



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

JOÃO LUIZ FRANCALACCI ROCHA

**A CONTROVÉRSIA DA DEFINIÇÃO DE BEM E SERVIÇO COMUM
NA CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA
PELA LEI 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002, LEI DO PREGÃO**

Florianópolis

2010

JOÃO LUIZ FRANCALACCI ROCHA

**A CONTROVÉRSIA DA DEFINIÇÃO DE BEM E SERVIÇO COMUM
NA CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA
PELA LEI 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002, LEI DO PREGÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Alexandre Evangelista Neto.

Florianópolis

2010

JOÃO LUIZ FRANCALACCI ROCHA

**A CONTROVÉRSIA DA DEFINIÇÃO DE BEM E SERVIÇO COMUM
NA CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA
PELA LEI 10.520 DE 17 DE JULHO DE 2002, LEI DO PREGÃO**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 28 de junho de 2010.

Professor e orientador Alexandre Evangelista Neto, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.^a Diane Dal Mago, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Rodrigo Nunes Lunardelli, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

OS MEIOS PARA A EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Declaro, para todos os fins de direitos e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 14 de junho de 2010.

JOÃO LUIZ FRANCALACCI ROCHA

para a minha princesa, que está por chegar e,
antes mesmo de nascer, já possui título de
nobreza no meu coração.

AGRADECIMENTOS

A biblioteca Nereu Ramos do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina teve um papel fundamental na minha formação em Direito. Durante os longos cinco anos e meio exigidos para esse curso, sempre que os conflitos e dúvidas vinham à minha mente, a biblioteca Nereu Ramos me proporcionou a leitura e o espaço para meditação.

Dona de um acervo rico e atual, com 13 mil obras, a biblioteca Nereu Ramos é, sem dúvida, uma das bibliotecas mais importantes do estado de Santa Catarina.

Meu agradecimento especial às servidoras Valéria e Rozires e ao terceirizado Everton pela atenção, atendimento e paciência que tiveram comigo ao longo de todo o meu curso de Direito.

“Os ambiciosos não sabem abdicar a nenhuma de suas pretensões, nem se deixam conter pela autoridade pública e legítima.” (Marco Túlio Cícero, filósofo, 63 a.C.).

RESUMO

A presente monografia é requisito para obtenção do título de bacharel em direito pela UNISUL. Pretende-se, em um estudo não aprofundado e de forma exploratória, realizar pesquisa sobre Direito Administrativo e os princípios que regem a contratação com o Poder Público, na bem sucedida modalidade pregão. A linha de pesquisa terá como base a lei, doutrina e jurisprudência para estudo das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002, respectivamente, lei de licitações e lei que instituiu o pregão, no que se refere à definição de bem e serviço comum para aquisição de bens e serviços de informática.

Palavras-chave: Licitação. Pregão. Informática.

ABSTRACT

This monograph is presented to obtain a bachelor's degree in law at UNISUL university. It is intended to conduct an exploratory research on Brazilian administrative law and principles to find out the procedures for the competitive bidding that Public bodies adopt when practicing the successful bid - named as "pregão". The line to this research will be based on Brazilian law, doctrine and jurisprudence to study laws such as 8666/1993 and 10520/2002 to perceive the definition of common goods and services in IT field.

Keywords: Bid. Pregao. Tecnology.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 LICITAÇÃO.....	13
2.1 CONCEITO.....	13
2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LICITAÇÃO.....	17
2.2.1 Princípio da Legalidade.....	17
2.2.2 Princípio da Isonomia.....	19
2.2.3 Princípio da Impessoalidade.....	21
2.2.4 Princípio da Preferencialidade.....	23
2.2.5 Princípios da Moralidade e Probidade Administrativa.....	24
2.2.6 Princípio da Publicidade.....	26
2.2.7 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.....	29
2.2.8 Princípio do Julgamento Objetivo.....	31
3 MODALIDADES DE LICITAÇÃO.....	34
3.1.1 Concorrência.....	35
3.1.2 Tomada de Preços.....	37
3.1.3 Convite.....	40
3.1.4 Concurso.....	42
3.1.5 Leilão.....	44
3.1.6 Pregão.....	47
4 PREGÃO PARA CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS DE TI.....	53
4.1.1 Bens e Serviços Comuns.....	53
4.1.2 Contratação de bens e serviços de TI por pregão: faculdade ou imposição?.....	59
4.1.3 Processo Produtivo Básico.....	65
5 CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

Vive-se uma crise política séria atualmente. A perda de credibilidade de algumas instituições tradicionais do país, como o Congresso Nacional, revelou ao povo brasileiro e ao resto do mundo o envolvimento em escândalos de toda sorte. A cada novo mecanismo que se cria para tentar frear as ações criminosas e inescrupulosas de agentes políticos, públicos e privados, novas técnicas de corrupção surgem para burlar esses mecanismos. O panorama exposto se repete nas unidades federativas.

O efeito dessa corrupção endêmica, que já se tornou tão comum para o brasileiro, reflete-se no orçamento público e, conseqüentemente, no bolso do contribuinte. Quando o dinheiro público é desviado para atender interesses alheios e espúrios, toda a sociedade perde. No ensinamento do ilustre Salomão Ribas Jr., a Lei de Licitações nasceu para cumprir uma importante função no cenário nacional. Segundo o conselheiro do TCE/SC, a descoberta por parte do grande público dos sérios problemas de corrupção no financiamento de campanhas eleitorais e na contratação de obras públicas fez nascer uma lei nacional para os contratos com a administração pública, em todos os seus setores, cujas regras se aplicam à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (RIBAS JR, 2000, p.38).

A Lei de Licitações surgiu para colocar regras quanto às contratações com o poder público e, por consequência, regular como o dinheiro do contribuinte será gasto. A Lei 10.520 de 17 de julho de 2002 criou mais uma modalidade para o poder público contratar, de forma mais flexível e rápida, por intermédio do Pregão. Porém, essa flexibilidade proporciona aos interessados de má fé, a criação de novas formas de burlar as regras impostas pela Lei. Uma das fragilidades da Lei do Pregão é justamente a controvérsia do que seria bem e serviço comum para a área de informática. Essa indefinição é uma oportunidade para os corruptos produzirem maneiras de fraudar as licitações.

A Lei 10.520 de 17 de julho de 2002 acrescentou mais uma modalidade de licitação entre as já existentes na Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Antes do advento da Lei do Pregão, a Lei de Licitações previa, em seu artigo 22, as seguintes modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Todas essas modalidades possuem, cada qual, regras bem rígidas e específicas, ditadas pela Lei 8.666/1993, o que, por suas características, acabam por criar procedimentos burocráticos e demorados.

O pregão indica haver oportunizado aos agentes públicos a aquisição de bens por procedimento menos complicado e de forma mais ágil. Porém, com o surgimento dessa nova modalidade de licitação, resta uma polêmica: **qual a correta definição de bens e serviços comuns na modalidade pregão para aquisição ou contratação de bens e serviços da área de informática?**

Dessa forma, pretende-se, em um estudo não aprofundado e de forma exploratória, realizar pesquisa sobre Direito Administrativo e os princípios que regem a contratação com o Poder Público, na modalidade pregão com especial interesse pela aplicação na área de informática. Em síntese, no capítulo 2, conceitua-se licitação pública e os seus principais princípios norteadores. No capítulo 3, discorre-se sobre as modalidades da licitação pública. No capítulo 4, detalha-se a modalidade pregão, com ênfase para a definição de bem e serviço comum e questões que envolvem a contratação, por pregão, de bens e serviços de informática.

2 LICITAÇÃO

A Licitação comporta vários significados que pode sugerir a ideia de oferecer preço sobre a coisa, de concorrência, arrematar. No contexto da Administração Pública, a ideia é de um procedimento legal que, sob o ponto de vista legiferante, visa à contratação da proposta mais vantajosa para a Administração.

2.1 CONCEITO

A Licitação é o procedimento administrativo imposto por lei, Lei 8.666 de 21 de junho de 1993 (LNL), no qual a Administração Pública convoca empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços. Essa convocação se dá mediante condições estabelecidas em edital ou convite, que devem, em tese, garantir as melhores condições para a Administração, mediante a seleção da proposta mais vantajosa, com observância do princípio constitucional da isonomia, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes. A respeito do conceito de licitação e das obrigações do Administrador em realizar o procedimento licitatório, Carlos Pinto Coelho Motta pondera:

A licitação constitui, portanto, o instrumento de que dispõe o Poder Público para coligir, analisar e avaliar comparativamente as ofertas, com finalidade de julgá-las e decidir qual será a mais favorável. Esse instrumento é obrigatório, como mencionado em diversos dispositivos da Carta Magna (art. 22, XXVII, com redação dada pela Emenda Constitucional 19/98; art. 37, XXI; art. 175). (MOTTA, 2008, p. 2).

A Lei de Licitações, ao regulamentar o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal da República Brasileira de 1988 – CRFB, estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, serviços de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. De acordo com Maria Odete Medauar:

Licitação, no ordenamento brasileiro, é processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado. (MEDAUAR, 2007, p. 205).

Ressalta-se que a disposição do inciso XXI do art. 37 da CFRB/1988 encontra-se inserida no Capítulo VII do Título III. Justamente nesse capítulo é que se encontra a definição da organização do Estado e os princípios norteadores de que a Constituição impõe para toda e qualquer atividade da Administração Pública. Consequentemente, o raciocínio lógico induz a concluir que a licitação e as contratações com o Poder Público decorrem da observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, eficiência e outros. Por essa razão, o certame licitatório é regra e condição indispensável para que a Administração possa contratar. Esse processo seletivo deve garantir a igualdade de condições a todos os interessados e como resultado deve assegurar a proposta mais vantajosa ao interesse público. José Calasans Júnior traz em sua doutrina esse exato pensamento:

A licitação constitui, portanto, exigência inafastável para a escolha daqueles que o Estado deseja contratar para realizar os objetivos da ação administrativa. Trata-se de procedimento característico dos sistemas democráticos de governo, que não admitem o arbítrio ou a decisão unipessoal dos governantes. Baseado no princípio da isonomia, objetiva, fundamentalmente, obter a condição mais vantajosa para os negócios da Administração Pública. (CALASANS JUNIOR, 2009, p.5).

Além da fundamentação legal há também fundamentos econômicos e financeiros da licitação. Está o Administrador Público vinculado à busca das melhores condições, em regra, de menor preço. Essa é, aliás, a motivação maior de um procedimento licitatório. Desse modo, assegura-se a aquisição de produtos e serviços na forma mais vantajosa para a sociedade. Continua o referido autor, em mais um pensamento de grande sabedoria:

Portanto, licitar significa buscar a condição mais interessante, sob os aspectos econômico e financeiro, para realizar a obra, o serviço ou a aquisição pretendida. Nem poderia ser diferente, porque se o resultado de uma licitação implica maior custo para a Administração, o procedimento perde sentido. Esse aspecto assume particular relevo para a adequada compreensão, por exemplo, do conceito de menor preço, como fator básico de avaliação das propostas. (CALASANS JUNIOR, 2009, p.6).

Há situações, previstas em lei, para que a Administração dispense a exigência de licitação ou, conforme o caso, a declare inexigível. A regra, porém, exige que a celebração de contratos com a Administração Pública deva ser necessariamente precedida de licitação. O

agente público deve sempre observar os princípios básicos que norteiam os procedimentos licitatórios. Considera-se que a regra é licitar, porém, a Administração pode contratar diretamente, desde que preenchidos alguns requisitos essenciais. Nessas hipóteses, a Administração pode dispensar ou, até mesmo, considerar inexigível a licitação. A LNL prevê, expressamente, as exceções nos seus artigos 24 e 25 (com base nas instruções do art. 26). Esses artigos identificam os casos possíveis de licitação dispensável ou inexigível. Conforme exposto, a regra geral é que haja o procedimento licitatório para contratações do Poder Público, em obediência aos princípios norteadores da Administração Pública e o respeito à supremacia do interesse público.

Como há exceção para todas as regras, o caráter principiológico da licitação não possui um valor absoluto. Quis o legislador pátrio amparar os casos em que a licitação, sempre revestida de formalismos, traria despesas excessivas ou mesmo prejuízos ao Poder Público. As causas que podem dar ensejo a uma contratação direta podem decorrer em função do valor, situação de emergência, calamidade pública, inviabilidade de competição, e demais hipóteses enumeradas, conforme dito, nos arts. 24 e 25. A dispensa está prevista no art. 24 da Lei nº 8.666/93 e seus incisos, casos que tratam de compra de produtos exclusivos, contratação de profissionais consagrados, de serviços técnicos de natureza singular, entre outros casos especificados no aludido dispositivo. Um cuidado deve ser tomado pelo gestor público, pois se esse for omissor, der causa à situação de emergência a que se refere a contratação direta ou praticar qualquer ato em desacordo com os preceitos da Lei, poderá o gestor ser responsabilizado, sujeitando-se às sanções previstas na Lei de Licitações e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal, conforme previsão do art. 82 da Lei 8.666/93. Carlos Pinto Coelho Motta possui a seguinte opinião sobre a dispensa:

Este art. 24 é um dos mais consultados e aplicados deste Estatuto, pois formula em elenco taxativo de hipóteses em que a licitação é dispensável. Sua concepção atual conta vinte e cinco incisos; tendo sido o último – o de número XXVIII – acrescentado pela Lei 11.484/07. Trata-se de uma listagem exhaustiva, que oferece relativa margem ao intérprete, não admitindo, entretanto ampliação por lei estadual. (MOTTA, 2008, p. 270).

José Cretella Júnior, com sua importante obra, demonstra seu posicionamento acerca da dispensa de licitação em casos de emergência ou de calamidade pública:

É *dispensável* também a licitação nos casos de *emergência* ou de *calamidade pública*. "Situações emergenciais" ou "situações calamitosas" não se compadecem com o procedimento licitatório, empregado em situações normais, quando as formalidades devem ser rigorosamente observadas. Nessas duas hipóteses, impõe-se a *dispensa da licitação*, desde que fique bem caracterizada a necessidade da urgência do atendimento da situação, capaz de ocasionar prejuízos irreparáveis e vultosos ou de comprometer a segurança das pessoas. Nessas situações, a feitura de obras, a prestação de serviços, a aquisição de equipamentos e de outros bens, públicos ou privados, não podem ficar na dependência do procedimento licitatório que, concluído, poderia induzir o Estado a celebrar contratos quando a emergência ou a calamidade tivessem passado. (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 232, grifos do autor).

O gestor público está vinculado aos ditames da Lei e precisa, necessariamente, seguir o procedimento administrativo que foi determinado. Dessa forma, assegura a aplicação dos princípios fundamentais. Porém, a contratação direta não significa que esses princípios básicos norteadores da função administrativa deixem de ser aplicados ou, tampouco, se caracteriza como um ato discricionário do gestor público.

Quando a licitação é inexigível, deve-se seguir as hipóteses previstas nos incisos do art. 25. A justificação e publicidade fazem-se necessárias tanto para a dispensa quanto para contratação por inexigibilidade. Conforme exposto, esses procedimentos devem obedecer aos ditames do art. 26. O Ministro Benjamin Zymler, do Tribunal de Contas da União, manifestou-se, através do Acórdão nº 1.166/2005, 2ª Câmara, do qual foi Relator, acerca da observância ao art. 26: "5. Aplica-se multa aos responsáveis, em razão da contratação indevida por inexigibilidade de licitação, falta de clareza e precisão na descrição do objeto contratado". José Cretella Júnior posiciona-se acerca da diferença entre dispensa de licitação e inexigibilidade:

O Decreto-lei nº 200/67, no art. 126, §2º, a a i, enumerava os casos em que a licitação era *dispensável*. Há diferença radical entre *dispensabilidade*, que é "possibilidade de eventual dispensa", e *dispensa*, que decorre *da lei* e que, por isso, é automática e obrigatória. *Inexigibilidade* é mais: é "proibição de exigir". Não há opção. Se a lei diz "é dispensável", não temos *dispensa*, mas *possibilidade de dispensa*. "Fica dispensada" não é o mesmo que "é dispensável". No primeiro caso, não há opção. No segundo caso, há opção entre *abrir a licitação* ou *dispensar os interessados do certame*. [...] (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 240, grifos do autor).

A regra é o procedimento licitatório. Por isso, a exceção abrange somente alguns casos especiais, como, por exemplo, a emergência grave cuja demora represente fator de risco. O gestor público deve sempre buscar a melhor solução possível, com a observância de todo o conjunto de atos iniciais, tais como: previsão orçamentária, estudo da viabilidade

econômica, solicitação de aquisição etc. A observância dos princípios norteadores da Administração Pública também é importante para a correta adequação dos casos de dispensa ou inexigibilidade.

2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LICITAÇÃO

A Lei nº 8.666/1993 estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos concernentes a obras, serviços, publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, Estados, DF e Municípios. O art. 3º da referida lei positivou os princípios vitais a qualquer certame. Do dispositivo pode-se extrair os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, probidade, vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo. Sendo assim, o referido diploma acabou por regulamentar o artigo 37, XXI, da CRFB. Alguns dos princípios do art. 3º da LNL são princípios são constitucionais. O caput do art. 37 da CFRB/1988 elenca como norteadores da Administração Pública Direta e Indireta os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade.

Os princípios elencados no art. 3º da Lei 8.666/93 são conhecidos como princípios básicos da licitação. Outros princípios dispersos na legislação que regulamenta o processo licitatório são chamados de correlatos. Muitos doutrinadores adotam classificações próprias para tais princípios.

2.2.1 Princípio da Legalidade

Princípio que tem sua origem nos artigos 5º, incisos II e LXIX e 49, V da Constituição Federal. De importância única no procedimento licitatório, determina fidelidade às leis, sendo que a Administração Pública e os licitantes encontram-se vinculados aos

princípios e normas em vigor. Carlos Pinto Coelho Motta nos ensina que o princípio da legalidade é o garante jurídico para que a finalidade maior da Administração Pública, o bem comum, seja atingido:

Desta arte a legalidade, ou submissão à ordem jurídica, não deve jamais ser entendida como legalismo estéril, inconstante com a realidade instrumental da licitação; pois, como se sabe, a competição licitatória deve ser vista essencialmente como um instrumento de melhoria do gasto público. (MOTTA, 2008, p. 102).

Tal princípio norteia o gestor público em suas decisões durante todo o procedimento licitatório. No setor privado o particular pode fazer tudo o que não esteja defeso por lei. Porém, no setor público está o gestor vinculado ao que a Lei estabelece. Dessa forma, o gestor público só poderá fazer o que a lei expressamente autorizar. O rigor da lei é necessário para evitar que o Administrador se afaste dos limites impostos por ela. A importante opinião de José Cretella Júnior demonstra-se reveladora acerca do indigitado princípio:

O *princípio de legalidade*, assim denominado por Léon Duguit é enunciado, em resumo, nas seguintes proposições: a) no estado de direito, ou seja, que se admite ser governado pelo direito, nenhuma autoridade pode tomar decisão individual que não se contenha nos limites fixados por disposição geral, isto é, por lei no sentido material; b) para que um país possua o estado de direito, é preciso que nele exista alta jurisdição, que reúna todas as qualidades de independência, imparcialidade e competência, diante da qual possa ser apresentado recurso de anulação contra toda decisão que tenha violado ou pareça ter violado o direito.

Nenhum ato jurídico é válido a não ser que seja conforme às regras editadas pelo Estado. Nenhuma autoridade de nenhum dos Poderes pode tomar decisões que contrariem normas válidas do sistema jurídico em que se encontram. Mesmo a mais alta das autoridades deve "suportar a lei que editou", até que esta seja derogada por outra mais recente.

O *princípio de legalidade*, que informa todos os recantos da ciência do Direito, não somente assume particular relevância no âmbito do Direito Constitucional, como no do Direito Administrativo, ou seja, informa todo o setor publicístico. É o grande princípio que domina a atividade do Estado - o da submissão à legalidade *lato sensu* -, sentido em que é tomado hoje, na linha tradicional da antiga fórmula do estado legal ou estado de direito. (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 240, grifos do autor).

Dessa forma, estão sujeitos aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, em todos os procedimentos previstos, tanto as licitações como os contratos que delas decorrerem. O gestor público que não cumprir a lei e as exigências do bem comum pratica ato ineficaz e inválido. Estará, portanto, sujeito a responsabilidade disciplinar, sem prejuízo das sanções civil e criminal. Hely Lopes Meirelles (1993, p. 82-83) há muito ensinava: “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública,

só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa pode fazer assim; para o administrador público significa deve fazer assim”. Lúcia Valle Figueiredo, citando Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, expõe:

Do mesmo pensamento, basicamente, Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, que, de seu turno, a respeito do princípio da legalidade, entendem: "Trata-se, simplesmente, de fazer coerente o sistema legal, que há de se supor que responda a uma ordem de razão e não a um casuísmo cego, o qual, de outra parte, está claro desde a doutrina geral do ordenamento, que, mais atrás, se expôs, e que impede identificar a este como lei escrita. Nesse difícil fio entre uma proibição de extensões analógicas e uma exigência de coerência legal move-se a doutrina de poderes inerentes ou implícitos, que são, definitivamente, poderes efetivamente atribuídos à Administração pelo ordenamento, ainda que não pelo componente escrito do mesmo". (FIGUEIREDO, 2008, p. 43).

A imposição de limites ao Administrador é exatamente a garantia contra os abusos e desvios de conduta. A manutenção da legalidade é o respeito a um princípio base de toda a Administração Pública. Por isso, o gestor público está restrito à imposição da lei.

2.2.2 Princípio da Isonomia

Todos os interessados e participantes de um procedimento licitatório são merecedores de um tratamento equivalente. O tratamento isonômico significa garantir o livre acesso de todos os interessados à disputa do certame, sem privilégio a particular. Significa que a Administração deve estabelecer exigências compatíveis e em conformidade com o objeto licitado. Esse princípio assume especial importância para que ocasionais direcionamentos no processo licitatório sejam evitados. Marçal Justen Filho adverte, porém, que é possível haver alguma diferenciação entre os licitantes, de forma que a Administração possa vir a contratar a melhor e mais vantajosa proposta. Assim pontua o Mestre:

Há equívoco em supor que a isonomia veda diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração. É da essência da licitação a adoção de tratamento diferenciado entre os particulares. Assim se impõe porque a licitação conduz à seleção de um ou de alguns dos potenciais interessados. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 67).

Dessa forma, percebe-se que o princípio em questão garante, em tese, que nenhuma desigualdade injustificada ocorra. Conforme exposto anteriormente, as exigências do edital devem guardar vínculo, necessidade e proporcionalidade ao objeto licitado e devem zelar pelos valores constitucionais. Joel de Menezes Niebuhr expressa muito bem a importância desse princípio para a sociedade:

Os princípios jurídicos são o ápice do ordenamento, vinculando todo o aparato jurídico e político de uma determinada Sociedade. E assim o são porque traduzem axiologicamente os valores sociais no âmbito deontológico do Direito. Portanto, é condição *sine qua non* à sua plena normatividade corresponder aos valores sociais que os inspiram.

Bem se vê que o princípio da isonomia revela o valor social que liga a igualdade ao Direito. E, neste contexto, o conteúdo do princípio não se reduz à vedação de discriminações legais. A igualdade jurídica reclama a atuação no mundo dos fatos, dirimindo as desigualdades materiais. A Sociedade não espera tão-somente que o poder público vede privilégios, mas que atenuie a desigualdade de fato.

Na atual Constituição brasileira, a isonomia estende-se à obrigação do Estado em amenizar as diferenças sociais. Já no preâmbulo, o constituinte enunciou como objetivo nacional "assegurar o exercício dos *direitos sociais* e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a *igualdade e a justiça* como valores supremos de uma sociedade fraterna". (NIEBUHR, 2000, p. 58, grifos do autor).

A Lei de Licitações traz, expressamente, dispositivos que vedam a prática de atos atentatórios à igualdade entre os competidores. Com base no art. 3º da Lei 8.666/93, é vedado ao gestor público: "admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato" (art. 3º, § 1º, I). Aos gestores também é vedado estabelecer "tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras" (art. 3º, § 1º, II). José Cretella Junior informa que a Lei destina-se a garantir a observância desse princípio:

Conforme a *lei*, que ora comentamos, destina-se a *licitação*, antes de tudo, a garantir a observância do *princípio constitucional da isonomia*. "Garantias constitucionais" são meios ou instrumentos de proteção a determinadas instituições estatais, não se confundindo, assim, com os "direitos fundamentais". A *propriedade*, que a Constituição de 5 de outubro de 1988 garante, no art. 5º, XXII ("é garantido o direito de propriedade"), é o *direito de propriedade*, tal como a legislação do Brasil o estrutura, no Código Civil. Pode o Brasil mudar a *forma de governo*, alterando alguns "acidentes" do *direito de propriedade*, mas a *permanência institucional* é que se garante. (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 122, grifos do autor).

A área de TI, como tantas outras, também possui suas particularidades e especialidades. Qualquer forma de mitigação desse princípio na aquisição dos insumos e serviços de informática não foge à regra e deve ser expressamente justificado pela Administração Pública. Decisão da Corte de Contas Catarinense, ao manifestar-se sobre irregularidades em edital de licitação, se insurge contra o desrespeito ao princípio da isonomia:

[...]

adoção de critérios distintos quando do julgamento dos quesitos técnicos Certificação Novell Inc. e Certificação Windows 95 pelo CIASC, contrariando o princípio constitucional da isonomia, art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e da igualdade de condições a todos os concorrentes, que é regra imposta na Lei Federal 8.666/93, art. 3º (SANTA CATARINA, 2007).

[...]

Por fim, somente sob forte justificativa a lei poderia tratar as pessoas de maneira diversa, caso contrário, seria inconstitucional. Assim, o tratamento diferenciado alcança uma igualdade real (material ou substancial) e não uma igualdade formal.

2.2.3 Princípio da Impessoalidade

Esse princípio afasta a discricionariedade e o subjetivismo na gerência dos procedimentos licitatórios e vincula a Administração aos objetivos previamente estabelecidos. Frequentemente o princípio da impessoalidade precisa ser aplicado em conjunto com o princípio da preferencialidade. Há casos em que a lei estabelece preferências com vistas a proteger determinados setores ou tornar mais fáceis e ágeis a aquisição de determinados bens. As preferências antes contidas no art. 171¹ da Carta Magna foram relativizadas com a

¹Art. 171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 15/08/95

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

promulgação da Emenda Constitucional 6 de 16/8/95. Algumas preferências ainda prevalecem no art. 3ª da LNL.

O princípio da impessoalidade surge na licitação de forma intimamente ligada aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo. A Administração precisa, necessariamente, se guiar por critérios objetivos, afastando-se de observar as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas. Só poderá observar critérios subjetivos quando expressamente previstos em lei ou no instrumento convocatório. Afora as situações descritas, todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações. Ricardo Cunha Chimenti et al. expressa o seguinte pensamento acerca do princípio da impessoalidade:

O segundo princípio expresso no art. 37, caput, da Constituição possui mais de uma abordagem possível, sendo por isso de caráter não unitário.

Há evidente vinculação com a finalidade, importando dizer que impessoal é a atividade administrativa que objetiva gerar o bem comum, atendendo ao interesse de todos, como também guarda relação com a isonomia, por vedar a atividade desencadeada para benefício exclusivo de um ou de alguns administrados em detrimento de todos, e possui caráter funcional, significando que a imputação da atuação sempre será estatal, ao órgão público ou à entidade estatal, não o sendo pessoal ou própria da pessoa física.

Decorre desse princípio a proibição da utilização da atuação como meio de promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, vedando a utilização de nomes, símbolos e imagens (art. 37, § 12). (CHIMENTI et al., 2006, p. 195).

José Calasans Junior fala em sua obra sobre o destinatário desse princípio e sobre a aplicação dos critérios objetivos:

Os atos administrativos, em princípio, têm como destinatários todos os cidadãos, sem qualquer distinção. Pelo princípio da impessoalidade, em matéria de licitação, impede-se que o agente público estabeleça considerações de caráter exclusivista em relação aos concorrentes, seu estado ou situação, em quebra do princípio maior da isonomia. Não se admite que a licitação seja feita para favorecer tal ou qual pessoa, mas deve ter em vista o atendimento do interesse público. A vantagem da proposta deve ser aferida segundo dados objetivos, independentemente da pessoa do proponente. Por isso que a explicitação, no ato convocatório, dos fatores de avaliação e do modo (critério) objetivo e impessoal como serão analisadas as propostas confere aos licitantes segurança quanto à objetividade do julgamento. (CALASANS JUNIOR, 2009, p.17).

II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do "caput" se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional. (com redação anterior à Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Dessa maneira, o princípio da impessoalidade traduz-se na impossibilidade da Administração Pública agir por liberdade ou vontade pessoal. Violar este princípio constitui-se em abuso de poder, de forma que o gestor público deve atuar em defesa dos interesses públicos, coletivos; nunca por interesse pessoal ou de terceiros que pretenda favorecer.

2.2.4 Princípio da Preferencialidade

Pouco discutido na doutrina, esse princípio permite hipóteses, desde que previstas em lei, para estabelecer preferências que objetivam proteger certos setores da economia ou facilitar a aquisição de certos bens. Carlos Pinto Coelho Motta (2008, p.104) relembra modificações importantes que mudaram a aplicação desse princípio: “Registre-se que, após a promulgação da Emenda Constitucional 6, de 16/8/95, modificaram-se as preferencialidades contidas nos incisos do art. 171 da Carta Magna, e o irrestrito privilégio antes proporcionado à empresa brasileira relativiza-se e sofre temperamentos”.

O referido autor também destaca as situações permissivas para aplicabilidade do princípio em questão:

Tais preferencialidades subsistem, entretanto, no teor do art. 3º da LNL, acrescidas, exemplificativamente, das seguintes situações:

1. a participação complementar de entidades filantrópicas na cobertura assistencial à população (art. 25 da Lei 8.080, de 19/9/90);
2. na aquisição de insumos básicos, com prioridade aos produtos de cada região, para fins de redução de custos na merenda escolar (arts. 6º e 7º da MP 2.178-36, de 25/8/01);
3. na aquisição de bens e serviços de informática e automação produzidos com tecnologia desenvolvida no País ou de acordo com processo produtivo básico, conforme o art. 1º da Lei 10.166, de 11/1/01, que dá nova redação aos arts. 3º; 4º e 9º da Lei 8.424, de 23/10/91. A Lei 10.176/01 foi regulamentada pelo Decreto 3.800, de 20/4/01, e foi, por sua vez, alterada pela Lei 11.077, de 30 de dezembro de 2004;
4. na contratação de bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento da tecnologia no País (art. 3º, 2º, inc. IV, incorporado à Lei 8.666/93 pela Lei 11.196/05);¹⁰¹
5. na contratação de microempresas e empresas de pequeno porte cujas propostas, no caso de empate, apresentem valores iguais ou até 10% (no pregão, até 5%) superiores aos valores da proposta mais bem classificada (art. 44, §§ 1º e 2º da LC 123/06, e art. 5º, § 1º, do Decreto 6.204/07.102. (MOTTA, 2008, p. 104-105).

Carlos Pinto Coelho Motta destaca a área de informática no rol dessas preferências:

De fato, o direito de preferência (exercido notadamente na hipótese do empate de propostas na licitação) tem sofrido, nos últimos anos, grandes alterações. A área de informática constitui bom exemplo, com a Lei 10.176/01², alterada pela Lei 11.077/04³. Nesse teor, pode-se hoje dizer, em síntese, que a Administração Pública Federal, direta, indireta, fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e demais organizações sob controle direto ou indireto da União dão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, de acordo com a seguinte ordem, a:

I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país;

II – bens e serviços produzidos de acordo com o processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo. (MOTTA, 2008, p. 105).

Quanto à área de Tecnologia e Informação, José Calasans Junior (2009, p.17) confirma que essa deixou de ter tratamento diferenciado para a indústria nacional desde agosto de 1995, conforme explica: “A ressalva, que tinha objetivo de garantir tratamento diferenciado para a indústria nacional de informática, já não prevalece desde a Emenda nº 6, de 15 de agosto de 1995, que revogou o art. 171 do texto original da Constituição”.

2.2.5 Princípios da Moralidade e Probidade Administrativa

Os princípios da moralidade e probidade surgem para velar as atividades do administrador e licitante na tentativa de evitar condutas em desarmonia com o decoro público. Ricardo Cunha Chimenti et al. nos ensina importante lição acerca do princípio da moralidade:

A moralidade administrativa, no entanto, não guarda necessariamente correspondência com os valores pessoais do agente público, visto ser diretamente aplicável à Administração Pública, mas impõe igual vinculação à sua atuação, limitando a formação de seu estado anímico e regulando materialmente o exercício de qualquer atividade atribuível ao Estado, como cerceando o móvel de quem quer

² Altera a Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, a Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, dispondo sobre a capacitação e competitividade do setor de tecnologia da informação.

³ Altera a Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, a Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001, dispondo sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação e dá outras providências.

se relacionar com a Administração Pública, tornando presente a fiscalização dos fins sem prejuízo dos meios. (CHIMENTI et al., 2006, p. 196).

Os princípios se completam justamente porque o administrador tem que zelar pela moralidade e ser probo. A conduta dos agentes públicos, além de lícita, ética, compatível com a moral, os bons costumes e as regras da boa administração, tem que ser honesta. Marçal Justen Filho (2009, p. 73) completa o conceito ao afirmar: “A moralidade e a probidade administrativas são princípios de conteúdo inespecífico, que não podem ser explicados de modo exaustivo”.

Toshio Mukai em sua obra sobre licitações e contratos administrativos sugere a reflexão sobre os atos que o gestor público venha a emanar e afirma que:

[...] o princípio da moralidade obriga a que, em todos os atos que praticar, o agente público deva agir como um bom administrador, ou seja, na prática do ato deve ele perquirir se tal ato seria ou não praticado, normalmente, por um bom administrador; se concluir que sim, pode e deve praticá-lo; se concluir o contrário, não deve praticá-lo, sob pena de infração ao princípio. (MUKAI, 2008, p.31).

Além de um comportamento lícito por parte da Administração, o princípio da moralidade exige um comportamento consoante com a moral, bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade. A moralidade atua como um fator motivador na atuação e interpretação do administrador público e não se distancia da probidade, vez que ambas caminham juntas.

Porém, não é a lei que faz surgir a moralidade nas pessoas. Esse é um atributo resultante da formação do ser humano. A moralidade por si só não basta. É necessário que o agente público seja probo, honesto. Ricardo Cunha Chimenti et al. ensina que a atuação do agente é importante na aplicação do princípio da moralidade.

A moralidade administrativa, resultante da prescrição normativa que lhe conferiu a Constituição Federal, seja por expressa previsão, seja por implícito reconhecimento, detém duplo caráter a despeito de uma mesma natureza: é princípio constitucional e imanente ao sistema jurídico, reunindo tanto a natureza instrumental como também assumindo a natureza de requisito ou condição de validade de atos administrativos, resultante do controle da atividade administrativa ou controladora do excesso de poder. Obriga, assim, a atuação do agente e é condição de validade para os atos praticados. (CHIMENTI et al., 2006, p. 196).

Por fim, são exemplos de imoralidade administrativa: i) atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei 8.429/92), como a

utilização de veículos públicos para fins particulares; ii) atos de improbidade administrativa que importem em prejuízo ao erário (art. 10 da Lei 8.429/92), como a aquisição de bem ou serviço por preço superior ao do mercado; iii) atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da Administração (art. 11 da Lei 8.429/92), como a fraude à licitude de concurso público; iv) considera-se crime de responsabilidade o ato do Presidente da República que atente contra a Constituição Federal, em especial, contra probidade administrativa (art. 85, V da CRFB).

2.2.6 Princípio da Publicidade

Inserido na Constituição Federal, artigos 5º, incisos XIV e XXXIII e 37, caput, além de vários artigos na Lei 8.666/93, como: 21 I; 43, § 1º; 61 parágrafo único; 109, § 1º etc.; esse princípio vem tentar garantir a divulgação, de forma eficaz e ampla, dos atos praticados pelos administradores em todas as fases da licitação de forma que os interessados tenham visibilidade a tais atos e, conseqüentemente, possam exercer o controle social. Objetiva então: i) permitir amplo acesso dos interessados ao certame; ii) verificar a regularidade dos atos praticados.

A publicidade tem importância singular nos atos administrativos, tanto que é vasta a jurisprudência na afirmação desse entendimento. Como exemplo, cita-se jurisprudência consagrada do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cujo Relator foi o Desembargador Carlos Prudêncio:

Um dos princípios de relevante interesse nas licitações é o da publicidade, insculpido inclusive a nível constitucional, e cujo fim é denotar a transparência dos atos públicos. Assim, é acoimado de ilegalidade o edital licitatório que sofre modificações na data de entrega das propostas e no próprio objeto da concorrência através de simples avisos via fax aos participantes das mudanças ocorridas. (SANTA CATARINA, 1999).

A busca da proposta mais vantajosa e eficiente para a Administração indica que essa deve divulgar, amplamente, a abertura do procedimento de licitação. Dessa maneira, o certame terá um número maior de concorrentes. Maria Silva Zanela Di Pietro (2003, p. 306-

307), assevera: "A publicidade é tanto maior quanto maior for a competição pela modalidade de licitação". Salienta-se que tal publicidade deve abranger todo o período do certame, não apenas durante a sua abertura. Todos os atos praticados pelo gestor público devem estar contemplados pela publicidade, de forma a otimizar o controle exercido pelas autoridades, interessados e sociedade. É a publicidade que viabiliza as formas de controle constitucionalmente admitidas - internas e externas. Lúcia Valle Figueiredo enfatiza bem o lado constitucional do princípio da publicidade:

Demais disso, a república (*res publica*) demanda transparência. O art. 1º, parágrafo único, da Constituição, que possibilita ao povo a participação direta, *pro facto*, postula transparência.

[...]

Devem, ainda, ser trazidos à colação, por pertinentes ao tema, o art. 5º, incisos XXXIII (direito a informações) e XXXIV, alínea "b" (direito a certidões para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de pessoas), além dos incisos LX (possibilidade de restrições à publicidade quando a defesa da intimidade ou o interesse social exigirem) e LXXII, alínea "b" (direito à retificação de dados), por último referência aos arts. 37, inciso II (necessidade de concurso público), e 93, incisos IX (necessidade de que os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos) e X (decisões motivadas), que estabelecem princípios prevalecentes para a Administração Pública, tudo na Constituição da República.

Destaque especial verificamos na Lei Maior, no art. 5º, inciso XXXIII, que consagra definitivamente o *status civitatis*, pois dá direito a todos de receberem dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança nacional. Complementa-o o inciso XXXIV, alínea "b", que outorga o direito às certidões. (FIGUEIREDO, 2008, p. 62).

Haverá violação do princípio da publicidade quando a comissão de licitação se recusar a realizar a licitação em público ou quando, por exemplo, induzir os licitantes a não assistirem a abertura dos envelopes de documentação e propostas. Nesse caso, se assim fosse a conduta da Administração, isso dificultaria, em muito, o controle das ações do Poder Público em prol da sociedade. Esclarece-se que a abertura dos envelopes e propostas devem ser feitas publicamente. Já o julgamento pode ser realizado a portas fechadas. É importante que a comissão discuta de forma livre às questões do certame e divulgue posteriormente o resultado do julgamento.

A regra indica que a licitação sigilosa não é permitida (artigos 3º, § 3º, e 43, § 1º da LNL). Porém, se o caso envolver questões de segurança nacional, com a exigência de sigilo, o objeto poderá ser contratado via dispensa de licitação (art. 24, IX da Lei 8.666/93). A publicidade do edital de licitação e seus anexos envolve, entre outros: i) a divulgação do aviso

e abertura da licitação; ii) o conhecimento, pelos interessados, do convite e de seus anexos; iii) a abertura da documentação e propostas em público; iv) o fornecimento de documentos, projeto básico ou decisões da licitação que forem requeridas pelo interessado e autorizados pela autoridade competente; v) a publicação das decisões da comissão e do contrato. José Calasans Junior fala da importante função do princípio da publicidade:

A publicidade é um dos princípios estabelecidos pela Constituição como norteadores de toda a ação administrativa. Pelo princípio da publicidade impõe-se que todos os atos praticados pelos agentes administrativos sejam do pleno conhecimento da coletividade. Entretanto, a circunstância de serem publicados não confere, por si só, legitimidade aos atos administrativos, mas é requisito de sua eficácia. Significa dizer que, mesmo tendo sido tornados públicos, atos falhos ou irregulares não se convalidam, enquanto que os atos legítimos somente adquirem eficácia após publicados.

Se assim é em relação aos atos em geral da Administração Pública, não poderia a licitação ficar excluída desse princípio. Estreitamente vinculado ao outro princípio constitucional da isonomia, a publicidade significa que nada, na licitação, pode ser escondido da coletividade. Não pode haver licitação secreta sigilosa. É da essência do instituto o amplo conhecimento de seus atos. Apenas em relação ao conteúdo das propostas a publicidade não incide, mas somente, o momento de sua abertura. Em tudo o mais, o procedimento é aberto e passível do acompanhamento e do controle do público em geral. Todo cidadão tem interesse e é parte legítima para acompanhar o processo e obter informações sobre as propostas. (CALASANS JUNIOR, 2009, p.18).

É no art. 21 da LNL que está previsto a obrigatoriedade da publicação dos avisos. Estes devem conter os resumos dos editais das concorrências, tomadas de preços, concursos e leilões, conforme o caso. Isso deve ocorrer mesmo no caso de realização de licitação *in loco*, ou seja, no local do órgão ou entidade licitante. Haverá publicação no Diário Oficial da União caso a licitação seja realizada por órgão ou entidade da Administração Pública Federal. Haverá publicação no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal caso a licitação seja realizada por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual, Municipal, ou do Distrito Federal. Conforme o volume da licitação, a Administração pode divulgá-la em outras mídias, no intuito de ampliar a área de competição. A divulgação deve abranger, também, jornal de grande circulação no Estado e, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região em que se realizará a obra, a prestação ou fornecimento do serviço, etc. A divulgação deve ser realizada por, no mínimo, uma vez (art. 21 e seus incisos).

2.2.7 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O ato de licitar obriga a Administração a observar não só princípios e normas gerais em vigor, mas também a manter seus atos em harmonia com outros atos, normas e condições estabelecidas anteriormente no edital. Uma vez dada a publicidade ao ato convocatório válido, perfectibilizando-o, está a Administração vinculada aos motivos e regras que a levaram a emanar tal ato. O agente público não pode criar ou inovar nada que não esteja expressamente previsto no edital. Este mesmo princípio dá origem a outro que lhe é afeto: o da inalterabilidade do instrumento convocatório.

Importante é a lição do Mestre Marçal Justen Filho ao sintetizar o tema:

Como se observa, a legalidade e a vinculação ao ato convocatório são manifestações jurídicas de princípios inter-relacionados. A validade dos atos administrativos praticados no curso da licitação depende de sua compatibilidade não apenas com a Lei, mas também com os atos administrativos praticados nas etapas anteriores. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 72).

A inobservância desse princípio essencial enseja a nulidade do procedimento. Esse princípio está positivado no art. 3º e também no art. 41, caput, da Lei nº 8.666/93, que versa: "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". Além disso, também há a exigência de que o julgamento e classificação das propostas se realizem seguindo os critérios de avaliação presentes no edital (art. 43, V, LNL). Com base nesse princípio, tanto a Administração, como o particular estão extremamente ligados a todos os requisitos constantes no edital ou convite. Conforme dito, o não atendimento das exigências do edital, causa sua nulidade. Como o edital é parte de uma atividade administrativa, o gestor público precisa ter plena consciência para não invadir o campo da discricionariedade. Marçal Justen Filho esclarece os limites da discricionariedade e vinculação que circundam toda atividade administrativa:

Toda atividade administrativa comporta margens de discricionariedade e de vinculação. Assim sendo, é inquestionável que o procedimento acabará conjugando a realização de ambas as espécies de competências. No entanto, haverá hipóteses em que a margem de autonomia do exercente da função administrativa será mais ampla. Em outros casos, o procedimento será voltado à apuração da ocorrência efetiva de fato, sem margem de liberdade para algum tipo de avaliação pessoal do agente. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 269).

O fato de os licitantes ficarem adstritos ao que é exigido edital, ou seja, às propostas, documentação, procedimentos, julgamento e contrato, dificulta o surgimento de irregularidades com relação a mudanças nos critérios de julgamento. Alterações supervenientes no edital obrigam a Administração a oportunizar os interessados a se adequarem às novas regras, divulgando-se o edital pela mesma forma adotada na primeira vez, com a reabertura do prazo de publicidade, pelo mesmo período de tempo (art. 21, § 4º da Lei 8.666/93).

O contrato está, por força do art. 54, § 1º da LNL, igualmente vinculado ao instrumento convocatório e não pode estabelecer condições diversas daquelas fixadas no edital. A licitação torna-se anulável caso a Administração admita documentação ou proposta em desacordo com o que foi solicitado. Aliás, tanto a Administração quanto o licitante vinculam-se, e este, se deixar de atender aos requisitos do edital, como não apresentar alguma documentação exigida, não será habilitado para o certame (art. 37, Lei 8.666/93). Maria Adelaide de Campos França assevera em sua obra de comentários à lei de licitações e contratos:

Sendo o registro cadastral válido por um ano, decorrido esse período, deve ele ser revisto. Sua revisão é possível, também, a qualquer tempo, quando o interessado deixar de preencher os requisitos exigidos. Nesse caso, o registro poderá ser alterado, suspenso ou cancelado pela Administração. (FRANÇA, 2008, p. 113).

Conforme dito, após a publicação do edital a Administração, em regra, não deve mais alterá-lo. Somente após rigoroso processo de convencimento acerca do erro cometido poderá fazê-lo em prol do interesse público. Preservado intacto o instrumento convocatório, homenageia-se os princípios da segurança jurídica, da moralidade e da impessoalidade. O edital e o consequente contrato, fazem lei entre as partes. Rigolin e Botino discursam acerca da possibilidade de alteração do instrumento convocatório:

Extremando-se, desde já, a definição deste princípio, e abstraindo-se a necessidade de a Administração *anular* seus atos que sabe ilegais, quase se poderia dizer que *até mesmo no erro precisa a Administração vincular-se aos termos do edital*. Sempre que se convença de que errou, cometendo ilegalidade na redação de algum edital, precisa a Administração corrigi-lo, anulando o erro e modificando o edital; mas se não convencida, e ainda que todos os doutrinadores, licitantes ou servidores entendam errada determinada previsão do edital, ainda assim, enquanto não convencida do erro daquela previsão, precisa a Administração a ele se aferrar com rigor – isto significa a *vinculação ao instrumento convocatório*. (RIGOLIN, 2008, p. 124-125, grifos do autor).

Dessa forma, caso seja permitida, alterada proposta ou caso seja celebrado contrato em afronta às condições estabelecidas, restariam violados os princípios norteadores da licitação: o princípio isonomia entre os licitantes que foram fiéis ao instrumento convocatório, haja vista estarem prejudicados por uma possível melhor proposta do licitante infiel; além dos princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital. No procedimento licitatório é necessário que haja a exaustão da discricionariedade, conforme melhor ensina Marçal Justen Filho:

Ao produzir e divulgar o ato convocatório, a Administração exercita juízos de conveniência e oportunidade sobre o objeto a ser contratado, os requisitos de participação, os critérios de seleção do vencedor. Se a Administração identificar, posteriormente, algum defeito na sua atuação anterior, ser-lhe-á assegurada a faculdade de rever o edital – mas isso importará a invalidação do certame e a renovação da competição. No curso de uma licitação, é vedado alterar os critérios e as exigências fixadas no ato convocatório. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 47).

Por fim, frise-se que a vinculação também é instrumento de garantia ao respeito de outros princípios importantes, como a moralidade, probidade e isonomia. Ignorar esse princípio é ferir aos demais princípios norteadores da licitação pública.

2.2.8 Princípio do Julgamento Objetivo

De grande importância no procedimento licitatório, esse princípio está positivado nos artigos 3º, 43, V, 44 e 45 da LNL. No momento do julgamento das propostas é dever do administrador público observar os critérios objetivos definidos no edital. O princípio tenta afastar do agente público a tentação de ele utilizar fatores subjetivos ou critérios não publicados no edital. Não importa se o desvio do julgador visa a beneficiar a si mesmo ou à própria Administração. Esse princípio tenta evitar qualquer prejuízo ao caráter competitivo do certame. Nesse sentido, clara se faz notar a importância da aplicação do princípio do julgamento objetivo, como observa bem Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino:

Quer esse princípio significar que o julgamento das licitações, seja na fase de habilitação - onde não deixa de haver um julgamento pela Comissão: o de se a documentação apresentada preenche as exigências do edital -, seja principalmente na

das propostas, não pode comportar nenhum subjetivismo, nenhum personalismo de membro da Comissão, mas deve ser rigorosamente vinculado a procedimentos expressos, impessoais, absolutamente frios e isentos, previstos na lei e no edital, como roteiros obrigatórios e estáveis. (RIGOLIN, 2008, p. 121).

Há uma semelhança entre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e o princípio do julgamento objetivo. No princípio do julgamento objetivo, a comissão de licitação vincula-se aos critérios publicados no instrumento convocatório e às condições apresentadas pelas propostas. O art. 45 da Lei 8.666/93 estabelece que: "o julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle". Por essa razão, o julgamento das propostas precisa ser realizado em observância aos critérios publicados no edital. O aludido dispositivo também estabelece, nos incisos do seu § 1º, os tipos de licitação para efeitos do julgamento objetivo, como: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço e o de maior lance ou oferta. Para José Cretella Júnior, o legislador foi infeliz no termo "tipos de licitação" empregado, conforme comenta:

O legislador empregou mal a expressão *tipos de licitação* que, a nosso ver, como sinônimo de *modalidade de licitação*, deveria compreender a *concorrência*, a *tomada de preços*, o *convite* e o *leilão*. No texto, o legislador emprega a expressão para designar a licitação sob três modalidades, a de *menor preço*, a de *melhor técnica* e a de *técnica e preço*. Há ainda a *licitação de preço*, que o Decreto-lei nº 2.300/86, art. 37, parágrafo único, IV, enumerava como o quarto tipo, na mesma sequência e elenco dos outros três e que a lei atual capitula à parte, como um dos procedimentos que, nas *licitações de menor preço*, sob a denominação de *preço-referência*, poderá ser utilizado para fins de julgamento. A *licitação de preço-base*, a que se referia o Decreto-lei nº 2.300/86, art. 31 parágrafo único, IV, era, conceitualmente, "o tipo de licitação em que a Administração fixa um valor inicial e estabelece, em função deste, limites, mínimo e máximo, de preços, especificados no ato convocatório". (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 294, grifos do autor).

O art. 44, § 1º quer afastar a aplicação de qualquer critério subjetivo e que restrinja a igualdade entre os licitantes. Dessa maneira, a comissão leva em conta os critérios objetivos definidos no instrumento convocatório rigorosamente submissos às normas e princípios constantes na Lei. Então, quando os licitantes elaboram suas propostas, devem saber de antemão quais são os critérios de julgamento e de desempate, de forma a não surpreendidos no ato do julgamento. José Cretella Júnior, pondera:

Objetivo deverá ser o comportamento da Comissão, no *julgamento das propostas apresentadas* pelos licitantes. Para tanto, a *Comissão de Licitação* ou a *autoridade*

responsável pelo convite deverá, a propósito, analisar a *modalidade da licitação* a ser julgada, pois a peculiaridade de cada *objeto* impõe modo especial para sua apreciação, apoiado em critérios de antemão estabelecidos, no edital, e em fatores também referidos, exclusivamente, no ato convocatório, de tal modo que não só os *órgãos de controle*, como também os *licitantes* possam aferir a justiça e a objetividade de juízo expendido pela Comissão de Licitação.

A Lei nº 8.666/93 é repetitiva. No art. 43, já está dito, no inciso IV, que a verificação de cada proposta deverá ser conforme ao que se encontra no edital e que o julgamento (inciso V) e a classificação das propostas deverão ser de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. Não satisfeito, o legislador repete, no art. 44 que, no julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os *critérios objetivos*, definidos no edital ou no convite. Veda ainda o legislador, art. 44, § 1º, a utilização de qualquer elemento ou critério que infrinja o princípio de igualdade entre os licitantes. (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 293-294, grifos do autor).

De acordo com o art. 45 da LNL, tudo o que for relevante ao interesse público deve estar claramente definido no instrumento convocatório. Dessa forma, deve-se estabelecer critérios objetivos para averiguar condições, como: prazos de entrega, eficiência, assistência técnica, rendimento, qualidade, durabilidade, garantia, etc.

3 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Quando realiza um procedimento licitatório, a Administração Pública deve observar os critérios definidos na lei para a escolha da modalidade de licitação apropriada. Cada modalidade de licitação possui uma forma específica de conduzir o procedimento licitatório, com base nesses critérios. Tais critérios foram definidos pelo legislador pátrio, que introduziu no ordenamento jurídico essas seis modalidades de licitação. A Lei Federal 8.666/93 prevê as modalidades: i) a concorrência, modalidade de licitação apropriada para os contratos de valor elevado; ii) tomada de preço, modalidade de licitação de valor médio, na qual os interessados em participar devem estar previamente cadastrados ou atender a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas; iii) convite, modalidade de licitação mais simples, sendo utilizada pela Administração para contratações de menor valor com licitantes devidamente cadastrados na correspondente especialidade; iv) concurso, modalidade destinada à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, instituindo-se prêmios ou remuneração aos vencedores; v) leilão, utilizado para a venda de bens móveis inservíveis ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados; e, a Lei Federal, 10.520/2002 prevê a modalidade: vi) pregão, modalidade de licitação que destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. Essas modalidades estão previstas no art. 22, da Lei n.º 8.666/93. Os cinco primeiros parágrafos do referido dispositivo versam sobre cada uma dessas modalidades. O parágrafo oitavo, veda a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das já existentes.

Não obstante à citada vedação, a Lei 10.520/02 introduziu mais uma modalidade no ordenamento jurídico brasileiro - o pregão. Essa modalidade alcança importância única no contexto desse trabalho.

Excetuando-se o pregão, o principal fator para escolha da modalidade de licitação é o valor global do objeto a ser licitado. Quanto ao valor, em regra, aplica-se a concorrência para licitações de valores mais elevados. A tomada de preços e o leilão são aplicáveis para licitações de vulto médio. O convite é aplicável a licitações que envolvam objetos de modesta

significação econômica. O pregão, diferentemente das outras modalidades, não está limitado a valores. Joel de Menezes Niebuhr discursa sobre os atos praticados durante o prélio licitatório, que se diferenciam de acordo com cada modalidade:

A licitação pública é um procedimento administrativo, ou seja, uma cadeia de atos administrativos sucessivos, que devem ser cumpridos rigorosamente para que, ao final, se escolha o proponente com o qual a Administração Pública irá celebrar contrato. Esses atos praticados no curso da licitação pública retratam uma série de formalidades a que se sujeita a Administração Pública e que servem para legitimar as suas contratações, preservando o interesse público.

Ocorre que há diversos tipos de contratos, que demandam formalidades distintas, adequadas cada qual à importância e à natureza do seu objeto. Portanto, o legislador criou modalidades de licitação pública, por efeito das quais os procedimentos dela se diferenciam, de acordo com a conveniência de cada espécie, conforme juízo do legislador. (NIEBUHR, 2008, p. 103).

As modalidades de concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão desenvolvem-se em duas fases distintas: interna, com a abertura do processo administrativo e externa, com a abertura e apreciação dos envelopes contendo a documentação para habilitação dos licitantes. Essas fases encontram-se positivadas nos artigos 38 a 53 da LNL.

3.1.1 Concorrência

A concorrência é a modalidade na qual a licitante necessita comprovar possuir requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução do objeto da licitação. Essa comprovação se dá na fase de habilitação. A ampla publicidade é indispensável, pois assegura a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos exigidos. É adotada para a aquisição de bens e serviços de grande valor (acima de R\$1.500.000,00 para obras e serviços de engenharia e acima de R\$650.000,00 para demais contratos) e caracteriza-se por: i) universalidade de participantes, ii) ampla publicidade, iii) contratos de grandes valores, iv) prazo mínimo de trinta ou quarenta e cinco dias, entre a última publicação e a data de apresentação das propostas, de acordo com o artigo 21, I e II, da Lei n.º 8.666/93. Joel de Menezes Niebuhr expõe sua opinião sobre a concorrência:

A concorrência é a modalidade padrão de licitação pública, que preserva com maiores rigores o interesse público, em virtude do que é destinada aos contratos mais complexos e mais importantes, de acordo com a avaliação do legislador. Nesse sentido, deve-se adotar a modalidade concorrência em contratos de obras e serviços de engenharia cujos valores ultrapassem R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) (alínea "c" do inciso I do artigo 23 da Lei nº 8.666/93); nos demais tipos de contratos cujos valores ultrapassem R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) (alínea "c" do inciso II do artigo 23 da Lei nº 8.666/93); em compras e alienações de bens imóveis (§ 3º do artigo 23 da Lei nº 8.666/93); em licitações internacionais - salvo se o órgão licitante possuir cadastro internacional de fornecedores, situação em que se admite a tomada de preços, ou salvo se não houver fornecedor do bem no Brasil, situação em que se admite o convite (§ 3º do artigo 23 da Lei nº 8.666/93), ou salvo nas situações em que o objeto da licitação seja qualificado como bem ou serviço comum, hipótese em que se admite o pregão -; em licitações para as concessões de serviço público (inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.987/93). (NIEBUHR, 2008, p. 103).

Uma das características dessa modalidade é a não exigência de registro prévio ou cadastro de interessados. Exige-se que cumpram as condições presentes no instrumento convocatório, que deve ter sua publicação realizada com, no mínimo, trinta dias de intervalo antes do recebimento das propostas. Esse intervalo poderá ser dilatado para 45 dias, de acordo com o tipo de licitação enquadrada: se menor preço, técnica e preço ou melhor técnica. Marçal Justen Filho comenta esse efeito de dilatação de prazo na concorrência:

Na fase de divulgação, a concorrência comporta maior amplitude. Deverá ser respeitado um prazo mínimo de quarenta e cinco ou de trinta dias (conforme for aplicável o inc. I, al. "b", ou o inc. II, al. "a", ambos do art. 21) entre a última publicação e a data de apresentação das propostas. Na concorrência, qualquer interessado pode participar da licitação, sem necessidade de atendimento a requisitos previstos para a tomada de preços ou convite. Essa amplitude na participação produz reflexos sobre a fase de habilitação. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 195-196).

A concorrência torna-se obrigatória quando houver o parcelamento do objeto e o conjunto do valor das parcelas for igual ou superior ao previsto para a modalidade concorrência. A concorrência é a modalidade obrigatória em razão de determinados limites. Esses limites se sujeitam a revisões periódicas. Porém, independente do valor, a modalidade concorrência é aplicada nos seguintes casos: i) compra de bens imóveis; ii) alienações de bens imóveis para as quais não tenha sido adotada a modalidade leilão; iii) concessões de direito real de uso, serviço ou obra pública; iv) licitações internacionais. Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino opinam sobre os limites:

Agora, segundo o § 3º do art. 23, a concorrência é obrigatória na compra ou alienação de bens imóveis, nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitidas, neste último caso, a tomada de preços, desde que o órgão

ou entidade disponha de cadastro internacional de fornecedores e sejam observados os limites estabelecidos no artigo (23). (RIGOLIN, 2008, p. 71).

Por fim, um aspecto importante da modalidade de concorrência consiste na pré-qualificação (art. 114). A Administração poderá fazê-la sempre que o objeto da licitação recomende análise pormenorizada da qualificação técnica dos interessados, que terão uma análise prévia da sua idoneidade jurídica, técnica e financeira.

3.1.2 Tomada de Preços

Essa modalidade é realizada entre interessados que estejam previamente cadastrados na entidade realizadora do certame. Se a licitante não fizer parte do cadastro poderá providenciar o cadastramento, atendida todas as condições e qualificação exigidas, até o terceiro dia anterior a data do recebimento das propostas. De acordo com o artigo 34 da Lei 8.666/93, a entidade mantenedora do cadastro deve atualizá-lo anualmente. O parágrafo 2º do mesmo artigo faculta o compartilhamento dos cadastros entre as entidades e órgãos da Administração Pública. A tomada de preços foi concebida para contratações de obras, serviços e compras de valor inferior ao estabelecido para a concorrência. O artigo 21, § 2º, III, exige que a publicação se faça com quinze dias de antecedência. Porém, para os contratos sob o regime de empreitada integral ou para as licitações de melhor técnica ou técnica e preços, o prazo passa para quarenta e cinco dias. A contagem do prazo observa a norma do § 3º do mesmo dispositivo. Toshio Mukai apresenta interessante posicionamento acerca da tomada de preços:

Quanto à tomada de preços, o § 22 do art. 22, após a consolidada Lei n. 8.666/93, feita por força da Lei n. 8.883/94, contém uma impropriedade, pois mantém a segunda parte da redação original, que lhe era dada pela Lei n. 8.666/93, admitindo que compareçam interessados que "atenderem a todas as condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas", observada a necessária qualificação.

Ocorre que a Lei n. 8.883/94 acresceu o § 9º ao art. 22, referindo que, nessa hipótese, a Administração somente poderá exigir do licitante não cadastrado os documentos previstos nos arts. 27 a 31, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação nos termos do edital. Portanto, o não cadastrado participará da

tomada preços se apresentar todos os documentos para habilitação exigidos no próprio edital.

Assim, como a Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que lei nova revoga a anterior quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior, aquela segunda parte do § 2º do art. 22 da Lei n. 8.666/93 está revogada.

O § 3º define convite, mantendo o limite mínimo de três convidados pela unidade administrativa e obrigando a afixação do convite em local de fácil acesso; admite a participação de quaisquer interessados cadastrados, desde que solicitem o convite em tempo hábil (com antecedência de até vinte e quatro horas da apresentação das propostas). (MUKAI, 2008, p.71-72).

Antes, na tomada de preços a Lei se limitava aos licitantes inscritos no registro cadastral do órgão licitante. Atualmente, qualquer interessado pode apresentar, até o terceiro dia antes da data de recebimento das propostas, documentação exigida para o cadastramento. Quis o legislador, dessa forma, abranger um número maior de licitantes. A referida limitação, na fase de habilitação, em que a comissão examinava os certificados de registro cadastral, era uma vantagem dessa modalidade. Entretanto, o procedimento da tomada de preços tornou-se mais complexo, já que a comissão de licitação tem que examinar, também, a documentação dos licitantes de última hora, o que, segundo o mestre Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2009), tem dado margem a controvérsias e disputas infundáveis e, mesmo, insolúveis. Toshio Mukai melhor explica a função do registro cadastral:

Embora a nova lei tenha tratado, na Seção II, da habilitação, entendemos conveniente, antes, abordar a Seção III, que trata dos registros cadastrais.

Como se sabe, o registro cadastral ou cadastro de fornecedores é o assentamento constante dos órgãos e entidades públicas para fins orações. Nele são registrados, por categorias, todos os interessados em participar de tomadas de preços realizados pela Administração o que não os impede de participar das demais modalidades licitatórias (art. 34).

É facultado às unidades administrativas utilizar-se de registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública (§ 2º). Trata-se de norma geral.

Devem ser atualizados periodicamente; a nova lei impõe um prazo máximo de validade para o cadastro de um ano (art. 34). Tanto para a inscrição como para a atualização, o interessado deverá fornecer os documentos indicados nos arts. 28 a 31 da lei.

O registro é feito por categorias profissionais, de acordo com as atividades e especialidades, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e financeira avaliada com base nos documentos solicitados para demonstração da capacidade jurídica, técnica, idoneidade financeira e regularidade fiscal (art. 36).

O cadastro deve ser dinâmico. Daí o fornecimento, aos inscritos, de certificados com prazos de validade determinados (art. 36, § 1º).

O art. 37 prevê, a qualquer tempo, suspensão ou cancelamento do registro de inscrito que deixar de satisfazer às exigências do art. 27 ou as estabelecidas para classificação cadastral.

Sublinhe-se que, em nível federal, o Decreto n. 86.025/81 instituiu o Certificado de Registro no Cadastro Específico (CRCE). Tal decreto continua em vigor, naquilo que não colidir com a nova lei.

O Certificado de Registro Cadastral é importantíssimo porque, além de dar acesso aos interessados às tomadas de preços e de substituir em parte a documentação exigida para habilitação em qualquer outra modalidade licitatória (§ 2º do art. 32 da lei), ainda possibilita o controle da situação das empresas interessadas, por parte do Poder Público, no que toca à sua condição para executar contratos futuros (§ 2º do art. 36). (MUKAI, 2008, p.89-90).

Conforme preconiza o artigo 34, os órgãos e entidades que realizem licitações com frequência devem manter um regime cadastral, atualizado anualmente. Com base no artigo 34, § 2º, o gestor público pode utilizar registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública. Joel de Menezes Niebuhr expõe sua opinião sobre o regime cadastral:

Percebe-se indicativo de que na modalidade tomada de preços se pretendia substituir a fase de habilitação por cadastramento prévio, tanto que o § 2º do artigo 22 da Lei nº 8.666/93 preconiza que a tomada de preços é a "modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior à data de recebimento das propostas". A idéia era que, em vez de despende tanto tempo para proceder à habilitação, todas as questões referentes a ela fossem resolvidas antecedentemente, num cadastramento prévio à própria licitação. Todavia, como é admitida participação de não cadastrados que apresentem os documentos exigidos para o cadastramento em até 03 (três) dias antes da data fixada para o recebimento dos envelopes, a Administração Pública vê-se compelida a analisar tais documentos às vésperas do certame, assemelhando-se em muito o procedimento da tomada de preços com o da concorrência. Afora isso, é usual que a Administração Pública exija, nos editais das tomadas de preços, outros documentos para a habilitação, além dos apresentados no cadastramento, o que a força a proceder à habilitação. (NIEBUHR, 2008, p. 104-105).

Os citados registros cadastrais são referentes a fornecedores de bens, obras e serviços. Servem para uma habilitação prévia dos licitantes e são mantidos por órgãos e entidades administrativas que realizam licitações com frequência, sendo esse fato, a grande característica dessa modalidade, o que a distingue da concorrência. A Administração pode aplicar a tomada de preços para as contratações de obras, serviços e compras dentro dos limites de valor estabelecidos em lei.

3.1.3 Convite

Considerado a mais simples dentre as modalidades, o convite é aplicável a um mínimo de três interessados do ramo relacionados ao objeto da licitação. Podem participar também os não convidados que manifestarem seu interesse com antecedência de vinte e quatro horas da apresentação das propostas, conforme artigo 22, § 3º da Lei 8.666/93 e estiverem cadastrados na correspondente especialidade. Carlos Pinto Coelho Motta destaca a referida modalidade:

É a modalidade mais simples. A unidade administrativa escolhe e convida no mínimo três interessados, do ramo pertinente do objeto, cadastrados ou não 3º do art. 22). Afixa em local apropriado (como quadro de avisos) a cópia do instrumento convocatório. O convite estende-se aos demais cadastrados do ramo que manifestarem interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas. Essa possibilidade da participação de um interessado, não formalmente convidado, é sem dúvida um reforço à universalidade da participação. No entanto, "a expedição de carta-convite já implica habilitação do convidado". (MOTTA, 2008, p. 250-251).

É uma modalidade adequada a contratações de pequeno vulto, cujo objeto não seja complexo. A exemplo do que ocorreu na tomada de preços, o convite, ao permitir também a participação de interessados sem cadastro prévio, tornou seu procedimento mais complexo. Essa manifestação tem que surgir com antecedência de até vinte e quatro horas da apresentação das propostas. Joel de Menezes Niebuhr comenta sobre as peculiaridades do convite:

A modalidade convite introduz procedimento cujas formalidades são deveras amenizadas, uma vez que deveria ser utilizada somente em licitações públicas de menor relevância, cujos valores envolvidos sejam reduzidos. Nada obstante isso, a modalidade convite é aplicada nas licitações para obras e serviços de engenharia cujos valores não excedam R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) (alínea "a" do inciso I do artigo 23 da Lei nº 8.666/93); nos demais contratos cujos valores não sejam superiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) (alínea "a" do inciso I do artigo 23 da Lei nº 8.666/93); e nas licitações internacionais, se não houver fornecedor do bem ou serviço no país (§ 3º do artigo 23 da Lei nº 8.666/93).

O procedimento a ser seguido na modalidade convite é bastante peculiar, dado que a Administração Pública expede carta-convite a três possíveis interessados do ramo pertinente ao objeto licitado, por efeito do que, como o próprio nome revela, os convida a participar do certame. Em paralelo a isso, a Administração Pública deve fixar cópia dessa carta-convite em lugar apropriado -leia-se: no quadro de avisos do órgão que promove a licitação -, em razão do que estende o convite a todos os demais cadastrados que se interessem em participar da disputa (§ 3º do artigo 22 da

Lei nº 8.666/93). Além disso, o prazo mínimo entre a pretensa publicidade da carta-convite e o recebimento dos envelopes é de 5 (cinco) dias úteis.

Registre-se que os valores limites para as modalidades concorrência, tomada de preços e convite são dobrados para os consórcios públicos formados por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número, de acordo com o § 8º do artigo 23 da Lei nº 8.666/93. (NIEBUHR, 2008, p. 105).

Como a convocação é feita por meio da carta-convite com uma antecedência prevista na LNL, de cinco dias úteis, fica desobrigada a Administração de publicar o edital de convite. Para tanto, a divulgação deve ser feita em lugar de ampla circulação, com a afixação de cópia do convite em quadro de avisos do órgão ou entidade. É, na verdade, a única modalidade de licitação em que a lei não exige publicação de edital. São necessárias pelo menos três propostas válidas que atendam a todas as exigências do instrumento convocatório para que a contratação seja possível. Frise-se que, necessariamente, as três propostas precisam ser válidas para que não seja preciso repetir o procedimento. Muitos órgãos ou entidades utilizam a publicação do convite na imprensa oficial e em jornal de grande circulação para evitar quaisquer problemas. Uma publicação nessas dimensões afasta a discricionariedade do agente público e confere ao convite divulgação no mesmo patamar da concorrência e da tomada de preços. A publicação também pode ser feita diretamente aos fornecedores do ramo. O Tribunal de Contas da União firmou entendimento que, caso não se obtenha um número suficiente de propostas será necessário a repetição do convite, convocando-se outros possíveis interessados. Essas reiteradas decisões originaram a súmula número 248 daquela Corte de Contas⁴. Nos termos do artigo 22, § 7º, quando por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados for impossível a obtenção de número mínimo de três licitantes, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo sob pena de repetição de convite. Porém se no convite forem inseridas condições exclusivas de uma empresa, em detrimento do princípio da competitividade, não irá perdurar a justificativa da Administração. José Cretella Júnior pondera:

Convite, para o Decreto-lei nº 200/67, art. 127, § 4º, é "a modalidade de licitação entre interessados no ramo pertinente ao objeto da licitação, em número mínimo de 3 (três), escolhidos pela unidade administrativa, registrados ou não, e convocados por escrito com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis". O art. 10, § 3º, Decreto nº 73.140173 indica "o convite para obras de vulto inferior a 500 (quinhentas) vezes o

⁴ O que se pretende demonstrar, nesse caso, é apenas o entendimento do TCU sobre determinado assunto. Salienta-se que não há qualquer hierarquia entre as Cortes de Contas do País e a decisão demonstrada não vincula os outros tribunais. Entretanto, pode ser formadora de opinião. Os Tribunais de Contas estão ligados ao Poder Legislativo.

valor do maior salário mínimo mensal vigente no país, observado o disposto no item VII do art. 8º deste decreto", e também" para serviços de vulto inferior a 100 (cem) vezes o valor do maior salário mínimo mensal vigente no país, observado o disposto no item VII do art. 8º deste decreto". O Decreto-lei nº 2.300/86, 20, § 3º, altera o conceito de *convite*, assinalando-o como" a modalidade de licitação entre, no mínimo, 3 (três) interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos pela unidade administrativa". Por fim, a lei atual modifica sensivelmente o instituto do *convite*, definindo-o como" a modalidade de ação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa afixará em local apropriado, cópia do convite e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse". (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 223, grifos do autor).

Ressalta-se que a LNL, em seu art. 23, § 5º, veda a utilização do convite para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local, que possam ser realizados conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de tomada de preços ou concorrência, respectivamente. A abertura de envelopes é feita no dia, hora e local especificados na carta-convite, em ato público, com julgamento realizado por comissão ou agente público designado para tal.

3.1.4 Concurso

O concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores, de acordo com critérios constantes no edital publicado na imprensa oficial, com antecedência mínima de 45 dias, art. 22, § 4º. Sua aplicação é mais comum para seleção de projetos. Rege-se pelos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes e tem por objetivo a obtenção do melhor projeto. Entretanto, no concurso não se aplicam os tipos de licitação existentes, pois os vencedores recebem um prêmio ou remuneração, art. 45, § 1º da Lei 8.666/93. Dessa forma, pela sua natureza especial, dispensa as formalidades específicas da concorrência. Não é concedida ao vencedor qualquer garantia de contratação com a Administração Pública. O julgamento do concurso é feito por uma comissão especial, servidores públicos ou não, integrada por pessoas de reconhecido conhecimento da matéria

pertinente ao objeto e de reputação ilibada, (art. 51, § 5º). A qualificação exigida dos participantes está estabelecida nas regras do edital do concurso. No instrumento convocatório há, também, todas as diretrizes, como: a forma de apresentação do trabalho, condições de realização e os prêmios a serem concedidos. José Cretella Júnior, pondera:

Concurso não é aqui tornado no sentido corrente de "disputa entre candidatos para provimento de cargo público", que já fora objeto do art. 99, § 5º, do Decreto-lei na 200/67, com a seguinte redação: "Não se preencherá vaga nem se abrirá concurso na administração direta ou em autarquia sem que se verifique previamente, no competente centro de redistribuição de pessoal, a inexistência de servidor a aproveitar, possuidor da necessária qualificação." Nem se trata do concurso, a que se refere o art. 37, incisos II, III e IV, referente à obtenção de cargo público.

Para o Decreto-lei na 2.300/86, art. 20, § 40, "*concurso* é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico ou artístico, mediante a instituição de prêmios aos vencedores". Este é o concurso para obtenção de *prêmio*, pelo vencedor.

Na lei atual, art. 22, § 40, o conceito foi amplificado, definindo-se o instituto como a *modalidade de licitação* entre quaisquer interessados para escolha de *trabalho técnico* ou *científico* ou *artístico*, mediante a instituição de *prêmios* ou *remuneração* aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias. (CRETILLA JÚNIOR, 2006, p. 223-224, grifos do autor).

Carlos Pinto Coelho Motta destaca o sentido abrangente do § 4º do art. 22 da LNL:

Modalidade utilizada para selecionar trabalho técnico, científico ou artístico, mediante prêmio ou remuneração dos vencedores, segundo critérios previamente fixados. A Lei 8.220, de 4/9/91, que dispunha sobre a obrigatoriedade de concurso de projetos arquitetônicos para edifícios públicos do governo federal, foi revogada. Também ocorreu revogação do art. 83 da Lei 5194/66, que isentava de concorrência de preço os projetos técnicos. Com o sentido abrangente do § 4º do art. 22, ter-se-á licitação de projetos, via concurso, inclusive do tipo menor preço (art. 45, § 1º, I). (MOTTA, 2008, p. 251)

O art. 52 da Lei 8.666/93 estabelece que o concurso deva ser precedido de regulamento próprio, a ser obtido pelos interessados no local indicado no instrumento convocatório. Quando se tratar de projeto, o vencedor do concurso deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente. A execução do projeto vencedor torna-se objeto de outra licitação, na modalidade de concorrência, tomada de preços ou convite. Veda-se a participação do autor como licitante. O recebimento do prêmio ou remuneração é condicionado à cessão desses direitos autorais. É relevante observar que os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados devem, de forma preferencial, ser celebrados por meio de concurso. Excetuando-se os casos de inexigibilidade

de licitação, os concursos devem estipular previamente o prêmio ou remuneração, (art. 13, § 1º da LNL). Joel de Menezes Niebuhr expõe sua opinião sobre o concurso:

A modalidade concurso emprega-se para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias (§ 4º do artigo 22 da Lei nº 8.666/93). (NIEBUHR, 2008, p. 106).

O prêmio é a retribuição dada ao vencedor pela atividade técnica, científica ou artística desempenhada. A Administração pode entregar prêmios em dinheiro ou não, pois tanto poderá configurar em espécie monetária, bem de valor ou honraria de outra natureza. Porém, a regra é a entrega de prêmios não economicamente avaliáveis, pois a premiação final funciona como fator de incentivo aos possíveis interessados em participar do concurso.

3.1.5 Leilão

É a modalidade de licitação realizada entre quaisquer interessados para venda de bens móveis e semoventes inservíveis da Administração, ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados. É também realizado para a alienação de bens imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimento judicial ou de dação em pagamento, a quem oferecer maior lance, desde que igual ou superior ao da avaliação, conforme preconiza o artigo 22, § 5º da Lei 8.666/93. José Calasans Junior faz um breve apanhado sobre leilão em sua obra e enfatiza sua utilidade no processo de desestatização:

Como foi dito antes, o concurso e o leilão são modalidades especiais de licitação, para as quais os valores indicados não são aplicáveis. O leilão, na definição do texto atual do § 5º do art. 22, é modalidade própria para as alienações de bens inservíveis, de móveis avaliados em quantia não superior ao limite previsto na alínea b do inciso II do art. 23 e de imóveis cuja aquisição tenha decorrido de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento. O substitutivo da Comissão Assuntos Econômicos do Senado ao projeto de lei de janeiro de 2007 estende utilização do leilão aos casos de alienação de imóveis em geral e estabelece para ele a mesma sistemática de processamento do pregão, com propostas escritas fechadas e lances verbais. Mas o leilão não é exclusivo desses tipos de alienações. Além de próprio para as privatizações de empresas e para a desestatização de serviços públicos, pode ser utilizado, também, nas licitações para outorga de concessão de aproveitamentos

hidrelétricos. Para a primeira hipótese, a previsão está contida no art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997 (que substituiu a Lei nº 8.031 de 12 de abril de 1990), disciplinadora do Programa Nacional de Desestatização PND. Para as concessões de aproveitamentos hidrelétricos, a utilização do leilão ficou expressamente autorizada no art. 24 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro 1996, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e dispôs sobre o regime econômico e financeiro das concessões de serviços públicos de energia elétrica. Atualmente, o leilão vem sendo adotado, também, para as licitações concessões de serviços públicos de transmissão de energia elétrica. (CALASANS JUNIOR, 2009, p.34)

E no sentido demonstrado pelo mestre Calasans Junior, pode-se encontrar também no ordenamento pátrio o art. 27, I, da Lei nº 9.074/95, versa que para os casos de serviços públicos prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União, esta pode utilizar, exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações, no procedimento licitatório, a modalidade de leilão para se promover a privatização simultaneamente com a outorga de novas concessões de serviços públicos ou com a prorrogação de concessões existentes, observada a necessidade da venda de quantidades mínimas de quotas ou ações que garantam a transferência do controle societário.

A característica do leilão se dá pela concentração, de uma só vez, dos atos destinados à seleção da proposta mais vantajosa. Pode-se verificar a ocorrência de dois tipos de leilão: o comum e o administrativo. A legislação federal rege o leilão comum, privativo do leiloeiro oficial. Pode a Administração estabelecer as condições específicas. O leilão administrativo é realizado por servidor público. Outra característica do leilão é que um mesmo interessado pode multiplicar suas propostas por lances durante a realização do prélio licitatório. Carlos Pinto Coelho Motta destaca a competência para a realização do leilão:

Modalidade utilizada para venda de bens móveis inservíveis ou produtos legalmente apreendidos, ou penhorados, e para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação (art. 22, § 5º).

[...]

As privatizações e desestatizações empreendidas pela Administração Pública são processadas mediante a modalidade do leilão, que a um só tempo transfere o controle acionário da empresa estatal e preserva a delegação de serviço público. O STF reconheceu a pertinência do leilão para tais objetos, ao julgar improcedente Ação de Inconstitucionalidade interposta contra o art. 191 da Lei 9.472/97.

Tem sido prática corrente das Juntas Comerciais a autorização, por meio de Resolução, de realização de leilões de bens da União, do Estado, dos Municípios e das autarquias serem realizados "por leiloeiro oficial ou por servidor designado". (MOTTA, 2008, p. 252).

Os bens a serem leiloados devem ser previamente avaliados antes da realização do leilão. Deve, também, constar no edital o lance mínimo a ser ofertado, dia, horário e local do pregão. Além disso, o edital deve descrever os bens, a fim de possibilitar sua identificação, o local onde se encontram, para que os interessados possam avaliar o estado e confrontá-lo com o que está descrito no instrumento convocatório. José Cretella Júnior comenta sobre o processo legislativo tumultuado que deu origem a essa modalidade na lei de licitações:

O Decreto-lei na 200/67, art. 127, I, II e III, enumera apenas três modalidades de licitação, a *concorrência*, a *tomada de preços* e o *convite*. Na pressa com que foi redigido, em fins de governo, o responsável pelo diploma esqueceu-se do *leilão* que, afinal, foi lembrado e encaixado, na última hora, no art. 143: "As disposições deste título aplicam-se, no que couber, às alienações, admitindo-se o *leilão*, neste caso, entre as modalidades de licitação." Finalmente o Decreto-lei na 2.300/86, art. 20, § 50, e a lei atual definiram o instituto como "a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens inservíveis para a Administração, ou de produto legalmente apreendidos, a quem oferecer maior lance, igual ou superior ao da avaliação". Observação: No texto, deveria estar: "para a venda, pela Administração, de seus bens inservíveis".

Novidade absoluta foi a tentativa de inclusão, pelo Projeto de Lei na 59/92, da figura do *processo seletivo*, entre as modalidades de licitação, definido na lei atual como a sexta espécie em que se desdobra o procedimento licitatório, "utilizada nas concessões e autorizações reguladas pelo Código Brasileiro de Aeronáutica" (art. 22, § 60). tentativa foi suprimida do texto final da lei, e não consta do art. 122 da Lei na 8.666/93. (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 224, grifos do autor).

Como no leilão não se exige qualquer tipo de habilitação prévia dos licitantes, a Administração pode exigir como garantia, um depósito do percentual do valor do bem. Isso ocorre em função da venda do bem leiloadado, que é feita em curto prazo ou à vista. Joel de Menezes Niebuhr expõe sua opinião sobre essa modalidade:

A modalidade leilão é destinada à venda de bens móveis até, atualmente, R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) (§ 6º do artigo 17 da Lei nº 8.666/93), bens móveis inservíveis à Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou à alienação de bens imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance igualou superior ao da avaliação (§ 5º do artigo 22 da Lei nº 8.666/93). O edital do leilão deve ser publicado com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data prevista para o recebimento dos envelopes (inciso III do § 2º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93).

O leilão é ainda utilizado, com feição diversa da dada pela Lei nº 8.666/93, em processos de privatização, acompanhados, boa parte deles, de concessão de serviços públicos, conforme preceituam o inciso I do artigo 27 e o caput do artigo 29 da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, bem como o § 4º do artigo 2º e o § 3º do artigo 4º da Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997. (NIEBUHR, 2008, p. 103).

Por fim, a arrematação do bem licitado é obtida por aquele que oferecer melhor lance, de valor igual ou superior ao avaliado pela Administração. Os lances no leilão são verbais, tal qual uma disputa pública entre os ofertantes, enquanto durar o prélio licitatório.

3.1.6 Pregão

A modalidade pregão foi instituída inicialmente pela Medida Provisória 2.026, de quatro de maio de 2000. A palavra pregão, no sentido literal, significa o ato de apregoar, de realizar uma proclamação pública. Essa nova modalidade de licitação destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. A referida MP que instituiu o pregão foi convertida na Lei 10.520, de 2002 e regulamentada pelo Decreto 3.555, de 2000. Joel de Menezes Niebuhr traça a trajetória da criação dessa nova modalidade:

A modalidade pregão foi criada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para ser aplicada somente pela ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações). Posteriormente, em virtude do artigo 37 da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, o uso dele foi estendido para as demais agências reguladoras. Pouco antes disso, a Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000, fez o pregão abranger toda a Administração Pública Federal. Com o mesmo fundo, a referida Medida Provisória recebeu nova numeração, dessa vez o nº 2.108, em 27 de dezembro de 2000, e acabou convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, abrindo-se para toda a Administração Pública nacional.

A modalidade pregão é utilizada para a aquisição de bens e serviços de natureza comum, isto é, consoante definição contida na respectiva Lei, bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado (§ 1º do artigo 1º da Lei nº 10.520/02). O ponto positivo disso é que a adoção do pregão independe do valor do contrato, critério até então prevalecente, em especial no que toca às modalidades definidas na Lei nº 8.666/93, minimizando problemas relativos ao parcelamento indevido de licitação pública. Cumpre advertir, em tempo, que o pregão não substitui as demais modalidades, dado que o uso dele é facultativo. Enfim, o Decreto federal nº 5.450/05 estabelece procedimento para realização da modalidade pregão à distância, mediante o uso de sistema de informática, com comunicação por internet o que costuma ser chamado de pregão eletrônico. (NIEBUHR, 2008, p. 106).

O pregão tem como principais características: o seu emprego para aquisição de bens e serviços comuns; a celeridade no seu procedimento; a semelhança com o leilão, porém,

com a inversão de fases no procedimento licitatório, pois a habilitação se dá após o julgamento das propostas; a definição pelo menor preço; a sua execução na forma tradicional ou eletrônica (pregão eletrônico). Tais características acabam por se converter em vantagens para a Administração Pública, em termos de flexibilidade e agilidade do ato licitatório. Carlos Pinto Coelho Mota enumera algumas dessas vantagens:

As principais vantagens que se podem aquilatar, na leitura plana da Lei, seriam: a redução de tempo e de custos, com a inversão de fases, e, certamente, o incremento do número de concorrentes, em razão da disputa aberta, com maior flexibilidade de documentação e eliminação de ritos. Quanto à inversão de fases, o Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema “S”, no art. 19, já a admitia. O procedimento é aprovado pelo TCU. (MOTTA, 2008, p. 789)

Importante também a lição de Toshio Mukai, que destaca os seguintes pontos do pregão:

Com relação ao pregão, instituído primeiramente pela Medida Provisória n. 2.108/2000, posteriormente convertida na Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, observamos como pontos importantes:

a) O pregão é modalidade de licitação que se diferencia da concorrência, tomada de preços e do convite por se caracterizar pela existência de uma etapa de julgamento constituída pelo oferecimento de lances por aqueles que se tenham mantido, com suas propostas escritas, dentro do percentual de 10% superiores à proposta escrita de menor preço (ver incisos VIII e IX do art. 42); os demais proponentes terão suas propostas escritas rejeitadas e, como consequência, estarão desclassificados do certame.

Nessas condições, se o vencedor (aquele que ofereceu o menor lance) for inabilitado, serão chamados na ordem de classificação, dentre os concorrentes que ofereceram lances, os demais, até que um proponente apresente toda a documentação em dia (inciso XVI do art. 4º).

b) o pregoeiro, tendo o vencedor, deverá examinar a sua proposta quanto ao objeto (qualidade, durabilidade etc., inclusive amostras) e valor (se o preço é exequível ou não), para decidir, motivadamente pela sua aceitabilidade.

Decididos os recursos, o pregoeiro fará a adjudicação do objeto do pregão ao licitante vencedor (inciso XXI) e, após, haverá a homologação do certame pela autoridade superior (inciso XXII), sendo convocado o adjudicatário para assinar o contrato, no prazo fixado edital.

c) O recurso é único e terá lugar após o julgamento, com a adjudicação do vencedor; o recorrente deverá manifestar sua intenção de recorrer imediatamente e motivadamente, tendo um prazo de três dias para apresentar as razões do recurso, sendo-lhe assegurada vista imediata dos autos. Se não houver a manifestação imediata o eventual recorrente decairá do direito de recorrer.

d) Os lances que não se ativerem ao redor do preço estimado pela Administração (termos de referência de custos) deverão ser rejeitados e os proponentes desclassificados por inexecuibilidade l preço (Lei n. 8.666/93 - art. 48, II).

e) A abertura e exame da documentação do vencedor (ou dos demais) será sempre efetuada em sessão pública, para a qual ser, obrigatoriamente convocados os licitantes (art. 37 da CF e art. 3º, Lei n. 8.666/93 - princípio da publicidade), sob pena de nulidade da contratação. (MUKAI, 2008, p.73-74).

A comissão de licitação recebe as propostas, por escrito, dos interessados em participar do pregão. Após isso, a comissão seleciona aquela que possuir menor preço e as ofertas até 10% a mais do valor estipulado no edital. Assim, pretende o legislador proteger a Administração de propostas exageradas, com um valor fora da realidade do mercado. O interessado que exagera na proposta tende a ficar fora da disputa. Fica garantido, também, o mínimo de competitividade caso menos de três ofertas sejam selecionadas após a abertura dos lances escritos. Nesse caso, permite-se a participação dos autores das três melhores, com qualquer preço ofertado. Benedicto de Tolosa Filho melhor explica algumas características do pregão:

Outra característica da licitação na modalidade de pregão, que será estudada no momento oportuno, é a inversão das fases da licitação. Ou seja, no primeiro momento serão abertos os envelopes contendo as propostas comerciais dos licitantes, apurando-se a proposta mais vantajosa para a Administração, através do tipo de licitação de menor preço, e em seguida, a abertura do envelope de habilitação, somente da empresa melhor classificada, consoante disposto no art. 4º, XII, da Lei nº 10.520/2002, e art. 11, XIII, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.555/00, em sendo esta inabilitada, o da segunda classificada, na ordem decrescente de preço, e, assim sucessivamente.

A licitante melhor classificada, que não cumprir as exigências previstas no edital, quanto à habilitação, estará sujeita às severas sanções previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e no art. 14 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.555/00.

O veto apostado ao *caput* do art. 2º atingiu, em face da técnica constitucional de elaboração de leis (Constituição Federal, art. 66, § 2º), ponto importante do regramento do pregão. Com efeito, o *caput* do artigo *in comento* dispunha que o pregão se aplica à licitação para contratação de bens e serviços comuns qualquer que seja o seu valor, bem como estabelecia como forma de disputa a apresentação de propostas e lances em sessão pública.

Esse veto, embora cause prejuízo ao entendimento da regra aplicável à modalidade, não pode ser utilizado como óbice à sua aplicação, pois sua previsão em regulamento supre essa lacuna, fato corrigido posteriormente.

Aliás, faltou cuidado na elaboração do texto legal, como de ser observado com relação ao inciso I do art. 4º e ao *caput* o art. 8º, que remetem para o § 2º do art. 10, quando na verdade se referem ao § 2º do art. 2º. (TOLOSA FILHO, 2009, p. 14-15, grifos do autor).

A modalidade pregão tem seu prélio realizado em sessão pública, que pode ser presencial ou na forma eletrônica. Sendo presencial é regulamentada pelo Decreto 3.555, de 2000 e sendo eletrônica é regulamentada pelo Decreto 5.450⁵, de 2005.

De acordo com a legislação vigente, os bens e serviços comuns devem ser adquiridos mediante pregão. Se a Administração optar pela não realização do pregão na contratação de bens e serviços comuns deverá justificar tal impossibilidade. Essa justificativa

⁵ DECRETO Nº 5.450, DE 31 DE MAIO DE 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

não deve ser feita de forma isolada pelo gestor público. Deve ele contar com o respaldo técnico da área de informática de sua Unidade. Importante que a justificativa venha acompanhada do projeto básico. A impossibilidade seria justificável se o objeto exigisse alguma característica desconhecida no mercado, como uma linguagem ou componente de linguagem de computador muito recente. Porém, o uso de uma linguagem ou componente tão recente, pela Administração, exige uma justificativa pormenorizada, demonstrando-se as vantagens por tal adoção em detrimento da vantajosidade do pregão. É o art. 4º, § 1º do Decreto nº 5.450 de 2005 que torna obrigatório o emprego da modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, nas contratações para aquisição de bens e serviços comuns.

O legislador quis inovar criando regras mais simples e eficientes nessa modalidade. Com isso, criou-se a inversão das fases de habilitação e classificação dos licitantes. A inversão permite uma maior rapidez, pois a Administração examina somente a documentação do participante que apresentou a melhor proposta. Esse procedimento obriga a um exame prévio da documentação de habilitação fornecida por todos os participantes. Dessa forma, acaba-se por acelerar a conclusão da licitação. O exame prévio da documentação de habilitação tem sido cada vez mais frequente nas concorrências. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes proporciona importante lição a respeito da inversão de fases do pregão:

Na licitação convencional, o julgamento se inicia pelo exame do envelope contendo os documentos do licitante que o habilitam sob o aspecto jurídico, fiscal, técnico e econômico-financeiro a desempenhar o contrato e, só após, examina-se a proposta, envelope onde consta a descrição do objeto e o preço.

No pregão, examina-se a proposta e, só após, a habilitação, e, apenas a do vencedor. Desse modo, com a inversão das fases de exame, a Administração Pública restringe o julgamento da habilitação, em tese, a uma habilitação: a do vencedor. (JACOBY, 2007, p. 489).

Dessa maneira, a fase de habilitação acontece depois que forem classificadas e julgadas as propostas, obtendo-se a de menor preço. Feito esses procedimentos é que se iniciará a fase de habilitação. Conforme se observa, a inversão entre as fases de julgamento e de habilitação diferencia o pregão das demais modalidades de licitação existentes na LNL. Primeiro ocorre o julgamento da proposta de menor preço ofertada para, aí sim, iniciar-se a habilitação. Tal fenômeno, o da inversão de fases, evita a demanda de trabalho necessária à habilitação de todos os licitantes antes que sejam confrontadas as suas propostas. O resultado de tal inovação é a simplificação dos procedimentos em um certame, sendo que a habilitação

só é realizada para o vencedor. A modalidade pregão representa uma desejável aplicação do princípio constitucional da eficiência, uma vez que, agiliza e simplifica o procedimento licitatório por meio de uma inversão de fases que propicia uma funcionalidade maior e mais efetiva. Igualmente importante é a lição de Joel de Menezes Niebuhr que revela detalhes acerca da inversão de fases da licitação:

Uma das notas típicas do pregão é a inversão das fases tal qual tradicionalmente dispostas na Lei nº 8.666/93. Ou seja, enquanto na Lei nº 8.666/93 deve-se primeiro proceder à habilitação e, só depois de concluí-la, passar a analisar as propostas, no pregão, conforme a Lei nº 10.520/02 ocorre exatamente o contrário: deve-se proceder primeiro à apreciação das propostas, depois à habilitação.

Destarte, na modalidade pregão, após o julgamento das propostas e a análise da aceitabilidade delas, passa-se à fase de habilitação. Nela, num primeiro momento, o pregoeiro abre apenas o envelope do autor da melhor proposta, desde que tenha sido reputada aceitável (inciso XII do artigo 4º da Lei nº 10.520 e inciso XIII do artigo 11 do Decreto nº 3.555/00). Se o licitante desatende as condições da habilitação, o pregoeiro deve abrir o envelope do autor da proposta subsequente, na ordem de classificação, e, assim, sucessivamente, até que apure alguém que as atenda, isto é, que esteja devidamente habilitado (inciso XVI do artigo 4º da Lei nº 10.520 e inciso do artigo 11 do Decreto nº 3.555/00). (NIEBUHR, 2006, p. 220).

O pregão surge como uma nova modalidade para a Administração Pública, nos casos de contratação de bens e serviços considerados comuns. É uma modernização no sistema de leis de licitação, na qual pretende o legislador, proporcionar aos gestores públicos um meio mais econômico, célere e eficaz para as contratações. A lei ao determinar o pregão eletrônico como forma de realização preferencial, aperfeiçoa o procedimento licitatório e aumenta a competitividade. Dessa forma, é possível alcançar fornecedores de várias regiões do país, com a redução dos custos com o próprio certame e redução dos valores das propostas. Joel de Menezes Niebuhr expõe sua opinião sobre a modalidade pregão e enfatiza alguns aspectos negativos:

Como já salientado, a tecnologia da informação é o traço marcante da pós-modernidade, trazendo benefícios de toda a ordem. Contudo, malgrado, as benesses da pós-modernidade não são compartilhadas por todos, condenando parcela expressiva dos indivíduos, senão a maioria, à exclusão, à realidade distante da tecnologia.

É notório que o êxito do pregão eletrônico pressupõe disposição da tecnologia adequada: é recomendável que o licitante disponha de bom equipamento, de Internet de banda larga, de pessoal treinado, etc. E o ponto é que há inúmeras empresas e pessoas ainda não informatizadas, que não dispõem da tecnologia e do conhecimento para participar com sucesso de pregão eletrônico. Normalmente, tais fornecedores exercem comércio de pequeno porte, de varejo, como o são as mercearias e oficinas mecânicas. Na verdade, também há muitas entidades da Administração Pública,

especialmente pequenos Municípios, que não dispõem da tecnologia e do conhecimento para promover com sucesso pregão eletrônico.

Sob essa perspectiva, muito embora, por um lado, o pregão eletrônico amplie a competitividade, por outro, se utilizado indistintamente, para objetos cujos fornecedores ainda não disponham de tecnologia, o efeito tende a ser contrário, restringindo a competitividade. Se os possíveis interessados na licitação não estiverem informatizados e se a mesma for realizada através do pregão eletrônico, é quase certo que eles não participarão dela. Nesse caso, a adoção do pregão eletrônico, em vez de benefício, acarreta prejuízo à Administração, na medida em que será menor o número de licitantes. talvez alguém que tem ótima proposta à Administração seja desencorajado a participar dela pelo fato de não dispor de tecnologia para o pregão eletrônico. (NIEBUHR, 2006, p. 285-286).

Sobre as formas do pregão, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes posiciona-se e informa, primeiramente, acerca da forma presencial:

O Decreto na 3.555, de 8 de agosto de 2000, que regulamentou a Medida Provisória na 2.026, de 28 de julho de 2000, tratando essencialmente do *pregão* presencial, trazendo dois anexos: o primeiro, o regulamento propriamente dito; o segundo, uma relação de bens e serviços considerados comuns.

Com o veto do art. 20 da Lei na 10.520/02, não mais se exige a necessidade de regulamentar o *pregão* e a própria relação serviços comuns.

A jurisprudência acabou firmando-se no sentido de que:

- o regulamento não é mesmo exigível;
- as disposições do decreto que regulamentavam a Medida Provisória e são compatíveis com a lei convertida podem ser utilizadas no processo de interpretação dessa, suprindo-lhe as lacunas;
- a relação anexa ao decreto tem conteúdo meramente exemplificativo. (JACOBY, 2007, p. 458, grifos do autor).

Continua o renomado mestre para demonstrar sua opinião acerca do pregão eletrônico:

Mesmo sujeito a [a]ventuais censuras do meio jurídico, o Governo Federal editou, após a Lei na 10.520/02, decreto específico regulando o uso do *pregão* e do registro de preços, em especial, o *pregão* eletrônico.

O Decreto na 5.450, de 31 de maio de 2005, seguintes principais inovações a partir de 1º de junho do mesmo ano:

- a) tomou obrigatório, para bens e serviços comuns, o *pregão*;
- b) a forma preferencial passou a ser a eletrônica;
- c) não vedou o uso da forma eletrônica para serviços de engenharia comum;
- d) determinou o uso preferencial da cotação eletrônica para os casos de dispensa de licitação amparados no art. 24, inc. II, Lei nº 8.666/93. (JACOBY, 2007, p. 458-459, grifos do autor).

De grande importância para esse trabalho, o pregão modificou consideravelmente a maneira de a Administração Pública contratar bens e serviços relacionados à área de informática. Por essa razão, a modalidade pregão para contratação de bens e serviços de TI será apresentada com mais detalhes no próximo capítulo.

4 PREGÃO PARA CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS DE TI

Comumente os gestores públicos incorrem em dúvida sobre qual modalidade licitatória deve-se adotar para aquisição de bens e serviços na área de tecnologia de informação (TI). Essa dúvida se agrava com a publicação do edital e com a ciência dos interessados diante do aparente conflito entre as normas que regem a matéria. Esse estado de incerteza pode resultar em certames tumultuados, com impugnações no órgão licitante e denúncias em tribunais de contas.

Nem a Administração Pública, nem a sociedade ganham com o atraso de licitações mal resolvidas. Dessa maneira, para se dirimir a dúvida quanto à contratação de bens e serviços comuns de TI é importante desvendar o conceito de bem e serviço comum.

4.1.1 Bens e Serviços Comuns

Para se aplicar a modalidade pregão é fundamental que o objeto envolva bens e serviços comuns, tal qual como definido no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/02: "(...) aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado". Hodiernamente, essa é a definição que o aludido dispositivo traz sobre o que são bens e serviços comuns. Salienta-se que o § 2º do art. 3º do Decreto nº 3.555/00 já continha regramento dispondo sobre bens e serviços comuns. Infere-se da norma que o importante para se considerar como bem e serviço comum não é o valor da contratação, mas sim a natureza do objeto. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes proporciona importante lição a respeito da definição de bem e serviço comum:

A norma definiu o que deve ser entendido por bens e serviços comuns, não sendo razoável a pretensão de inserir novas características não expressas na norma. São comuns os objetos cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado, deixando-se de exigir, em razão do veto ao art. 2º, a necessidade de regulamento para definir quais são os bens e serviços.

Tribunal de Contas da União - TCU, em relevante lição do Ministro Valmir Campelo, assentou que é relativamente discricionária a classificação de um bem ou serviço como comum.

No mesmo diapasão, o Ministro Benjamin Zymler deixou de impor multa a servidor que classificou como bem de informática comum, objeto que a unidade técnica do TCU demonstrou não caber nessa classificação. Expressou o Ministro a primazia do caráter orientador da função de controle, coibindo a repetição do erro.

O conceito é:

- a) genérico, abrangendo qualquer tipo de objeto seja manufaturado, industrializado, com funcionamento mecânico, elétrico, eletrônico, nacional, importado, de elevado preço, pronto ou sob encomenda. Também abrange qualquer tipo de serviço profissional, técnico ou especializado;
- b) dinâmico, pois depende de o mercado ser capaz de identificar *especificações usuais*;
- c) relativo, pois depende do conhecimento do mercado e grau de capacidade técnica dos seus agentes para identificar o objeto. (JACOBY, 2007, p. 461, grifos do autor).

Marçal Justen Filho traz um interessante resgate sobre a origem da sistemática do pregão e da distinção entre bem padronizado e aquele produzido sob encomenda:

Já se reputava, desde há algum tempo, conveniente distinguir entre bens "padronizados" e produzidos "sob encomenda", para assegurar tratamento jurídico diverso às contratações administrativas. A idéia do pregão destina-se a solucionar as necessidades administrativas relacionadas a bens "padronizados".

O ponto nuclear relaciona-se com a idéia de que a licitação para contratação de objeto "padronizado" não necessita sujeitar-se a trâmites tão minuciosos como os necessários para fornecimentos de objetos singulares e específicos. Ou seja, há casos em que a necessidade da Administração pode ser satisfeita por meio de bens que estão disponíveis no mercado e que apresentam configuração em termos mais ou menos invariáveis. São hipóteses em que é público o domínio das técnicas para produção do objeto e seu fornecimento ao adquirente (inclusive à Administração), de tal modo que não existe dificuldade em localizar um universo de fornecedores em condições de satisfazer plenamente o interesse estatal.

Em outros casos, o objeto deverá ser produzido sob encomenda ou adequado às configurações de um caso concreto. O fornecedor deverá avaliar a necessidade pública e produzir um objeto diferenciado. Isso significa que o universo de possíveis fornecedores é muito mais restrito, já que nem todos os agentes econômicos que estão no mercado disporão de condições para execução do objeto.

Daí a proposta de fazer com que a diferença das hipóteses se traduzisse em dois regimes jurídicos distintos de contratação, especialmente para tornar mais ágil a contratação dos objetos padronizados. O procedimento para sua aquisição pode ser mais sumário do que o necessário à obtenção de um objeto específico, produzido sob encomenda.

Essa foi a origem da sistemática do pregão, que incorpora a proposta de tornar o procedimento de aquisição de produtos padronizados mais simples e menos burocratizado. A partir de tais pressupostos, pode buscar-se uma definição para a figura do bem ou serviço comum. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 26).

Nesse sentido, a lei que institui o pregão estabelece que bens e serviços comuns sejam aqueles cujo padrão de desempenho e qualidade possa ser objetivamente definido pelo edital. Porém, o termo "comum", inserto no texto do dispositivo, não pode ser interpretado

como sinônimo de objeto sem desenvolvimento tecnológico ou sem sofisticação. Na verdade, são aqueles bens e serviços comuns que podem ser facilmente encontrados no mercado, usuais no fornecimento de várias empresas e profissionais do ramo do bem ou serviço. Salienta-se que a caracterização do objeto deve respeitar às características de procedimento do pregão e às exigências do interesse público. Joel de Menezes Niebuhr expõe sua opinião sobre o conceito de bens e serviços comuns:

Bem e serviço comum é o tipo de expressão com larga fluidez semântica, cujo conceito costuma denominar-se de *indeterminado*, na medida em que pode variar de acordo com a subjetividade do interlocutor. Quer dizer que objeto reputado comum para alguém talvez não o seja aos olhos de outrem, sem que se possa, em grande parte dos casos, determinar com precisão científica quem está certo ou quem está errado. Nessas situações de imprecisão, que ocorrem com frequência, é possível, no máximo, exprimir outra opinião, carregada de subjetividade, que não pode pretender aceitação universal.

Contudo, apesar da fluidez semântica da expressão bem e serviço comum, a ela se atribui, tal qual se atribui a todas as expressões, um conceito, um significado. Se não fosse possível atribuir-lhes um conceito ou um significado, não seria uma expressão, mas um amontoado de letras. Note-se que a locução conceitos indeterminados pressupõe existir algum conceito que, conquanto não seja preciso, definido, determinado, pode ser construído ou delimitado, mesmo que em linhas gerais, para servir de baliza aos agentes administrativos e jurídicos.

A própria Lei nº 10.520/02, precisamente no § 1º do seu artigo 1º, propõe significado para a expressão *bem e serviço comum*, que, pois, atrai a atenção do intérprete. Com efeito, consoante o dispositivo, "consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado".

Vê-se que, para o legislador, o significado da expressão *bem e serviço comum* compõe-se de dois elementos: (a) o padrão de desempenho e de qualidade do bem ou serviço possa ser objetivamente definido pelo edital; (b) e essa definição possa efetuar-se por meio de especificações usuais no mercado. [...] (NIEBUHR, 2008, p. 59-60, grifos do autor).

A caracterização do objeto e seu enquadramento é, sem dúvida, uma característica marcante dessa modalidade. Cabe ao gestor público a tarefa de efetuar, de forma vinculada e com boa margem de certeza, esse enquadramento. A correta escolha é fundamental para que o edital contenha definições claras. Lúcia Valle Figueiredo expõe:

A característica do pregão é que se trata de uma modalidade a ser usada pelo Poder Público apenas para aquisição de *bens e serviços comuns* - portanto, cuja qualidade e cujo desempenho possam estar claramente definidos no edital. Este é um indeterminado que não se insere na competência discricionária da Administração. Como todo conceito, precisa ser interpretado à luz do contexto no qual ele está inserido. (FIGUEIREDO, 2008, p. 484).

Incluem-se na categoria de bem comum: material de escritório, mobiliário padronizado, peças de reposição de equipamentos, combustíveis. Na categoria de serviço comum, encontra-se: seguro saúde, agenciamento de viagem, transporte, conservação, locação e manutenção de equipamentos, vigilância, limpeza, vale-refeição e, claro, os bens e serviços de informática. Considera-se bem e serviço comum, aquele bem ou serviço cujo padrão de desempenho e qualidade seja objetivamente definido por edital, por meio de especificações de uso corrente no mercado. Os mesmos tipos de compras e contratações feitas nas modalidades de concorrência, tomada de preços e convite podem ser realizadas por meio de pregão, respeitando-se o conceito de bem e serviço comum.

Igualmente importante é a opinião de Jessé Torres Pereira Júnior et al., que trata do enquadramento do bem ou do serviço como “comum”:

Entende-se por comum o bem ou o serviço cujas características, aptas para atender à Administração, são exatamente as mesmas oferecidas pelo mercado aos consumidores ou usuários em geral. Em situações de incerteza sobre a caracterização do objeto como sendo comum, deve o gestor adotar uma das modalidades licitatórias convencionais (concorrência, tomada de preços e convite), de acordo com o valor estimado do objeto. (PEREIRA JR, 2009, p. 378).

Entretanto, há mais uma questão a ser analisada: o dispositivo de lei fala sobre especificações usuais no mercado. A dúvida agora recai sobre a abrangência do termo “mercado”. Joel de Menezes Niebuhr é um dos poucos doutrinadores que se propõe a explorar essa questão:

Noutras palavras, os bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos objetivamente por especificações usuais no mercado são qualificados como comuns e, por consequência, podem ser licitados sob a modalidade pregão. Em sentido oposto, o que não pode ser definido por especificações usuais no mercado não é bem nem serviço comum, e, por consequência, deve ser licitado sob as modalidades previstas na Lei nº 8.666/93.

Por consequência, um dos elementos a ser levado em consideração para avaliar se bem ou serviço é comum ou não é o quão usual ele é no mercado. Mas, o que é o mercado? Existe um único mercado? Pode-se dizer que mercado significa comércio. O mercado diz respeito a tudo que é posto à disposição dos consumidores. Porém, na atualidade, é de se reconhecer que não existe um único mercado. Os mercados variam de acordo com o lugar, com a natureza das atividades ou dos bens nele comercializados e em razão de outros fatores. Nessa perspectiva, fala-se em “mercado asiático”, “mercado europeu”, etc; fala-se, também, em “mercado de ações”, “mercado de soja”, “mercado de aço”, etc. Então, há vários mercados. E a questão é que determinado bem ou serviço pode ser usual em um dado mercado e não ser outro.

Agrega-se que quem avalia se bem ou serviço é usual ou não no mercado ou em mercado específico são os agentes administrativos, que o farão de conformidade com as suas experiências, suas vivências e suas atividades.

[...]

Partindo-se do pressuposto de que os vocábulos *comum* e *usual* encerram conceitos indeterminados, é forçoso reconhecer que a avaliação do que é efetivamente *comum* ou *usual* depende da perspectiva do interlocutor, ou melhor, do agente administrativo que deve decidir se a licitação pode ou não ser feita através da modalidade pregão. Isso porque, o *comum* e o *usual* dependem da experiência, da vivência, da atividade do interlocutor em relação ao mercado. (NIEBUHR, 2006, p. 62-64, grifos do autor).

Enfatiza-se, mais uma vez, e como bem colocado pelo mestre Niebhur, a importância do papel do gestor público, sua experiência de vida, bom senso, na interpretação da Lei. A aplicação incorreta da modalidade pode trazer graves consequências para a Administração. Marçal Justen Filho adverte para a dificuldade na correta interpretação:

Portanto, bem ou serviço comum pode ser um conceito difícil de ser definido, mas a dificuldade não autoriza que a Administração aplique o pregão em hipótese em que não se configurar bem ou serviço comum. Ou seja, o argumento da dificuldade em definir "bem ou serviço comum" não autoriza aplicação do pregão quando for evidente e inquestionável a ausência de um bem ou serviço comum.

E possível afirmar que a dificuldade na definição de bem ou serviço comum não elimina a existência de zonas de certeza positiva. Há inúmeros bens ou serviços que se configuram inquestionavelmente como comuns. Assim, é evidente que se enquadra no conceito a compra, por exemplo, de papel para fotocópia ou da maior parte dos bens que se enquadram no âmbito de "material de consumo". Essas situações estão na zona de certeza positiva.

Também é irrefutável a existência de zona de certeza negativa. Se a Administração necessitar de um equipamento único, a ser construído sob medida, para fins determinados e específicos, não estará diante de bem ou serviço comum. Não caberá adotar pregão.

A dificuldade reside nas situações que se encontram na zona cinzenta. Para essas, haverá necessidade de avaliação mais detida, buscando identificar as características nucleares e essenciais do conceito jurídico de bem e serviço comum. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 27).

O Anexo II do Decreto nº 3.555 de 08/08/2000 relacionava os bens e serviços considerados comuns. O posicionamento doutrinário dominante era no sentido de que o rol de bens e serviços trazidos pelo referido Decreto não era taxativo. Todavia, essa questão não mais preocupa, haja vista ter sido o referido Anexo revogado pelo Decreto nº 7.174, de 12/05/2010⁶, recentemente. Sendo assim, a regra a ser seguida é a do parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520/2002. O Decreto nº 3.555/00 estabelece normas e procedimentos relativos à licitação na modalidade de pregão, destinada à aquisição de bens e serviços comuns, para qualquer que seja o valor estimado. Benedicto de Tolosa Filho é um bom exemplo de como a

⁶ DECRETO Nº 7.174, DE 12 DE MAIO DE 2010. Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União.

doutrina se posicionava à época em que o Anexo II do Decreto nº 3.555 de 08/08/2000 ainda se encontrava vigente:

Na licitação, na modalidade de pregão, para caracterizar o objeto - bem ou serviço comum - podemos nos referir a memorial descritivo, por exemplo, mas nunca a projeto básico.

A relação de bens e serviços comuns, constante do Anexo II do Decreto nº 3.555/00, não é exaustiva, na medida em que a característica de "comum" deve ser interpretada à luz do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/02, que atribui a qualidade de "comum" aos bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, com fundamento nas especificações usuais de mercado. O Tribunal de Contas da União firmou entendimento nesse sentido (Acórdão nº 615/2003). (TOLOSA FILHO, 2009, p. 07).

Também contribui para a consolidação desse entendimento a opinião de Lucas Rocha Furtado, que resgata o caráter controverso da lista constante no Anexo II do Decreto nº 3.555/00:

Referido Decreto nº 3.555, de 2000, em seu Anexo II, estabelece ainda lista dos bens e serviços considerados comuns. Apesar de alguma controvérsia inicial, hoje é pacífico o entendimento no sentido de ser considerada referida lista meramente exemplificativa. Desse modo, outros bens ou serviços que possam ser enquadrados no conceito legal podem ser contratados por meio do pregão, ainda que não constem de referida lista. (FURTADO, 2007, p. 363).

Para a correta aplicação da modalidade pregão, define-se bem ou serviço comum, como aquele que pode ser adquirido no mercado, com facilidade, sem necessidade de estudo ou pesquisa. Contudo, é necessário, no caso concreto, analisar o objeto da licitação de acordo com as exigências do interesse público, da sua natureza e características procedimentais do pregão. O pregão objetiva a aquisição de bens e serviços (inclusive de engenharia) tidos como comuns aqueles considerados não personalizados, de uso e necessidades corriqueiras e disponíveis no mercado.

4.1.2 Contratação de bens e serviços de TI por pregão: faculdade ou imposição?

Uma questão reflexa a ser tratada nesse trabalho está em saber a qual norma os objetos de informática estão subsumidos, isto é, há de se definir se os insumos de informática se enquadram no art. 45, §4º da Lei nº 8.666/93 ou na Lei do Pregão. No item anterior (4.1.1) procurou-se desvendar o caráter “comum” de bem e serviço. Conforme visto, entende-se que a legislação relativa ao Pregão também alcança bens e serviços de informática.

Tradicionalmente a contratação de bens e serviços de informática tem sido realizada por meio da modalidade de concorrência, do tipo técnica e preço. Há pouco tempo, essa era a opção rígida que a lei permitia ao agente público licitar bens e serviços de TI. A força do hábito aliada a muitos questionamentos e insegurança por parte do administrador tem refreado a escolha do pregão para contratação de bens e serviços de TI em muitos entes da Administração Pública. Uma das grandes dúvidas da Administração é quanto ao enquadramento do objeto da licitação no conceito de bens e serviços comuns do art. 1º da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Além da resistência à mudança e das dúvidas que pairam sobre o tema, outros fatores, como falácias e jurisprudências divergentes contribuem para refrear a opção pelo pregão. Como exemplo, pode-se citar a jurisprudência de Diogenes Gasparini:

Quanto aos serviços de informática, o § 4º do art. 45 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, estabelece que as licitações para a aquisição de bens e serviços de informática serão julgadas pelo critério de técnica e preço, **o que é incompatível com a modalidade pregão**, que só pode ser julgado pelo critério menor preço, consoante prescreve o art. 4º, X, Lei Federal nº 10.520/2002. (GASPARINI, 2007, p. 133, grifo nosso).

Nota-se que a opinião do renomado mestre é de três anos **após** a promulgação da Lei nº 11.077/2004, que passou a prever licitação de bens e serviços comuns de TI, na modalidade pregão. Portanto, esse é um exemplo de um posicionamento doutrinário que afirma haver incompatibilidade entre as modalidades concorrência e pregão. Não só as questões que envolvam critérios para decidir o tipo de modalidade a ser adotada tornaram-se tema para discussões divergentes. Diogenes Gasparini prossegue em sua doutrina e exemplifica alguns itens que poderiam ser adquiridos mediante a aplicação do pregão:

Entretanto, pela nova redação do §3º da Lei Federal nº 8.248, de 1991, que dispõe sobre a capacitação de bens e serviços comuns, como cartuchos de tinta, formulário contínuo, microcomputadores de mesa ou portátil, monitor de vídeo, impressoras e estabilizadores elétricos, pode ser realizada mediante pregão. (GASPARINI, 2007, p. 133).

Tal posição contribui para o entendimento de que bem o conceito de bem comum de TI estaria restritos a alguns itens, como por exemplo, o chamado “software de prateleira”. Apresenta-se a seguir, doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que também possui um posicionamento restritivo quanto ao alcance de bem e serviço comum na área de TI:

[...] o Decreto nº 3.555/2000, ao definir o rol de bens e s comuns, - que como já se mostrou tem caráter meramente exemplificativo, isto se for considerado que ainda está em vigor,- pretendeu restringir a aquisição via pregão, a microcomputador de mesa ou portátil, (notebook), monitor de vídeo e impressora. É evidente que muitos outros bens, tecnicamente considerados como de informática como aparelho de fac-símile (fax), leitura ótica, são comuns e podem, sem dúvidas, ser adquiridos pelo pregão.

Por sua vez, o Decreto nº 5.450/05, que regulamentou eletrônico, revogou o Decreto nº 3.697/00, anterior, e foi silente informática e automação.

Ainda que seja discutível a restrição da competição aos detentores de certificação de PPB - processo produtivo básico -, é recomendável aos gestores públicos que face ao princípio da presunção de constitucionalidade e legitimidade da Lei, seja acolhida a regra do edital.

Desse modo, antes de iniciar licitação de informática deve o órgão verificar:

- se o bem a ser licitado está classificado numa das quatro categorias (computador de mesa; computador portátil (notebook); vídeo; impressora ou, em não estando, possuem menor [complexibilidade] técnica, tal como ocorre com fac-símile (fax), leitora ótica, por exemplo;
- se o Ministério da Ciência e Tecnologia já possui fornecedor com PPB registrado;
- não sendo o bem enquadrável nessa categoria ou de menor complexidade, não poderá ser usado pregão para a aquisição;
- sendo o bem enquadrável como comum e não havendo empresa com certificação do PPB, outra modalidade deve ser adotada;
- em relação a serviços de apoio a atividade de informática é preciso lembrar que devem ser comuns e de menor relevância, portanto. Também não podem coincidir com os inerentes a atividade prevista para o quadro de pessoal do órgão, por força do Decreto nº 2.271/97. (JACOBY, 2007, p. 482-483).

Carlos Pinto Coelho Motta traz em sua doutrina um ótimo retrospecto sobre algumas mudanças legislativas que ocorreram nos últimos anos e que alteraram significativamente os critérios de aplicação da modalidade pregão:

O § 4º do art. 45 determina que a contratação de bens e serviços de informática observe o disposto no art. 3º da Lei 8.248/91, especificamente o § 2º adotando-se a licitação de *técnica e preço*.

Essa matéria sofreu inúmeras alterações, conforme, aliás, já foi constatado nestas páginas, quando comentamos, conotativamente, o tema das *preferencialidades*, a propósito do princípio da impessoalidade tratado no art. 3º da LNL.

As mudanças tiveram início com a Emenda Constitucional 6/95. A matéria teve reiterado tratamento legislativo no âmbito federal. A Lei 8.248/91 foi alterada pela Lei 10.176/01, que, contrariamente à opção obrigatória pela licitação de técnica e preço, veio permitir o emprego de "outro tipo de licitação", desde que indicado em Decreto do Poder Executivo. (O Decreto 1.070, de 2/3/94, está revogado).

A Lei 11.077, de 30/12/04, introduziu mudanças nos arts. 3º, 4º, 9º, 11 e 16-A da Lei 8.248/91; e alterou ainda pontualmente as Leis 8.387/91 e a mencionada 10.176/01. Pela redação do § 3º do art. 3º da Lei 8.248/91, dada pelo art. 1º da Lei 11.077/04, a aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços "comuns", pode ser realizada na *modalidade pregão*. No mesmo artigo, reafirmam-se os critérios estabelecidos, relativos ao Process Produtivo Básico - PPB, já mencionado anteriormente neste livro.

Não custa explicitar novamente quais são esses critérios, em substituição ao tradicional sorteio. A Administração Pública Federal, direta, indireta, fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e demais organizações sob o controle direto ou indireto da União adotam, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, a seguinte ordem de preferência:

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país;

II - bens e serviços produzidos de acordo com o processo produtivo co, na forma a ser definida pelo Poder Executivo. (MOTTA, 2008, p. 520).

Mas uma reflexão há de ser feita com relação às divergências existentes: Por que não há harmonia entre as Leis 8.666/1993 e 10.520/2002, quando o assunto paira sobre a aquisição de bens e serviços de TI?

Primeiramente, salienta-se que a área de Tecnologia de Informação é extremamente dinâmica, sendo uma das áreas que mais evolui. Para ilustrar esse fenômeno, a literatura de Nicholas Carter é muito feliz quando problematiza uma comparação da evolução da indústria automobilística com a indústria de tecnologia de informação:

[...]

Para ilustrar a rapidez com que a tecnologia de computadores está sendo aperfeiçoada, vamos considerar o que teria acontecido se tivesse acontecido o mesmo com os automóveis. Assuma que o carro médio, em 1977, tinha uma velocidade máxima de 160 quilômetros por hora e que o consumo médio de combustível era de 6,4 km por litro (km/l). Se tanto a velocidade máxima como a eficiência fossem aperfeiçoadas a uma taxa de 35% ao ano, de 1977 a 1987, e a 50% ao ano, de 1987 a 2000, acompanhando o desempenho dos computadores, qual seria a velocidade máxima e o consumo de combustível de um carro em 1987? E em 2000?

Solução

Em 1987:

O período que vai de 1977 a 1987 é de 10 anos; assim, ambas as características teriam sido aperfeiçoadas por um fator de $(1,35)^{10} = 20,1$, dando uma velocidade máxima de 3.216 km/h e um consumo de combustível de 128,6 km/l.

Em 2000:

Um período de mais 13 anos, desta vez a uma taxa de aperfeiçoamento de 50% ao ano, para um fator total de $(1,5)^{13} = 194,6$ sobre os valores de 1987. Isto dá uma velocidade máxima de 625.833,6 km/h e um consumo de combustível de 25.025,6 km/l. Isto é rápido o suficiente para cobrir a distância entre a Terra e a Lua em

menos de 40 minutos e fazer a viagem de ida e volta com menos de 40 litros de gasolina. (CARTER, 2003. p. 16).

A Lei de Licitações surgiu em 1993 e, como não poderia ser diferente, traçou normas com relação à área de informática com base no panorama daquela época. Nesse intervalo de 17 anos, a área de informática evoluiu de modo incomparável, mudando totalmente a realidade de mercado. Então, é plenamente aceitável admitir que a tecnologia que era novidade há apenas alguns anos ou mesmo meses, hoje, tornou-se comum no mercado. Por exemplo: nota-se a velocidade com que alguns dispositivos, como o “pen drive”, tornaram-se comuns no mercado; a linguagem Java⁷, cada vez mais difundida e utilizada na programação Web. Sendo assim, somente aquela atividade que envolva natureza predominantemente intelectual envolvendo desenvolvimento ou manipulação de algum insumo, não comum ao mercado, poderia ser realizada na modalidade concorrência, tipo técnica e preço. Jair Eduardo Santana comenta a aplicação do artigo 46 da LNL:

[...]

Tal interpretação surgiu em decorrência de as técnicas de fabrico de determinados insumos utilizados na informática estarem universalizadas, não demandando maiores conhecimentos intelectuais para produção e comercialização, que ultimamente ocorrem em massa.

O artigo 46 da Lei nº 8.666/93 esclarece que os tipos “melhor técnica” e “técnica e preço” são utilizados exclusivamente para contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual. Daí a resolução de possível dúvida acerca da possibilidade de se adquirir bens e serviços de informática através de pregão. Deve-se lembrar que os artigos 5º, do Decreto nº 3.555/00, e 6º, do Decreto nº 5.450/05, não proíbem a contratação, pelo tipo de licitação que regem, de bens e serviços de informática.

Desta forma, havendo necessidade de aquisição de insumos que não sejam predominantemente de natureza intelectual, é perfeitamente possível a aquisição por outro tipo licitatório que não seja “técnica e preço”, e, no caso, por pregão (isto se o objeto se enquadrar no conceito de “bens e serviços comuns”). (SANTANA, 2008, p. 115).

No caso da Engenharia de Sistemas, se o software⁸ é parte integrada da solução como um todo, pronto para entrar em produção em curto prazo ou, a ser desenvolvido com técnicas comuns ao mercado, não há o que se pensar em necessidade de se executar serviços

⁷ Java é uma linguagem de programação orientada a objeto desenvolvida pela Sun Microsystems. O maior diferencial em relação às outras linguagens convencionais é que essa linguagem quando compilada gera um código intermediário, chamado de bytecode, que é interpretado pelas máquinas virtuais java (JVMs) para a maioria dos sistemas operacionais, o que dá a essa linguagem independência de plataforma.

⁸ Software é o mesmo que sistema de computador.

de "natureza predominantemente intelectual" quanto a desenvolvimento de sistemas. O Tribunal de Contas do Distrito Federal já se manifestou nesse sentido:

[...]

g) adoção de critério de avaliação - técnica e preço - somente quando houver envolvimento, sem sombra de dúvidas, de serviços de natureza predominantemente intelectual e somente na parte de consultoria, desenvolvimento de sistemas e gerenciamento; (BRASÍLIA, 2008).

[...]

As freqüentes alterações legislativas que se sucederam desde então, contribuíram para aumentar as dúvidas sobre a modalidade e tipo de licitação a serem utilizados para a contratação de bens e serviços de TI.

Mas o aparente conflito dos dois diplomas legais, Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002, se resolve com um exame da Lei nº 8.248/1991 e do Decreto 5.420/2005. A Lei nº 8.248/1991, em seu art. 3º, §3º, que primeiramente preceituava a obrigatoriedade de se licitar por técnica e preço, passou com a alteração da Lei nº 11.077/2004, a prever licitação de bens e serviços comuns de TI, pela modalidade pregão:

§ 3º A aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços comuns nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, poderá ser realizada na modalidade Pregão, restrita às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico nos termos desta Lei e da Lei no 8.387, de 30 de dezembro de 1991. (BRASIL, 1991).

O Tribunal de Contas da União já proferiu entendimento no sentido de que a lista de serviços constante do Anexo II do Decreto 3.555/2000 não é exaustiva:

[...]

Por outro lado, o mencionado Decreto (3.555/2000) não caracteriza o serviço de locação de mão-de-obra como serviço comum, o que impossibilitaria a utilização da modalidade pregão. No entanto, a nosso ver, a lista de serviços constante do Anexo II do Decreto 3.555/2000 não é exaustiva, haja vista a impossibilidade de relacionar todos os bens e serviços comuns utilizados pela Administração. (BRASIL, 2003).

É nesse momento que o Decreto 5.420/2005 exerce fundamental papel, pois o que se entendia como faculdade em se adotar o pregão para licitações de bens e serviços comuns, hoje se tornou uma obrigatoriedade para a Administração, graças à interpretação do art. 4º, vista sob a ótica do princípio da eficiência e do poder-dever da Administração Pública, vindo a pacificar o entendimento:

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica. (BRASIL, 2005).

Dentre as dúvidas que os gestores públicos e as empresas interessadas incorrem sobre qual modalidade licitatória deve-se adotar para aquisição de bens e serviços na área de tecnologia de informação (TI), duas se destacam: i) do objeto da lide não se caracterizar como bem e serviço comum; ii) por haver natureza intelectual envolvida. Jurisprudência recente do TCU⁹, acórdão 2471/2008 – Plenário, contribui de grande valia para dirimir tais dúvidas:

[...]

9.2.1. A licitação de bens e serviços de tecnologia da informação considerados comuns, ou seja, aqueles que possuam padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, deve ser obrigatoriamente realizada pela modalidade Pregão, preferencialmente na forma eletrônica. Quando, eventualmente, não for viável utilizar essa forma, deverá ser anexada a justificativa correspondente (Lei nº 10.520/2002, art. 1º; Lei nº 8.248/1991, art. 3º, § 3º; Decreto nº 3.555/2000, anexo II; Decreto nº 5.450/2005, art. 4º, e Acórdão nº 1.547/2004 - Primeira Câmara);

9.2.2. **Devido à padronização existente no mercado, os bens e serviços de tecnologia da informação geralmente atendem a protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos e a padrões de desempenho e qualidade que podem ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado.** Logo, via de regra, esses bens e serviços devem ser considerados comuns para fins de utilização da modalidade Pregão (Lei nº 10.520/2002, art. 1º);

9.2.3. Bens e serviços de TI cuja **natureza seja predominantemente intelectual não podem ser licitados por meio de pregão.** Tal natureza é típica daqueles serviços em que **a arte e a racionalidade humanas são essenciais para sua execução satisfatória.** Não se trata, pois, de tarefas que possam ser executadas mecanicamente ou segundo protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos;

9.2.4. Em geral, nem a complexidade dos bens ou serviços de tecnologia da informação nem o fato de eles serem críticos para a consecução das atividades dos entes da Administração descaracterizam a padronização com que tais objetos são usualmente comercializados no mercado. Logo, nem essa complexidade nem a relevância desses bens justificam o afastamento da obrigatoriedade de se licitar pela modalidade Pregão (Lei nº 10.520/2002, art. 1º, e Acórdão nº 1.114/2006 - Plenário); (Brasil, 2008, grifo nosso).

[...]

Quanto à utilização da modalidade Pregão, sabe-se que a base para o enquadramento está na consideração do que sejam bens e serviços comuns. Na lição de Jessé Torres esse enquadramento se consubstancia no atendimento a "três notas distintivas básicas: a) aquisição habitual e corriqueira no dia-a-dia administrativo; b) refiram-se a objeto cujas

⁹ A jurisprudência produzida pela Corte de Contas da União foi de grande valia para esse trabalho.

características encontrem no mercado padrões usuais de especificação; c) os fatores e critérios de julgamento das propostas sejam rigorosamente objetivos, centrados no menor preço".

4.1.3 Processo Produtivo Básico

O Processo Produtivo Básico (PPB) é um protocolo que as empresas devem cumprir para fabricar um determinado produto de acordo com etapas de fabricação recomendadas. Com a publicação do Decreto nº 783¹⁰, de 25 de março de 1993, surgiram os primeiros PPBs postos em prática nos segmentos da indústria da Zona Franca de Manaus. Dentre os anexos definidos por grupos de produto, destaca-se o anexo VIII (Bens de Informática), o qual abrange, basicamente, alguns poucos componentes de hardware¹¹. Nota-se que o referido decreto é tão antigo quanto a Lei 8.666/93. Além disso, não se vislumbra qualquer previsão sobre Engenharia de Sistemas. Há presciência para dispensa de montagem e soldagem de componentes de circuito impresso quando o bem for procedente de importação (anexo VIII, a, c/c obs. 4 do Dec. nº 783/93). Por fim, a definição do PPB foi estabelecida pela Portaria Interministerial MDIC/MCT nº 90¹², de 28/06/2001. Tal portaria, além de prever a terceirização de qualquer das etapas dos Processos Produtivos Básicos, traz em seu corpo um anexo com a relação de portarias contendo o conjunto de operações discriminadas para os bens industrializados no País.

O cumprimento do PPB permite, por exemplo, a obtenção de benefícios fiscais por parte das empresas fabricantes de bens de informática e automação no país. Para os fins do disposto no § 3º, do art. 3º, da Lei 8.248/91, o Pregão para compra de bens e serviços comuns de informática e automação veda a participação de empresas que não cumprirem o PPB. Quis o legislador que as empresas demonstrassem possuir o conjunto mínimo de

¹⁰ DECRETO Nº 783, DE 25 DE MARÇO DE 1993. Fixa o processo produtivo básico para os produtos industrializados na Zona Franca de Manaus e dá outras providências.

¹¹ Hardware é um conjunto dos componentes eletrônicos de um computador, como: placas, monitores, equipamentos periféricos, etc.

¹² Portaria Interministerial MDIC/MCT nº 90, de 28/06/2001. Para fins do disposto no inciso II, do art. 3º e no §1º-C, do art. 4º, ambos da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, fica estabelecido como Processo Produtivo Básico, para os bens industrializados no País, o conjunto de operações discriminadas nas Portarias Interministeriais relacionadas no Anexo.

operações, no estabelecimento fabril, que distinguíssem a efetiva industrialização do produto. Joel de Menezes Niebuhr entende que o Tribunal de Contas da União não mais exige a comprovação do processo produtivo básico, mas o renomado autor conclui que o PPB é decisivo para o sucesso em qualquer licitação:

Outrossim, o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO não exige mais que a comprovação do Processo Produtivo Básico seja exigida como requisito de habilitação. Portanto, os pregoeiros devem exigir tal comprovação na fase de julgamento das propostas.

De todo modo, quer o Processo Produtivo Básico seja reputado direito de preferência, quer seja reputado condição para participar dos pregões, o fato é que ele, na prática, é decisivo para o sucesso em quaisquer licitações, independentemente da modalidade adotada. Quem cumpre o Processo Produtivo Básico goza de uma série de vantagens de ordem tributária e, pois tem um custo bem menor do que o de seus concorrentes que não o cumprem. Noutras palavras, os custos e, por consequência, as propostas dos que não cumprem o Processo Produtivo Básico transitam em valores mais elevados em comparação às daqueles que o cumprem, o que é decisivo em processo de licitação pública. (NIEBUHR, 2006, p. 106).

Segundo o art. 7 § 8º "b" do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, que teve nova redação dada pela Lei nº 8.387/91¹³, o processo produtivo básico é o "conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto". Conforme citação supra mencionada, a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes aponta que “[...] deve o órgão verificar: [...] se o Ministério da Ciência e Tecnologia já possui fornecedor com PPB registrado; [...] sendo o bem enquadrável como comum e não havendo empresa com certificação do PPB, outra modalidade deve ser adotada”, (JACOBY, 2007, p. 482-483). Jair Eduardo Santana questiona, em sua doutrina, a exigência do cumprimento do processo produtivo básico, e deduz:

Questão que tem atormentado os operadores e usuários do Direito é relativa a bens e serviços de informática versus PPB - processo produtivo básico.

A pergunta é:

Há possibilidade de a Administração Pública utilizar a modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns de informática e automação, assim considerados pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002, mesmo nas hipóteses em que não for viável aplicar a regra do direito de preferência, a que se refere o art. 3º da Lei 8.248/91, com a redação dada pela Lei 11.077/2004, ou seja, quando tais produtos ou serviços não tenham sido desenvolvidos com tecnologia no País ou não cumpram o Processo Produtivo Básico definido pela Lei 8.387/91?

¹³ LEI Nº 8.387, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1991. Dá nova redação ao § 1º do art. 3º aos arts. 7º e 9º do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, ao caput do art. 37 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976 e ao art. 10 da Lei nº 2.145, de 29 de dezembro de 1953, e dá outras providências.

Ou seja, dizendo isso por outras linhas, para contratar bens e serviços comuns (informática e automação) a Administração Pública deve ou não exigir que os licitantes cumpram o denominado PPB?

[...]

Porém, em tal caso, há de se ver como se deu (ou se dará) a regulamentação do PPB para casos tais. Pois isso tem implicação direta com os documentos que serão exigidos pela Administração para conduzir o seu certame.

Por certo não se fala em documentos de habilitação, mas tão-somente da comprovação de condição de participação. (SANTANA, 2008, p. 115).

Lucas Rocha Furtado traz interessante informação acerca do direito de preferência e da exigência do processo produtivo básico:

A aplicação do direito de preferência para a contratação de bens de informática é tema sujeito a inúmeras controvérsias no Direito administrativo e para a Administração Pública. São inúmeros os dispositivos legais e regulamentares que cuidam do tema que não foi, até o momento, objeto de consenso junto à doutrina. Aliás, diante do emaranhado legislativo acerca da questão, conforme será examinado em seguida, não é de se estranhar que não haja consenso entre os que estudam o tema.

Quando a contratação desses bens ou serviços se faz por meio do pregão, a questão assume nova dimensão e envolve discussões específicas em razão dos critérios de julgamento utilizados nesta modalidade de licitação, que combina lances verbais e propostas por escrito. Afinal, como compatibilizar o direito de preferência com a possibilidade de os licitantes apresentarem lances verbais, por exemplo?

O primeiro ponto de discussão sobre o direito de preferência para as contratações na área de informática e o pregão reside no fato de que o Decreto nº 3.555/2000, em seu art. 3º, §3º, restabeleceu a redação do art. 3º da Lei nº 8.248/1991, derogado pela Emenda Constitucional nº 6/95, segundo a qual os bens de informática a serem adquiridos por meio do pregão "deverão ser fabricados no País, com significativo valor agregado local (...)".

Com a publicação da Lei nº 11.077, em 30.12.2004, que alterou a Lei nº 8.248/91, a Lei nº 8.387/91 e a Lei nº 10.176/01, foi estabelecido, em princípio, condicionante à participação de empresas nas licitações realizadas na modalidade pregão para a contratação de bens e serviços de informática. Conforme reza o §3º do art. 3º da Lei nº 8.248/91, com a nova redação dada pela Lei nº 11.077/04, a aquisição de bens e serviços de informática, caso utilize a modalidade pregão, estará restrita à participação das empresas que cumpram o denominado Processo Produtivo Básico. Esta seria a interpretação literal do referido dispositivo, o que levaria à conclusão de que não se trataria, a rigor, de direito de preferência, mas de direito de participação exclusiva, ou restrita, daqueles que cumprissem referido Processo Produtivo Básico.

A título de esclarecimento, Processo Produtivo Básico, conforme conceito estabelecido na alínea "b" do §8º do art. 7º do Decreto-Lei nº 288/67, alterada pela Lei nº 8.387/1991 é o "conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto". O §6º do art. 1º da Lei nº 8.387/91 prescreve ainda que o Poder Executivo fixará os processos produtivos básicos.

Conforme mencionado, logo após a edição da Lei nº 11.077/04, pairou o entendimento de que, pelo que dispõe o §3º do art. 3º da Lei, somente seria possível adquirir mediante pregão bens e serviços de informática produzidos de acordo com o Processo Produtivo Básico.

Não vejo, máxima vênia, a solução literal acima indicada como a melhor interpretação a ser dada ao dispositivo. Mais acertada é a linha jurisprudencial que veio a prevalecer no TCU.

Ao enfrentar recurso contra acórdão prolatado por seu Pleno, o Tribunal de Contas da União seguiu a linha de que o pregão está sujeito aos princípios constitucionais da eficiência e isonomia (art. 37, caput, inciso XXI), devendo, portanto, ser franqueado a todos os interessados, **independentemente de cumprirem ou não o Processo Produtivo Básico**. A regra de preferência estabelecida pela redação atualizada do art. 3º da Lei nº 8.248/91 deverá incidir de modo a que a Administração Pública, **diante de duas propostas economicamente vantajosas e equivalentes em condições, opte por aquela que cumpra, simultaneamente**, os seguintes requisitos: a) bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; e b) **bens e serviços fornecidos por empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico**. (FURTADO, 2007, p. 369-370, grifo nosso).

Restringir a apresentação de propostas comerciais para aquisições de bens e serviços de informática apenas aos licitantes que cumpram o processo produtivo básico é afrontar o princípio da competitividade. Um dos objetivos do pregão é justamente ampliar a oferta de competidores e proporcionar a redução da proposta escrita, inicialmente apresentada. O dispositivo de lei que restringe o caráter competitivo foi objeto de consulta realizada pela Câmara dos Deputados ao Tribunal de Contas da União e que resultou no Acórdão n.º 2138/2005 - Plenário:

[...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 32, II, 33 e 34 da Lei 8.443/92, em:

9.1. conhecer dos embargos de declaração, para, no mérito, dar-lhes provimento;

9.2. alterar a parte dispositiva do Acórdão 1.707/2005-TCU-Plenário para os seguintes termos:

"9.1. conhecer da consulta para respondê-la no sentido de que não é juridicamente possível afastar a aplicação da regra de preferência de que trata o art. 3º da Lei 8.248/91, alterado pelas Leis 10.176/2001 e 11.077/2004, nos procedimentos licitatórios realizados sob a modalidade Pregão, cujo objeto seja o fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, assim definidos pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002, estando essas licitações franqueadas a todos os interessados, independentemente de desenvolverem bens e produtos com tecnologia nacional e cumprirem o Processo Produtivo Básico, definido pela Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991;

9.2. esclarecer ao Consulente que é juridicamente possível a aquisição de bens e serviços comuns de informática e automação nas contratações realizadas por intermédio da modalidade Pregão, **mesmo nas hipóteses em que não seja tecnicamente viável a aplicação da regra da preferência a que alude o art. 3º da Lei nº 8.248/1991**, com redação alterada pelas Leis nº 10.176/2001 e 11.077/2004, vale dizer, **nas situações em que não haja licitantes que possam fornecer produto ou serviço com tecnologia desenvolvida no País ou não cumpram o Processo Produtivo Básico, assim definido pela Lei nº 8.387/1991**;

9.3. nos processos licitatórios sob a modalidade Pregão que se destinem ao fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, a Administração Pública Federal deverá adotar os seguintes procedimentos:

9.3.1. verificado empate entre propostas comerciais, adotar as providências a seguir:

9.3.1.1. primeiro, analisar se algum dos licitantes está ofertando bem ou serviço que preencha simultaneamente às seguintes condições, hipótese em que deverá ser

aplicado o direito de preferência estabelecido no art. 3º da Lei 8.248/91, alterado pelas Leis 10.176/2001 e 11.077/2004:

- a) bens e serviços com tecnologia desenvolvida no Brasil, a ser devidamente comprovada pelo interessado, conforme dispõe o art. 9º da Lei 10.520/2002, c/c o art. 45, § 2º, da Lei 8.666/93;
 - b) bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma definida pelo Poder Executivo (Lei nº 8.387/1991); (BRASIL, 2005b, grifo nosso)
- [...]

A exigência do cumprimento do processo produtivo básico ameaça fragilizar a competição entre as empresas interessadas que estiverem aptas a serem escolhidas e com condições efetivas de apresentar a proposta mais vantajosa à Administração e ao interesse público. A aplicabilidade do dispositivo que exige o cumprimento do processo produtivo básico tem sido tema polêmico entre os doutrinadores. Conforme visto, entende-se que essa exigência pode afrontar diretamente o caráter competitivo do certame e deve ser aplicada somente como critério de desempate.

5 CONCLUSÃO

Licitação é a forma legal que o Poder Público dispõe para obter propostas, em regra, mais vantajosas para o oferecimento de bens e serviços para a Administração Pública. Essa forma se dá por procedimento administrativo que respeite normas, o próprio ato convocatório e princípios norteadores da licitação. Os princípios que foram expostos nesse trabalho, apesar de positivados, exercem uma proteção abstrata porque, na essência, depende do grau de consciência do(s) agente(s) público(s) envolvido(s) no processo licitatório. Vários fatores podem influir no desvio do procedimento concorrencial e comprometê-lo, como por exemplo: desconhecimento das normas, incompetência, negligência e má-fé.

O legislador pátrio introduziu no ordenamento jurídico, diversas modalidades de licitação, que estão previstas nas Leis Federais 8.666/93 e 10.520/2002. Dessa forma, atualmente tem-se: i) a concorrência, modalidade de licitação apropriada para os contratos de valor elevado; ii) tomada de preço, modalidade de licitação de valor médio, na qual os interessados em participar devem estar previamente cadastrados ou atender a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas; iii) convite, modalidade de licitação mais simples, sendo utilizada pela Administração para contratações de menor valor com licitantes devidamente cadastrados na correspondente especialidade; iv) concurso, modalidade destinada à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, instituindo-se prêmios ou remuneração aos vencedores; v) leilão, utilizado para a venda de bens móveis inservíveis ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados; vi) pregão, modalidade de licitação que se destina à aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

Apesar das controvérsias ainda existentes, está se firmando o entendimento que o emprego do pregão para contratação de bens e serviços de informática, não só é legalmente possível, como obrigatória a sua aplicação. Tal entendimento ratifica que o pregão surgiu para atender às necessidades da Administração de forma mais simples, rápida e econômica.

A controvérsia que paira sobre a definição de bem e serviço comum na modalidade pregão, especialmente quando se refere à aquisição de bens e serviços de TI, não

é gratuita. Isso porque o assunto envolve uma carga de subjetividade e, como não poderia deixar de ser, passível de diversos entendimentos.

Considerando a existência da Lei 10.520/2002 e seus decretos, cabe salientar que o rol dos bens e serviços apresentados no Anexo II do Decreto nº 3.555/2000 com sucessivas alterações pelos Decretos nº 3.693/2000 e nº 3.784/2001, foi recentemente revogado pelo Decreto nº 7.174, de 12/05/2010. Vale lembrar que a redação inicial da MP que instituiu o pregão, previa o rol. Porém, no ato da conversão em lei, o dispositivo não persistiu. Dessa forma, mesmo que o referido Anexo estivesse em vigor, entende-se que decreto não pode restringir o que a lei não fez.

Portanto, aquilo que foi definido pela Lei 10.520/02, em seu art. 1º, parágrafo único: “Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” torna-se o melhor parâmetro para se conceituar bem e serviço comum. Conforme foi demonstrado no item anterior, a área de TI sofreu grandes mudanças desde 1993, em função de uma característica forte: a dinâmica na evolução. O mercado, desde então, absorveu a tecnologia, antes incomum; hoje comum.

Entende-se que o caráter comum ou incomum de um bem ou serviço é inerente à maneira como o mercado o comercializa. O mercado é, pois, o melhor parâmetro para se determinar a habitualidade de um bem ou serviço.

Finalmente, salienta-se, conforme melhor entendimento do TCU, quanto à exigência do PPB, é que a regra de preferência deverá incidir se houver duas propostas economicamente vantajosas e equivalentes em condições. Nesse caso, aplica-se, simultaneamente, os seguintes requisitos: a) bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; e b) bens e serviços fornecidos por empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. EC 64, de 4.2.2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2010.

BRASIL. **Decreto 5.420, de 13 de abril de 2005**. Dispõe sobre o remanejamento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, altera o Anexo II ao Decreto nº 4.689, de 7 de maio de 2003, o art. 2º e o caput do art. 8º do Anexo I e o Anexo II ao Decreto nº 5.135, de 7 de julho de 2004, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5420.htm>. Acesso em: 18 abr. 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991**. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8248.htm>. Acesso em: 18 abr. 2010.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de setembro de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 18 abr. 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 615/2003-Primeira Câmara**. Representação formulada por sindicato. Possíveis irregularidades praticadas pelo CEFET PR. Edital de licitação com indicação de marca na especificação do objeto. Processo já concluído. Impossibilidade de anulação. Conhecimento. Procedência. Determinação. Juntada às contas anuais. Ministro-Relator: Humberto Guimarães Souto. Brasília, DOU 09 abr. 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **AC-2138-48/05-Pleno**. Embargos de declaração. Consulta. Pregão. Aquisição de bens e serviços de informática. Regra de preferência. Aplicação. Provimento. Ministro-Relator: Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 2005b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **AC-2471-46/08-Pleno**. Fiscalização de orientação centralizada. Tema de maior significância "terceirização na administração pública federal". Subtema "terceirização em ti". Execução descentralizada de auditorias. Relatório de consolidação de informações obtidas nas auditorias. Falhas diversas detectadas. determinações. recomendações. Ministro-Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 2008.

BRASÍLIA. Tribunal de Contas do Distrito Federal. **Decisão n. 6322/2008**. Edital de Concorrência nº 24/2002, lançado pela Companhia Energética de Brasília - CEB, para contratação de empresa especializada em prestação de serviços de consultoria, engenharia de manutenção, operação e manutenção preventiva e corretiva da rede de iluminação pública do Distrito Federal. Conselheira Relatora: Anilcéia Luzia Machado. Brasília, 2008.

CALASANS JUNIOR, José. **Manual da Licitação**: orientação prática para processamento de licitações, com roteiros...São Paulo: Atlas, 2009.

CARTER, Nicholas. **Teoria e problemas de arquitetura de computadores**; trad. Ralph Miller Jr. Porto Alegre: Bookman, 2003.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria da Silva Zanela. **Direito administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Pregão presencial e eletrônico**. Coordenação de. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PEREIRA JR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7ª ed. São Paulo: Renovar, 2007.

PEREIRA JR, Jessé Torres e Marinês Restelatto Dotti. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11ª Ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13ª Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDAUAR, Maria Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: RT, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 11ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da isonomia na licitação pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

_____, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4ª ed. Curitiba: Zênite, 2006.

_____, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zenite, 2008.

RIBAS JR, Salomão Ribas. **Corrupção Endêmica - Os Tribunais de Contas e o combate à corrupção**. TCE/SC; co-edição Autor, 2000.

RIGOLIN, Ivan Barbosa e Marco Tullio Bottino. **Manual Prático das Licitações**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas de Santa Catarina. **Decisão n. 0379/2007**. Representação acerca de supostas irregularidades no Edital de Concorrência n.36/96. Conselheiro Relator: Luiz Roberto Herbst. Florianópolis, 2007.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **ACMS n. 99.007603-2**. Primeira Câmara Civil. Florianópolis, 1999. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em: 22 de mar. De 2010.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico**: manual de implantação, operacionalização e controle. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão – uma nova modalidade de licitação**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.