correspondentes; **Open**: forma de licenciamento do uso de softwares Microsoft em pequenas quantidades, dirigido a pequenas e médias empresas; **Government Subscription**: forma de licenciamento dirigida à Administração Pública. Cite-se ainda a modalidade OEM - **Original Equipment Manufacturer**, que é aquela em que, quando da aquisição de um novo microcomputador, o software já vem instalado no mesmo, não podendo ser utilizado em outra máquina.

58.Em tal cenário, onde a participação no certame licitatório seja franqueada à maior gama de revendedores possível, independentemente das formas de comercialização de seus produtos, é possível aferir e tirar proveito máximo da economicidade proporcionada pelas diferentes formas de contratação.

59.Resta evidente que o ponto fundamental para a Administração é o planejamento minucioso das suas necessidades de informática. Fundamental para garantir tanto a legalidade da contratação no tipo **Select** quanto a ampliação da competitividade do certame além dos LARs Microsoft. Esse planejamento deverá também definir e justificar, de forma bastante clara, as funcionalidades a serem atendidas, a opção de marca, se houver, e a necessidade, ou não, de atualização das licenças de software. A possibilidade de contratação nas modalidades **Select** e **Government Subscription**, que, em princípio, oferece os menores custos, exigem planejamento para período de três anos.

60.O resultado do planejamento deverá, então, ser incorporado a projeto básico, nos termos da Lei 8.666/93, que integrará o edital de licitação e o contrato.

61.A justificativa circunstanciada da necessidade de atualização das licenças de software é de capital relevância, uma vez que, caso se confirme essa necessidade, restringe-se a competitividade do certame apenas aos LARs, pois nesse caso, considerando as modalidades de contratação disponibilizadas pela Microsoft, apenas os contratos **Select** e **Government Subscription** permitem esta atualização ao longo de sua vigência. Outro ponto negativo é que tal necessidade torna a contratação mais onerosa para a Administração. Note-se que no **Select**, diferentemente do **Government Subscription**, a atualização do software é opcional.

62.Ainda, penso que, na maioria das aplicações da Administração Pública, não há a necessidade de atualização frequente de versões de software. Tomando como exemplo a experiência deste Tribunal - que certamente não é diferente de grande parte da Administração Pública -, vejo que ele, já por alguns anos, utiliza o pacote **Office 97**, muito embora outras versões desse programa tenham sido disponibilizadas pela Microsoft. Não obstante, a versão utilizada pelo Tribunal, de seis anos atrás, vem atendendo perfeitamente a maioria de nossas necessidades, até aqui.

63.Ademais, o requisito de um rigoroso planejamento das necessidades de produtos de informática por parte da Administração não é uma novidade que se tenta impor ao administrador, já que mesmo para a contratação **Select**, com seu objeto impreciso na forma como vinha sendo realizada, havia níveis de consumo a serem atingidos anualmente, sob pena

de se perder o nível de desconto ofertado. Isso certamente já impunha ao administrador um razoável planejamento de suas necessidades. Ressalte-se ainda que, para fazer frente a qualquer eventual imprecisão em seu planejamento, como já se disse, o administrador dispõe de uma margem de 25% para mais ou para menos, além da permissão da Lei para a redução consensual em mais de 25%.

64. Assim, conforme citado no parecer do MP/TCU às fls. 665/677, vol. 2, o processo de informatização deve ser sempre precedido por um cuidadoso projeto que defina as necessidades de recursos de informática de acordo com o planejamento estratégico da instituição. Isto significa que as demandas de software a curto e médio prazo devem ser claramente definidas pelo administrador antes de lançar-se ao processo de aquisição destes bens.

## VII

65. Face à alternativa de uso, pela Administração Pública, dos “softwares de código aberto” ou, como daqui por diante vamos denominá-los, “softwares livres”, muito bem suscitada pelo Ministério Público junto ao TCU, em parecer da lavra do eminente Procurador-Geral Dr. Lucas Rocha Furtado, às fls. 665/677, vol. 2, como uma possível solução para o atendimento das necessidades na área de informática da Administração Pública Federal, tenho por oportuno aduzir alguns comentários.

66. Em primeiro lugar, no que tange a esse assunto, deixe-se claro que não cabe a este Tribunal ditar soluções para os mais diversos problemas enfrentados pela Administração na operacionalização de suas atividades. Cabe, no entanto, aos administradores, no desempenho de suas competências, buscar as soluções que melhor atendam às suas necessidades apoiadas no devido embasamento técnico, observados os princípios da legalidade e economicidade. Contudo, cabe ao Tribunal, nos termos da Constituição Federal, a verificação da observância desses dois princípios, além do da eficiência, o que justifica e ampara sua manifestação sobre o assunto.

67. A alternativa de utilização dos softwares livres não tem a pretensão de se apresentar como uma fórmula geral à qual os administradores públicos devam submeter-se cegamente. Muito longe disso e muito oportuna a intervenção do MP/TCU trazendo a lume este tópico, trata-se de uma opção que reflete uma realidade muito nova no mundo da informática, mas já suficientemente amadurecida, de modo que já não pode ser desconsiderada por estes administradores nas avaliações das alternativas técnicas disponíveis nessa área.

68. Em suas considerações a respeito do assunto, o MP/TCU assim se manifesta:

“(…) Em palavras mais simples, o que aqui propomos, a fim de que o Estado brasileiro não continue refém de posturas monopolísticas de empresas privadas, nacionais ou estrangeiras, é a adoção de mecanismos que incentivem a competitividade. (…)”

69. Com efeito, o superlativo montante de contratações com inexigibilidade de licitação na área de informática realizado pela Administração Pública Federal direta e indireta (R\$ 15,87 bilhões), conforme levantamento no período de 1995 a 2000, realizado no âmbito do TC 013.458/2000-0 e citado pelo MP/TCU no início de seu último parecer nos presentes autos, mostra como o Estado está vulnerável diante de empresas que, por algum motivo, tornaram-se fornecedores exclusivos de produtos e serviços em determinados ramos do setor de informática no Brasil.

70. No caso do ramo de automação de escritórios, o quase monopólio da Microsoft no mercado de sistemas operacionais e aplicativos para microcomputadores deve-se, basicamente, às questões de padronização observadas pela Administração Pública.

71. Também contribuiu para a consolidação dessa situação o processo histórico da evolução do mercado de informática. Inicialmente, quando os microcomputadores passaram a ser considerados como ferramentas indispensáveis para a modernização da operação das empresas do setor privado e público, competiam, principalmente na área de aplicativos, diversas empresas desenvolvedoras de software, dentro de um certo equilíbrio de forças, por determinadas fatias desse mercado, como, por exemplo, Borland, Lotus, WordPerfect, Ashton Tate, etc., além da própria Microsoft. No segmento de sistemas operacionais, desde o início observou-se uma prevalência da Microsoft com o DOS e, posteriormente, com o Windows, mas, ainda assim, existiram, por certo período, outras alternativas plausíveis, tal como o OS/2.



72.Com o decorrer da década de 90, entretanto, a Microsoft acabou por dominar quase que completamente tanto o segmento de sistemas operacionais quanto o de aplicativos para automação de escritórios, reduzindo assim, em muito, a competição por estes mercados.

73.Ainda que continuem existindo no mercado algumas alternativas, é admissível que, principalmente no segmento de aplicativos para automação de escritórios, em vista do domínio da Microsoft e em observância ao princípio da padronização, praticamente não restava ao administrador outra opção a não ser a adoção da utilização desses produtos.

74.Ocorre, porém, que, neste período, surgiu uma espécie de movimento reunindo desenvolvedores de software de todo o mundo, tendo por finalidade oferecer aos usuários uma alternativa aos softwares tradicionais. Esta alternativa recebeu a denominação de “software livre” ou “software de código aberto”. As principais características desta categoria de software está muito bem descrita no seguinte excerto do citado parecer do MP/TCU:

“Os softwares livres diferenciam-se dos software proprietários - como os da Microsoft - por não serem protegidos pelos direitos autorais clássicos - o chamado copyright -, que impedem a execução, a reprodução, a divulgação ou a alteração dos programas sem a autorização dos titulares dos direitos. Os softwares livres, utilizados mediante ‘licença’ diferenciada, que mais se assemelha a uma simples adesão, podem ser executados e reproduzidos gratuitamente, bem como livremente aperfeiçoados e adequados às necessidades do usuário. Existem atualmente softwares livres destinados aos mais diversos propósitos. Há, entre outros, sistemas operacionais, programas de automação de escritórios, ferramentas de navegação na Internet e programas desenvolvidos para aplicações específicas. Um dos softwares livres mais conhecidos e utilizados em todo o mundo é, sem dúvida, o sistema operacional Linux, concorrente do Microsoft Windows.

Normalmente, os software livres não são desenvolvidos por uma empresa ou por uma instituição específica. Seu modelo de desenvolvimento geralmente envolve a participação cooperativa de estudiosos autônomos e de instituições públicas e privadas voltadas à pesquisa de informática de todas as partes do mundo.”

75.Conforme descrito, há certas vantagens do software livre sobre os softwares proprietários tradicionais. Um exemplo dessas vantagens é o fato desse software poder ser constantemente evoluído e adaptado às necessidades do cliente a um custo, em princípio, baixo. Essa vantagem se torna mais evidente quando verificamos que, em relação aos softwares proprietários, uma vez lançados no mercado, qualquer novo desenvolvimento introduzido neles, tais como agregação de novas funções, otimização de performance e, até mesmo, correção de problemas, constitui uma nova versão comercial, acarretando custos adicionais aos usuários que adquiriram a versão anterior e que desejam migrar para a nova.

76.Outro fator importante na comparação do software livre com o software proprietário é a rápida obsolescência que este último normalmente impõe à base de hardware instalada. Exemplo disso é a recente decisão da Microsoft de descontinuar o suporte ao Windows 95, forçando os usuários, principalmente nos segmentos corporativos e governamentais, a migrarem para uma versão mais recente de sistema operacional, tal como o Windows 2000. A consequência disso é que, além dos custos incorridos na aquisição da nova versão do sistema operacional, o usuário vê-se obrigado a realizar gastos ainda maiores devido à consequente necessidade de troca dos seus microcomputadores, já que, enquanto o Windows 95 funcionava confortavelmente em um hardware mais antigo, as exigências em termos de hardware dos novos sistemas operacionais não podem ser atendidas por estes equipamentos, sendo então forçada a sua substituição, muito embora, em muitos casos, o hardware antigo, juntamente com o Windows 95 pudessem continuar atendendo plenamente às necessidades do usuário.

77.Quanto a essa questão, o software livre, como, por exemplo, o sistema operacional Linux, é sabidamente bem mais modesto em termos de exigências de hardware do que os softwares proprietários concorrentes. Os riscos de o usuário se ver forçado a abandonar uma determinada versão de software livre em favor de outra são menores, pois, por um lado, a sua versão em uso pode estar sempre evoluindo na medida da necessidade, de outro, não há falar em descontinuidade de suporte. Com isso, fica assegurado que o investimento feito pela Administração em hardware/software/treinamento possa ser aproveitado ao máximo.

78.Poder-se-ia argumentar que os softwares livres, principalmente os programas aplicativos, não dispõem das mesmas funcionalidades oferecidas pelos softwares proprietários, tais como aquelas disponíveis, por exemplo, no pacote

**Office** da Microsoft. Embora isso possa, em certos casos, ser verdade, o que se verifica, na prática, é que, observando-se a forma como as ferramentas de informática são utilizadas no serviço público, conclui-se que os computadores são utilizados, em boa parte dos casos - se não na maioria - como processadores de texto, ainda assim empregando apenas os seus recursos mais básicos. Fora isso, são usados também para acesso à Internet, correio eletrônico e, em âmbito mais limitado, para processamento de planilhas, ou para gerenciamento de banco de dados. São encontradas no mercado opções, tanto gratuitas como comerciais, no segmento de “software livre” que podem atender a esta demanda. Mesmo para outras aplicações mais sofisticadas, podem ser encontradas soluções com “software livre”.

79. Observe-se, ainda, que diversos fabricantes de softwares para a plataforma Windows, entre eles alguns mundialmente reconhecidos, como, por exemplo, Oracle e SAP, já disponibilizam versões de seus produtos para a plataforma Linux.

80. Outro importante quesito a ser considerado na adoção de uma nova plataforma computacional é a questão da compatibilidade. Neste aspecto, o software livre pouco ou nada deixa a desejar, já que normalmente são capazes de oferecer boa interoperabilidade com arquivos de dados gerados pelos programas de automação de escritórios mais utilizados atualmente, tais como, Word, Excel, PowerPoint, etc., ou seja, tanto são capazes de utilizar os arquivos gerados por estes aplicativos como são capazes de produzir arquivos de dados utilizáveis pelos mesmos. É também importante ressaltar que as plataformas baseadas em software livre são também capazes de operar com as redes de comunicação de dados atualmente existentes.

81. Também em relação aos serviços especializados neste tipo de software, é crescente no mercado a oferta de suporte técnico, consultoria, programação, treinamento, etc., capaz de atender à demanda nessa área.

82. Haveria ainda o administrador público que considerar a questão da cultura existente, por exemplo, em torno da plataforma Microsoft ao avaliar a opção de uso do software livre. Esse talvez seja o dilema mais difícil de ser superado, pois envolve não apenas a formação de uma nova cultura para os usuários, mas também para a equipe técnica da área de informática. Em princípio, a solução desse problema passa por um maior investimento inicial em treinamento e suporte. Entretanto, considerando as demais vantagens da adoção dessa plataforma, a meu ver, este é um obstáculo que vale a pena ser enfrentado, já que o retorno a médio, ou mesmo a curto prazo, pode compensar em muito esse investimento.

83. Chega-se então ao ponto mais relevante da adoção de soluções baseadas em software livre: o preço significativamente mais baixo. O software livre pode ser adquirido, em regra quase absoluta, a um preço muito inferior ao software proprietário, sendo, algumas vezes, até, gratuito.

84. Não disponho de todos os dados, mas fico imaginando a quantidade de licenças de uso do **Office** Microsoft, por exemplo, utilizada no âmbito da União: provavelmente centenas de milhares. Imagino, ainda, a economia de recursos que poderia ser feita quando da necessidade de renovação dessas licenças, se elas viessem a ser substituídas por software livre equivalente. Considerando o menor custo oferecido pela Microsoft (o contrato **Select** 6.0, nível D), cada licença do **Office XP** vale US\$ 314,00, conforme tabela de abril de 2003 (fl. 242, v. 19). Assim, a esse preço, a aquisição de 100.000 licenças custaria à Administração US\$ 34,1 milhões, ou aproximadamente R\$ 94,2 milhões. Supondo-se a utilização de software livre equivalente com custo da licença 50% inferior, a economia seria de US\$ 15,7 milhões, ou R\$ 47,1 milhões. Supondo-se um software equivalente com custo de licença 75% inferior, o que não é desarrazoado, a economia para a Administração seria de US\$ 23,55 milhões, ou R\$ 70,65 milhões. A economia é maior se software livre, eventualmente, for gratuito.

85. Conforme já mencionado, a Microsoft está atualmente substituindo o contrato **Select** por outro modelo de contratação, denominado “**Government Subscription**”. Esse contrato, segundo os documentos acostados aos autos, é semelhante ao **Select**, em que a Microsoft oferece um nível de desconto significativo à Administração, contudo sua vigência é de três anos e o cliente paga uma espécie de aluguel anual pelo uso do software, tendo direito às atualizações do software que ocorrerem no período de vigência. Para adquirir permanentemente o direito de uso da licença o cliente deve pagar uma quarta parcela, ao final do contrato, equivalente ao aluguel anual.

86. Como a prática recomenda justamente o contrário, ou seja, adquire-se a licença de uso de um software e utiliza-se a mesma o maior tempo possível - mesmo porque, na maioria dos casos, as novas versões de software disponibilizadas não trazem vantagens palpáveis -, vislumbra-se então que esta nova modalidade de licenciamento em implantação pela

Microsoft poderá acarretar despesas ainda maiores à Administração Pública do que aquelas decorrentes do modelo Select. Note-se que a Microsoft oferece a opção Select 6.0, em que a atualização das licenças é opcional, a um custo menor.

87. Considerando, na hipótese anterior, a aquisição por meio da modalidade **Government Subscription**, em que as licenças do **Office XP** são atualizadas por três anos, mediante o pagamento de três parcelas anuais de US\$ 147,00 (preço de abril de 2003), podendo ser permanentemente adquirida, após os três anos, pelo pagamento de uma quarta parcela de US\$ 147,00, o que totaliza US\$ 588,00 por licença, a economia seria de US\$ 29,4 milhões (R\$ 88,2 milhões), considerando uma redução de 50% no preço, e US\$ 44,1 (R\$ 132,3 milhões), considerando uma redução de 75%.

88. Como se vê, na hipótese suscitada, os valores, embora se refiram a um único programa utilizado pela Administração, são significativos, o que denota, como bem suscitou o Ministério Público junto ao TCU, que a Administração Pública não pode desprezar, nas suas avaliações de aquisição de softwares, a alternativa do software livre, principalmente em observância ao princípio da economicidade, ante o qual o princípio da padronização deve ceder.

89. O uso do software livre já não pode ser considerado fenômeno passageiro ou modismo, que apenas atrai os mais afoitos. Muito pelo contrário, esta opção já está sendo seriamente adotada ou colocada em pauta por governos de países como Reino Unido e China, além de órgãos governamentais ou privados avulsos ao redor do mundo. No Brasil já é notório o uso desta alternativa em diversos órgãos da Administração Pública, conforme relacionado pelo MP/TCU, tais como, Marinha do Brasil, INPE e TRT 6ª Região, além de diversos órgãos e entidades do Estado do Rio Grande do Sul e dos Municípios de São Paulo, Recife e Campinas. O MP/TCU cita ainda como de especial importância a adoção do software livre no Serpro de Recife/PE.

90. Apenas para ressaltar o caso específico do Reino Unido, conforme documento (Documento disponível na Internet no endereço <http://www.ogc.gov.uk/index.asp?id=2190>) afixado à contracapa do vol. 20 destes autos, emitido em 15/07/2002, o governo dos países integrantes daquela comunidade definiu uma política relacionada à aquisição de produtos de tecnologia de informação que passa a considerar os softwares livres (referidos naquele documento como OSS - **open source software** -, ou seja, software de código aberto) como alternativa aos softwares proprietários. Essa política define os seguintes pontos-chaves:

- O Governo do Reino Unido considerará as soluções de software de código aberto juntamente com as soluções proprietárias nas aquisições de produtos de tecnologia de informação. As contratações serão feitas com base na relação custo-benefício.

- O Governo do Reino Unido somente usará produtos de interoperabilidade que suportem padrões e especificações abertos em todos os desenvolvimentos futuros de tecnologia de informação.

- O Governo do Reino Unido procurará evitar ficar preso a produtos e serviços de tecnologia de informação proprietários.

- O Governo do Reino Unido considerará a obtenção de todos os direitos do código fonte de softwares de prateleira customizados que sejam adquiridos quando estes oferecerem melhor relação custo-benefício.

- O Governo do Reino Unido explorará de forma mais aprofundada as possibilidades de se utilizar softwares de código aberto como base padrão na pesquisa e desenvolvimento de software financiados pelo governo.

91. Vale ainda registrar algumas das justificativas mencionadas pelo Reino Unido para adotar a referida política, entre elas a procura por soluções de menor custo com o benefício equivalente, o que pode ser conseguido tanto por meio de software livre como proprietário, ou mesmo por uma mistura de ambos.

92. Além disso, fundamenta a política adotada pelo governo do Reino Unido a redução da dependência de fornecedores específicos de tecnologia de informação, a flexibilização no desenvolvimento, a melhoria e integração de sistemas, e a obtenção da propriedade intelectual dos softwares desenvolvidos sob encomenda pelo governo, vez que esses softwares têm seu código fonte aberto.

93. Outra justificativa apontada pelo Governo do Reino Unido para a adoção das diretrizes retromencionadas diz respeito à segurança dos sistemas, a qual é considerada de importância vital. Argumenta-se que um sistema de código aberto devidamente configurado pode ser, pelo menos, tão seguro quanto os sistemas proprietários, sendo que os sistemas de código aberto são considerados atualmente menos sujeitos a ataques pela Internet. Menciona-se ainda que, com base em estudos realizados, em alguns casos, os principais produtos proprietários podem ser significativamente menos seguros que as alternativas de código aberto.

94. Assim como é certo que a alternativa do software livre deve ser seriamente considerada nas futuras contratações de software da Administração Pública federal, também é certo que as mudanças nesse sentido devem ser adotadas com todo o cuidado e responsabilidade. A base de softwares proprietários atualmente em uso tem bem atendido as necessidades da Administração Pública nas suas multifárias atividades. Nesse sentido, não se pode deixar de louvar a grande contribuição que os softwares produzidos pela Microsoft têm dado à Administração Pública brasileira. Alterações nessa base, a meu ver, devem ser necessariamente feitas, mas com todo critério, de maneira a não causar instabilidades nos sistemas informática da Administração ou outros problemas ainda mais graves, vez que esses sistemas suportam grande parte da atividade administrativa, que não pode restar prejudicada por eventuais mudanças, sob pena de lesão aos interesses públicos e sociais.

95. O uso do software livre deve ser visto e encarado como ele realmente é, uma alternativa válida, efetivamente disponível e relevante para a Administração, e não como panacéia dos males da informática.

96. Nessa esteira de cuidado e responsabilidade, este Tribunal de Contas da União muito bem vem conduzindo estudos visando à implantação e uso de softwares livres em seus computadores. No Plano de Ação da Setec para os exercícios de 2003 e 2004 está prevista uma ação com esse objetivo. Junto ao Secretário daquela Unidade tivemos notícia do início de um projeto piloto, que reputo muito bem vindo e que poderá, no futuro, significar economia, segurança e flexibilidade na gestão de tecnologia da informação pelo Tribunal.

97. Tive também notícia de que o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, Órgão de assessoramento da Casa Civil da Presidência da República, no âmbito do projeto Governo Eletrônico, já estuda a implantação do uso de software livre no âmbito da Administração Pública federal, por meio da Câmara Técnica de Implementação de software livre, de maneira que já não cabe nenhuma orientação nesse sentido ao Governo, contudo entendendo conveniente e oportuno seja encaminhada à Casa Civil da Presidência da República cópia do Acórdão que vier a ser proferido pelo Tribunal, bem como do Relatório e Proposta de Decisão que o fundamentam.

### VIII

98. Cumpre analisar a última das questões básicas abordadas nestes autos: a questão da indicação de marca nas aquisições de software pela Administração Pública.

99. Nesse aspecto acolho o bem elaborado parecer do Ministério Público junto ao TCU, apresentado na sua primeira intervenção nestes autos, segundo o qual o princípio da padronização, insculpido no art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/93, conforme consubstanciado em farta referência doutrinária, deve ser seguido como uma regra pela Administração Pública. No entendimento daquele *Parquet*, tal princípio, com seu reflexo na indicação de marca, “visa à adoção não-arbitrária de um “stander”, de um modelo, para os bens a serem adquiridos.”

100. Assim argumenta o MP/TCU em defesa desse posicionamento:

“Segundo o mencionado dispositivo legal, o princípio da padronização deve ser adotado **sempre que possível**, de modo a impor a compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho dos bens a serem adquiridos, considerando-se as condições de manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas.

A nosso sentir, o texto legal, utilizando-se da expressão ‘sempre que possível’, confere ao princípio da padronização das compras natureza de dever legal. Isto é, a Administração deve, como regra, padronizar os bens que adquire.

(...)

Por certo que a padronização, no mais das vezes, finda por selecionar como modelo um produto identificável por determinada marca, de modo que o resultado do procedimento de padronização será a escolha, pela Administração, de uma marca, a qual será usada para identificar o bem a ser comprado. Observe-se, porém, que se deve chegar a essa conclusão a partir das características do produto, e não por mera preferência pela marca. O contrário implicaria, é evidente, flagrante violação da Lei nº 8.666/93.

Até porque, nem sempre o resultado do procedimento de padronização é uma marca, uma vez que se pode chegar a um modelo próprio, inédito. Entretanto, no mundo fático, real, e isso não se pode evitar, a melhor maneira de indicar padrão, modelo, é por meio da marca.

(...)

Infere-se do acima exposto que o princípio da padronização deve ser adotado como regra no âmbito da Administração Pública e que a vedação de preferência de marca não é obstáculo à adoção desse princípio, desde que a decisão administrativa seja circunstanciadamente motivada” [Grifei]

101. Conforme esse entendimento, o princípio da padronização permite a indicação de marca do bem a ser adquirido pela Administração Pública, impondo, porém ao administrador a obrigatoriedade de fundamentar circunstanciadamente tal indicação em parâmetros que demonstrem de forma clara que esta opção é a melhor em termos técnicos e econômicos para a administração.

102. Nessa linha, não obstante a indicação de marca, desde que circunstanciadamente motivada, possa ser aceita em observância ao princípio da padronização, este como aquela não devem ser obstáculo aos estudos e à efetiva implantação e utilização de software livre no âmbito da Administração, vez que essa alternativa, como já suscitado, poderá trazer vantagens significativas em termos de economia de recursos, segurança e flexibilidade.

103. Assim, ante a existência no mercado de soluções alternativas de software capazes de atender às necessidades da Administração Pública, principalmente aquelas relacionadas aos softwares livres, a indicação de marca nos processos de contratação de fornecimento de software, com respaldo no art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/93, somente poderá ser admitida caso fique plenamente demonstrado, através de estudos técnicos, que a referida padronização acarreta maior economicidade para a Administração que aquela obtida na operacionalização das demais alternativas.

## IX

104. Por fim, entendo que devam ser tecidos comentários acerca do Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49, da Secretaria de Direito Econômico - SDE/MJ, o qual deu origem a esta representação.

105. O referido processo administrativo foi instaurado com a finalidade de apurar as práticas anticoncorrenciais levadas a efeito pelas empresas Microsoft Informática Ltda. e a TBA Informática Ltda. No processo, foram investigados os indícios das seguintes ocorrências:

1) no tocante à Microsoft Informática Ltda.:

1.1) divisão do mercado de distribuição e revenda de produtos de informática;

1.2) limitação ou criação de obstáculos ao acesso, ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresa concorrente ou adquirente no mercado de distribuição e revenda de produtos de informática;

1.3) combinação prévia de preços ou de vantagens na concorrência pública ou administrativa;

1.4) dificuldade ou rompimento da continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

1.5) imposição, sem justa causa, de preços excessivos;

2) com relação à TBA Informática Ltda:

2.1) limitação ou criação de obstáculos ao acesso, ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresa concorrente ou adquirente no mercado de distribuição e revenda de produtos de informática;

2.2) combinação prévia de preços ou de vantagens na concorrência pública ou administrativa;

2.3) imposição, sem justa causa, de preços excessivos.

106. A análise do processo pela SDE/MJ levou à conclusão de que a Microsoft e a TBA haviam incorrido em infração à ordem econômica. Em consequência, foi expedida medida preventiva, por meio do Despacho nº 397 de 21/05/2002, nos termos do art. 52 da Lei nº 8.884/94, determinando à Microsoft Informática Ltda. e à TBA Informática Ltda. as providências a saber:

“1) a eliminação imediata das restrições territoriais referentes à atuação das vendas corporativas de produtos Microsoft para as vendas feitas ao governo federal;

2) o esclarecimento, imediato e por escrito, a todos os revendedores Microsoft acerca da eliminação das restrições territoriais acima mencionadas;

3) esclarecimento conjunto, imediato e por escrito, aos atuais clientes governamentais e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, da eliminação das restrições territoriais acima mencionadas, e de que os serviços e

soluções de informática não são vinculados ao contrato Select, sendo objeto distinto da compra de software, podendo, portanto, o cliente optar pela contratação de outras empresas;

4) esclarecimento conjunto, imediato e por escrito, aos atuais clientes governamentais e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, de que produtos distintos dos adquiridos quando da celebração de um contrato Select não podem ser adicionados ao contrato sem a existência de novo procedimento licitatório, constituindo-se em possível infração à Lei nº 8.884/94 e a não observância desta disposição;

5) o envio de cópias dos esclarecimentos acima mencionados à SDE em até dez dias do conhecimento dos termos da medida preventiva;

6) publicação em meia página, às expensas da Microsoft, em todas as unidades da federação, em pelo menos um dos dois jornais de maior circulação local, do teor da medida preventiva;

7) tendo em vista a gravidade dos fatos verificados e a capacidade econômica dos envolvidos, a fixação de multa diária, em caso de descumprimento da medida preventiva em questão, no valor equivalente a 10.000 (dez mil) Ufir, para a representada TBA e 30.000 (trinta mil) Ufir, para a representada Microsoft (...).”

107. Inconformada, a TBA Informática Ltda. ajuizou o Mandado de Segurança nº 2002.34.00.15342-2, cuja sentença proferida em 1ª instância concedeu a segurança quanto ao item 1 da medida preventiva, por se entender que o comando se dirigia exclusivamente à Microsoft, bem como quanto ao item 4, por se considerar que não caberia ao particular dar conhecimento aos agentes públicos acerca das normas que regem sua atuação administrativa.

108. No que se refere à alegação da TBA de que haveria desproporção entre o teor da medida preventiva e o fim pretendido, assim se pronunciou o Sr. Juiz Federal Substituto da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (fls. 197/201 - v. 19):

“Sem razão, contudo, a impetrante, quando sustenta haver desproporção entre a medida preventiva aplicada e o fim a ser alcançado. Isto porque, não há notícia nos autos de que a prática de reserva territorial esteja totalmente revogada pela Microsoft. Encontra-se nos autos, unicamente, a indicação de que mais uma empresa, a Hepta, foi habilitada e encontra-se atuando no mercado de Brasília - evidenciado, de conseguinte, a potencialidade danosa causada pelo contínuo da política de vendas da Microsoft - fato que legitima a atuação administrativa repressora.

É com base nessa iminência de dano ao erário, em face do notório monopólio exercido pelos softwares da Microsoft, e comercializados num regime de restrição territorial de vendas, que se mostra perfeitamente adequado o instituto da Medida Preventiva (...).”

109. Registro, por oportuno, que o referido mandado de segurança encontra-se tramitando em grau de recurso, portanto, ainda sem decisão transitada em julgado.

110. Da mesma forma, anoto que a Microsoft Informática Ltda. impetrou o Mandado de Segurança nº 2002.34.00.015214-0 contra a medida preventiva expedida pela SDE/MJ. Embora tenha sido deferida medida liminar, o processo ainda não foi julgado no mérito.

111. De sua vez, Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49 foi remetido ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade em 22/07/2002, mas ainda não foi objeto de julgamento.

112. Como se vê, a questão implicando a Microsoft Informática Ltda. e a TBA Informática Ltda. continua em discussão no âmbito do Cade e do Poder Judiciário. No entanto, devo destacar que o julgamento proferido naquelas esferas não interfere na apreciação feita por este Tribunal em razão da independência das instâncias, que decorre de competências constitucionais e legais específicas e distintas de cada um dos órgãos controladores.

113. É exatamente dessas competências que derivam as diferentes abordagens adotadas para tratar do problema. Enquanto que, de parte das decisões da SDE e do Cade, o foco se dirige para as questões de Direito Econômico como a livre concorrência e a repressão ao abuso econômico, ao Tribunal cumpre se pronunciar acerca dos aspectos legais atinentes à licitação e à contratação dos bens fornecidos por essas empresas aos órgãos e entidades da Administração Pública, verificando a observância aos princípios da legalidade, da moralidade, da publicidade, da isonomia e da economicidade, entre outros.

114. Nesse contexto, considerando que a investigação da possibilidade da prática de combinação prévia e de imposição de preços excessivos pelas citadas empresas nos contratos celebrados com a Administração Pública Federal, conforme suscitado nos pareceres da SDE/MJ acostados ao Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49, insere-se na competência desta Corte, entendendo que seu exame se realize no âmbito do TC 005.574/1999-4, vez que ali será verificada, em concreto, a regularidade dos contratos corporativos celebrados com a Administração.

115. Com essas considerações, entendo que o resultado do exame empreendido nos presentes autos, consubstanciado nas medidas ora propostas, esteja perfeitamente ajustado aos objetivos do controle externo e, em última análise, ao exercício da missão institucional deste Tribunal.

**X**

116. Em síntese, são as seguintes as conclusões que chego acerca da matéria aqui tratada:

1. quanto à contratação de serviços técnicos de informática (assistência técnica, treinamento e certificação, suporte técnico e consultoria) para o ambiente Microsoft:

1.1. deve obrigatoriamente ser precedida de licitação, ante a comprovada viabilidade de competição nessa área, e as licitações devem distintas das utilizadas para a aquisição das licenças de software, conforme a jurisprudência deste Tribunal consubstanciada nas Decisões 186/99 e 811/02, todas do Plenário;

1.2. os serviços de treinamento e certificação, suporte técnico e consultoria devem ser especificados, licitados e contratados separadamente dos demais serviços técnicos, utilizando-se o parcelamento ou a adjudicação por itens como forma de obtenção do melhor preço entre os licitantes, conforme prevê a Decisão 811/02 do Plenário;

1.3. os requisitos de qualificação técnica para contratação desses serviços devem necessariamente diferenciados daqueles utilizados para a contratação de licenças de software, vez que estes últimos são, em regra, mais simples;

2. quanto à contratação de licenças de uso de software Microsoft:

2.1. deve obrigatoriamente ser precedida de licitação, ante a comprovada viabilidade de competição entre as diversas empresas credenciadas pela Microsoft para vender os seus produtos nas diversas modalidades de comercialização existentes (**Select, Government Subscription, Open e Full Package**);

2.2. é irregular a licitação ou o contrato para aquisição de licenças em que o objeto não esteja precisamente definido, nos termos dos arts. 7º, § 4º, 8º, 14 e 55, I, da Lei nº 8.666/93;

2.3. a licitação deve ser precedida de minucioso planejamento, realizado em harmonia com o planejamento estratégico da instituição e com o seu plano diretor de informática, em que fique precisamente definido, dentro dos limites exigidos na Lei nº 8.666/93, os produtos a serem adquiridos, sua quantidade e o prazo para entrega das parcelas, se houver entrega parcelada;

2.4. o resultado do planejamento mencionado no item anterior deve ser incorporado a projeto básico, nos termos do art. 6º, IX, e 7º da Lei nº 8.666/93, que deverá integrar o edital de licitação e o contrato;

2.5. os aludidos planejamento e projeto básico deverão, sempre que possível, contemplar um período de três anos, de maneira que a licitação possa ser atendida por todas as modalidades de comercialização oferecidas pela Microsoft (**Select, Government Subscription, Open e Full Package**) e, portanto, possam dela participar todos revendedores credenciados da Microsoft, se assim o quiserem, ampliando-se ao máximo a competitividade do certame;

2.6. na hipótese de o planejamento e o projeto básico indicarem a necessidade de atualização das licenças durante a vigência do contrato, tal necessidade deve ser circunstanciadamente justificada, uma vez que ela, além de onerar a contratação, restringe a competitividade do certame às empresas credenciadas pela Microsoft com **Large Account Ressellers -LARs**;

3. o princípio da padronização deve ser adotado como regra no âmbito da Administração Pública, não sendo a vedação de preferência de marca obstáculo à adoção desse princípio, desde que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração;

4. a implantação e a utilização dos chamados “softwares livres” ou “softwares de código aberto” no âmbito da Administração Pública federal deve ser (e está sendo) séria e criteriosamente considerada pelo Governo brasileiro, tendo em vista que essa alternativa pode significar, no futuro, economia, segurança e flexibilidade na gestão da tecnologia da informação que suporta a atividade administrativa pública;

117. Ressalto que a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, é o Órgão competente, no âmbito da atual Administração Pública Federal, para regulamentar as compras e contratações de Informática, bem como para elaborar as normas relacionadas ao uso da tecnologia da informação. Assim sendo, proporei encaminhamento de cópia do Acórdão que vier a ser proferido, assim como da Proposta de Decisão e do Relatório que o fundamentam a essa Secretaria, com vistas a que ela, no uso de sua competência, adote as providências necessárias à orientação dos órgãos e entidades da Administração Pública federal acerca do posicionamento que vier a ser adotado pelo Tribunal acerca de toda a matéria tratada nestes autos..

Ante todo o exposto, louvando muitíssimo as diversas instruções técnicas oferecidas e o judicioso parecer apresentado pelo Ministério Público junto ao TCU, da lavra do eminente Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado, proponho que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

Sala das Sessões, em 13 de agosto de 2003.

**Augusto Sherman Cavalcanti**

Relator

### **GRUPO I - CLASSE VII - Plenário**

**TC 003.789/1999-3 (com 20 volumes)**

**Apensos: TC 004.779/1998-3 e TC 003.136/2001-0**

Natureza: Representação

Interessadas: Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e IOS Informática Organização e Sistemas Ltda.

**Sumário:** Representação encaminhada pela Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, relativamente ao Procedimento Administrativo nº 08012.008024/98-49, instaurado para apuração de infrações à Lei nº 8.884/94. Índícios de irregularidades em processos de ineligibilidade de licitação para fornecimento de produtos e serviços de informática contratados através da TBA Informática Ltda. Índícios de irregularidades nos contratos **Select** firmados com essa empresa. Conhecimento. Fixação de entendimento acerca da exigibilidade de processo licitatório para essas contratações bem como da incompatibilidade dos contratos **Select** com a Lei nº 8.666/93. Ciência aos interessados. Arquivamento.

### **VOTO REVISOR**

Na Sessão Plenária realizada em 13 de agosto próximo passado, solicitei vista destes autos com o intuito de melhor conhecer a matéria aqui tratada antes de proferir meu voto.

Examinadas detidamente as questões que compõem o processo, não poderia, inicialmente, deixar de render homenagens ao eminente Relator Augusto Sherman Cavalcanti, pela riqueza do trabalho produzido, o qual, tenho certeza, será de grande valia para a Administração Pública, ao vir preencher uma lacuna de que há muito se ressentiam não só os gestores como os órgãos de controle ao tratarem de contratação de licenças de **software** e de serviços técnicos de informática em geral.

Louvo também os dignos representantes do Ministério Público que atuaram nos autos, pela significativa contribuição que prestaram ao encaminhamento da matéria, trazendo ao debate valiosas lições, no essencial, acolhidas na formulação final da tese do Relator. Igualmente, cumprimento as unidades técnicas participantes do processo, pela produção dos minuciosos relatórios técnicos, resultantes em imprescindível oferta de subsídios ao trabalho ora debatido neste Plenário.

Passando ao mérito, é com satisfação que vejo dissipadas dúvidas que há muito inquietavam os julgadores desta Corte e a Administração em geral ao tratarem de assunto relativo à contratação de serviços de informática.



Fica, assim, definitivamente esclarecido que a contratação de licenças de **software** e serviços técnicos de informática deve ser precedida de licitação, e em certames distintos para cada um dos objetos mencionados, inclusive no caso de licenças para uso de produtos Microsoft, ante a comprovada viabilidade de licitação. Com esse entendimento, também desfaz-se, de uma vez por todas, a idéia de que, no bojo do chamado Contrato **Select**, poderiam ser incluídas tanto a aquisição de uso de licenças de **softwares** Microsoft quanto a dos correspondentes serviços de assistência técnica, treinamento, suporte técnico e consultoria, como se representassem um único objeto.

Outro aspecto que reputo da mais alta importância é a exigência de precisão do objeto para contratação de licenças de uso de **softwares**, a ser atendida mediante um rigoroso planejamento das necessidades da organização, cujo resultado deverá ser inserido em projeto básico a ser integrado ao correspondente edital de licitação e ao contrato.

O terceiro quesito que destaco refere-se ao reconhecimento da regularidade de indicação de marca na especificação de produtos de informática frente ao princípio da padronização previsto na Lei nº 8.666/93, observados os requisitos explicitados no item 9.2.3 do acórdão proposto, sem, contudo, restar impedimento à Administração no sentido de buscar alternativas para suprimento de suas necessidades em informática junto ao mercado de **softwares** livres, alternativa essa que não pode ser ignorada pela Administração Pública em razão das vantagens que poderão advir dessa promissora opção.

Essas, creio, são as questões mais relevantes tratadas nos autos, sobre as quais não vejo necessidade de oferecer significativos acréscimos. Nada obstante, gostaria de ater-me a dois itens específicos em relação aos quais surgiram-me as reflexões que passo a compartilhar com Vossas Excelências.

Em primeiro lugar, quando da primeira leitura que fiz do acórdão proposto, ocorreu-me uma sugestão a fazer em relação ao item 9.2.2.2. Cheguei mesmo a pensar em propor a substituição da redação do item pela seguinte:

*“9.2.2.2. a obrigação de que o objeto da licitação ou do contrato esteja precisamente definido estende-se, também, por imposição legal, nos termos dos arts. 7º, § 4º, 8º, 14 e 55 da Lei nº 8.666/93, aos casos de aquisições de licenças de uso de **software** Microsoft.”*

Contudo, percebo, agora com mais clareza, que o comando 9.2.2, do qual o 9.2.2.2 é originário, já trata especificamente dos casos de contratação de licenças de uso de **software** Microsoft, sendo despidendo, portanto, acrescentar, no subitem 9.2.2.2, alusão à marca Microsoft. Desfez-se, assim, a idéia de sugerir qualquer modificação à redação do mencionado item.

A outra reflexão refere-se ao item 9.2.5. Sobre esse ponto, gostaria de submeter ao eminente Relator e aos nobres pares uma pequena alteração, resultante de minha preocupação com os contratos em andamento, os quais, entendo devam ser tratados, caso a caso, de acordo com o contexto em que se inseriram, notadamente no tocante à realidade do mercado e aos entendimentos que o próprio Tribunal vinha construindo para os casos concretos aqui examinados. Penso que essas situações já constituídas não devem ser atingidas irrestritamente pela superveniência da deliberação ora em debate. Sugiro, ainda, a substituição do termo **regras** por **entendimentos**, mais consentâneo, a meu ver, com a postura atinente a esta Corte.

Nesse passo, proponho pequeno ajuste à redação do item 9.2.5, nestes termos:

*“9.2.5. ressalvados os contratos em andamento, os quais devem ser apreciados com base na realidade em que se encontrem inseridos, os entendimentos ora firmados são válidos a partir da publicação do presente acórdão e devem ser observados, no que couber, na licitação e contratação de licenças de **software** e de serviços técnicos de informática em geral.”*

Diante do exposto, Voto de acordo com a proposta do Relator, sugerindo apenas a modificação acima descrita relativamente ao item 9.2.5 do acórdão proposto.

Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 08 de outubro de 2003.

GUILHERME PALMEIRA  
Ministro-Revisor

**GRUPO I - CLASSE VII - PLENÁRIO**

**TC 003.789/1999-3 (com 20 volumes)**

**Apensos:** TC 004.779/1998-3 e TC 003.136/2001-0

**Natureza:** Representação

**Interessados:**

- Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça; e
- IOS Informática Organização e Sistemas Ltda.

**Ementa:** Representação encaminhada pela Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, relativamente ao Procedimento Administrativo nº 08012.008024/98-49, instaurado para apuração de infrações à Lei nº 8.884/94. Índícios de irregularidades em processos de inexigibilidade de licitação para fornecimento de produtos e serviços de informática contratados através da TBA Informática Ltda. Índícios de irregularidades nos contratos **Select** firmados com essa empresa. Conhecimento. Fixação de entendimento acerca da exigibilidade de processo licitatório para essas contratações bem como da incompatibilidade dos Contratos **Select** com a Lei nº 8.666/93. Ciência aos interessados. Arquivamento.

**VOTO COMPLEMENTAR**

O acórdão ora proposto, fruto de longos estudos e da consolidação dos entendimentos do Tribunal sobre essa complexa matéria, se vier a ser efetivamente cumprido, e cabe ao Tribunal fiscalizar o seu cumprimento, importará em mudanças significativas nas licitações de licenças de software e de serviços técnicos de informática para a Administração Pública.

Primeiro, ao exigir o planejamento e a definição precisa do objeto a ser adquirido, tanto em natureza quanto em quantidade, fará com que a Administração saiba exatamente “o que comprar” e “para que”. Consciência fundamental para prevenir o desperdício.

A determinação precisa do objeto a ser adquirido permitirá ainda o máximo de competição possível nesse relevante setor. As licitações governamentais antes restritas a um ou a poucos grandes revendedores do proprietário do software poderão ser estendidas a outros fornecedores também autorizados, mediante outras formas de comercialização diferentes do *select* e *government subscription*, de pequeno, médio ou grande porte, dependendo das características de cada licitação. Poder-se-á confirmar, ou não, na prática, se os grandes revendedores têm efetivamente o melhor preço.

As licitações em separado para os serviços de informática, com exigências próprias, distintas entre si, também possibilitarão maior competição no mercado, permitindo efetivamente a participação de um número maior de empresas, sobretudo as de menor porte. Exigências próprias e distintas para cada serviço a ser contratado, impedirão, por exemplo, que requisitos de qualificação técnica para serviços mais especializados, como consultoria, sejam aplicados para contratação de serviços que, em regra, exigem qualificação técnica mais restrita, como assistência técnica e treinamento, vez que era comum editais para contratação de todos os serviços contendo o nível de exigências para o primeiro.

As licitações em separado de serviços e licenças também evitam a restrição à contratação de licenças apenas de fornecedores que venham a atender as exigências de qualificação técnica para os serviços, como se verificou em alguns casos.

Além disso, a alternativa do “software livre” poderá significar economia substancial aos cofres públicos, além de segurança e independência para o Estado brasileiro.

Devo dizer ainda que considero a proposta de alteração do item 9.2.5 apresentada pelo eminente Ministro Guilherme Palmeira em seu Voto Revisor, em relação aos contratos em andamento, oportuna e relevante, por isso, acolho a sugestão de Sua Excelência, incorporando-a na proposta de acórdão que submeti ao Plenário.

A preocupação levantada pelo nobre Ministro Walton Alencar Rodrigues, quanto à prorrogação dos contratos em andamento, também é totalmente pertinente, razão pela qual acrescento o item 9.2.6 na proposta de acórdão, determinando que os contratos em andamento celebrados em desacordo com o entendimento ora firmado pelo Tribunal não sejam prorrogados.

Assim, Senhores Ministros, Senhor Procurador-Geral, estou convicto de que o Tribunal dá, neste momento, contribuição significativa na solução significativa de problema de grande complexidade para a Administração Pública brasileira.

TCU, Sala das Sessões, 8 de outubro de 2003.

**Augusto Sherman Cavalcanti**

Relator

ACÓRDÃO 1521/2003 - Plenário - TCU

1. Processo: TC 003.789/1999-3 (c/ 20 volumes) - Apensos: TC 004.779/1998-3; TC 003.136/2001-0.
2. Grupo: I - Classe de Assunto: VII - Representação.
3. Interessados: Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça; e IOS Informática Organização e Sistemas Ltda.
4. Entidade: não consta.
5. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.
- 5.1. Revisor: Ministro Guilherme Palmeira.
6. Representantes do Ministério Público: Procurador-Geral Dr. Lucas Rocha Furtado e Procuradora Dr<sup>a</sup> Maria Alzira Ferreira.
7. Unidades Técnicas: Saudi, Cofis, Segecex e Adcon.
8. Advogados constituídos nos autos: Adriano Daleffe (OAB/PR 20619); Antonio Carlos Gonçalves (OAB/DF 392-A); Arthur Lima Guedes (OAB/DF 18073); Arthur Pereira de Castilho Neto (OAB/DF 846-A); Celso Cintra Mori (OAB/DF 23639); Cesar A. Guimarães Pereira (OAB/PR 18662); Cristiane Saccab Zarzur (OAB/DF 138331); Dalton Cordeiro de Miranda (OAB/PR 11853); Eduardo Ferrão (OAB/DF 9.378); Eduardo Talamini (OAB/PR 19920); Egon Bockmann Moreira (OAB/PR 14376); Fernão Justen de Oliveira (OAB/PR 18661); Flávio Lemos Belliboni (OAB/DF 1493-A); Gilberto Giusti (OAB/PR 83943); Gustavo Souto (OAB/DF 114717); Inocência Mártires Coelho (OAB/DF 3500); João Berchmans C. Serra (OAB/DF 6122); João Geraldo Piquet Carneiro (OAB/DF 800-A); José Alexandre Buaiz Neto (OAB/PR 14346); José Martins Pinheiro Neto (OAB/DF 3224); Julia Aguiar e Murça (OAB/DF 18612); Krysia Aparecida Ávila (OAB/PR 13401); Leonardo Peres da Rocha e Silva (OAB/PR 12002); Luiz Custódio de Lima Barbosa (OAB/DF 791-A); Mabel Lima Tourinho (OAB/DF 16486); Marçal de Assis Brasil Neto (OAB/DF 4323); Marçal Justen Filho (OAB/PR 7468); Marcelo Antônio Muriel (OAB/PR 83931); Marcelo Avancini Neto (OAB/PR 89039); Marcos Vinícius Ottoni (OAB/DF 2534-E); Marcus Caldeira (OAB/DF 13418); Murilo Fracari Roberto (OAB/DF 4267-E); Oscar L. de Moraes (OAB/DF 4.300); Ottomar Zilles (OAB/DF 14717); Paulo Baeta Neves (OAB/DF 0600); Rannery Lincoln Gonçalves (OAB/DF 2905-E); Renato Lôbo Guimarães (OAB/DF 14517); René Guilherme da Silva Medrado (OAB/PR 154648); Rodrigo de Magalhães Carneiro de Oliveira (OAB/PR 87817); Sérgio Pinheiro Marçal (OAB/PR 91370); Terence Zveiter (OAB/DF 11717); e Ubiratan Mattos (OAB/PR 50468)

## **9. Acórdão:**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação originada em expediente encaminhado a este Tribunal pelo Chefe de Gabinete da Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça (Ofício nº 1768/99/SDE/GAB, de 14/04/1999), acompanhado de cópia integral do Procedimento nº 08012.008024/98-49, instaurado contra as empresas Microsoft Informática Ltda. e TBA Informática Ltda. para apuração de possíveis infrações à Lei nº 8.884/94.

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, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 237, c/c o art. 235, ambos do RI/TCU;

9.2. determinar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que, no uso de sua competência, adote as providências necessárias à orientação dos órgãos e entidades da Administração Pública federal no seguinte sentido:

9.2.1. quanto à **contratação de serviços técnicos de informática** (assistência técnica, treinamento e certificação, suporte técnico e consultoria) para o ambiente Microsoft:

9.2.1.1. deve obrigatoriamente ser precedida de licitação, ante a comprovada viabilidade de competição nessa área, e as licitações devem ser distintas das utilizadas para a aquisição das licenças de software, conforme a jurisprudência deste Tribunal consubstanciada nas Decisões 186/99 e 811/02, todas do Plenário;

9.2.1.2 os serviços de treinamento e certificação, suporte técnico e consultoria devem ser especificados, licitados e contratados separadamente dos demais serviços técnicos, utilizando-se o parcelamento ou a adjudicação por itens como forma de obtenção do melhor preço entre os licitantes, conforme prevê a Decisão 811/02 do Plenário;

9.2.1.3 os requisitos de qualificação técnica para contratação desses serviços devem necessariamente ser distintos para cada espécie de serviço a ser contratado e diferenciados daqueles utilizados para a contratação de licenças de software, vez que estes últimos são, em regra, mais simples;

9.2.2. quanto à **contratação de licenças de uso de software** Microsoft:

9.2.2.1. deve obrigatoriamente ser precedida de licitação, ante a comprovada viabilidade de competição entre as diversas empresas credenciadas pela Microsoft para vender os seus produtos nas diversas modalidades de comercialização existentes (**Select, Government Subscription, Open e Full Package**);

9.2.2.2. é irregular a licitação ou o contrato para aquisição de licenças em que o objeto não esteja precisamente definido, nos termos dos arts. 7º, § 4º, 8º, 14 e 55, I, da Lei nº 8.666/93;

9.2.2.3. a licitação deve ser precedida de minucioso planejamento, realizado em harmonia com o planejamento estratégico da instituição e com o seu plano diretor de informática, em que fique precisamente definido, dentro dos limites exigidos na Lei nº 8.666/93, os produtos a serem adquiridos, sua quantidade e o prazo para entrega das parcelas, se houver entrega parcelada;

9.2.2.4. o resultado do planejamento mencionado no item anterior deve ser incorporado a projeto básico, nos termos do art. 6º, IX, e 7º da Lei nº 8.666/93, que deverá integrar o edital de licitação e o contrato;

9.2.2.5. os aludidos planejamento e projeto básico deverão, sempre que possível, contemplar um período de três anos, de maneira que a licitação possa ser atendida por todas as modalidades de comercialização oferecidas pela Microsoft (**Select, Government Subscription, Open e Full Package**) e, portanto, possam dela participar todos revendedores credenciados da Microsoft, se assim o quiserem, ampliando-se ao máximo a competitividade do certame;

9.2.2.6. na hipótese de o planejamento e o projeto básico indicarem a necessidade de atualização das licenças durante a vigência do contrato, tal necessidade deve ser circunstanciadamente justificada, uma vez que ela, além de onerar a contratação, restringe a competitividade do certame;

9.2.3. a indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, I, da Lei 8.666/93, desde que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração;

9.2.4. não obstante a indicação de marca, desde que circunstanciadamente motivada, possa ser aceita em observância ao princípio da padronização, este como aquela não devem ser obstáculo aos estudos e à efetiva implantação e utilização de software livre no âmbito da Administração Pública Federal, vez que essa alternativa, como já suscitado, poderá trazer vantagens significativas em termos de economia de recursos, segurança e flexibilidade;

9.2.5. ressalvados os contratos em andamento, os quais devem ser apreciados com base nos entendimentos vigentes neste Tribunal à época de sua contratação, os entendimentos ora firmados devem ser observados na licitação e contratação de licenças de software e de serviços técnicos de informática, em geral;

9.2.6. orientar os órgãos e entidades da Administração Pública Federal no sentido de não prorrogar os contratos de licenças de software e de serviços técnicos de informática em andamento, que tenham sido celebrados em desacordo com o presente entendimento do Tribunal, providenciando a realização de novas licitações nos moldes ora preconizados;

9.3. desamparar dos presentes autos os TC 004.779/1998-3, restituindo-o ao relator *a quo*, para prosseguimento do feito.

9.4. referendar o desamparamento do TC 005.574/1999-4, a fim de que seu objeto seja contemplado no âmbito das auditorias determinadas na Decisão nº 1.214/2002-Plenário, determinando especial atenção à avaliação da regularidade dos preços praticados no âmbito dos contratos corporativos de informática celebrados pela Administração;

9.5. desentranhar dos presentes autos a cópia do processo administrativo nº 0812.001182/98-31 (vols. 10 a 18), da Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, para que seja constituído novo processo de Representação, no qual devem ser apurados os fatos relatados;

9.6. solicitar ao Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, da Casa Civil da Presidência da República, que dê conhecimento a este Tribunal dos resultados dos estudos realizados no âmbito da sua Câmara Técnica de Implementação de Software Livre, assim que estiverem concluídos;

9.7. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e Proposta de Decisão que o fundamentam:

9.7.1. à Presidência do Senado Federal e da Câmara dos Deputados;

9.7.2. à Casa Civil da Presidência da República;

9.7.3. ao Instituto Nacional de Tecnologia da Informação e à Câmara Técnica de Implementação de Software Livre;

9.7.4. ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

9.7.5. à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do MPO;

9.7.6. à Microsoft Informática Ltda.;

9.7.7. à TBA Informática Ltda.;

9.7.8. à IOS Informática Organização e Sistemas Ltda.;

9.7.9. à Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade;

9.7.10. à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, da Câmara dos Deputados;

9.7.11. à Subcomissão Especial de Contratos Corporativos de Aquisição de Bens e Serviços pelo Poder Público na Área de Informática;

9.7.12. aos dirigentes dos órgãos de controle interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União;

9.7.13. aos Procuradores da República Vinícius Fernando Alves Fermino e Andréa Lyrio de Souza Mayer Soares, da Procuradoria da República do Distrito Federal, e ao Coordenador da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria-Geral da República.

9.8. juntar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e Proposta de Decisão que o fundamentam, ao TC 005.574/1999-4;

9.9. arquivar os presentes autos.

## **10. Ata nº 39/2003 - Plenário**

11. Data da Sessão: 8/10/2003 - Ordinária

12. Especificação do **quorum**:

12.1. Ministros presentes: Valmir Campelo (Presidente), Humberto Guimarães Souto, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira (Revisor), Ubiratan Aguiar, Benjamin Zymler e os Ministros-Substitutos Lincoln Magalhães da Rocha e Augusto Sherman Cavalcanti (Relator).

12.2. Auditor presente: Marcos Bemquerer Costa.

VALMIR CAMPELO

Presidente

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI

Ministro-Relator

Fui presente:

LUCAS ROCHA FURTADO  
Procurador-Geral