



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0064465-62.2014.4.01.0000/DF (d)
Processo Orig.: 0071336-93.2014.4.01.3400

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União contra decisão em que o juízo a quo, em sede de ação cautelar, determinou fosse suspensa a sessão pública do Pregão 35/2014 – MPOG até ulterior determinação do próprio juízo ou até que a Administração Pública licitante fizesse a adequação dos itens ali combatidos.

Em suas razões, sustenta a agravante que não houve ilegalidade no procedimento licitatório, pois que o benchmark adotado como índice de mensuração de desempenho dos computadores a serem selecionados mediante o referido pregão para registro de preços é condizente com o objeto da contratação, qual seja, computadores para uso em escritório. Ademais, alega ainda a ausência de restrição indevida à concorrência e a não violação à Portaria Interministerial nº 141/2014, razão pela qual pugna a) pela declaração de nulidade da decisão agravada, b) pela cassação da liminar concedida pelo juízo a quo e c) pela concessão de efeito suspensivo ao presente recurso para que seja retomado o referido pregão.

Em contraminuta, a agravada requer a manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

As questões colocadas diante desta Turma dizem respeito, tão somente a a) a (in)existência de violação da Portaria Interministerial nº 141/2014 (não contestado em contraminuta, mas analisado por ser matéria que deve o magistrado analisar ex officio), b) a (in)adequação do benchmark PC Mark 8 Work v. 2.0 ACCELERATED, e c) a (não) violação do art. 3º, § 1º, I da Lei nº 8.666/93.

A agravada alega, em contraminuta, que i) o benchmark é inadequado porque ele prioriza em sua avaliação mais a capacidade de processamento gráfico do que a aptidão do computador para a operação de aplicativos de escritório, e ii) a adoção do referido benchmark impõe uma restrição ilegal à concorrência pois beneficia indevidamente a concorrente AMD.

As demais alegações – dentre elas as relativas à mudança do benchmark pelo MPOG –, neste sentido, não são incidentais em relação ao mérito do agravo. Os fatos de a) a agravada não ter participado da audiência pública, b) de a agravada não ter anuído com a escolha do benchmark, c) ter impugnado administrativamente o edital no tocante aos itens que previam a adoção do PC Mark 8 Work v. 2.0 ACCELERATED como índice para aferição de desempenho dos computadores e d) ter recebido uma resposta precária da Administração licitante, afirmando simplesmente que a agravada

fls.1/8



AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0064465-62.2014.4.01.0000/DF (d)
Processo Orig.: 0071336-93.2014.4.01.3400

acatara o benchmark escolhido, não permitem afirmar, de per si, que o referido software tem sua análise dirigida com mais ênfase para o processamento gráfico dos computadores, ou que, conseqüentemente, sua escolha acarreta uma restrição indevida à concorrência.

Desses fatos, não é possível extrair, logicamente, qualquer resposta para as perguntas “o PC Mark 8 Work v. 2.0 ACCELERATED confere maior ênfase ao desempenho do processador na operação de gráficos do que na execução de aplicativos de escritório (e por isso a sua escolha não é uma decisão adequada da Administração)?” e “o referido benchmark, em sendo escolhido para aferir o desempenho dos processadores dos computadores a serem listados pela Administração, acarreta, neste certame, uma restrição indevida à concorrência, violando o art. 3º, § 1º, I da Lei nº 8.666/93?”.

Para solucionarmos tais questões incidentais, haveremos de analisar outra ordem de argumentos, em que não estão contidos os supramencionados. Tais argumentos serão apreciados nos tópicos seguintes.

DA (IN)EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 141/2014.

O art. 13º da referida Portaria assim dispõe:

Art. 13. Os programas e equipamentos destinados às atividades de que trata o art. 1º deverão ter características que permitam auditoria, pelo órgão ou entidade contratante ou por instituição credenciada pelo Governo Federal, para fins de garantia da disponibilidade, integridade, confidencialidade e autenticidade das informações.

O art. 1º fala em “redes de telecomunicações e serviços de tecnologia da informação”. Vejamos o que o art. 11 do mesmo diploma diz a respeito:

Art. 11. Para fins desta Portaria, serviços de tecnologia da informação abrangem os serviços de:

I - correio eletrônico;

II - compartilhamento e sincronização de arquivos;

III - mensageria instantânea;

IV - conferência (teleconferência, telepresença e webconferência);

e

V - comunicação de voz sobre protocolo de internet (VoIP).

Ora, o próprio texto normativo dispõe, *numerus clausus*, quais são os serviços que devem ser considerados como de tecnologia de informação. Portanto, ainda que não fossem auditáveis, os benchmarks não o precisariam ser para que estivessem conformes à Portaria Interministerial nº 141/2014, pois não estão incluídos no rol taxativo do art. 11.

Não há que se falar, portanto, em violação à Portaria Interministerial nº 141/2014.



AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0064465-62.2014.4.01.0000/DF (d)
Processo Orig.: 0071336-93.2014.4.01.3400

DA (IN)ADEQUAÇÃO DO BENCHMARK PC MARK WORK V. 2.0 ACCELERATED.

A agravante sustenta que o índice adotado é adequado, pois dentre as versões disponíveis (PC Mark Home, PC Mark Creative e PC Mark Work), esta é a versão que se destina à aferição de desempenho de processadores voltados para a execução e operação de aplicativos de escritório. A versão cujo escopo consiste na verificação da capacidade de processamento gráfico do computador, segundo a agravante, é a Creative, e não a Work, tendo sido esta a selecionada para ser o índice de aferição de desempenho no Pregão 35/2014 – MPOG.

Em Nota Técnica expedida pelo próprio MPOG, encontra-se a descrição da Versão Creative disponível no próprio site da Futuremark (empresa desenvolvedora do benchmark) traduzida para o português:

(O benchmark PCMark 8 Creative inclui cargas de trabalho típicas para entusiastas e profissionais que trabalham com conteúdo de mídia e entretenimento. Com requisitos mais exigentes que o benchmark Home, esse benchmark é recomendado para sistemas computacionais de médio porte. O PCMark 8 Creative inclui navegação na rede, edição de foto, edição de vídeo, conversas em grupo via vídeo, conversão de vídeos e cargas de jogos.)

No mesmo documento, o MPOG ressalta:

27. É interessante apontar que, no documento encaminhado ao GT para sugestões de benchmarks a serem avaliados, a Intel descreve que o índice Work do PCMark 8 "é desenvolvido especificamente para o ambiente de trabalho" (conforme anexo IV), o que desconstrói a tese de que o benchmark escolhido é descabido para aplicações de escritório para o exercício de funções administrativas de um órgão do governo. (fls. 477)

A agravada, no entanto, assevera que o benchmark selecionado não é adequado para a aferição de desempenho dos computadores a serem selecionados no pregão para registro de preços. Isso porque, afirma, o índice faz uso do recurso OpenCL, que seria um mecanismo que privilegia a GPU (Graphic Processing Unit) – Unidade de Processamento Gráfico, o que, em outras palavras, significa a suposta existência de uma maior ênfase na capacidade de processamento gráfico do processador – o que seria relevante para a aferição do desempenho de computadores destinados à edição e gerenciamento de arquivos de vídeo, imagem, jogos etc. – em detrimento da capacidade de processamento e operação de aplicativos de escritório, tais como o Word e Excel – o que seria o uso adequado dos computadores destinados à aquisição por órgãos da Administração Pública, como o Ministério do Planejamento.

Em Análise Técnica elaborada pela própria agravada, dispõe-se o seguinte a respeito da adequação do referido benchmark:

3. O módulo acelerado, segundo o indicado pela Futuremark [...] 'antecipa o modo como os softwares irão trabalhar no futuro', e o faz fazendo grande uso do recurso OpenCL, que é um modelo de programação que beneficia diretamente a experiência gráfica, dando relevância maior à GPU ("graphic processing unit"), que diz respeito a



AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0064465-62.2014.4.01.0000/DF (d)
Processo Orig.: 0071336-93.2014.4.01.3400

aplicações que usam pesadamente gráficos, como jogos, vídeos e edição de imagens. (fls. 319)

Em contraminuta, sobre o fato de o benchmark antecipar o modo como os softwares irão trabalhar no futuro, a agravada assevera o seguinte:

7. Como os equipamentos serão utilizados na rotina operacional do órgão licitante, a mensuração de desempenho deve ser feita com base em aplicativos convencionais de ambiente profissional. Tal diretriz não é observada no edital. (fls. 743) [...]

15. O PC Mark versão 2.0 ACCELERATED foca o processamento da interface gráfica, circunstância essa que é impertinente “para o específico objeto do contrato” (art. 3º, Inciso I da Lei nº 8.666/93)

16. Portanto, a fixação do referido índice é inconsistente, pois não considera “a rotina dos órgãos que serão abastecidos por meio de licitações”. (fls. 745). [...]

64. [...] a versão ACCELERATED não reflete “o modelo de uso convencional em um ambiente de escritórios”. (fls. 754) [...]

66. O Ministério do Planejamento aponta, ainda, que haveria três testes para o índice PCMARK VERSÃO 2.0 ACCELERATED: (i) HOME, para usuários domésticos; (ii) CREATIVE, para criação de mídia e entretenimento; e (iii) WORK, para uso corporativo em escritórios.

67. É verídica a informação de que o Edital adotou o teste WORK. Por outro lado, isso não resolve a incongruência apontada pela Intel: a utilização da versão ACCELERATED do mesmo índice, baseada em capacidade de processamento gráfico. [...]

69. Em suas razões recursais, a União admite tal incongruência, ao afirmar que a versão ACCELERATED “antecipa o modo como os softwares irão trabalhar no futuro” [...].

70. Ao dar peso ao recurso de OpenCL, como explicado adiante, a versão ACCELERATED do PC Mark 8 v. 2.0 considera que aplicações atuais de escritórios, como gerenciadores de planilhas, Word, gerenciadores de emails, etc., farão algum uso deste recurso, o que não corresponde à realidade da configuração das máquinas atualmente disponíveis no mercado. (fls. 755) [...]

E, por fim, conclui:

72. Em outras palavras, o Ministério está imaginando que editores de texto e gerenciadores de e-mail terão compatibilidade com OPENCL e poderão rodar na interface gráfica, o que não corresponde à realidade do mercado. Não há indicação de que o referido recurso será explorado no uso corriqueiro de aplicativos de escritório.

73. A União deve considerar o uso preponderante de máquinas de escritório no horizonte da aquisição. Não há como abandonar as circunstâncias concretas que deveriam ter guiado a contratação com base em exercício de futurologia. [...] (destaquei)

76. É um erro de planejamento supor uma utilização ‘futurista’ dos computadores, em detrimento dos programas rodados

fls.4/8



AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0064465-62.2014.4.01.0000/DF (d)
Processo Orig.: 0071336-93.2014.4.01.3400

tradicionalmente em ambiente profissional. A desenvolvedora Futuremark afirma que o índice foi desenvolvido para o futuro ambiente de trabalho. Só que tal ambiente não existe ainda, sendo baseado em mera especulação. (fls. 756) (destaquei)

A agravada, portanto, entende, em suma, que a adoção do benchmark se mostra inadequada porque o recurso OpenCL, de que ele faz uso, consiste em mecanismo que verifica qual será o padrão de funcionamento da geração de computadores do futuro, isto é, que a ferramenta, com base em projeções, submete os computadores a avaliação segundo critério que leva em conta o padrão de desempenho que, presumidamente, os computadores de gerações futuras terão.

A linha de raciocínio do MPOG, no entender da agravada, parece ter sido a seguinte: pressupondo que, no futuro, os computadores farão um uso muito mais acentuado de recursos gráficos em seus aplicativos, é de bom alvitre que, desde agora, busquemos avaliar as propostas segundo índices de aferição de desempenho que já se mostrem consentâneo com essa mesma projeção “futurística”, o que nos levará a adquirir computadores que, desde já, serão máquinas sofisticadas e que, no futuro, continuarão o sendo.

Não é este, no entanto, o sentido da expressão “antecipa[r] o modo como os softwares irão trabalhar no futuro”.

Tal expressão significa que o benchmark é capaz de verificar como os softwares do computador submetido ao teste estarão trabalhando dentro de certo lapso temporal específico, isto é, se o computador manterá ou verá reduzido em algum grau o desempenho de seu processador, sua “capacidade de trabalho”, considerada levando em conta os parâmetros de funcionamento presentes, “de hoje”, e não se ele será capaz de funcionar como os computadores “do futuro” presumidamente o farão.

Trazendo a expressão de volta para o contexto de que foi retirada, trago trecho da Nota Técnica emitida pela SLTI-MPGO sobre o PC Mark 8 Work V. 2.0 ACCELERATED, que esclarece o que por ora afirmo:

30. Segundo a documentação da Futuremark, a opção Accelerated "antecipa o modo como os softwares irão trabalhar no futuro", permitindo ao usuário a comparação entre sistemas que visam um uso prolongado.

31. A empresa recomendada pelos fabricantes de processadores - Futuremark - aponta para essa direção como sendo a opção a ser adotada para análise de equipamentos que serão utilizados nos próximos anos e, conforme feito e demonstrado no Planejamento da

Contratação, o uso dos equipamentos a serem comprados será de, no mínimo, três a quatro anos. Em atenção aos princípios da supremacia do interesse público e da razoabilidade, a adoção do PC Mark 8, versão 2.0, versão Accelerated, mostra-se a mais fidedigna aos fins a que se destinam os equipamentos licitados, qual seja primordialmente aplicações de escritório de uso rotineiro nos órgãos partícipes do processo licitatório. Assim, não procede a alegação da requerente quanto ao uso de benchmark descabido, que fundamentou a alegação de fumus boni juris da requerente. (fls. 478 – destaquei)



AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0064465-62.2014.4.01.0000/DF (d)
Processo Orig.: 0071336-93.2014.4.01.3400

Dessa forma, não há que se falar em inadequação do benchmark adotado pela Administração como índice de aferição de desempenho por ser ele voltado para a avaliação de desempenho gráfico, pois tal afirmativa dependia, em última análise, da demonstração de que era o recurso OpenCL o responsável por esse favorecimento, argumento este que já não mais se mostra procedente.

3. DA (NÃO) VIOLAÇÃO AO ART. 3º, § 1º, I DA LEI Nº 8.666/93

Assim dispõe o art. 3º, §1º, I da Lei nº 8.666/93:

Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1o É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo [...]. (destaquei)

Em nota técnica, a agravada sustenta que

[...] a própria AMD tem uma otimização para GPU no Libreoffice com OpenCL habilitado, que beneficia diretamente os processadores fabricados por ela nos testes do referido benchmark.

10. Essa otimização é favorecida pela arquitetura HSA – Heterogeneous System Architecture que faz parte somente das GPUs dos processadores AMD. [...]

11. Em função dos erros de execução indicados no item 2, a única forma de permitir o teste de processadores Intel no Benchmark é realizando uma customização do mesmo. Isto se dá pelo fato de que, em sua versão original, o Benchmark simplesmente não roda com tais processadores, pois não reconhece os devices de OpenCL corretamente na plataforma Intel. Este fato, por si só, deveria inviabilizar a escolha do benchmark para compras de governo, sobretudo porque o mesmo não ocorre quando os testes são rodados em plataforma AMD, o que gera uma situação de claro favorecimento a um único fabricante. (fls. 322)

Em comparação de desempenho realizada pela agravada entre os seus processadores e os da empresa AMD após execução do PC Mark 8 Work v. 2.0 ACCELERATED, concluiu a agravada que

fica, portanto, evidenciado que, quando utilizado o benchmark, a pontuação dos processadores da concorrente é inflacionada artificialmente, justamente em função do peso que o referido benchmark dá à GPU. (fls. 325)



AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0064465-62.2014.4.01.0000/DF (d)
Processo Orig.: 0071336-93.2014.4.01.3400

Tais fatos, por si sós, reportam situação de clara violação da concorrência, o que de fato violaria art. 3º, §1º, I da Lei nº 8.666/93. Considerada isoladamente, e presumindo-se sua veracidade, situação tal configura hipótese de restrição indevida, que, de fato, frustra o caráter competitivo do certame, por privilegiar indevidamente um único concorrente.

No entanto, não é possível afirmar a veracidade da narrativa da agravada tendo em vista o ocorrido no Pregão 4/2014 da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). No referido certame, a empresa vencedora (fls. 717-20), utilizara dois processadores diversos, ambos fabricados pela agravada (fls 722-3).

Tal ordem de fatores, é verdade, não nos leva a concluir que o *benchmark* selecionado não cria restrição indevida à concorrência. Isto é, do fato de que um computador equipado com processador *Intel* ter vencido uma licitação, decorre logicamente que sua escolha não privilegia a empresa AMD em detrimento da agravada, e que os processadores fabricados por esta são capazes de obter uma pontuação satisfatória na execução do PC Mark 8 Work v. 2.0 ACCELERATED¹, mas não que o índice não cria restrição em relação a outros concorrentes, gerando, assim, um tolhimento ao caráter competitivo da licitação.

No entanto, também não é possível afirmar o oposto, qual seja, que a escolha do mencionado critério de aferição de desempenho ocasiona frustração do caráter competitivo do pregão. As alegações supra mencionadas da agravada restam esvaziadas pelo ocorrido no Pregão 4/2014 da SDH/PR, em que computadores equipados com processadores da agravada venceram pregão para registro de preços, em que o índice para aferição de desempenho dos computadores adotado era o mesmo *benchmark* ora questionado em sua legalidade.

Diferentemente dos documentos que dizem respeito a pregão realizado pelo INSS, em que, segundo a agravada, a autarquia optou por outro *benchmark* por entender que “os computadores não se destinariam à ‘execução de jogos’, mas sim à ‘realização das atividades mais relevantes à autarquia’” (fls. 65), a Ata de realização do Pregão Eletrônico 4/2014 da SDH/PR (fls. 707 e ss.), junto às especificações técnicas dos computadores que foram objeto das propostas vencedoras naquele certame (fls. 722-3), infirmam a alegação da agravada de que o referido *benchmark* frustra a concorrência e beneficia indevidamente a empresa AMD, visto que demonstra a aptidão dos processadores fabricados pela agravada em alcançar uma pontuação satisfatória na avaliação operada pelo PC Mark 8 Work v. 2.0 ACCELERATED.

Dessa maneira, apesar de a agravante não ter logrado êxito em se desincumbir do ônus de constituir prova em favor do direito por ela alegado, uma vez não tendo sido demonstrada a patente ilegalidade da cláusula editalícia ora impugnada, atesto que prevalece o princípio da presunção de legalidade do ato administrativo, razão por que declaro não ter havido violação ao art. 3º, § 1º, I da Lei nº 8.666/93.

CONCLUSÃO

¹ Como também o atesta o Relatório de resultados de teste referido *benchmark* – fls. 702.




PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0064465-62.2014.4.01.0000/DF (d)
Processo Orig.: 0071336-93.2014.4.01.3400

Isto posto, dou provimento ao agravo de instrumento para cassar a liminar concedida pelo juízo *a quo* e declarar autorizado o prosseguimento da Sessão Pública do Pregão 35/2014 – MPOG.

É como voto.



DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES
Relator



Documento contendo 8 páginas assinado digitalmente pelo(a) DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, conforme MP nº 2.200-2, de 24/08/2001, que instituiu a infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileiras - ICP-Brasil e Res. nº 397, de 18/10/2004, do Conselho da Justiça Federal. A autenticidade do documento pode ser verificada no site www.trf1.jus.br/autenticidade, informando o código verificador 15.710.995.0100.2-55.

