

**LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO
PARA SOFTWARE E SERVIÇOS CORRELATOS**

Honra-nos o eminente advogado Dr. Manoel Antonio dos Santos, encaminhando consulta com pedido de Parecer em nome da ABES – Associação Brasileira das Empresas de Software, associação fundada em 1986 que congrega vasto número de empresas de todo o país atuantes no mercado de Tecnologia da Informação.

Relata-nos o ilustre advogado ter-se tornado prática comum a adoção preferencial pelos entes públicos das esferas federal, estadual e municipal da modalidade licitatória pregão, seja presencial ou eletrônico, para a contratação de licenças de uso de software¹ ou para aquisição em geral de bens e serviços de informática. Diante do uso generalizado de tal espécie licitatória, associadas da Consulente em variados casos têm formulado questionamentos acerca da licitude da adoção do pregão, sobretudo em razão das limitações do conceito de "bens e serviços comuns", conforme tal expressão é utilizada pela Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Introduzido, assim, o assunto, a Consulente nos submete os quesitos abaixo discriminados:

1) Qual o panorama jurídico atual envolvendo a contratação de bens e serviços de informática pela Administração Pública pela modalidade pregão?

¹ Para os estritos propósitos do presente trabalho, os termos "*software*" e "*programa(s) de computador*" serão utilizados indistintamente, sem prejuízo da amplitude conceitual atribuível a cada um. A título ilustrativo apenas, Marcos Wachowicz, em sua obra Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação, Editora Juruá, 2009, p.71, reflete parcela considerável da doutrina ao definir *software* como "o programa de computador, ou escrito destinado a processamento de dados, compreendendo todo o conjunto de instruções para o processamento, produção e interpretação e transferência de textos, manuais, codificações, dentre outros". Acrescenta o autor que o "*software abrange, além do programa de computador em si, que é a linguagem codificada, também a descrição detalhada do programa, as instruções codificadas para criar o programa, a documentação escrita auxiliar deste, bem como os outros materiais de apoio relacionados. Isso tudo para que, uma vez ocorrida a incorporação do software ao meio físico hardware, possibilite-se a execução de inúmeras funções previamente determinadas e que estão disponíveis para serem utilizadas e realizadas pelos usuários do computador*". A Lei nº 9.609/98, por sua vez, estabelece em seu artigo 1º uma abordagem mais restritiva, definindo programa de computador como "*a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento de informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.*"



- 2) Quais são os principais parâmetros da limitação do conceito de "bens e serviços comuns", conforme tal expressão é utilizada pela Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002?
- 3) Programas de computador, serviços de informática, bases de dados, conteúdos digitais e obras eletrônicas, isoladamente ou reunidos em "soluções" ou "pacotes", podem ser enquadrados como "bens e serviços comuns"? Em caso afirmativo, em que medida a aquisição ou contratação de licença de uso de software ou de outras obras afins protegidas por direitos autorais configuraria "aquisição de bens e serviços comuns"?
- 4) A licitação pública para a aquisição do chamado "software de prateleira" pode ser efetuada por meio de pregão?
- 5) Com relação a software e serviços de informática, será lícita a adoção do pregão, mesmo que as limitações de tal modalidade licitatória levem o ente estatal que pretende utilizá-la a restringir o bem ou serviço a ser contratado e mesmo que existam no mercado outros bens e serviços que igualmente atendam as necessidades de tal ente estatal?
- 6) Quais as principais vantagens, sob a perspectiva do atendimento ao interesse público, que proporcionariam os tipos de licitação "melhor técnica" e "técnica e preço" para a licitação de software se comparados com o tipo "menor preço"?

Para levarmos a bom termo a missão que nos foi confiada, circunscreveremos, inicialmente, os principais aspectos jurídicos atinentes às licitações e, em especial, àquelas promovidas na modalidade pregão para então, na sequência, cuidarmos de responder cada um dos quesitos formulados.

Introdução

No cumprimento de suas finalidades e atribuições precípuas, o Estado se revela um profuso contratante de bens, serviços e obras em transações cujo volume representa significativa parcela do Produto Interno Bruto.



O mercado de Tecnologia da Informação insere-se nesse contexto de maneira destacada, pois, como precisamente constata José Torres Pereira Júnior², "*todos os setores da Administração Pública Brasileira estão a informatizar-se em escala crescente e irreversível*", renovando-se constantemente, "*em todas as instâncias e esferas da Administração direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a necessidade de licitarem-se compras de equipamentos ou programas e contratações de serviços de informática, com ou sem o fornecimento de equipamentos, incluindo ou não manutenção e reposição de peças*".

O avanço testemunhado nos recentes anos nas áreas de microeletrônica, telecomunicações e informática, propiciando, inclusive, as bases para a convergência das tecnologias e meios de comunicação, ampliou as necessidades atuais da administração, que não mais se restringem à contratação de elementos de hardware ou de software, de forma isolada, passando a abranger com grande frequência as chamadas "soluções" de sistemas informáticos, que compreendem uma gama complexa e extensa de bens e serviços.³

² Licitações de Informática, Editora Renovar, Nota do Autor.

³ A título exemplificativo, merece destaque a listagem produzida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), delineando os produtos e serviços que, estatisticamente, são mais comercializados no setor de Tecnologia da Informação: "Produtos e Serviços de Informática. Consultoria em tecnologia da informação: Sistemas de informação: especificação de hardware e/ou software a partir das necessidades dos clientes, podendo compreender o assessoramento para compra e instalação de computadores e periféricos, de dispositivos de proteção (soluções empresariais); Elaboração de projetos lógicos de redes de informática; Serviços de auditoria em sistemas de informática.

Desenvolvimento de softwares sob encomenda: Desenvolvimento de softwares sob encomenda ou específicos para o cliente - projeto, programação ou desenvolvimento, testes, implantação, preparo de documentação, etc.; Elaboração de projetos específicos de modelagem e gerenciamento de bancos de dados sob encomenda (para redes locais ou Internet); Outsourcing (locação de mão de obra de informática na empresa do cliente); Criação de sites e de portais para a Internet (web design); Suporte e manutenção de software sob encomenda.

Suporte técnico e outros serviços em tecnologia da informação: Serviços de segurança da informação (certificação de equipamentos e softwares, criptografia de dados, detecção de invasões, implantação de sistemas de proteção contra vírus, etc.); Serviços de recuperação de dados e arquivos danificados (recuperação de panes informáticas); Serviços de instalação de equipamentos, computadores e periféricos;

Softwares prontos para uso: Desenvolvimento e edição de softwares customizáveis - inclusive desenvolvimento de projeto e modelagem de software de banco de dados pronto para uso; Desenvolvimento e licenciamento de softwares não customizáveis; Representação e licenciamento de softwares customizáveis; Representação e licenciamento de softwares não customizáveis; Suporte a softwares prontos para uso customizáveis ou não customizáveis.

Tratamento de dados, hospedagens na Internet e outras atividades relacionadas: Serviços de hospedagem de sites (web hosting); hospedagens de aplicações ou serviços de transferência contínua de som e imagem através da Internet - não incluir provedores de acesso; Serviços de processamento de dados para terceiros (inclusive georreferenciamento); Entrada de dados (digitação, escaneamento, leitura ótica, interfaceamento); Digitalização (imagens, sons, manuscritos, microfilmes ou quaisquer outras informações em meio analógico); Editoração em multimídias (foto, som, imagem, gravações de CD e DVD);



Tais soluções, que são no mais das vezes personalizadas (ou "customizadas"), vale dizer, adaptadas em maior ou menor grau às necessidades do ente da Administração Pública, não raro, demandam um significativo aporte intelectual de profissionais especialistas alocados em diversas etapas do trabalho.

E neste cenário da Tecnologia da Informação, papel importante desempenha o software, bem de natureza incorpórea, fruto de criação intelectual, que desfruta proteção jurídica sob o regime dos direitos autorais e vem se tornando cada vez mais complexo tanto em conteúdo como em suas aplicações e características⁴, mormente em situações em que seu licenciamento é contratado como parte de uma "solução".

Licitação

A aquisição de bens e direitos por parte da Administração Pública, como sabido, se sujeita, em geral, ao crivo da licitação, que, na breve síntese de Celso Antonio Bandeira de Mello, "é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas".⁵

Hely Lopes Meirelles, tendo avaliado a conceituação do instituto por uma gama de outros mestres, reconhece harmonia entre os doutrinadores na "acentuação dos traços essenciais e das finalidades da licitação", definindo-a como "o procedimento

Processamento de bases georreferenciadas (imagens de satélites e dados vetoriais); Aluguel de tempo de CPU para processamento de dado.

Serviços de informática ligados à Internet. Serviços de manutenção e reparação de equipamentos. Outros produtos e serviços: Treinamento e cursos de informática; Serviços de elaboração de cartões de visita, mala-direta, logotipos, etc.; Revenda de equipamentos e suprimentos de informática, não produzidos pela empresa; Outros serviços." (Estudos e Pesquisas - Informações Econômicas nº 11 - O Setor de Tecnologia da Informação e Comunicação no Brasil 2003-2006 - Anexo 1).

⁴ Roberto Chacon de Albuquerque, A Propriedade Informática, 1ª Edição, Editora Russell, 2006, p. 36/39, exemplifica essa diversificação nas espécies de *software*, caracterizando-os primeiramente como básicos (responsáveis pelo gerenciamento das operações fundamentais da máquina, administrando sua gestão interna ao assegurar o encadeamento automático de diferentes tarefas, maximizando o funcionamento do hardware); aplicativos (funcionam em conjunto com o software básico para realizar operações predeterminadas que sejam do interesse concreto do usuário); padronizados (desenvolvidos tendo em vista uma aplicação específica comum a um número elevado de usuários, para serem comercializados em grande escala); personalizados (desenvolvidos para satisfazer as necessidades de usuários específicos). (Estudos e Pesquisas - Informações Econômicas nº 11)

⁵ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 28ª edição, 2011, p. 528.

administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos".⁶

Apesar de presente de forma primitiva e esparsa em nossa legislação desde o início do século passado⁷, a licitação só veio a consolidar-se em dispositivo legal específico em 1986, com o advento do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro daquele ano.⁸

Diante da relevância das licitações e da necessidade da criação de um sistema normativo adequado para regulá-las veio a lume, com a Constituição Federal de 1988, o artigo 22, inciso XXVII, que outorgou à União competência privativa para legislar sobre "*normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (...) e para as empresas públicas e sociedades de economia mista*".

Além disso, o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal estabeleceu que, em regra, "*as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*".

Em 1993, promulgou-se a Lei nº 8.666, que, ao regulamentar o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituiu o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, tendo como propósito fundamental, nos termos do artigo 1º, "*estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*".

⁶ Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 37ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Outros, p. 283.

⁷ Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, que instituiu o Código de Contabilidade da União.

⁸ Antes disto, as normas acerca de licitação estavam albergadas principalmente no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sobre a Reforma Administrativa Federal.



De salientar que nos termos do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, a *"licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos"*.

Sob a premissa de que a licitação é obrigatória⁹, o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 é nevrálgico para a interpretação e aplicação dos preceitos regentes das licitações ao estabelecer, ainda que de forma não exaustiva, os princípios que, sem exceção, transpõem-se integralmente ao pregão, objeto específico deste trabalho. Neste tocante, Marçal Justen Filho:

"É essencial insistir, no entanto, que a Lei nº 10.520 não revogou a Lei nº 8.666. A Lei nº 8.666 veiculou normas gerais sobre licitação e contratação administrativa, inclusive em relação ao pregão. Isso significa que as normas da Lei nº 10.520 devem ser interpretadas em termos harmônicos com os princípios e regras albergados na Lei nº 8.666.

Ou seja, não se admite que o pregão seja reputado como uma modalidade licitatória absolutamente não subordinada ao regime da Lei nº 8.666. Assim não o é, e a existência de duas leis é absolutamente irrelevante. Assim, aplicam-se ao pregão as determinações do art. 3º da Lei nº 8.666, que impõem a observância de princípios fundamentais. Todas as regras da Lei nº 8.666 relativamente a formalidades (inclusive publicidade), habilitação, julgamento, contagem de prazos e assim por diante são plenamente aplicáveis no âmbito do pregão.

Logo, a omissão da Lei nº 10.520 não significa a autonomia da Administração Pública para adotar as regras e os princípios que melhor lhe aprouver. Tais omissões são meramente aparentes e significam, pura e simplesmente, que incidem ao caso as normas da Lei nº 8.666. Somente não se aplicam ao pregão as regras da Lei nº 8.666 que sejam incompatíveis com a natureza e com as peculiaridades inerentes à figura."¹⁰

Aliás, a importância outorgada a esses princípios e à sua plena observância são habilmente destacados por Celso Antonio Bandeira de Mello:

⁹ As exceções à regra geral, ou seja, as hipóteses em que é inexigível ou dispensável a licitação encontram-se previstas nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93. Aliás, deixar de licitar sem o devido amparo legal, além de vício essencial, implica cometimento de crime, segundo o artigo 89 da Lei nº 8.666/93.

¹⁰ Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª edição revista e atualizada, Dialética, p. 16-17.

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra."¹¹

De fato, a relevância dos princípios aos quais está adstrita a Administração Pública toma especial vulto quando envolve a satisfação de interesses públicos por entes privados, contratados pela Administração Pública para tanto. A escassez dos recursos públicos frente ao cumprimento dos misteres do Poder Público perante a população exige que a Administração Pública, ao contratar negócios jurídicos envolvendo a realização de obras, serviços, compras e alienações adote e obedeça a rígidos controles tendentes à satisfação do interesse público.

Não por outra razão observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro que *"a própria licitação constitui um princípio que vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da **indisponibilidade do interesse público** e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público."*¹²

E, tendo em vista que os princípios aplicáveis às licitações em geral aplicam-se também às licitações na modalidade pregão, mostra-se pertinente abordá-los, ainda que de maneira breve e não exaustiva.

Isonomia. A isonomia é um conceito deveras abrangente, pois, além de compor a essência do Estado de Direito, figura como a própria motivação para a instituição da licitação, significando, em essência, a igualdade de tratamento para todos os licitantes ou para aqueles que pretendam participar da licitação, vedada qualquer discriminação.
13

¹¹ op. cit., p. 967.

¹² Direito Administrativo, Editora Atlas, 24ª edição, p. 360.

¹³ Joel de Menezes Niebuhr, em sua obra Pregão Presencial e Eletrônico, 6ª edição, editora Fórum, p. 36, é categórico ao informar que *"a Administração procede à licitação por causa do princípio da isonomia, para assegurá-lo"*, enquanto Marçal Justen Filho, ao explorar o princípio da isonomia pelo viés do interesse público, assevera que a efetividade da isonomia amplia a competitividade, desdobrando-se em multiplicação de ofertas, maior competição entre os agentes econômicos, redução de preços, aumento de qualidade do

Economicidade. A economicidade traduz-se no mister do agente público de primar pela eficiência na aplicação de recursos públicos. Conjugando critérios de eficiência econômica e de eficiência social com base de dados e informações e dados que levam em conta o interesse público e as características do mercado num determinado tempo e espaço, a Administração Pública deve buscar obter os maiores resultados com os meios disponíveis¹⁴.

Competitividade. O estabelecimento de certames efetivamente competitivos é uma função desafiadora da Administração Pública, exigindo que, além de ter pleno conhecimento acerca do objeto a ser licitado, tenha a capacidade de transpor todas as exigências para o edital. Segundo Joel de Menezes Niebuhr¹⁵, sob o princípio da competitividade exige-se que a Administração Pública fomente e busque agregar à licitação o maior número de interessados, para que, com olhos na eficiência e na economia, seja ampliado o universo das propostas a serem avaliadas de modo que se possa legitimamente escolher aquela que seja a mais vantajosa ao interesse público.¹⁶

Legalidade. A legalidade é intimamente ligada à essência do Estado de Direito, contemplado no artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 3º da Lei nº 8.666/93. Entretanto, recebe enfoques diversos, a depender do sujeito a que se destina: **(i)** no caso dos particulares, vige a legalidade estrita, que contempla a autonomia da vontade, nos termos do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, sob o qual "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei*"; enquanto **(ii)** para a

objeto licitado e, ao final, contratações mais vantajosas. Acrescenta o autor que um dos efeitos do tratamento isonômico, diferentemente do que se possa presumir em um raciocínio prematuro, é justamente assegurar o tratamento diferenciado entre os particulares em virtude das circunstâncias individuais que poderiam prejudicá-los, se, de outro modo, fossem tratados pela lei de maneira idêntica. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 14ª edição, p. 69).

¹⁴ Nesse sentido, Marçal Justen Filho entende que a economicidade "*consiste em considerar a atividade administrativa sob o prisma econômico. Como os recursos públicos são extremamente escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista qualitativo e quantitativo. Há dever de eficiência gerencial que recai sobre o agente público. Ele tem o dever de buscar todas as informações pertinentes ao problema enfrentado*" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 14ª edição, p. 67). Interessante notar que a preservação da isonomia se opera mesmo em face da busca do princípio da economicidade. Lucas Rocha Furtado defende que a busca de maiores vantagens não autoriza a violação de garantias individuais ou o tratamento mais favorecido a empresa ou particular, em detrimento dos demais interessados em participar do procedimento que irá resultar na celebração do futuro contrato (Curso de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Atlas, p.35)..

¹⁵ op. cit., p. 41.

¹⁶ Maria Sylvania Zanella Di Pietro (op. cit., p. 361), considera que o princípio da competitividade vem abrigado, de forma implícita, no princípio da isonomia estabelecido no artigo 3º, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/93.



Administração Pública, a obediência à legalidade implica fazer apenas aquilo quanto autorizado por lei.¹⁷

Impessoalidade. A impessoalidade traz, em sua essência, a idéia de que o comportamento da Administração Pública deve pautar-se unicamente pelo alcance do interesse público, de forma que ao agente público não é dado atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas¹⁸.

Moralidade. Os agentes da Administração Pública, a todo o momento, devem zelar para que os atos administrativos por eles praticados sejam pautados pelos princípios da legalidade e da moralidade, impondo à Administração Pública o dever de agir com lealdade, probidade e boa-fé para com o licitante. A moralidade, todavia, não constitui mero desdobramento do princípio da legalidade, de modo que o administrador público não pode dispensar os preceitos éticos, devendo distinguir o que é honesto do que é desonesto.

Probidade. Apesar de dispostos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 como princípios independentes, a doutrina dominante considera a moralidade e a probidade administrativa como dotadas do mesmo significado: obediência à honradez, à ética e à honestidade na prática dos atos administrativos. A probidade administrativa constitui um dever jurídico decorrente do princípio da moralidade, sob o qual à Administração Pública impõe-se zelar pela integridade moral e material dos bens e serviços postos sob sua responsabilidade, abstendo-se de tomar providências lesivas ao interesse e patrimônio públicos.

Publicidade. A publicidade é fundamental para estabelecer a ampla divulgação dos atos praticados pelo Poder Público de modo que os particulares possam exercer a

¹⁷ Detalha, nesse tocante, Hely Lopes Meirelles: "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'". (op. cit., p. 89)

¹⁸ Nesse sentido, Maria Sylvania Di Pietro (op.cit., p. 68). Hely Lopes Meirelles, por seu turno, preceitua que a impessoalidade decorre do princípio da finalidade: "Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo" (op.cit., p. 90). Exemplificativamente, o parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição Federal veda a promoção pessoal das autoridades ou servidores públicos durante a realização de publicidade quanto a programas, obras e serviços do governo.

fiscalização das atividades administrativas. A publicidade é da essência do Estado de Direito, sendo o sigilo dos atos administrativos admitido somente de forma excepcional.¹⁹

Vinculação ao Instrumento Convocatório. A Administração Pública e os licitantes estão adstritos às normas e condições estabelecidas no ato convocatório, permitindo-se, tão somente, atos previstos na carta-convite ou no edital²⁰. Neste tocante, Hely Lopes Meirelles²¹ professa que "*o edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que os expediu*".

Julgamento Objetivo. No julgamento das propostas a Administração Pública deve ater-se a observar somente os critérios objetivos definidos no ato convocatório. Com isso, não será permitida a utilização de fatores subjetivos ou de quaisquer critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que sob pretexto de favorecer os interesses da Administração Pública.²²

Eficiência. Apesar de não ser invocado expressamente pelo artigo 3º da Lei nº 8.666/93, a eficiência é um princípio básico da administração pública, tornando-o, assim, um dos "*princípios correlatos*" aplicáveis ao pregão. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, "*o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, já que não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros*".²³

Modalidades e Tipos de Licitação

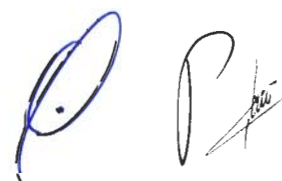
¹⁹ Especificamente no tocante ao pregão, orienta Joel de Menezes Niebuhr que "*o princípio da publicidade assegura que as sessões seja abertas ao público, mesmo que realizadas pela internet. Demais disso, todos os atos tomados no curso do pregão devem ser acessíveis ao público*" (op.cit., p. 41).

²⁰ Acrescenta Lucas Rocha Furtado (op.cit., p. 48) que referido princípio, além de contemplado no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, é reiterado no artigo 41 daquela lei, ao prever que "*a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada*".

²¹ op.cit., p. 290.

²² Segundo Lucas Rocha Furtado (op.cit., p. 50), "*o julgamento objetivo significa, ademais, além dos critérios serem objetivos, eles devem estar previamente definidos no edital*" acrescentando que "*não seria possível, por exemplo, querer a comissão de licitação, durante a realização do certame, escolher novos critérios para julgar as propostas apresentadas*".

²³ (op. cit., p. 98).



Estabelecidos os princípios gerais aplicáveis às modalidades de licitação e antes de adentrarmos na sistemática específica do pregão, cumpre anotar que a Lei nº 8.666/93 prevê duas modalidades de licitação com destinação específica (concurso e leilão)²⁴ e três modalidades "ordinárias" destinadas principalmente à aquisição de bens e serviços e à contratação de obras (concorrência, tomada de preços e convite).²⁵ Soma-se a estas modalidades o pregão, modalidade introduzida pela Lei nº 10.520/02.

De outro lado, o artigo 45, parágrafo 1º da Lei nº 8.666/93 estabelece tipos de licitações, classificação esta que leva em consideração os critérios que podem ser eleitos pela Administração Pública para proceder ao julgamento e classificação das propostas dos licitantes em determinado certame. Neste aspecto, os tipos de licitação são: **(i)** menor preço; **(ii)** melhor técnica; e **(iii)** técnica e preço.²⁶

Sobre a importância da definição do tipo de licitação pela Administração Pública, Marçal Justen Filho bem pontua que *"a definição do tipo de licitação produz reflexos não apenas no julgamento das propostas. O próprio procedimento licitatório, em toda sua fase externa, variará consoante o tipo de licitação. (...) Por exemplo, uma licitação de menor preço exige menor pesquisa acerca de questões técnicas. Não há necessidade de exames mais aprofundados sobre essas matérias. Logo, o julgamento (e o procedimento em seu todo) será concentrado em questões econômico-financeiras. Diversamente se passará em uma licitação de melhor técnica. Nenhum julgamento poderá se fazer sem minucioso exame sobre temas científicos, tecnológicos, de natureza não econômica."*²⁷

E aduz ainda o autor que o tipo de licitação deverá ser determinado pela Administração Pública tendo em consideração principalmente as características do interesse público a ser satisfeito, "*verbis*":

²⁴ Nos termos dos parágrafos 4º e 5º do artigo 22 da Lei nº 8.666/93 concurso é a modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores e leilão é a modalidade de licitação para a venda de imóveis adquiridos em procedimentos judiciais ou decorrentes de dação em pagamento, bens móveis ou produtos legalmente apreendidos ou penhorados.

²⁵ A adoção destas modalidades pela Administração Pública é norteadas, principalmente, em função dos valores envolvidos na licitação. Via de regra, quanto maiores os valores envolvidos (de acordo com escalonamento previsto em lei) mais rigorosa deverá ser a modalidade de licitação a ser adotada. As hipóteses em que se aplica cada modalidade estão previstas nos artigos 22 e 23 da Lei nº 8.666/93.

²⁶ Por definição a modalidade pregão é exclusivamente do tipo "menor preço" (artigo 4º, inciso X, da Lei nº 10.520/02).

²⁷ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 14ª edição, p. 617/618.



"O núcleo da questão reside, como sempre, na natureza da necessidade experimentada pela Administração. (...) Pode afirmar-se que a licitação de menor preço é cabível quando o interesse sob tutela do Estado pode ser satisfeito por um produto qualquer, desde que preenchidos requisitos mínimos de qualidade ou técnica. Já as licitações de técnica são adequadas quando o interesse estatal apenas puder ser atendido por objetos que apresentem a melhor qualidade técnica possível, considerando as limitações econômico-financeiras dos gastos públicos.

As licitações de melhor técnica ou melhor técnica e preço são adequadas nas hipóteses em que a Administração somente pode ser satisfeita mediante a prestação dotada de maior perfeição técnica possível. A licitação de menor preço é a solução apropriada quando o interesse da Administração pode ser atendido mediante uma prestação dotada de qualidade técnica mínima, desde que atendidos os requisitos necessários.

Em outras palavras, a licitação de menor preço é orientada a selecionar a proposta que, preenchendo os requisitos mínimos de qualidade, comporta o menor desembolso possível para a Administração. Já as licitações de maior técnica e de técnica e preço buscam obter a proposta de maior qualidade, mediante o menor preço possível."²⁸

Vale notar que o artigo 45, parágrafo 4º da Lei nº 8.666/93 estabeleceu como obrigatória a adoção de licitação do tipo "técnica e preço" para aquisição de bens e serviços de informática, exceto se de outra forma previsto em decreto do poder executivo.²⁹

Não há, todavia, uma definição exata para a expressão "bens e serviços de informática". A rigor, o conceito pode englobar um sem número de bens, desde formulários contínuos e cartuchos para impressoras até equipamentos de processamento de dados de última geração. Poderiam estar compreendidos nesse conceito, ademais, desde serviços simples como a configuração de computadores pessoais até o desenvolvimento, implantação e integração de complexos programas de computador e sistemas.

De qualquer forma, poder-se-ia sustentar que o parágrafo 4º do artigo 45 da Lei nº 8.666/93, ao determinar a obrigatoriedade de licitação de bens e serviços de

²⁸ op. cit. p. 625/626

²⁹ "Art. 45 - Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu parágrafo 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação 'técnica e preço', permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo".



informática por modalidade técnica e preço, por conseguinte, teria vedado a aquisição destes por meio da modalidade pregão (modalidade de licitação tipo menor preço).³⁰ De outro lado, a Lei nº 10.520/02 não contém qualquer proibição expressa à licitação de bens de informática pela modalidade pregão, o que dá ensejo a interpretações doutrinárias no sentido de que o parágrafo 4º do artigo 45 da Lei nº 8.666/93 estaria tacitamente revogado ou que, no mínimo, neste tocante, prevaleceria a lei que instituiu o pregão.³¹

Ainda que este assunto tenha rendido debate (cujas nuances aqui não serão exploradas), fato é que, na prática, a aquisição de bens e serviços de informática por meio de pregão é geralmente aceita e largamente adotada pela Administração Pública.

Ressalte-se que mesmo que aceita a aplicação da modalidade pregão para aquisição de bens e serviços de informática, esta só se aplica quando estes bens e serviços forem comuns, conforme veremos adiante.

Não obstante, necessário trazer também à colação o artigo 46 da Lei nº 8.666/93 segundo o qual "*os tipos de licitação 'melhor técnica' ou 'técnica e preço' serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual*".³²

Entendemos que, em face da disposição do artigo 46 da Lei nº 8.666/93, bens e serviços de informática cujo fornecimento depender precipuamente de insumos de natureza intelectual, deverão ser adquiridos pela Administração Pública mediante

³⁰ É bem verdade que o artigo 3º, parágrafo 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, conforme alterado pela Lei nº 11.077, de 30 dezembro de 2004, admitiu a aquisição de bens e serviços comuns de informática na modalidade pregão, restrito, no entanto, às empresas titulares de benefícios fiscais relacionados ao cumprimento do "Processo Produtivo Básico" (PPB). Marçal Justen Filho entende que a restrição posta por esta disposição específica é inconstitucional e relata que também o Tribunal de Contas da União não considera PPB como pressuposto de realização de (ou participação em) licitação na modalidade pregão (Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª edição revista e atualizada, Dialética, p. 57-58).

³¹ Ainda que tratando de licitação tradicional, o Superior Tribunal de Justiça - STJ decidiu, em precedente isolado, que em licitação para aquisição de bens de informática deve ser adotado o tipo de licitação técnica e preço (REsp 584842; Relator Franciulli Netto, j. em 21.06.2005).

³² "*Art. 46. Os tipos de licitação 'melhor técnica' ou 'técnica e preço' serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.*"

licitação do tipo melhor técnica ou técnica e preço (descartando-se portanto a modalidade pregão que é tipo menor preço). Neste sentido, Jair Eduardo Santana:

*"Assim, hoje mais do que nunca entendemos que não mais se licita por técnica e preço bem ou serviço afeto a tecnologia da informação (TI), a menos que a racionalidade humana seja imprescindível e essencial para a execução dos respectivos trabalhos. Ou seja, a natureza intelectual de que nos fala a lei (art. 46 da Lei nº 8.666/93) deve ser de tamanha monta que sem ela os serviços não seriam realizados. É como se houvesse a necessidade de algo que extrema com algum tipo de 'arte', onde a 'pedra de toque' do objeto, a justificar o 'tipo' respectivo, fosse não apenas preponderantemente, mas 'conditio sine qua non' da execução dos serviços (ou do objeto)."*³³

No mesmo sentido o acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União, reconhecendo que as licitações de bens e serviços de informática em que predomine a característica intelectual não devem ser licitados pela modalidade pregão, "verbis":

"Por oportuno, importa registrar que no Voto condutor do recente Acórdão 2.471/2008-Plenário, de minha lavra, teci algumas considerações a respeito do tema, as quais permito-me reproduzir:

A utilização do pregão com vistas à contratação de serviços de TI

14. Uma das questões levantadas pela unidade técnica demanda uma análise mais detida. Refiro-me à possibilidade e aos limites da utilização do pregão para contratar serviços de Tecnologia da Informação. Essa questão tem despertado debates tanto na jurisprudência quanto na doutrina. De forma sintética, pode-se dizer, em conformidade com o disposto no art. 1º da Lei nº 10.520/2002, que a utilização do pregão será cabível quando o objeto licitado for um serviço comum. Assim sendo, o fulcro da questão ora posta reside na possibilidade de se caracterizar um serviço de TI como comum.

15. No âmbito desta Corte de Contas, cabe destacar o entendimento exarado no Acórdão nº 2.658/2007 - Plenário, segundo o qual, um objeto complexo pode, em determinadas circunstâncias, ser considerado um serviço comum. Por via de consequência, a caracterização de um serviço complexo de TI como comum não estaria, em princípio, vedada.

16. Por outro lado, entendo que serviços de natureza predominantemente intelectual devem ser licitados com a adoção dos tipos de licitação 'melhor técnica' ou 'técnica e preço'. Logo, quando se tratar de serviços de informática com essa característica, deve ser utilizada uma licitação do tipo técnica e preço. Tal conclusão decorre dos preceitos contidos nos arts. 45, § 4º, e 46 da Lei nº 8.666/1993, a seguir transcritos:

(...)

³³ Pregão Presencial e Eletrônico, Editora Fórum, 3ª edição, p. 105-106 - grifamos.

17. *Depreende-se que a característica decisiva para inviabilizar a adoção do pregão é a eventual conceituação de um serviço de TI como sendo de natureza predominantemente intelectual. Aduzo que tal natureza é típica daqueles serviços em que a arte e a racionalidade humana 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.*

18. *Com fulcro nessas considerações, concluo que a adoção do pregão visando à contratação de serviços de TI será legítima quando esses serviços não tiverem natureza predominantemente intelectual.*³⁴

Pregão

A licitação na modalidade pregão surgiu no direito brasileiro para facilitar as contratações administrativas no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472, de 16 de Julho de 1997, artigos 54 a 59 e Resolução Anatel nº 5, de 15 de janeiro de 1998).

Posteriormente, a modalidade foi estendida às licitações promovidas no âmbito da Administração Pública Federal por meio da Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000. Referida Medida Provisória foi sucessivamente reeditada até que, em virtude da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, sua última reedição, a Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001, passou a ter vigência continuada até ulterior conversão ou revogação.

Finalmente, foi publicada a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, atualmente em vigor, resultado da conversão da MP 2.182-18/01 que. Entre outras alterações ao texto da medida provisória referida, estendeu a aplicação da modalidade pregão ao âmbito contratações dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Do ponto de vista político-legislativo, o pregão foi uma resposta à complexidade e aos rigores impostos pelas modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/93, muitas vezes não condizentes com certames referentes a objetos simples, tais como aquisição de materiais de escritório, limpeza, entre outros. Especula-se, inclusive, que o arcabouço da Lei nº 8.666/93 teria sido moldado principalmente com vistas à contratação de obras públicas (e.g., obras de engenharia) e que deste fato teria decorrido certa inadequação do modelo a certames menos complexos. Neste sentido, tem-se que um dos principais objetivos da instituição da licitação na modalidade

³⁴ Acórdão nº 237/2009, Plenário, trecho do voto do relator Benjamin Zymler.

pregão foi o de atribuir maior celeridade aos certames menos complexos, independentemente do valor dos respectivos objetos.

As principais características da licitação pela modalidade pregão, conforme previstas na Lei nº 10.520/02 (desconsiderados, deliberadamente, os aspectos procedimentais não pertinentes aos quesitos específicos tratados neste Parecer), são as seguintes:

- (i) a modalidade somente se aplica à aquisição de bens e serviços comuns (conceito que será abordado em detalhe oportunamente), quaisquer que sejam os valores envolvidos na licitação;
- (ii) trata-se de modalidade em que o critério de seleção das propostas deve ser estritamente de "menor preço";
- (iii) opera-se a inversão das fases tradicionais do procedimento licitatório (em que a fase competitiva propriamente dita só tem início após a avaliação dos requisitos de habilitação de todos os competidores). Na modalidade pregão, a verificação dos requisitos de habilitação é posterior à fase competitiva (i.e., análise e contraposição das propostas comerciais) e aplica-se apenas ao licitante melhor classificado no certame. A análise dos requisitos dos demais licitantes somente ocorrerá na medida em que seja verificada a inabilitação do licitante melhor classificado e assim sucessivamente, se o caso, até que, entre os classificados (e na ordem de classificação) determinado licitante preencha os requisitos de habilitação;
- (iv) há no procedimento do pregão uma fase posterior à abertura das propostas, na qual os licitantes, ou parte deles, poderão contrapor à melhor proposta lances sucessivos com valores decrescentes; e
- (v) a fase competitiva do certame poderá ser realizada de maneira não presencial, através de recursos de tecnologia da informação ("pregão eletrônico").

Neste sentido, Marçal Justen Filho define o pregão como "*modalidade de licitação de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa de contratação de bem ou serviço comum, caracterizada pela existência de uma fase competitiva inicial, em que os licitantes dispõem do ônus de formular propostas sucessivas, e de uma fase*



*posterior de verificação dos requisitos de habilitação e de satisfatoriedade das ofertas".*³⁵

Fato é que a modalidade pregão, em aplicação há não muito mais que uma década, tornou-se amplamente difundida na Administração Pública. Na esfera federal, a regulamentação pertinente determinou inclusive que *"na aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica."*³⁶

Sem dúvida, a prática demonstra que há evidentes vantagens para a Administração Pública na contratação através de licitações na modalidade pregão, notadamente as referentes a simplificação do procedimento licitatório, ampliação da concorrência e obtenção potencial de melhores preços.

De se notar que esta última vantagem do pregão (i.e., redução do valor das contratações) não pode ser tomada inadvertidamente como verdadeira em todos os casos. Neste sentido Jair Eduardo Santana assevera que, muitas vezes, a tão propalada economia nada mais é do que a diferença entre os preços inicialmente tomados como parâmetro pela Administração Pública na fase de coleta (por vezes superiores aos valores de mercado) comparados com o valor da efetiva contratação, *"verbis"*:

"A experiência tem demonstrado, ao longo desses anos de milhares de pregões realizados em todo o Brasil, que a falada 'economia de valor' não é, em muitos casos, tão grande como se anuncia.

Se o valor estimado para a contratação (valor orçado) pela Administração Pública for um 'dado' muito bem coletado (ou seja, se 'a estimativa for irreal') a 'redução' obtida, enquanto resultado do contraste matemático entre o valor orçado e o valor contratado, não estará refletindo a economia anunciada.

Bem se sabe que a coleta de 'orçamentos' pela Administração Pública acaba na prática não espelhando 'possíveis valores' a serem contratados, eis que os

³⁵ Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª edição revista e atualizada, Dialética, p. 9.

³⁶ Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, artigo 4º. Na mesma linha, a Instrução Normativa da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação nº 4, de 12 de novembro de 2010 recomenda que para a contratação de soluções de tecnologia da informação por órgãos da Administração Pública Federal seja utilizada licitação na modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica (artigo 20, parágrafo único). Não obstante, estão também regulados na Instrução Normativa em questão aspectos das licitações tipo "técnica e preço" que tenham por objeto soluções de tecnologia da informação (e.g., artigo 15, parágrafos 4º e 5º).



particulares, quando convocados a ofertar valores a tal título, no geral, inflacionam aquilo que será objeto de contratação."³⁷

Observa ainda o autor em amparo a sua tese que *"há inúmeras ocorrências que nos mostram valor estimado correspondente a 100% e valor da proposta correspondente a 45% daquele valor (pelo mesmo fornecedor, o que não é raro), o que mostra a existência de dois preços (um para cotação e outro para aquisição/contratação).*"³⁸

Controvérsias acerca das vantagens na adoção do pregão à parte, há que se notar que a modalidade pregão, em razão de suas características, pode também mostrar-se menos vantajosa para a Administração Pública em certos casos. Neste sentido, Marçal Justen Filho, por exemplo, elenca algumas *"desvantagens relevantes"*³⁹, intrínsecas ao procedimento pregão. A principal delas seria que, pelo menor preço, a tendência é que a Administração Pública adquira o produto ou serviço de pior qualidade entre os oferecidos, correndo o risco inclusive de vir a adquirir produto ou serviço imprestável aos seus objetivos.

Cita ainda o professor paranaense entre as desvantagens do pregão a redução da segurança quanto à idoneidade do licitante vencedor, decorrente justamente da inversão das fases do certame. Em sua opinião, existe certa tendência da Administração Pública de avaliar com menos rigor os requisitos de habilitação de proposta vencedora economicamente vantajosa, até em função de critérios políticos, como a opinião pública.⁴⁰ E nestas circunstâncias, estaria aumentado o risco de futuro inadimplemento por inabilidade do contratado, o que é sempre temerário para a Administração Pública e contrário ao interesse público.

Em outra passagem de sua obra⁴¹ assinala ainda que *"a maior vulnerabilidade do pregão reside na sua tendência à inaptidão para avaliar a qualidade dos objetos"*.

³⁷ op. cit., p. 37.

³⁸ op. cit., p. 37.

³⁹ Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª edição revista e atualizada, Dialética, p. 18-20.

⁴⁰ Marçal Justen Filho afirma que nas licitações regidas pela Lei nº 8.666/93 a principal finalidade da avaliação dos requisitos de qualificação anteriormente à abertura das propostas é de justamente não "contaminar" a rigorosa avaliação destes requisitos pela Administração Pública face ao conhecimento anterior aos termos econômicos da proposta (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 14ª edição, p. 594).

⁴¹ Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª edição revista e atualizada, Dialética, p. 11.



Aliás, entende o autor que o pregão não se presta a licitações que envolvam objeto complexo, pois a avaliação da capacidade técnica dos licitantes pela Administração Pública deve ser diretamente proporcional à complexidade do objeto a ser licitado e os procedimentos do pregão permitem insuficiente investigação acerca dos requisitos de habilitação técnica. Diante destas constatações, conclui o autor:

"A complexidade de um objeto contratual exige que a Administração adote precauções, destinadas a evitar a seleção de um particular destituído de condições de executar um objeto complexo, problemático, eivado de dificuldades. Assim, o pregão pode ser utilizado para aquisição de água mineral – cujo fornecimento não pressupõe habilidades ou capacitações diferenciadas. No entanto, é um despropósito promover a inversão de fases para objetos altamente complexos. O resultado prático é a Administração tornar-se refém da proposta de menor valor, cuja [in]exequibilidade costuma ser muito provável, sendo constrangida a contratar com licitante mais ousado e enfrentando posteriormente problemas de toda a ordem durante a execução do contrato.

Então, a péssima execução do contrato de objeto complexo, resultante de uma licitação na modalidade pregão, reflete não apenas a conduta reprovável do particular vencedor, mas é propiciada pela defeituosa e descabida opção da Administração pelo pregão."⁴²

E, de qualquer modo, em face dos princípios gerais que norteiam as licitações públicas, inclusive na modalidade pregão, é de rigor a adoção de modalidade tradicional prevista na Lei nº 8.666/93 sempre que a licitação do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço" trouxer maior garantia de eficiência e de satisfação ao interesse público (ainda que o respectivo objeto seja bem ou serviço comum). Neste sentido, Jair Eduardo Santana, "verbis":

"Em suma, o pregão eletrônico será utilizado para contratação de bens e serviços comuns sempre que se mostrar como meio mais adequado e mais vantajoso à Administração Pública, havendo o dever, por parte do Administrador Público, de optar por outra modalidade quando esta se mostrar mais adequada à contratação/aquisição."⁴³

E também Marçal Justen Filho:

"Destaque-se ser irrelevante o valor do contrato para fins de escolha do pregão, mas é perfeitamente adequado assinalar que mesmo bens e serviços comuns deverão ser

⁴² op. cit., p. 12.

⁴³ op. cit., p. 75.

licitados por meio das modalidades tradicionais quando a importância dos valores ou as dificuldades do mercado ou outras características do caso concreto aconselharem solução mais conservadora."⁴⁴

Assim também na obra de Hely Lopes Meireles, conforme atualizada:

"Por outro lado, não está a Administração obrigada a realizar o 'pregão' toda vez que desejar obter um bem ou serviço de interesse comum. Poderá optar por qualquer outra das modalidades, desde que o interesse público assim aconselhe."⁴⁵

Aliás, em aspecto relacionado, Jair Eduardo Santana, pontua que o interesse público deve ser o principal critério orientador ante a definição, no caso concreto, acerca de se considerar ou não determinado objeto bem ou serviço comum, "*verbis*":

"Por fim, ressaltamos que para a determinação do que sejam bens e serviços comuns, e conseqüentemente aplicabilidade do pregão, concordamos com Marçal Justen Filho que afirma se deve levar em conta a 'finalidade' da norma ao invés de se fazer mera interpretação literal. O interesse público tem primazia nos atos da Administração Pública, e, por isto, constitui critério orientador da conceituação do que sejam bens e serviços comuns, e dos mais importantes."⁴⁶

Situado assim, em poucas linhas, o contexto em que se insere e as principais notas referentes à licitação na modalidade pregão, passamos a tratar de um dos assuntos centrais deste Parecer, qual seja, a definição de "bens e serviços comuns".

Bens e serviços comuns

O artigo 1º da Lei nº 10.520/02 estabelece que a licitação na modalidade pregão poderá ser adotada para aquisição de "*bens e serviços comuns*", que, conforme o parágrafo único do mesmo artigo, são "*aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado*".

A definição oferecida pelo parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 10.520/02 é claramente insuficiente e poucas luzes oferece à delimitação do conceito em questão.

⁴⁴ Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª edição revista e atualizada, Dialética, p. 32.

⁴⁵ op. cit., p. 353.

⁴⁶ op. cit., p. 88.

Vera Monteiro, neste tocante, assevera que remanesce a dificuldade em determinar "o que está incluído neste conceito [bens e serviços comuns] e o que não está para os fins da Lei do Pregão".⁴⁷

Marçal Justen Filho acrescenta que a possibilidade de se descrever objetivamente os padrões de qualidade do objeto, conforme definição apregoada pelo parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 10.520/02, não constitui discrimen suficiente para o enquadramento de um bem ou serviço como sendo "comum". Qualquer objeto, para ser licitado, deve ser descrito objetivamente no respectivo edital.⁴⁸

Na mesma senda, conforme atesta Joel Menezes Niebuhr, a utilização do vocábulo "usual" para definição de bem ou serviço "comum" também muito pouco ou quase nada acrescenta, pois usual e comum são praticamente sinônimos.⁴⁹ Nessa linha, o autor observa que o vocábulo "mercado" (que qualifica "especificações usuais") na definição do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 10.520/02 não deixa de conter ambigüidades.⁵⁰

⁴⁷ Licitação na Modalidade de Pregão, 2ª edição, Ed. Malheiros, p. 84.

⁴⁸ "A solução legislativa não foi a mais feliz. Deve interpretar-se com certa cautela a fórmula constante do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520, quando se refere a objetos 'cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital'. Ora, todo e qualquer objeto licitado tem obrigatoriamente de ser descrito objetivamente, por ocasião da elaboração do ato convocatório da licitação. Mesmo quando se licitar um bem ou serviço 'incomum', especial, singular, haverá a necessidade (e a possibilidade) de fixação de critérios objetivos de avaliação. Ou seja, o que identifica um bem ou serviço 'comum' não é a existência de critérios objetivos de avaliação. Quando muito, poderia afirmar-se que um bem ou serviço comum pode ser descrito mais fácil e completamente através de critérios objetivos do que os que não o sejam." (Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª edição revista e atualizada, Dialética, p. 36).

⁴⁹ "A rigor, a palavra 'usual' significa algo que é rotineiro, realizado com frequência, algo a que as pessoas estão acostumadas a fazer ou a tratar. É verdade que o termo usual confere algum parâmetro aos agentes administrativos, mas não o suficiente para lhes conferir segurança. Perceba-se que há uma espécie de trocadilho entre 'comum' e 'usual', que têm significados muito próximos: ora, o que é comum para alguém, em certa medida, é também usual e, assim, reciprocamente." (op. cit., p. 53)

⁵⁰ "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 noutra." (op. cit., p. 53).

Há, enfim, certo consenso na doutrina especializada de que a expressão "*bens e serviços comuns*" carrega em si certo grau de indeterminação. Neste sentido, aduz Vera Monteiro, "*verbis*":

*"É indubitoso que o conceito de 'bem e serviço comum' usado pela lei é vago, plurissignificativo ou indeterminado. Tal vagueza, por si só, não permite a conclusão de que a lei teria, ao utilizar conceito de tal categoria, outorgado uma competência amplamente discricionária à Administração Pública. Tratando-se de linguagem, ela precisa ser interpretada – pelo administrador público – no tempo e lugar em que se lhe reconhece sentido, no contexto da norma e diante das peculiaridades do caso concreto."*⁵¹

Neste tocante, Marçal Justen Filho afirma que mesmo ante "conceitos jurídicos indeterminados" existem zonas de certeza quanto à interpretação a lhes ser dada: a de certeza positiva e a de certeza negativa. A primeira engloba situações e hipóteses que claramente estão abrangidas pelo conceito e a segunda as situações e hipóteses que claramente não estão.

Exemplificativamente, o autor cita como caso de certeza positiva – em que certamente está-se diante de "bem ou serviço comum" – papel para fotocópia, assim como materiais de consumo em geral. Por outro lado, estar-se-ia claramente fora do âmbito do conceito de "bem e serviço comum" (certeza negativa) "*equipamento único, a ser construído sob medida, para fins determinados e específicos*".

Diógenes Gasparini entende que sempre que o bem ou serviço for identificável pelo nome usual de mercado estar-se-á diante de bem ou serviço comum. Cita como exemplo de bens comuns água mineral, gasolina, botijão de gás, óleo combustível, caneta esferográfica, papel almaço com pauta e, como serviços comuns, limpeza de sanitários públicos, pintura de guias, digitação do manuscrito de um livro e transporte de valores.⁵²

⁵¹ op. cit., p. 85.

⁵² "*Em todos esses exemplos nada mais é exigido para a qualificação do bem ou serviço como comum, senão o nome usual de mercado. Mercado, naturalmente, deve ser o meio ou setor da economia onde o bem ou o serviço está à disposição do interessado e é conhecido pelo seu nome por todos que nele militam. Assim, doce de leite é bem comum, pois identificável no mercado de laticínio por esse nome. A pimenta-do-reino também é bem comum na medida em que é assim identificável no mercado de especiarias por esse nome. Igualmente ocorre com a telha ondulada de alumínio, assim identificável no mercado de material de construção. Embora à primeira vista possa ser estranho, diga-se que assim devem ser considerados os bens estruturalmente complexos, como é o caso de um microcomputador de mesa, uma televisão ou uma geladeira, se por seu nome, modelo e especificações técnicas poderem ser facilmente identificados nos*

Nessa linha, como premissa inicial, pode-se concluir que, com relação às zonas de certeza (negativa e positiva) acerca do conceito de "bem e serviço comum", a Administração Pública está adstrita e, por conseguinte, não está autorizada a licitar pela modalidade pregão a aquisição de bem ou serviço que não constitua "bem e serviço comum". Neste sentido Marçal Justen Filho, "verbis":

"A partir desses pressupostos, deve reconhecer-se que, se o legislador quisesse autorizar a Administração a aplicar o pregão quando bem entendesse, ela não teria utilizado a fórmula 'bem ou serviço comum'. Teria determinado que o pregão poderia ser adotado sempre que a Administração Pública o reputasse adequado e conveniente.

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 a aplicação do pregão quando evidente e inquestionável a ausência de um bem ou serviço comum."⁵³ (grifamos)

Não obstante, não são as situações de certeza e sim as hipóteses fronteiriças ou nebulosas que constituem o verdadeiro desafio ao intérprete e ao aplicador da lei na tarefa de definir, quando se está e quando não se está diante de "bem ou serviço comum". Variados são os critérios adotados pelos diferentes autores que tratam do assunto, de modo que, em tese, o espectro de hipóteses abrangido pelo conceito "bem ou serviço comum" será mais ou menos amplo a depender da linha adotada (desnecessário salientar que a Administração Pública tende a interpretar a expressão de maneira bastante ampla).

respectivos mercados de informática e de eletrodomésticos. Portanto, a noção de comum não está na estrutura simples do bem; nem a estrutura complexa é razão suficiente para retirar do bem sua qualificação de bem comum.

O que agrega ao nome do bem pretendido é a quantidade desejada e as especificações, como seria o caso da aquisição de 1.000.000 garrafas de água mineral com gás de 510 ml. Esses acréscimos, por óbvio, não retiram do bem sua qualificação de bem comum. Nada é diverso com os serviços comuns. O serviço de pintura de paredes é comum, pois é assim conhecido por todos os que atuam no mercado da construção civil. A quantidade de metros quadrados de parede que se deseja pintar, a indicação de que a pintura será interna e que se deseja tal tinta são detalhes que não mudam a natureza comum desse serviço. O serviço de confecção de uniforme escolar também é serviço comum, pois é assim conhecido no mercado de confecção de roupa escolar. A quantidade de uniformes, as cores conforme a série do aluno, a variedade de tamanho, a inclusão do material de confecção, são circunstâncias que não alteram sua qualificação de serviço comum quando se deseja a confecção de uniforme escolar." (Pregão Presencial e Eletrônico, 2ª edição, editora Fórum, p. 36).

⁵³ Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª edição revista e atualizada, Dialética, p 35.

Há, por exemplo, quem defina "bem e serviço comum" com tamanha amplitude que, a rigor, abrangeria praticamente todos os bens e serviços. Assim, por exemplo, em Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁵⁴, "verbis":

"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.

O que define se um bem e serviço pode ser considerado ou não comum é a possibilidade de definir o padrão de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado.

Afastam-se com isso:

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

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

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

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

e) serviços singulares, na forma da Lei nº 8.666/93 que justificam a contratação por inexigibilidade porque só um atende as características pretendidas do executor ou porque, existindo mais de um, apenas em relação a um se pode inferir ser essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto".

A adoção de visão tão ampla do conceito de "bem e serviço comum", a rigor, determinaria a aplicação do pregão indistintamente a toda e qualquer licitação (talvez com exceção àquelas em que se aplicam as modalidades concurso e leilão previstas na Lei nº 8.666/03). De notar que, em tese, mesmo licitações referentes a complexas obras de engenharia (e.g., construção de usina hidroelétrica) poderiam estar abrangidas pelo conceito de "bem e serviço comum", caso adotada interpretação demasiadamente ampla de seus contornos.

⁵⁴ Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico, 2ª edição, Editora Fórum, p. 461 e 462.



A própria regulamentação federal do pregão não pretendeu conferir tamanha amplitude ao conceito de "bem e serviço comum". Tanto que inicialmente (e até há pouco) listava as situações que considerava passíveis de licitação pela modalidade pregão.⁵⁵

Marçal Justen Filho, por exemplo, aduz que o próprio surgimento da legislação do pregão decorreu da necessidade de se estabelecer procedimentos licitatórios diversos (i.e, regimes jurídicos distintos) aplicáveis a bens e serviços "padronizados" e a bens e serviços produzidos "sob encomenda" ou dotados de especificidades próprias.⁵⁶

Aliás, o autor define bem ou serviço comum, para os fins da adoção da modalidade pregão como "*aquele que se encontra disponível a qualquer tempo num mercado próprio e cujas características padronizadas são aptas a satisfazer as necessidades da Administração Pública.*"⁵⁷

Da definição proposta por Marçal Justen Filho, destacamos que, para se caracterizar "bem ou serviço comum", o objeto a ser licitado **(i)** deve estar disponível no mercado para contratação imediata sem qualquer dificuldade; **(ii)** deve ser padronizado a tal ponto que não haja entre os produtos ofertados pelo mercado variação na qualidade e nos atributos ou que eventuais diferenças sejam irrelevantes (i.e., haja perfeita

⁵⁵ Anexo II do Decreto nº 3.555 de 8 de agosto de 2000, cuja redação foi por várias vezes alterada, até que restou completamente revogado em 2010.

⁵⁶ "*Já se reputava, desde há muito tempo, conveniente distinguir entre bens 'padronizados' e produzidos 'sob encomenda', para assegurar tratamento jurídico diverso às contratações administrativas. O pregão destinou-se a solucionar as necessidades administrativas relacionadas a bens 'padronizados'. Reconhece-se que a licitação 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 dispõem 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." (Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª edição revista e atualizada, Dialética, p. 32).

⁵⁷ op. cit., p. 37.

fungibilidade entre estes bens ou serviços);⁵⁸ e (iii) não deve se destinar a satisfação de necessidades peculiares, específicas ou complexas da Administração Pública.⁵⁹

A necessidade de padronização e fungibilidade do bem ou serviço também é tomado como critério essencial para caracterizar a existência de bem ou serviço "comum" na clássica obra Direito Administrativo Brasileiro de Hely Lopes Meirelles, conforme atualizada, "verbis":

*"O que caracteriza os bens e serviços comuns é a sua 'padronização', ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência."*⁶⁰

Há quem entenda que a impossibilidade de descrição do objeto de maneira concisa é indício de que não se está diante de "bem ou serviço comum". Neste sentido Jessé Torres Pereira Junior, defende que se há necessidade da Administração Pública de fazer constar do edital projeto básico⁶¹ em função das características do objeto licitado, necessariamente não é aplicável a modalidade pregão.⁶²

⁵⁸ "Como decorrência, um bem ou serviço comum qualifica-se por uma espécie de 'fungibilidade'. Utiliza-se o vocábulo num sentido próximo ao conhecido no Direito Civil. O art. 85 do Código Civil (Lei nº 10.406) dispõe que se consideram fungíveis os bens móveis que podem ser substituídos por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade. Uma característica fundamental do objeto fungível consiste em que ele não se apresenta como insubstituível em face do sujeito, cujo interesse pode ser satisfeito através de outros bens de características equivalentes. O bem fungível pode ser substituído por outro com qualidades similares sem que isto prejudique o interesse de quem quer que seja. Algo semelhante se passa com o objeto comum, que se peculiariza pela ausência de especialidades." (Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª edição revista e atualizada, Dialética, p. 42).

⁵⁹ Aliás, esta última característica é várias vezes enfatizada pelo autor, v.g.: (i) "o pregão é uma modalidade licitatória destinada à contratação de objetos simples, destituídos de peculiaridades e de variações qualitativas" (op. cit., p. 11); (ii) "o pregão é uma modalidade licitatória inadequada para a contratação de objetos revestidos de peculiaridades diferenciadas" (op. cit., p. 41); (iii) "o pregão apresenta um procedimento extremamente simples e superficial, o que o torna adequado para contratações que não envolvam complexidades. Isso se aplica tanto ao aspecto subjetivo do licitante quanto ao ângulo objetivo da proposta." (op. cit., p. 11); e (iv) "o pregão não comporta pesquisas mais aprofundadas sobre requisitos da habilitação técnica. Logo o pregão apenas pode ser adotado para os contratos com objeto destituído de complexidade". (op. cit. p. 12).

⁶⁰ op. cit., pág. 352.

⁶¹ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: (...)" (Lei nº 8.666/93).

⁶² "No caso do pregão para licitar-se a contratação de serviço, haverá incompatibilidade lógica entre as características da nova modalidade e o conteúdo do projeto básico, tal como enunciado no art. 6º, IX, da

Em alguma medida esta idéia também está em Marçal Justen Filho⁶³, a quem a identificação do bem ou serviço comum pode ser verificada através da análise da necessidade estatal a ser atendida pela licitação. Por esta ótica só se estará diante de bem ou serviço comum caso (i) a necessidade estatal também seja comum, i.e., destituída de peculiaridades e passível de ser satisfeita através de bens ou serviços padronizados, assim como disponíveis no mercado; e (ii) não seja preciso formular, para o atendimento da necessidade da Administração Pública, requisitos de habilitação complexos (tendentes a garantir e assegurar a qualidade do objeto e/ou a capacidade do licitante).

Vera Monteiro, na perspectiva da necessidade pública a ser satisfeita, aduz que a aplicação da modalidade pregão está adstrita a objetos em que seja possível promover julgamento objetivo única e exclusivamente através do critério do menor preço ofertado.⁶⁴

Outro aspecto da discussão acerca da amplitude do conceito de bem e serviços comuns é a de que, como bem adverte Marçal Justen Filho, a rigor, não cabe a caracterização "em tese" (i.e., dissociada do contexto, da análise do mercado e das especificidades da licitação em concreto) de determinado bem ou serviço como "comum".⁶⁵ Isto é, bens ou serviços de mesma categoria, a depender de suas características e das especificidades da necessidade pública a que se destinem poderão ou não ser classificados como "comuns". Aliás, ilustrativo é o exemplo do autor acerca da aquisição de combustíveis pela Administração Pública:

Lei nº 8.666/93. Se o serviço, em função de suas características técnicas, houver de ser especificado mediante projeto básico, com as minudências do mencionado inciso do art. 6º, não pode ser classificado como 'comum', descabendo licitá-lo na modalidade pregão." (op. cit., p. 367).

⁶³ Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª edição revista e atualizada, Dialética, p. 62 e 63.

⁶⁴ op. cit., p. 90.

⁶⁵ "A qualidade de 'comum' não é um atributo essencial ao bem ou serviço, mas se trata de uma 'qualidade externa' ao bem ou serviço. Portanto, não é possível reconhecer a existência de um bem ou serviço comum pelo exame dele próprio. Tal como acima afirmado, somente se podem licitar por meio de pregão os bens ou serviços 'disponíveis no mercado'. Daí se segue a necessidade de examinar o mercado, para verificar se o objeto está ou não disponível. Portanto, é impossível afirmar, por exemplo que 'computador' é bem comum. A asserção, realizada nesses termos abstratos, é absolutamente incorreta. Um computador como qualquer outro bem, 'pode ser' comum. Tal ocorrerá quando a Administração objetivar a aquisição de computador disponível no mercado." (Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª edição revista e atualizada, Dialética, p. 39-40).

"Como regra, todos os veículos automotores necessitam de combustível, produto que poderia ser considerado como 'comum' para os efeitos de aquisição através de pregão. Afinal, a gasolina para abastecimento de veículos não envolve maiores peculiaridades. Em princípio, não há necessidade de investigar as peculiaridades do objeto fornecido (gasolina), bastando que sejam atendidas as especificações mínimas necessárias. Veja-se que isso deriva de que os veículos da Administração Pública funcionam com combustível comum, tal como disponível no mercado. Mas um veículo destinado a competições esportivas ou que seja dotado de um motor com características peculiares pode exigir uma gasolina especial - envolvendo complexas avaliações - todas elas objetivas, mas que escapam ao padrão de usualidade. Num caso, o combustível seria enquadrado na categoria de bem 'comum', mas não no outro."⁶⁶

E especificamente quanto a programas de computador, aduz o autor:

"Um programa de computador pode ser um bem comum, quando se tratar do chamado 'software' de prateleira. Suponha-se que a Administração resolva adquirir um aplicativo para processamento de texto, reconhecendo a ausência de necessidade de qualquer especificação determinada. Existem diversos produtos no mercado que podem ser fornecidos à Administração sem qualquer inovação ou modificação. A hipótese configura um bem comum.

Imagine-se, no entanto, que a Administração necessite o desenvolvimento de um programa destinado a fins especiais, tal como um gerenciador de banco de dados para aposentados. Deverá produzir-se a contratação de serviços especializados, cujo resultado poderá não ser único - mas que envolverá uma prestação sob medida para a Administração. Esse não será um serviço licitável por meio de pregão."^{67 68}

⁶⁶ Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª edição revista e atualizada, Dialética, p. 43.

⁶⁷ op. cit., p. 37.

⁶⁸ Note-se que quando levada aos tribunais, não há consenso acerca da caracterização de programas de computador e serviços correlatos como bens e serviços comuns (o que é compreensível não só pela relativa novidade da matéria, mas também pela diversidade dos aspectos fáticos das situações analisadas). Citamos recentes manifestações judiciais identificando circunstâncias em que a modalidade pregão não se prestaria à aquisição de programas de computador e serviços correlatos, v.g.:

(i) O tribunal de Justiça de Santa Catarina confirmou sentença de primeiro grau que concluiu pela inaplicabilidade da modalidade pregão em licitação do município de Jaraguá do Sul que pretendia a "contratação de empresa capacitada para fornecimento e manutenção de sistema informatizado dos serviços de gestão, organização e controle da arrecadação do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) e desenvolvimento de programa de educação fiscal por empreitada integral". De ressaltar que, no caso, entendeu-se que (a) "os bens e serviços a serem contratados exigem peculiaridades e especificidades técnicas definidas longamente no próprio edital e que distinguem tais bens e serviços daqueles padronizados e facilmente encontrados no mercado, tidos como comuns"; e (b) que havia clara necessidade de consideração técnica, pois o próprio edital instituiu "uma equipe técnica" para avaliação de amostras dos produtos e serviços licitados. (Reexame Necessário nº 2008.059828-6; Relator Newton Trisotto, j. em 20/07/2009);

(ii) Também na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é digno de nota agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina (não conhecido pelo tribunal por razões de forma) contra decisão que entendeu que não pode ser classificado como comum, "*mas de alta complexidade, sistema com requisitos e funcionalidades tais quais descritas em edital para aquisição de solução completa de um Sistema Aplicativo Receptor de Nota Fiscal Eletrônica incluindo customização, integração, implantação, manutenção corretiva e evolutiva, atualização legal, suporte técnico, treinamento e transferência de tecnologia.*" (Agravo de Instrumento nº 2007.026941-6; Relator Newton Trisotto – j. em 05/06/2008);

(iii) O Tribunal de Justiça do Paraná declarou nula licitação do município de Paranavaí tendente à aquisição de "*software ... para implantação de sistema de gestão pública educacional 'Projeto de Gestão de Educação em Tempo Real', incluindo treinamento, suporte tecnológico e elaboração de material de apoio*" porquanto "*o objeto da licitação demandaria o emprego de técnica especializada para o desenvolvimento, sob medida, de ferramenta de gestão voltada ao gerenciamento de atividades educacionais do Município de Paranavaí*". Entendeu o tribunal paranaense que no "*desenvolvimento de solução em informática que se adaptasse a um conjunto de necessidades específicas da Administração Municipal*" não estavam presentes requisitos essenciais à caracterização de bens e serviços comuns: padronização e disponibilidade no mercado. (Apelação Cível nº 573.056-65; Relator Abraham Lincoln Calixto; j. em 09/03/2010);

(iv) O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ante a licitação que teve por objeto "*a disponibilização e customização de software para registro eletrônico em saúde, atendendo às necessidades da Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais*" entendeu que a "*disponibilização de um software, com a introdução de modificações que o tornem aderente às necessidades da Administração Pública, constitui um objeto de natureza técnica, o que não se pode enquadrar no conceito de bens e serviços comuns.*" (Reexame Necessário nº 0033133-75.2010.8.13.0024; Relator Moreira Diniz; j. em 20/01/2011 e Agravo de Instrumento nº 0041453-89.2010.8.13.0000; Relator Moreira Diniz; j. em 10/06/2010);

(v) O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também entendeu inadequada a utilização da modalidade pregão para a contratação de "*sistema de fiscalização eletrônica de veículos*" pelo DER/MG, entre outras razões porquanto "*um bem que demanda significativas exigências técnicas não será, possivelmente, adquirido no mercado com facilidade, ou, ao menos, exigirá uma maior investigação por parte de seu fornecedor, afastando-o, assim, do conceito de 'bem comum', previsto no art. 1º da Lei n. 10.520/02.*" (Agravo de Instrumento nº 1.0024.09.588365-8/001; Relator Eduardo Andrade; j. em 03/11/2009);

(vi) O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo anulou a licitação na modalidade pregão da prefeitura de Assis e respectivo contrato para "*locação de software integrado para conferir autenticidade a documentos fiscais e promover cruzamento de informações cadastrais imobiliárias*" tendo em vista que (a) o edital implica na adoção de critérios da modalidade "melhor técnica", inclusive tendo em vista a liberdade do licitante desenvolver, além dos módulos expressamente requeridos, outros módulos que entender convenientes; e (b) não se trata, no caso, de software de prateleira. (Apelação Cível nº 990.09.366671-5; Relator Henrique Nelson Calandra; j. em 30/11/2010); e

(vii) O Tribunal Regional Federal da 1ª Região confirmou a revogação de edital de licitação na modalidade pregão para "*o desenvolvimento do Portal do Ministério Público do Trabalho na internet*", entre várias razões porquanto "*se cuida de licitação para contratação de bens e serviços de informática com peculiaridades técnicas*" e "*não é cabível a utilização do pregão para a contratação de serviços de informática que demandem conhecimentos técnicos mais aprofundados ou, para a ocupação de funções de formação superior, sob pena de violação expressa ao texto legal, pois para contratações que exigem conhecimentos técnicos especializados, é necessária a realização de licitação pela modalidade técnica e preço, pois o interesse da Administração é o melhor serviço pelo preço mais adequado.*" (AMS 2005.34.00.014427-7/DF; Relator Souza Prudente; j. em 19/03/2007).

Igualmente, trazemos à colação decisões em que a modalidade pregão restou aceita pelos tribunais em licitações para a aquisição de programas de computador e serviços correlatos, v.g.:

(i) O tribunal de Justiça de São Paulo manteve decisão de primeira instância que considerou aplicável a modalidade pregão em licitação para "*contratação de empresa especializada em Desenvolvimento e Implantação de Sistema de Supervisão e Informação – SSI, por parte do Dersa*" tendo em vista, entre outras

Necessário salientar ainda que, no caso de haver dúvida acerca da caracterização de bem ou serviço comum, Marçal Justen Filho entende que, em função dos princípios administrativos envolvidos e na garantia do interesse público, deve a Administração Pública adotar postura mais conservadora e optar pelas modalidades de licitação tradicionais, "*verbis*":

circunstâncias que "o software de controle integrado exigido pelo edital está disponível no mercado, a qualquer momento, tanto que já foi implantado em vários locais no Brasil por diversos fornecedores" (Agravado de Instrumento nº 990.10.019104-7; Relator Carlos Eduardo Pachi; j. em 14/07/2010);

(ii) O mesmo tribunal decidiu aplicável o pregão para "contratar serviços de licença e uso de 'software' no Conjunto Hospitalar do Mandaqui, ligado à Secretaria de Estado da Saúde", sob o entendimento de que "a circunstância de se cuidar de atividade com certa técnica não afasta por si só a possibilidade de ser comum, dès que venha identificado o quanto se pretende, tal qual constou [no caso] no minucioso Projeto Básico" (Apelação nº 545.853.5/5-00; Relator Borelli Thomaz; j. em 26/03/2008);

(iii) O Tribunal de Justiça do Paraná não proveu agravo de instrumento contra a denegação de liminar em primeira instância que visava suspensão de certame na modalidade pregão para *contração de empresa para locação e implantação de um Sistema Integrado de Saúde, que consistirá em uma ferramenta a ser elaborada para suprir as necessidades da rede pública de atendimento na área da saúde, baseada em um registro eletrônico de informações desenvolvido dentro da mais alta tecnológica de informática para acesso de dados, consistente em software capaz de contemplar a informatização total do sistema de saúde do Município de São José dos Pinhais*" por entender tratar-se o objeto do certame, bem comum. (Processo nº 0466189-6, Relatora Denise Krüger Pereira, j. em 14/01/2008);

(iv) O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou "viável a adoção da modalidade de licitação Pregão" para a contratação de "solução de gestão integrada de Recursos Humanos e Folha de Pagamento para o Estado do Rio Grande do Sul" tendo em vista a "desnecessidade de exigências técnicas específicas relativamente às questões técnicas dos bens e serviços objeto do procedimento licitatório" (Mandado de Segurança nº 70010257061; Relator Luiz Felipe Silveira Difini, j. em 02/09/2005);

(v) O Tribunal Regional Federal da 1ª Região considerou válida a contratação pela modalidade pregão de "fornecimento de software e treinamento de pessoal visando 'a conclusão da Modelagem de Negócio referente ao Sistema de Gerenciamento Integrado de Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (SIGIPAER)" porquanto: (a) os serviços relacionados no edital "podem ser prestados por analistas de sistema e consultores, com experiência mínima de dois anos de trabalho na área" e que "as especificações desses serviços são usualmente encontradas no mercado e várias empresas no mercado estão aptas a realizar"; e (b) o conceito de bem comum "deve acompanhar a evolução do aprendizado de técnicas que antes não eram consideradas comuns" (AMS 200534000301855; Relator Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves; j. em 18/02/2011 – no mesmo sentido AMS 29907-64.2005.4.01.3400/DF; Relator Fagundes de Dcus; j. em 02/02/2011);

(vi) O Tribunal Regional Federal da 1ª Região manteve licitação na modalidade pregão tendente ao "fornecimento e instalação de solução integrada de gestão consolidada de serviços de TI, que automatiza os processos descritos no ITIL (Information Technology Infrastructure Library) em face da existência de produtos prontos no mercado aptos a tanto (AG 200601000089301; Relatora Selene Maria de Almeida; j. em 24/05/2006); e

(vii) O mesmo tribunal considerou comuns, porquanto "podem ser oferecidos por qualquer empresa de informática", os seguintes serviços objeto de certame promovido pelo Departamento de Ciência e Tecnologia do Exército Brasileiro: "a) contratação de 1.100 (mil e cem) horas de consultoria para manutenção evolutiva do "Sistema de Protocolo Eletrônico de Documentos (SPED) com análise orientada a objeto e projeto orientado a objeto, utilizando o processo unificado baseado no RUP e a linguagem de programação Java (J2EE) COM Framework Struts / Develox / OJB"; b) contratação de 2.000 (duas mil) horas de consultoria em Projeto Orientado a objeto para o Sistema de identificação e Cadastro de Pessoal do Exército Brasileiro (SICPEX) utilizando o "processo unificado baseado no RUP e a linguagem de programação Java (J2EE)" e c) contratação de treinamento em "Linguagem C++ QT Designer". (AG 2007.01.00.004749-3/DF; Relatora Selene Maria de Almeida; j. em 21/11/2007).



"Mas se pode adotar uma premissa hermenêutica para solucionar os casos difíceis. Em caso de dúvida, deve reputar-se que o bem ou serviço 'não' é comum. Tal postulado hermenêutico decorre das características do pregão e da realidade a que ele se dirige.

O pregão aplica-se como alternativa às modalidades licitatórias contempladas na Lei nº 8.666. Trata-se de modalidade licitatória que se caracteriza pela redução da segurança em prol da Administração Pública. O conceito de 'bem ou serviço comum' pressupõe a existência de um objeto destituído de peculiaridades que demandem indagação sobre a habilitação do fornecedor. A sumariedade do procedimento licitatório dificulta o controle (seja por parte da Administração, seja de órgãos ou pessoas externas à Administração).

Logo, a utilização do pregão deve ser reservada para hipóteses em que não há controvérsia lógica sobre a configuração de um bem ou serviço comum. Se dúvidas persistirem, tal desaconselhará a adoção da solução do pregão."⁶⁹

Parece-nos que tem razão os doutrinadores que defendem interpretações mais restritivas quanto à abrangência da expressão bens e serviços comuns, já que as interpretações mais amplas tendem a tornar o conceito "bem e serviço comum" ineficaz para garantir o pretendido discrimen entre situações em que a Administração Pública está autorizada a adotar procedimento licitatório mais simplificado (e, via de regra, menos eficaz para avaliação das qualidades do bem ou serviço e/ou do proponente mais qualificado) e situações em que a Administração Pública deve adotar o procedimento mais complexo e sofisticado previsto na Lei nº 8.666/93.

Resposta aos Quesitos

Ante o acima exposto, passamos a responder os quesitos específicos que nos foram submetidos à apreciação:

1. Qual o panorama jurídico atual envolvendo a contratação de bens e serviços de informática pela Administração Pública pela modalidade pregão?

A Constituição Federal impõe a todas as esferas da Administração Pública o dever geral de licitação prévia aos contratos administrativos, admitindo a Lei nº 8.666/93, em hipóteses restritas, sua inexigibilidade ou dispensa.

⁶⁹ Pregão - Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª edição revista e atualizada, Dialética, p. 35 - grifamos.



A finalidade precípua da licitação é proporcionar à Administração Pública a prerrogativa de selecionar a proposta mais vantajosa à satisfação do interesse público, devendo ser processada, conforme mandamento constitucional, em estrita observância aos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, além de princípios que lhes são correlatos, tais como a indisponibilidade do interesse público, a economicidade e a razoabilidade.

A Lei nº 8.666/93 prevê duas modalidades de licitação com destinação específica (concurso e leilão) e três modalidades ordinárias (concorrência, tomada de preços e convite), sendo que, por meio da Lei nº 10.520/02, instituiu-se o pregão.

No tocante aos critérios para o julgamento e classificação das propostas dos licitantes, a Administração Pública poderá adotar alternativamente os denominados "menor preço", "melhor técnica" ou "técnica e preço". O tipo de licitação deverá ser determinado pela Administração Pública tendo em consideração precipuamente o interesse público a ser satisfeito.

A instituição da modalidade de licitação pregão visou a atribuir maior celeridade a certames envolvendo objetos de menor complexidade *vis-à-vis* as modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/93, tendo como principais características: **(i)** aplicar-se somente à aquisição dos chamados "bens ou serviços comuns"; **(ii)** tratar-se de licitação do tipo "menor preço"; **(iii)** operar-se a inversão das fases tradicionais do procedimento licitatório; e **(iv)** haver previsão de apresentação de lances sucessivos, com valores decrescentes, em contraposição à melhor proposta apresentada.

Sem desconsiderar o nobre propósito que embasou a instituição do pregão e suas mais emblemáticas vantagens em relação às modalidades tradicionais de licitação, a Administração Pública deverá ponderar, quando da escolha da modalidade licitatória, as seguintes desvantagens relevantes: **(i)** a economia nominal decorrente da escolha da proposta de valor mais baixo pode se revelar em desvantagem real, na medida em que pode resultar na contratação do produto ou serviço de pior qualidade entre os oferecidos; **(ii)** poderá induzir a Administração Pública a uma avaliação menos rigorosa do licitante no exame dos requisitos de habilitação; e **(iii)** não é a modalidade



mais indicada para avaliar a qualidade de objetos licitados, mormente aqueles que não sejam claramente caracterizados como "bens ou serviços comuns".

Apesar de definido em lei, "bem ou serviço comum" é encarado por parcela significativa da doutrina como um típico "conceito jurídico indeterminado", e, portanto, sujeito a controvérsias interpretativas. Parece-nos razoável delimitar suas propriedades da seguinte forma: **(i)** deve estar disponível no mercado para contratação imediata sem qualquer dificuldade; **(ii)** deve ser padronizado a tal ponto que não haja entre os produtos ofertados pelo mercado variação na qualidade e nos atributos ou que eventuais diferenças sejam irrelevantes (i.e., estes bens ou serviços sejam perfeitamente fungíveis, ou seja, possam ser intercambiados sem diferenças relevantes de qualidade, desempenho, compatibilidade, funcionalidade, etc.); e **(iii)** não deve se destinar à satisfação de necessidades peculiares, específicas ou complexas da Administração Pública.

A caracterização de um bem ou serviço como sendo "comum" cabe somente em concreto, mediante a ponderação da necessidade pública e de seu contexto, das especificidades da licitação e da análise do mercado à época do certame. No caso de incerteza acerca da natureza "comum" de um dado bem ou serviço, os princípios aplicáveis e a primazia do interesse público demandam postura mais conservadora, ou seja, a opção pelas modalidades de licitação tradicionais em detrimento do pregão.

Deflui do cenário acima exposto que, no mais das vezes, a principal questão imposta à Administração Pública na escolha da modalidade pregão para a contratação de bens e serviços de informática, em especial programas de computador, é justamente determinar se o objeto licitado se enquadra no conceito de "bem ou serviço comum".

2) Quais são os principais parâmetros da limitação do conceito de "bens e serviços comuns", conforme tal expressão é utilizada pela Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002?

O parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 10.520/02 ao estabelecer que bens e serviços comuns são "*aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*", não circunscreveu adequadamente o objeto que pretendeu definir, restando insuficiente para a delimitação do conceito em questão.



Sendo assim, a interpretação mostra-se fundamental para a determinação do efetivo alcance e abrangência do conceito de "bem e serviço comum". Neste tocante, conforme anteriormente dito, entendemos mais acertada a interpretação restritiva quanto à abrangência da expressão "bem e serviço comum", já que interpretações outras tendem a tornar o conceito ineficaz para garantir o pretendido discrimen entre situações em que a Administração Pública está autorizada a adotar procedimento licitatório mais simplificado e situações em que a Administração Pública deve adotar o procedimento mais complexo e sofisticado previsto na Lei nº 8.666/93.

Nesta perspectiva, afigura-nos indispensável à caracterização de "bem e serviço comum" a padronização do bem ou serviço a ser licitado. Por exemplo, a expressão "arroz agulhinha tipo 1" define certa categoria de produto que obedece padronização em função de suas características. Muito embora seja possível encontrar produtos de vários fornecedores assim classificados, via de regra, estes não apresentarão variações com relação às suas qualidades intrínsecas.

A padronização implica justamente ausência de variações relevantes com relação às qualidades, funcionalidades e ao desempenho (conforme aplicável) do bem ou serviço a ser contratado.

Mas não basta à definição de "bem ou serviço comum" a padronização do produto ou serviço tomado em si mesmo. A constatação de que determinado produto ou serviço é ofertado de maneira uniforme pelo seu fornecedor (e.g., padrão de qualidade) talvez habilite este último a obter certificação de padronização de seus métodos perante organismos e instituições que a este mister se dedicam, mas não tornam o bem ou serviço comum.

A padronização, para os fins da Lei nº 10.520/02, porém, há de ser verificada comparativamente aos demais produtos e serviços de mesma categoria, aptos a satisfazer a necessidade identificada pela Administração Pública. E estar-se-á diante de produtos e/ou serviços padronizados, caso seja possível identificar que estes, oferecendo os mesmos padrões de desempenho e qualidade, indistinta e satisfatoriamente atendem a necessidade pública posta. É portanto, necessário que a padronização se verifique no sentido da perfeita fungibilidade/intercambialidade dos produtos ou serviços ofertados no mercado e aptos a satisfazer a necessidade pública.



É necessário ainda à caracterização de "bem ou serviço comum" que a Administração Pública encontre no mercado produtos ou serviços que, tal como oferecidos, estejam aptos a satisfazer a necessidade pública. Isto significa que a necessidade pública a ser suprida não implique que estes bens ou serviços sejam especialmente desenvolvidos ou alterados em função de especificidades postas pela Administração Pública.

É neste contexto (i.e., ausência de especialidade ou especificidade da necessidade pública a ser suprida) que se insere a inadequação da modalidade pregão para aquisições em que esteja envolvida complexidade no objeto a ser licitado. Não se indica a impossibilidade de licitar pela modalidade pregão bens ou serviços complexos considerados em si mesmos tais como objetos sofisticados, de alto valor tecnológico agregado ou dotados de grande número de funcionalidades se estes já se encontram prontos e acabados no mercado e seu fornecimento puro e simples satisfaça a necessidade pública.

A impossibilidade volta-se precipuamente às complexidades envolvidas no fornecimento do objeto, por exemplo, caso aliadas à aquisição do bem ou serviço, estejam também previstas no instrumento convocatório do certame atividades tais como **(i)** a aquisição de bens ou de serviços tendentes à customização ou à consecução de adaptações específicas; e/ou **(ii)** a instalação dotada de minúcias ou a compatibilização com outros equipamentos; e/ou **(iii)** o fornecimento de treinamentos; e/ou **(iv)** o fornecimento de manutenção; e/ou, entre outros, **(v)** a disponibilidade de serviços de pós-venda (e.g., *help desk*).

Ainda que se possa teoricamente admitir que alguns ou vários destes aspectos do objeto a ser licitado, separadamente, possam vir a caracterizar bens ou serviços comuns (a depender de seu grau de técnica, especificidade, padronização, e fungibilidade/ intercambialidade), é razoável sustentar que quão mais complexa a execução do objeto (tomado como um todo), menor a probabilidade que este possa ser caracterizado como bem ou serviço comum.

Assim, nos parece que a Administração Pública só está autorizada a abrir mão da utilização das modalidades tradicionais de licitação previstas na Lei nº 8.666/93 e adotar a modalidade pregão, nos casos em que comprovadamente se esteja diante de bem ou serviço comum, identificável ante os índices mínimos acima. Tal se justifica, porquanto, a adoção do pregão determina que a Administração Pública abdique **(i)** da maior segurança proporcionada por modalidade de licitação tradicional (mais apta a



avaliar a qualidade do objeto licitado e a capacidade dos licitantes); e (ii) da possibilidade de adotar critérios técnicos para julgamento das propostas (incompatível com a modalidade pregão, nos termos da lei que o instituiu).

E, pelos mesmos motivos acima expostos, havendo dúvida quanto à caracterização de bem ou serviço comum, cumpre ao administrador público optar por postura conservadora, mais consentânea com a defesa do interesse público e adotar uma das modalidades de licitação tradicional, ainda que pelo critério menor preço, se assim justificar o interesse público.

3) Programas de computador, serviços de informática, bases de dados, conteúdos digitais e obras eletrônicas, isoladamente ou reunidos em "soluções" ou "pacotes", podem ser enquadrados como "bens e serviços comuns"? Em caso afirmativo, em que medida a aquisição ou contratação de licença de uso de software ou de outras obras afins protegidas por direitos autorais configuraria "aquisição de bens e serviços comuns"?

Durante este trabalho já se destacou que, em algumas hipóteses, a classificação de determinado bem ou serviço como sendo "comum" para fins da legislação do pregão, não apresentará maiores dificuldades. Isto se dará, no mais das vezes, com relação à aquisição de materiais de consumo em geral, materiais escolares e de escritório, gêneros alimentícios, entre outros.

Necessário ressaltar novamente, no entanto, que em qualquer caso, não é prudente tomar como regra que determinado bem ou serviço (ou categoria de bens ou serviços), em abstrato, caracteriza-se como "comum". A análise deverá sempre levar em conta as especificidades do caso concreto, mormente as características da necessidade pública que a Administração Pública pretende suprir e as opções para tanto postas no mercado em que se insere o fornecimento do bem ou serviço.

De qualquer forma, parece-nos que nas licitações que tiverem por objeto a aquisição de licenças de programas de computador, talvez seja possível assumir, a princípio, que:

(i) na aquisição de licenças de programas de computador notoriamente padronizados, aptos à pronta utilização (e.g., sem a necessidade de implantação ou realização de customizações específicas), em tese, estar-se-ia diante de licitações de bens e serviços



comuns (desde que perfeitamente "fungíveis" as opções disponíveis no mercado, ou seja, possam ser intercambiadas sem diferenças relevantes de qualidade, desempenho, compatibilidade, funcionalidade, etc.); e

(ii) na aquisição de licenças de programas de computador elaborados sob encomenda, mormente quando destinados a satisfazer necessidades específicas do ente público, em tese, não se estaria diante de licitação de "bens ou serviços comuns".

Em outras hipóteses, a Administração Pública enfrentará situações em que a qualificação como "bem ou serviço comum" não será imediata. O que se daria, por exemplo, no caso de programas de computador cujo fornecimento se dá pelo licenciamento de núcleos e/ou módulos relativamente padronizados, acrescidos, complementados e/ou customizados por módulos variáveis, formatados em função das necessidades do usuário. Nestes casos, nos parece que quanto maior for a ênfase nas necessidades de adequação do software às situações específicas da Administração Pública, mais esta hipótese se assemelhará ao fornecimento de licenças de software desenvolvido por encomenda, i.e., não se estaria diante de "bens ou serviços comuns", visto ausente o requisito padronização e, eventualmente, fungibilidade ou intercambialidade.

Pelo mesmo motivo, soluções e/ou pacotes informáticos – situações em que além do licenciamento de software, pode estar incluído o fornecimento de variada gama de serviços, tais como implementação, compatibilização com sistemas e equipamentos pré-existentes, e por vezes o fornecimento de equipamentos – tendem a não se apresentar como "bens ou serviços comuns" para fins de licitação na modalidade pregão. Aliás, a depender da complexidade envolvida na "solução" ou no "pacote" objeto do certame será mesmo desaconselhável a adoção da modalidade pregão pela Administração Pública.

De qualquer forma, a Administração Pública estará sempre obrigada a efetuar detida análise com vistas a verificar se os requisitos ou índices necessários à categorização de "bens ou serviços comuns" estão presentes, notadamente, (i) padronização; (ii) disponibilidade no mercado das soluções aptas a suprir a necessidade pública; (iii) fungibilidade ou intercambialidade entre estas opções, mantido essencialmente o mesmo nível de qualidade, desempenho, compatibilidade, etc.; e (iv) ausência de características especiais ou requisitos específicos a serem desenvolvidos pelo fornecedor em vista da necessidade pública considerada.



Quanto à questão da proteção de direito de autor que é conferida pela legislação aos programas de computador, bases de dados e outros conteúdos digitais ou eletrônicos, não nos parece que esta interfira em qualquer medida na caracterização ou não destes como "bens ou serviços comuns" para fins da legislação do pregão.

Necessário relembrar que mesmo diante de "bens ou serviços comuns", sempre que o interesse público recomendar (quer em função das complexidades do objeto, da necessidade de maior segurança quanto às capacidades do licitante ou outros) será dever do administrador optar por uma das modalidades tradicionais de licitação prevista na Lei nº 8.666/93.

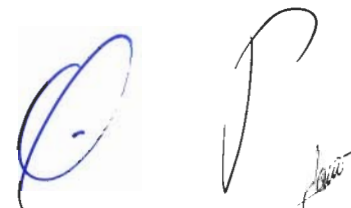
E de mais a mais, constatada a predominância do conteúdo intelectual na consecução do objeto licitado – o que sói acontecer com frequência nas operações referentes a implantação, adaptação, customização e localização de programas de computador, integração e compatibilização de sistemas, entre outras – será de rigor, nos termos do artigo 46 da Lei nº 8.666/93, optar por modalidade de licitação que inclua no critério de julgamento das propostas a avaliação da técnica a ser utilizada (metodologia incompatível com os procedimentos da modalidade pregão).

4) A licitação pública para a aquisição do chamado "software de prateleira" pode ser efetuada por meio de pregão?

A princípio sim, mas desde que as opções disponíveis à satisfação do interesse da Administração Pública sejam essencialmente fungíveis entre si (ou seja, possam ser intercambiadas sem diferenças relevantes de qualidade, desempenho, compatibilidade, funcionalidade, etc.). Conforme mencionado em resposta a quesito anterior, à definição de bem comum não basta a padronização do objeto em si, mas sim a padronização com relação às demais opções postas no mercado.

Especificamente para ilustrar o critério fungibilidade ou intercambialidade (aplicado aos programas de computador) parecem-nos em grande medida úteis (e atuais) alguns dos índices outrora postos pela antiga lei de regência do software e respectivo regulamento⁷⁰ (ora revogados em função da "nova" Lei do Software - Lei nº 9.609/98)

⁷⁰ Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987 (notadamente o artigo 10) e Decreto nº 96.036, de 12 de maio de 1988 (notadamente o artigo 3º e seu parágrafo único).



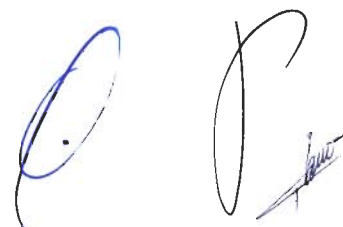
para determinar a similaridade⁷¹ entre programas de computador. Assim, nesta construção, dois programas de computador poderiam ser considerados fungíveis ou intercambiáveis quando, no mínimo: **(a)** tenham "*as mesmas características de desempenho, considerando o tipo de aplicação a que se destinam*"; **(b)** "*operem em equipamento similar e em ambiente de processamento similar*"; **(c)** observem os padrões estabelecidos, quando pertinentes e sejam dotados dos mesmos parâmetros relevantes, inclusive "*os numericamente mensuráveis*" tais como "*requisitos de memória, de tempo de processamento e capacidade de transação entre usuários e sistemas*"; e **(d)** executem, "*substancialmente, as mesmas funções, considerando o tipo de aplicação a que se destinam*".

De notar que mesmo programas de computador padronizados (ou "de prateleira") de mesma categoria (e.g., editores de texto) poderão apresentar grandes diferenças tecnológicas e de compatibilidade, velocidade e performance entre si. Caso a Administração Pública pretenda avaliar em maior profundidade os aspectos técnicos e/ou estabelecer critérios técnicos a determinar a escolha a ser efetuada, a modalidade pregão não será a mais indicada.

Ademais, se além da aquisição das licenças do software dito "de prateleira", o objeto da licitação compreender também serviços especializados, tais como implementação, complexas configurações, manutenção, entre outros e/ou fornecimento de bens conexos (as chamadas "soluções informáticas"), poderá ocorrer que o objeto da licitação, considerado como um todo não se caracterize como comum. Ou também poderá ocorrer que, no caso concreto, a Administração Pública, para melhor resguardar o interesse público, deva adotar uma das modalidades tradicionais de licitação, tendo em vista que são estas que lhe oferecem arcabouço procedimental mais adequado para a investigação das qualidades técnicas do objeto e da capacidade dos licitantes.

5) Com relação a software e serviços de informática, será lícita a adoção do pregão, mesmo que as limitações de tal modalidade licitatória levem o ente estatal que pretende utilizá-la a restringir o bem ou serviço a ser contratado e mesmo

⁷¹ O conceito de similaridade, na vigência da Lei nº 7.646/87, era importante, entre outros aspectos, porquanto, à época, a comercialização de programas de computador no mercado brasileiro era condicionada ao cadastramento prévio do programa na então Secretaria Especial de Informática – SEI. E, via de regra, em função das políticas de reserva de mercado então vigentes, o registro de programa de computador desenvolvido por empresa não nacional, condicionava-se "*à apuração da inexistência de programa de computador similar, desenvolvido no País, por empresa nacional*" (artigo 8º, parágrafo 2º da Lei nº 7.646/87).



que existam no mercado outros bens e serviços que igualmente atendam as necessidades de tal ente estatal?

A descrição do objeto licitatório exige competência e cautela, devendo ser precedida de estudos técnicos que permitam identificar as necessidades específicas da Administração Pública e apurar junto ao mercado as opções disponíveis e que potencialmente as atenderiam tanto sob o aspecto técnico como orçamentário.

Esse ônus da Administração Pública toma maior relevância em se tratando de bens e serviços de informática, cujas principais peculiaridades são a minudência de especificações técnicas e as frequentes alterações a que estão sujeitos em virtude da evolução tecnológica.

Na hipótese dos estudos técnicos apurarem junto ao mercado a existência de opções que, embora aptas a satisfazer a necessidade pública, se distingam em termos técnicos, tecnológicos ou metodológicos, a Administração Pública deverá ponderar meticulosamente acerca da modalidade licitatória a ser eleita, vez que tal circunstância evidencia que os produtos ou serviços cotejados podem não ser imbuídos da padronização típica dos "bens e serviços comuns", contratáveis por meio de pregão.

Com efeito, ausente a padronização, a Administração Pública deverá primar por avaliar, ao invés de meramente o preço, as eventuais vantagens técnicas, tecnológicas e de competência dos licitantes *vis-à-vis* seus respectivos custos.

Tal cautela se mostra salutar, pois, conforme aduzimos anteriormente, a aquisição de bens e serviços sob o estrito critério do menor preço (considerado o universo competitivo encerrado pelo respectivo edital) nem sempre melhor serve ao interesse público.

De se relembrar, aliás, que, na hipótese de não ser plena a convicção de se estar tratando de "bens e serviços comuns", a Administração Pública poderá licitá-los por modalidade tradicional prevista na Lei nº 8.666/93, na medida em que, em casos tais, uma postura mais conservadora melhor assegurará a satisfação ao interesse público.

Sob outro ângulo, eleita a via licitatória do pregão, o ente estatal deverá zelar para que o respectivo edital contemple, sem exceção, todas as opções encontradas no mercado capazes de atender à necessidade da Administração Pública, ou, ainda, que referidas



opções não sejam, sob qualquer aspecto, vedadas ou inibidas de integrar o certame, não só em função dos princípios da isonomia, competitividade e economicidade, mas também tendo em vista a previsão do artigo 3º, inciso II da Lei nº 10.520/02, no sentido que *"a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição"*.

Parece-nos, assim, que, existindo no mercado bens e serviços cujas características técnicas, tecnológicas ou metodológicas, embora diversas, sejam igualmente capazes de atender às necessidades do ente estatal, qualquer restrição editalícia direta ou indireta imposta pela Administração Pública, ainda que decorra meramente das limitações inerentes à modalidade licitatória do pregão, será ilícita.

6) Quais as principais vantagens, sob a perspectiva do atendimento ao interesse público, que proporcionariam os tipos de licitação "melhor técnica" e "técnica e preço" para a licitação de software se comparados com o tipo "menor preço"?

Já tivemos a oportunidade de esclarecer ao longo deste trabalho o quão fundamental para a legitimidade de um certame licitatório é a apropriada definição do tipo sob o qual aquele será processado, ônus que se torna especialmente desafiador à Administração Pública em se tratando de programas de computador.

Explanamos, ademais, que além da predominância intelectual de que são imbuídos os programas de computador (considerando-se, neste contexto, não somente a fase de desenvolvimento, mas também as fases posteriores que implicam sua manipulação, tais como customização, implantação, integração e manutenção) e da complexidade que se lhes afigura inerente (mormente em situações em que seu licenciamento é contratado como parte de uma solução de sistema informático), seu enquadramento na nuviosa categoria dos "bens e serviços comuns" nem sempre se revela o mais acertado.

Assim, para os fins de licitação de programas de computador, os tipos "melhor técnica" ou "técnica e preço" podem se revelar mais vantajosos para a Administração Pública, tendo em vista que, por se tratarem de opções regidas pela Lei nº 8.333/93, oferecem ao ente público arcabouço procedimental mais adequado para a investigação das qualidades técnicas do objeto e da capacidade dos licitantes.



Nesse tocante, por exemplo, as licitações do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço" permitem a participação no certame de opções capazes de atender à necessidade da Administração Pública por diferentes técnicas, tecnologias ou métodos, inclusive métodos que sequer tenham sido apurados à época dos estudos técnicos pertinentes ou contemplados quando da elaboração do respectivo edital.

Vale lembrar, ademais, que muitos bens e serviços de informática, em especial os programas de computador, constituem importantes ferramentas de otimização de atividades administrativas, incluindo, sem limitação, a prestação de serviços públicos essenciais. Em circunstâncias tais, mostra-se aconselhável, à luz do princípio da eficiência administrativa, primar por avaliar as eventuais vantagens técnicas, tecnológicas e de competência dos licitantes, e não somente o preço das soluções em questão.

Aliás, as licitações do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço" oferecem maior comodidade à Administração Pública, na medida em que, em princípio, exigem da Administração Pública descrever apenas as necessidades que pretende ver satisfeitas, bem como os requisitos de funcionalidade, compatibilidade entre outros, ficando a cargo dos particulares o ônus de oferecer as soluções técnicas hábeis a supri-los.

Há que se convir, em acréscimo, que quando alçadas as qualidades técnicas do software a critério de julgamento do certame (i.e., pela adoção dos tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço"), a Administração Pública, ainda que indireta ou marginalmente, contribui para o fomento do desenvolvimento e aprimoramento tecnológico do mercado.

Em suma, frente às peculiaridades dos programas de computador, a eleição de licitação tipo "menor preço" somente se justificaria (em detrimento dos tipos "melhor técnica" ou "técnica e preço") nas hipóteses em que as soluções pretendidas pela Administração Pública para suprir a necessidade pública encontrarem-se a tal ponto padronizadas no mercado que as caracterizem como "bens ou serviços comuns" (ou, ainda, no caso de haver apenas uma única solução padronizada oferecida no mercado por diversos fornecedores).


De qualquer forma, ressalve-se uma vez mais que a caracterização de determinado bem ou serviço como comum deverá ser feita ante o caso concreto, levando-se em

Two handwritten signatures in blue ink are located in the bottom right corner of the page. The first signature is a large, stylized 'O' with a dot, and the second is a more complex, cursive signature.

consideração o contexto e as eventuais especificidades da necessidade pública, da licitação e do mercado à época do certame.

É o que nos parece, salvo melhor juízo.

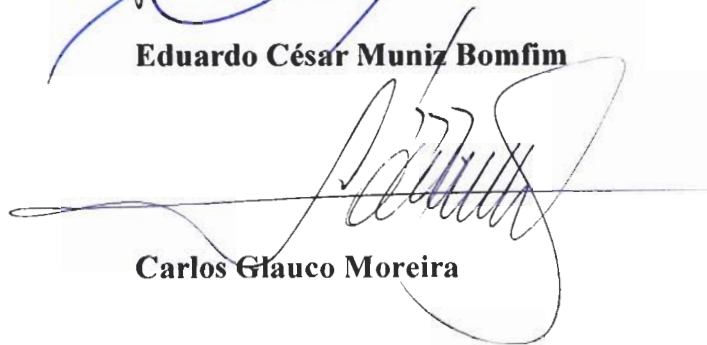
São Paulo, 19 de agosto de 2011.



Georges Charles Fischer



Eduardo César Muniz Bomfim



Carlos Glauco Moreira