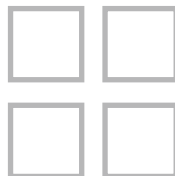
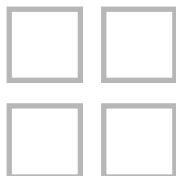
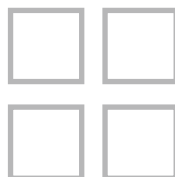
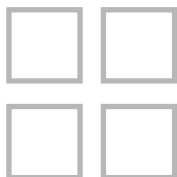
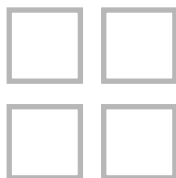
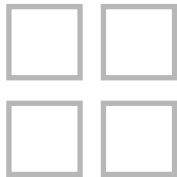


Licitações de tecnologia da informação: "técnica e preço" ou pregão?

Cláudio Silva da Cruz
Carlos Alberto Mamede Hernandes



Cláudio Silva da Cruz e Carlos Alberto Mamede Hernandes são servidores do Tribunal de Contas da União e mestres em Gestão do Conhecimento e da Tecnologia da Informação pela Universidade Católica de Brasília.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da modalidade pregão para licitações públicas em geral (Lei nº 10.520/2002; Decreto nº 5.450/2005), tornou-se frequente o argumento da inaplicabilidade deste nas licitações de informática (Tecnologia da Informação - TI) (ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO, SOFTWARE E INTERNET, 2006; BITTENCOURT, 2002, p. 251-253 e 2003, p. 105-115; CORRÊA, 2004, p. 37-38, 45-55; COSTA, [200-?]; LIMA, 2002) em razão da regra da obrigatoriedade do uso do tipo "técnica e preço", inscrita no § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/1993.

A publicação do Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário pôs fim a essa controvérsia mediante análise da evolução das normas jurídicas e da indicação dos entendimentos do Tribunal para conversão em norma para a Administração Federal pelo órgão competente (BRASIL, 2009, declaração de voto do Auditor Augusto Sherman Cavalcanti). Pelo entendimento do TCU, há obrigatoriedade de uso do pregão nas licitações de bens e serviços comuns de TI.

O objetivo deste artigo é esclarecer a origem da obrigatoriedade do tipo "técnica e preço" para bens e serviços de informática e automação, a evolução jurídica desde então e as regras para escolha do tipo e modalidade de licitação aplicáveis atualmente, considerando a necessidade de garantia de qualidade nas contratações.

2 A ORIGEM DA OBRIGATORIEDADE DE USO DO TIPO "TÉCNICA E PREÇO" PARA LICITAÇÕES DE TI

O art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/1993 estabeleceu a obrigatoriedade de uso do tipo "técnica e preço" nas licitações de bens e serviços de informática. Infelizmente, muitos gestores públicos, especialmente na área de TI, e atores do mercado de TI acreditam que isto se deva à necessidade de selecionar propostas com maior qualidade, em virtude da criticidade e complexidade das contratações de TI,

como se depreende das argumentações em defesa do uso de “técnica e preço” em diversas contratações examinadas pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) do TCU, semelhantes às citadas na seção introdutória.

Todavia, a origem da obrigatoriedade de uso do tipo “técnica e preço” nas licitações de TI, segundo o próprio texto do art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/1993, decorre da necessidade de fazer cumprir o comando inserido no art. 3º da Lei nº 8.248/1991, que determinou:

- a) a concessão de preferência nas licitações públicas às empresas que produzam com tecnologia desenvolvida no Brasil ou produzam predominantemente no Brasil, de acordo com processo produtivo básico definido pelo Poder Executivo;
- b) que esta preferência será exercida nas condições de equivalência dos fatores de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

Essa preferência em prol da tecnologia e do mercado nacionais nas compras governamentais foi juridicamente estabelecida como política de Estado no art. 11 da Lei nº 7.232/1984 (Política Nacional de Informática).

Porém, o texto original da Lei nº 8.666/1993 não previa a obrigatoriedade de uso do tipo “técnica e preço”. Essa obrigatoriedade surgiu primeiramente de modo implícito na Medida Provisória nº 388, de 16 de dezembro de 1993, que alterou o art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/1993, prevendo o uso de “técnica e preço” e permitindo o uso de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo, o qual também regulamentaria o conceito de equivalência. Em consequência, foi publicado o Decreto nº 1.070, de 2 de março de 1994, o qual utilizou, pela primeira vez, a expressão “obrigatoriedade” em relação ao uso de “técnica e preço” para bens e serviços de informática e automação.

A Lei nº 8.883/1994 definitivamente introduziu a referida obrigatoriedade de uso do tipo “técnica e preço” no § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/1993, e a

autorização para o uso excepcional do tipo “técnica e preço” em contratações de bens e serviços de informática e automação, no caput do art. 46, já que antes era esse tipo era de uso exclusivo nas licitações de serviços predominantemente intelectuais.

Conclui-se, portanto, que a obrigatoriedade do tipo “técnica e preço” para licitações de TI foi criada com o fim de permitir a comparação objetiva dos fatores indicados no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.248/1991 e determinar a eventual ocorrência de condições equivalentes, situação em que deve ser dada preferência à contratação de empresas que produzam com tecnologia brasileira ou predominantemente no Brasil. Portanto, não há qualquer relação com qualidade, complexidade ou criticidade nas contratações de TI. Trata-se, na verdade, de um mecanismo de proteção e estímulo ao mercado nacional.

3 A SITUAÇÃO JURÍDICA ATUAL

O pregão foi admitido como nova modalidade licitatória por meio da Medida Provisória nº 2.026/2000, sendo esta convertida na Lei nº 10.520 em 2002. Essa lei define que a modalidade pregão é destinada às aquisições de bens e serviços comuns, que são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente descritos no edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Como a maior parte dos bens e serviços de TI adere a especificações usuais, padronizadas pela própria indústria de TI com o objetivo de facilitar a comercialização desses produtos e serviços, conforme acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.2, tais bens e serviços devem ser considerados comuns e ser licitados por pregão. Mas como fazê-lo diante da obrigatoriedade de licitação por “técnica e preço” estabelecida pelo § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/1993?

A solução para esse dilema veio com a publicação da Lei nº 11.077/2004, que incluiu o § 3º no art. 3º da Lei nº 8.248/1991, onde foi autorizado o uso de pregão para licitação de bens e serviços de TI, desde que os licitantes cumprissem o processo produtivo básico (PPB). Ocorre que o TCU proferiu decisão de caráter normativo por meio do Acórdão nº 2.138/2005-TCU-Plenário no sentido de não ser

juridicamente possível exigir o PPB como condição para o acesso à licitação. Ao contrário, segundo o TCU, nas licitações por pregão o PPB pode ser usado apenas como critério de desempate entre as propostas mais bem colocadas no critério preço. Portanto, ficou assente que o pregão é aplicável às licitações de TI sem ferir a Lei nº 8.248/1991.

Além disso, o art. 4º do Decreto nº 5.450/2005 tornou obrigatória a adoção de pregão para aquisição de bens e serviços comuns, preferencialmente na sua forma eletrônica.

Em detida análise sobre toda essa evolução jurídica, o TCU concluiu no Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2 que:

- a) é obrigatória a adoção de pregão nas licitações de bens e serviços tecnologia da informação, quando considerados comuns;
- b) que o pregão é inaplicável às contratações de serviços predominantemente intelectuais, nos termos do caput do art. 46 da Lei nº 8.666/1993;
- c) que a classificação de um bem ou serviço de TI como não comum deve ser justificada, não cabendo, nesse caso, a sua licitação por pregão.

Cabe então perguntar: como fazer a distinção entre serviços de TI comuns e serviços de TI predominantemente intelectuais para fins de escolha do tipo e modalidade de seleção de fornecedor mais adequados?

4 O QUE SÃO BENS E SERVIÇOS COMUNS DE TI?

A boa aquisição de um objeto depende sempre de que sua especificação seja plenamente compreendida pelo respectivo mercado fornecedor. Essa compreensão se dá por meio da referência explícita e objetiva aos padrões de desempenho e qualidade que caracterizam o objeto almejado. Quanto tais padrões são encontrados nas especificações usualmente praticadas para comercialização em um dado mercado, o objeto em questão deve ser considerado comum. Portanto, um objeto é comum quando existem padrões de desempenho e qualidade conhecidos no mercado e que descrevem tal objeto suficientemente bem para

que não haja dúvida no mercado sobre exatamente aquilo que a Administração intenta adquirir (FERNANDES, 2007, p. 461-464; JUSTEN FILHO, 2005, p. 435-436; MEIRELLES, 2006, p. 104).

Nesse sentido, a maioria dos bens e serviços de TI são comuns, pois os padrões utilizados na sua descrição são usualmente adotados pelos agentes do respectivo mercado para comercializá-los, segundo o acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.2.

Para o atendimento do § 2º do art. 3º da Lei nº 8.248/1991, a especificação do objeto deve contemplar também os padrões mínimos requeridos com respeito aos seguintes fatores: prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

5 O QUE SÃO SERVIÇOS PREDOMINANTEMENTE INTELECTUAIS?

Segundo o acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.3 há serviços que, por sua natureza predominantemente intelectual, não podem ser contratados por pregão, pois não estão padronizados no respectivo mercado, visto que a sua execução exige o exercício da arte e da racionalidade humana, existindo variação relevante de protocolos, métodos e técnicas que podem ser empregados para obter resultados satisfatórios às necessidades da Administração.

Nesse caso, a escolha prévia da forma de execução dos serviços, mediante a especificação de somente um padrão de desempenho e qualidade, impediria a participação no certame de prestadores potencialmente capazes de atender tais necessidades, mas que executam seus serviços com o uso de outros padrões, contrariando o princípio da isonomia entre licitantes.

Tais serviços são tratados de maneira especial na Lei nº 8.666/1993, pois são os únicos que justificam a adoção de licitação de “técnica e preço” ou de “melhor técnica” para a determinação de proposta mais vantajosa (caput do art. 46 c/c caput do art. 3º), além da situação extraordinária indicada no § 3º do art. 46, considerando que está derogada a obrigatoriedade de “técnica e preço” para bens e serviços de informática e automação (art. 45, § 4º).

Segundo o art. 46, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, nesses dois tipos de licitação, as propostas dos licitantes previamente qualificados (habilitados) devem ser avaliadas e classificadas de acordo com critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução. Além desses critérios, nas contratações de serviços predominantemente intelectuais de TI, devem-se considerar também os fatores previstos no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.248/1991, que são: prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

Portanto, para que um serviço de TI seja considerado de natureza predominantemente intelectual, a sua forma de execução no mercado não pode admitir ser previamente estabelecida em termos de protocolos, métodos ou técnicas, mas as diferentes formas possíveis de execução dos serviços devem ser objetivamente avaliadas e ponderadas para se chegar à proposta mais vantajosa, considerando todos os fatores apontados no art. 46, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 e no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.248/1991, sempre segundo critérios pertinentes e relevantes exclusivamente à execução do objeto.

6 GARANTIA DE QUALIDADE NAS CONTRATAÇÕES

Também é frequente combater o pregão com o argumento de ele conduz a contratações de baixa qualidade, considerando que a disputa se dá apenas em termos de preço. De pronto, tal argumento não pode prosperar, pois todas as modalidades licitatórias foram concebidas pelo legislador como métodos suficientes para alcançar a contratação mais vantajosa (Lei nº 8.666/1993, art. 3º, caput). Portanto, o problema percebido não pode estar na lei, mas na sua aplicação, pois a garantia de qualidade na contratação não decorre da modalidade licitatória utilizada, mas do emprego rigoroso e equilibrado de todos os mecanismos permitidos pela legislação de licitações e contratos, em especial a adequada

especificação do objeto e a eficaz gestão do contrato (JUSTEN FILHO, 2005, p. 435-436).

A legislação não deixa dúvida quanto à necessidade de exigir qualidade nas contratações (p. ex. Decreto-lei nº 200/1967, art. 10, § 7º; Constituição Federal/1988, art. 37, caput – princípio da eficiência – e inciso XXI – garantia de cumprimento das obrigações contratuais; Lei nº 8.666/1993, art. 3º – contratação mais vantajosa – e 6º, inciso IX – especificação adequada no projeto básico). Particularmente, a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002, art. 1º, § 1º) exige a descrição explícita e objetiva de padrões de qualidade e desempenho, que obviamente não podem ser inferiores aos necessários para atender às necessidades da Administração. Portanto, em cada contratação na modalidade pregão, o gestor público tem de elaborar requisitos mínimos de qualidade necessários para que a necessidade da contratação, que deu origem à contratação em primeiro lugar, seja atendida (Lei nº 8.666/1993, art. 12, inciso II; Lei nº 10.520/2002, art. 3º, inciso I; Decreto nº 2.271/1997, art. 2º, inciso I). Em outras palavras, contratar pelo tipo “menor preço” não significa contratar o bem o serviço mais barato possível, mas sim, contratar o bem ou serviço mais barato possível e que ao mesmo tempo atenda à necessidade da contratação. Uma proposta não tem como ser a mais vantajosa se não atender à necessidade da contratação.

7 CONCLUSÃO

Portanto, conclui-se que:

- a) Está derogada a obrigatoriedade de uso de “técnica e preço” nas licitações de TI, embora ainda vigore o direito de preferência, em razão da nova redação de todo o art. 3º da Lei nº 8.248/1991;
- b) A maioria dos bens e serviços de TI é comercializada segundo padrões de qualidade e desempenho bem definidos, razão pela qual devem ser considerados comuns e licitados por pregão, segundo o acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, itens 9.2.1 e 9.2.2;

c) Os serviços de TI de natureza predominantemente intelectual, que não podem ser executados segundo protocolos, métodos ou técnicas pré-estabelecidos, mas que devem admitir variações decorrentes da arte e da racionalidade humana, devem ser licitados por “técnica e preço” (Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, itens 9.2.3), por meio de avaliação e classificação objetivas, segundo critérios pertinentes e relevantes à execução do objeto e que sejam atinentes aos fatores indicados na no art. 46, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 e no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.248/1991;

d) Não existe óbice a que o gestor público escolha elevados padrões de desempenho e qualidade, desde que sejam pertinentes, relevantes, conduzam à contratação mais vantajosa e permitam a participação de todos os possíveis fornecedores que estejam em condições de atender adequadamente às reais necessidades da Administração (Lei nº 8.666/1993, art. 3º).

8 REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO, SOFTWARE E INTERNET. *Compras públicas de software*. Parecer jurídico sobre os critérios utilizados nas compras públicas abrangendo o desenvolvimento, comercialização e licenciamento de software e os serviços correlatos - avaliação e sugestão. Rio de Janeiro: Assespro-RJ, 2006.

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2002.

_____. *Licitação de informática*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003.

BRASIL. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*, Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm>. Acesso em: 14 out. 2009.

_____. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*, Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5450.htm>. Acesso em: 14 out. 2009.

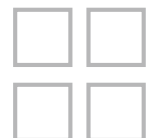
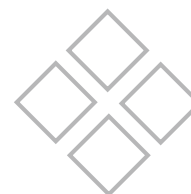
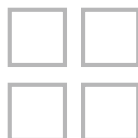
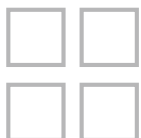
_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 14 out. 2009.

_____. Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*, Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7232.htm>. Acesso em: 14 out. 2009.

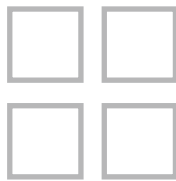
_____. Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*, Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8248.htm>. Acesso em: 14 out. 2009.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*, Brasília, 1993a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 out. 2009.

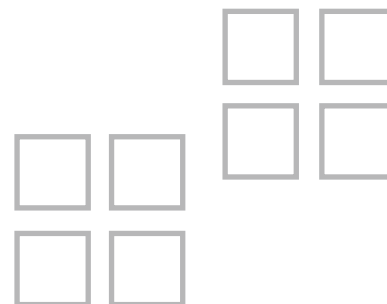
_____. Medida Provisória nº 2.026-3, de 28 de julho de 2000. Institui, no âmbito da União, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*, Brasília, 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/mpv/2026-3.htm>>. Acesso em: 14 out. 2009.



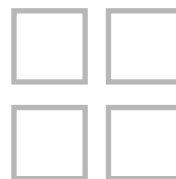
_____. Medida Provisória nº 388, de 16 de dezembro de 1993. Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*, Brasília, 1993b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1990-1995/388.htm>. Acesso em: 14 out. 2009.



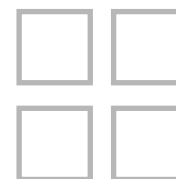
_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.471/2008, Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão 05/11/2008. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 nov. 2008. Disponível em: <[http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=\(acordao+adj+2471/2008+adj+plenario\)\[idtd\]\[b001\]](http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=(acordao+adj+2471/2008+adj+plenario)[idtd][b001])>. Acesso em: 14 out. 2009.



_____. _____. Acórdão 237/2009, Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão 18/02/2009. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 mar. 2009. Disponível em: <[http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=\(acordao+adj+237/2009+adj+plenario\)\[idtd\]\[b001\]](http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=(acordao+adj+237/2009+adj+plenario)[idtd][b001])>. Acesso em: 14 out. 2009.



_____. _____. *Nota Técnica Sefti nº 02, de 11 de setembro de 2008*. Uso do Pregão para aquisição de bens e serviços de Tecnologia de Informação. 2008. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/tecnologia_informacao/notas_tecnicas/notas_tecnicas_aprovadas/Nota%20Técnica%20%20-%20Pregão%20para%20TI.v08.oficial.pdf>. Acesso em: 14 out. 2009.

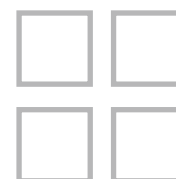


CORRÊA, Vera Lúcia de Almeida. *Licitações de bens e serviços de informática e automação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2004.



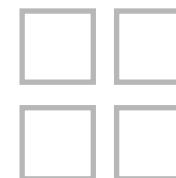
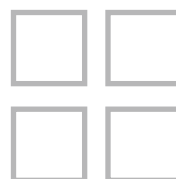
COSTA, Rosa. Tecnologia e telecomunicações devem adotar técnica e preço em licitações. *Portal Licitação.com.br*. [200-?]. Disponível em: <<http://licitacao.uol.com.br/artdescricao.asp?cod=43>>. Acesso em: 14 out. 2009.

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



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

LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. A impossibilidade de utilizar a licitação por pregão para bens e serviços de informática. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Atualizado em 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3532>>. Acesso em: 14 out. 2009.



MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, fev. 2006.