

Nota Técnica nº 02/2008–SEFTI/TCU

Brasília, 11 de setembro de 2008

Assunto: Uso do Pregão para aquisição de bens e serviços de Tecnologia de Informação.

1 DO OBJETIVO

Apresentar, a partir do arcabouço legal e jurisprudencial, interpretação sistemática atualizada e consolidada sobre a modalidade e o tipo de licitação a serem adotados nas aquisições de bens e serviços de tecnologia da informação pela Administração Pública Federal, concluindo pela compatibilidade do uso de Pregão para este propósito.

2 DA MOTIVAÇÃO

A evolução das normas relativas a licitações públicas na área de tecnologia da informação (TI), as evidentes vantagens do uso do Pregão pela Administração e o gradativo amadurecimento do mercado brasileiro de TI rumo a padrões de desempenho e qualidade bem estabelecidos sugerem que o conceito de bens e serviços comuns, constante da Lei nº 10.520/2002, deve também englobar os bens e serviços comuns de tecnologia da informação.

A presente Nota Técnica pretende contribuir para resolver os seguintes problemas:

- a) Ainda há várias ocorrências de uso de interpretações legais já ultrapassadas para sustentar a utilização do tipo “técnica e preço” em licitações de bens e serviços de TI que podem ser considerados comuns, com possível prejuízo da eficiência e da economicidade para a Administração;
- b) Ainda há algumas ocorrências de uso de tais interpretações legais ultrapassadas em instruções de processos no TCU, o que pode gerar dúvidas junto a gestores públicos e consultorias jurídicas;
- c) Ainda há pressão de fornecedores de bens e serviços de TI no sentido de exigir o uso do tipo “técnica e preço” em licitações de informática, sob a alegação de obrigatoriedade legal, complexidade, criticidade etc., mas esse tipo de licitação pode reduzir a competitividade e resultar em preços mais altos, em relação ao obtido com o uso do tipo “menor preço” na modalidade Pregão.

3 DOS ENTENDIMENTOS PROPOSTOS

A licitação de bens e serviços de tecnologia da informação considerados comuns, ou seja, aqueles que possuam padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, deve ser obrigatoriamente realizada pela modalidade Pregão, preferencialmente na forma eletrônica. Quando, eventualmente, não for viável utilizar essa forma, deverá ser anexada a justificativa correspondente (Lei nº 10.520/2002, art. 1º; Lei nº 8.248/1991, art. 3º, § 3º; Decreto nº 3.555/2000, anexo II; Decreto nº 5.450/2005, art. 4º, e Acórdão nº 1.547/2004 – Primeira Câmara; Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.1)

Devido à padronização existente no mercado, os bens e serviços de tecnologia da informação geralmente atendem a protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos e a padrões de desempenho e qualidade que podem ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado. Logo, via de regra, esses bens e serviços devem ser considerados comuns para fins de utilização da modalidade Pregão. (Lei nº 10.520/2002, art. 1º; Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.2)

Serviços de TI cuja natureza seja predominantemente intelectual não podem ser licitados por meio de pregão. Tal natureza é típica daqueles serviços em que a arte e a racionalidade humanas são essenciais para sua execução satisfatória. Não se trata, pois, de tarefas que possam ser executadas mecanicamente ou segundo protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos. (Lei nº 8.666/1993, art. 46, caput; Acórdão nº 2.172/2008-TCU-Plenário, declaração de voto; Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.3)

Em geral, nem a complexidade dos bens ou serviços de tecnologia da informação nem o fato de eles serem críticos para a consecução das atividades dos entes da Administração descaracterizam a padronização com que tais objetos são usualmente comercializados no mercado. Logo, nem essa complexidade nem a relevância desses bens e serviços justificam o afastamento da obrigatoriedade de se licitar pela modalidade Pregão. (Lei nº 10.520/2002, art. 1º; Acórdão nº 1.114/2006 – Plenário; Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.4)

Nas aquisições mediante Pregão, o gestor deve avaliar a complexidade demandada na preparação das propostas pelos eventuais interessados e buscar definir o prazo mais adequado entre a data de publicação do aviso do Pregão e a de apresentação das propostas, a qual nunca poderá ser inferior a 8 dias úteis, de modo a garantir a isonomia entre os interessados que tenham acessado especificações do objeto antecipadamente, por terem colaborado na fase de planejamento pelo fornecimento das informações mercadológicas e técnicas necessárias, e os demais interessados. Desse modo, procurar-se-á ampliar a possibilidade de competição. (Lei nº 8.666/1993, art. 3º;

Lei nº 10.520/2002, art. 4º, V; Acórdão nº 2.658/2007-TCU-Plenário; Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.5)

A decisão de não considerar comuns determinados bens ou serviços de tecnologia da informação deve ser justificada nos autos do processo licitatório. Nesse caso, a licitação não poderá ser do tipo “menor preço”, visto que as licitações do tipo “menor preço” devem ser realizadas na modalidade Pregão. (Lei nº 8.666/1993, art. 15, III; Lei nº 10.520/2002, art. 1º; Decreto nº 5.450/2005, art. 4º; Acórdão nº 1.547/2004-TCU-Primeira Câmara; Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.6)

4 DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Lei nº 10.520/2002	Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário
Lei nº 9.610/1998	Acórdão nº 2.172/2008-TCU-Plenário
Lei nº 9.609/1998	Acórdão nº 2.658/2007-TCU-Plenário
Lei nº 8.666/1993	Acórdão nº 1.782/2007-TCU-Plenário
Lei nº 8.248/1991	Acórdão nº 1.114/2006-TCU-Plenário
Lei nº 7.232/1984	Acórdão nº 2.138/2005-TCU-Plenário
Decreto nº 5.504/2005	Acórdão nº 2.094/2004-TCU-Plenário
Decreto nº 5.450/2005	Acórdão nº 1.547/2004-TCU-1ª Câmara
Decreto nº 3.555/2000	Acórdão nº 1.182/2004-TCU-Plenário
Decreto nº 1.070/1994	Acórdão nº 740/2004 -TCU- Plenário com redação alterada pelo Acórdão nº 1.299/2006-TCU-Plenário Acórdão nº 313/2004-TCU-Plenário

5 DA ANÁLISE

5.1 DA ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA NAS LICITAÇÕES DE BENS E SERVIÇOS DE TI E SUA CONEXÃO COM A ESCOLHA DO TIPO DE LICITAÇÃO APLICÁVEL

A instituição do Pregão como nova modalidade licitatória pela Lei nº 10.520/2002, objetivando tornar as contratações mais ágeis e econômicas, trouxe um cenário novo para as contratações de TI. Atualmente, os bens e serviços de TI são cada vez mais licitados por Pregão, com evidentes vantagens de preço e ampliação do número de competidores que participam nos certames públicos.

Porém, ainda é freqüente deparar com processos de contratação de bens e serviços de TI que encaminham licitações do tipo “técnica e preço” com base na sua obrigatoriedade legal decorrente do art. 45, § 4º da Lei nº 8.666/1993 com a redação dada pela Lei nº 8.883/1994:

§ 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados

em seu parágrafo 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação “técnica e preço”, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo. (grifo nosso)

O aparente conflito dos dois dispositivos legais, Lei nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002, requer exegese sistemática que permita indicar, com segurança, os casos em que é aplicável o tipo “técnica e preço” (ou “melhor técnica”), pela modalidade adequada, e os casos em que é aplicável o uso do tipo “menor preço” pela modalidade Pregão.

Embora o tipo “menor preço” seja a regra geral das licitações públicas, como se depreende do *caput* do art. 46 da Lei nº 8.666/1993, o mesmo não acontecia para as licitações da área de TI, como registrado no art. 45, § 4º da mesma lei.

A razão dessa diferenciação encontra-se indicada no próprio texto do artigo: a observação da regra de preferência instituída pela Lei de Informática (Lei nº 8.248/1991, art. 3º). Ou seja, a obrigatoriedade do uso do tipo “técnica e preço” para as licitações de bens e serviços de TI decorria da necessidade de estimular o mercado interno de TI por meio do poder de compra do Estado.

Para entender a evolução do direito de preferência até hoje e o seu impacto na escolha do tipo de licitação de bens e serviços de TI é necessário remeter à formulação da Política Nacional de Informática.

Na esfera federal, as aquisições de bens e serviços de TI seguiam as disposições gerais de licitações e contratos até 1984, ano em que foi instituída a Política Nacional de Informática (PNI), por meio da Lei nº 7.232/1984, cujo objetivo era “a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira”, conforme o *caput* do seu art. 2º. Entre outros meios, essa capacitação se daria por meio da concessão de preferência nos certames licitatórios públicos em favor das empresas nacionais (art. 11 da Lei), segundo parâmetros propostos pelo Conselho Nacional de Informática e Automação (Conin) à Presidência da República:

Art. 11. Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, Direta e Indireta, as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência nas aquisições de bens e serviços de informática aos produzidos por empresas nacionais. (Revogado pela Lei nº 8.248, de 1991)

Posteriormente, a política de preferência para bens e serviços de informática produzidos por empresas nacionais foi confirmada pela Lei nº 8.248/1991, art.3º, restrita às situações em que ocorressem condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade,

padronização, compatibilidade e desempenho, além do preço, entre as propostas dos licitantes:

Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, nos termos do § 2º do art. 171 da Constituição Federal, aos produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, observada a seguinte ordem:

I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;

II – bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local.

§ 1º Na hipótese da empresa brasileira de capital nacional não vir a ser objeto desta preferência, dar-se-á aos bens e serviços fabricados no País preferência em relação aos importados, observado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-á em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

A Lei nº 8.666/1993 em seu art. 45, § 4º considerou relevante explicitar que a possibilidade de uso do direito de preferência exigia a comparação de fatores técnicos e, portanto, a realização de licitação do tipo “técnica e preço”:

§ 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a Administração Pública observará o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta, com a adoção da licitação de técnica e preço, os fatores especificados em seu § 2º. (grifo nosso)

Em seguida, o Decreto nº 1.070/1994 em seu art. 1º, §3º regulamentou o procedimento de aplicação do tipo “técnica e preço” às contratações

de bens e serviços de TI. Esse Decreto também desobrigou a adoção do tipo “técnica e preço” nas aquisições de pequeno valor, pela modalidade Convite, o que criou uma inconsistência com o comando de “obrigatoriedade” dado no art. 45, § 4º da Lei nº 8.666/1993:

§ 3º Nas licitações realizadas sob a modalidade de convite, prevista no art. 22, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, o licitador não é obrigado a utilizar o tipo de licitação “técnica e preço”.

Poucos meses depois, essa inconsistência foi sanada, mediante alteração do art. 45, § 4º da Lei nº 8.666/1993 para incluir a permissão de outro tipo de licitação nos casos previstos em decreto do Poder Executivo:

§ 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu parágrafo 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação “técnica e preço”, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo. (grifo nosso)

O procedimento previsto no Decreto nº 1.070/1994 consiste na valoração técnica das propostas habilitadas usando de quatro a seis fatores técnicos, por meio de pontuação e ponderação, produzindo-se, em seguida, uma avaliação técnica resultante da ponderação entre o índice técnico e o índice de preço. Então, as propostas são comparadas, pre-qualificando-se aquelas cujas avaliações técnicas não se distanciam mais de 6% da proposta mais bem avaliada. Por fim, são consideradas equivalentes as propostas pre-qualificadas cujos preços não excedam a 12% do menor preço entre elas. Às propostas equivalentes aplicavam-se ordenadamente os critérios de preferência elencados nos incisos I a VII do art. 5º do Decreto nº 1.070/1994.

A Lei nº 10.176/2001 prorrogou a política de incentivos da Lei de Informática (Lei nº 8.248/1991), mas revogou o seu artigo 1º, que aludia ao conceito de empresa brasileira de capital nacional, e que já estava tacitamente revogado desde a Emenda Constitucional

nº 6/1995. Todavia, o direito de preferência, objeto do art. 3º, foi mantido, eliminando-se o vínculo com a origem do capital. Dos dois critérios de enquadramento de preferência previstos, o primeiro foi mantido intocado (“bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País”), enquanto o segundo sofreu atualização do texto, passando de “bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local” para “bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo”.

Os incisos I a IV do art. 5º do Decreto nº 1.070/1994, que aludem ao revogado art. 1º da Lei nº 8.248/1991, ficaram, por consequência, derogados. Subsiste, porém, a possibilidade de exercício do direito de preferência mediante a comprovação do uso de “tecnologia desenvolvida no país” ou de produção com “significativo valor agregado local”, que deve ser entendido como cumprimento de “processo produtivo básico”, uma vez que o Decreto nº 1.070/1994 não foi atualizado com a nova redação da Lei nº 8.248/1991.

É importante lembrar que a obrigatoriedade do uso do tipo “técnica e preço” insere-se no art. 45, § 4º da Lei nº 8.666/1993 em expressa decorrência do art. 3º da Lei nº 8.248/1991, ou seja, para fins de aplicação do direito de preferência. Assim, essa obrigatoriedade não é absoluta, porque não pode ser lida dissociadamente do direito de preferência previsto na Lei nº 8.248/1991. É precisamente como regulamento de ambas as leis que o Decreto nº 1.070/1994 em seu art. 1º, § 3º criou a primeira exceção a tal obrigatoriedade:

Art 1º [...] § 3º Nas licitações realizadas sob a modalidade de convite, prevista no art. 22, inciso III, da Lei nº 8.666/93, o licitador não é obrigado a utilizar o tipo de licitação “técnica e preço”. (grifo nosso)

Curiosamente, o Decreto nº 1.070/1994 não especificou procedimentos para exercício do direito de preferência nas licitações pela modalidade Convite quando adotado o tipo “menor preço”, criando a impressão de vácuo legal, resolvido da seguinte forma: considerando que, nas licitações de “menor preço”, todas as propostas técnicas classificadas são tecnicamente equivalentes (todas são adequadas para atender à necessidade da Administração), a equivalência das propostas se dará pelo empate no menor preço oferecido, cabendo o uso dos critérios de desempate previstos no art. 3º da Lei nº 8.248/1991 e art. 5º do Decreto nº 1.070/1994.

Posteriormente, a licitação pela modalidade Pregão foi positivada no ordenamento jurídico por meio da Medida Provisória nº 2.026/2000 e regulamentada pelo Decreto nº 3.555/2000. Nesses instrumentos legais, o uso do Pregão destinava-se a bens e serviços comuns, considerados assim “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais

de mercado”, conforme dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, em que se converteu a referida medida provisória:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de Pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Um rol desses tipos de bens e serviços foi apresentado no Anexo II do Decreto nº 3.555/2000, com sucessivas alterações pelos Decretos nº 3.693/2000 e nº 3.784/2001:

ANEXO II

CLASSIFICAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS...

2. Serviços de Apoio à Atividade de Informática

2.2. Manutenção

[...]

27. Serviços de Telecomunicações de Dados

28. Serviços de Telecomunicações de Imagem

29. Serviços de Telecomunicações de Voz

Inicialmente, houve divergência de entendimento no TCU sobre o caráter desse rol, se seria exaustivo ou exemplificativo. Entretanto, prevaleceu o entendimento de que é apenas exemplificativo, conforme a jurisprudência e a doutrina apresentada no Acórdão nº 313/2004 do Plenário:

12. Aduzo que, como ressaltaram a unidade técnica e o Parquet especializado, o rol de bens discriminado no Anexo II do Decreto nº 3.555/2000 não é exaustivo. Nesse sentido, Marçal Justen Filho asseverou que:

“Não se afigura cabível interpretar em termos rígidos o elenco contido no Anexo II. A ausência de rigidez se manifesta sob dois aspectos: em primeiro lugar, o elenco não é exaustivo. Qualquer objeto qualificável como comum, ainda que não conste do rol do Anexo II, pode ser contratado por meio de Pregão. Sob esse ângulo, a relação contida no Anexo II envolve um elenco mínimo, exemplificativamente indicado no Regulamento. Essa solução deriva

01001 101 010 1001 010 1001 010
0 1 01 0 10 1001 01 0 100 101 1010
1001 10011001 1001 0 10 10 1001 01
01 01 010 1001 01 10 1001 1001
100 1001 1001 1001 1001 1001 01
101 101 01 10 1001 011 1 1 01 10
10 101001 1100 1001 100100101001
10010101 101 1001 10 10010 1001
010010 1010 10 1001 1001 1001010
1001 01 10 1001 1001 10 10 10 1001
1001 1001 101 1001 1001 1001 1001
1001 101010 10010 100101 1001 1001
1010 1001 1001 1001 10 1 1 0 1 0
100 1001 0 10 100 100 100 001 0
100 100 10 01 10 10010 1000 100
100 1001 1001 1001 101 1001 1001
10 10101 10010 100011 01 0110001
010 1001 1001110 10100101010 1001
10010 101010 10010 10 101 0101
1001 1001 1001 01 10010 1001 0101
01001 101010 101 01 101 1001 010
1010 1010 1001 1001 1001 1001 1001
1001 1010 10 0 0 0 0101 0101
01001 1001 1011010 1001 1001 01001
010 1001 1001 10 0101 01011 1 10
1001 100010101010011001 1001 1001
1001 100101 100101 01001 101001
010 1001 10 1010 1001 10 10 001 01
0 10 1001 01 0 100 101 1010 1001
10011001 1001 0 10 10 1001 01 01 01
010 1001 01 10 1001 1001 100 1001
1001 1001 1001 1001 01 101 101 01
10 1001 011 1 1 01 10 10 101001 1100
1001 100100101001 10010101 101 1001
10 10010 1001 010010 1010 10 1001
1001 1001010 1001 01 10 1001 1001
10 10 10 1001 1001 1001 101 1001
1001 1001 1001 1001 101010 10010
100101 1001 1001 1010 1001 1001
1001 10 1 1 0 1 0 100 1001 0 10
100 100 100 1001 0 100 100 10 01
10 10010 1000 100 100 1001 1001
1001 101 1001 1001 10 10101 10010
1000011 01 0110001 010 1001 1001110
10100101010 1001 10010 101010
10010 10 101 0101 1001 1001 1001 01
10010 1001 0101 01001 101010 101 01
101 1001 010 1010 1010 1001 1001
1001 1001 1001 1001 1010 10 0 0 0
0101 0101 01001 1001 1011010 1001
1001 01001 010 1001 1001 10 0101
01011 1 10 1001 100010101010011001
1001 1001 1001 100101 100101 01001
101001 010 1001 10 10 01 10 1001
110 1001 10 10 10 1001 10 1001
10 1001 1001 10101 1 1 10 1001
001 1001 1001 10101 0101 1001 1001
1010 1001 1001 101010 1001 10010
1001 1001 01001 100101 0101001 010

da impossibilidade jurídica de o conceito de bem ou serviço comum, contido no diploma legislativo, ser delimitado ou restringido através de regulamento.” (in Pregão—Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. São Paulo: Dialética, 2001. p. 32)

13. Nesse mesmo sentido, consoante lembrado pelo eminente Procurador-Geral, Sidney Bittencourt afirmou que: “É cediço que a regulamentação, ora posta, não diz respeito somente ao elenco de bens e serviços comuns, listados no anexo II do Regulamento aprovado pelo Decreto, mas sim a todo o diploma.” (Comentários ao Decreto nº 3.555/2000 e ao Regulamento do Pregão. Temas & Idéias, Rio de Janeiro, p. 22). Os atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles, adotando essa mesma linha, asseveraram que: “O Decreto nº 3.555, de 8.8.2000 (alterado pelo Decreto 3.693, de 20.12.2000), regulamenta a matéria, contendo, no Anexo II, a relação dos bens e serviços comuns. A lista é apenas exemplificativa e serve para orientar o administrador na caracterização do bem ou serviço comum. O essencial é que o objeto licitado possa ser definido por meio de especificações usuais no mercado” (Licitação e Contrato Administrativo. 13ª ed. 2002. p. 97). Ressalto que Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (in Sistema de Registro de Preços e Pregão. Belo Horizonte: Forum, 2003) e Adilson Abreu Dallari (in Administração Pública: Direito Administrativo, Financeiro e Gestão Pública—Prática, Inovações e Polêmicas. São Paulo: RT, 2002), entre outros, também defendem essa idéia.

14. Note-se que este Tribunal já proferiu entendimento no sentido de que a lista de serviços constante do Anexo II do Decreto nº 3.555/2000 não é exaustiva (Acórdão nº 615/2003 – Primeira Câmara), verbis:

“Por outro lado, o mencionado Decreto (3.555/2000) não caracteriza o serviço de locação de mão-de-obra como serviço comum, o que impossibilitaria a utilização da modalidade Pregão. No entanto, a nosso ver, a lista de serviços constante do Anexo II do Decreto 3.555/2000 não é exaustiva, haja vista

a impossibilidade de relacionar todos os bens e serviços comuns utilizados pela Administração.” (voto do ministro relator)

[...]

O Decreto nº 3.555/2000, ao definir o rol de bens e serviços comuns, que, como já se mostrou, tem caráter meramente exemplificativo, isto se for considerado que ainda está em vigor, pretendeu restringir a aquisição via Pregão a microcomputador de mesa ou portátil (notebook), monitor de vídeo e impressora. É evidente que muitos outros bens, tecnicamente considerados como de informática, como aparelho de fac-símile (fax), são comuns e podem, sem dúvida, ser adquiridos pelo Pregão. (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de registro de preços e pregão. Belo Horizonte: Forum, 2003. p. 439).

O Decreto nº 3.555/2000, com as alterações promovidas pelos Decretos nº 3.693/2000 e nº 3.784/2001, trata com mais objetividade da matéria e estabelece quais são os bens e serviços comuns a serem licitados por Pregão. Segundo Justen Filho, o elenco estabelecido pelo decreto não é exaustivo, constituindo-se em relação exemplificativa. (DALLARI, Adilson Abreu. Administração pública: direito administrativo, financeiro e gestão pública—prática, inovações e polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 142) (relatório do ministro relator)

Portanto, cabe ao gestor, em cada caso concreto, avaliar se o objeto a ser contratado se enquadra na definição de “comum”, constante na Lei nº 10.520/2002, e justificar a sua decisão.

Outra divergência decorreu de dúvidas sobre a extensibilidade do conceito de Pregão para bens e serviços comuns da área de TI, em contraposição à obrigatoriedade do uso do tipo “técnica e preço” constante da Lei nº 8.666/1993, art. 45, § 4º.

Essa dúvida foi sanada com a edição da Lei nº 11.077/2004, que incluiu no art. 3º da Lei nº 8.248/1991 a possibilidade de aquisição de bens e serviços comuns da área de TI por meio de Pregão, restrito àqueles produzidos por meio

de processo produtivo básico atestado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia. Com isso, a obrigatoriedade inscrita na Lei nº 8.666/1993 tornou-se insubsistente, pois a Lei nº 8.248/1991 da qual decorria tal obrigatoriedade passou, ela mesma, a indicar a aceitação de licitação por Pregão para bens e serviços comuns de TI:

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

O dispositivo que restringia o uso de Pregão às empresas cumpridoras de Processo Produtivo Básico (PPB) mostrou-se inefetivo por duas razões:

Para a aquisição de serviços não existe, até a presente data, qualquer avaliação de cumprimento de PPB pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, pois o PPB foi concebido originalmente para certificar o quantitativo mínimo de etapas de fabricação de bens de tecnologia em território nacional, para fins de isenção ou redução do Imposto sobre Produtos Industrializados, portanto não aplicável a serviços;

Para a aquisição de bens, o TCU decidiu que não é possível restringir o acesso de qualquer licitante habilitado ao certame, mesmo que no intuito de garantir o exercício do direito de preferência. Ao contrário, o instituto do direito de preferência só pode ser utilizado para fins de desempate das melhores propostas, quando isto ocorrer (Acórdão nº 2.138/2005–Plenário).

Dessa forma, pela legislação vigente, não há qualquer óbice ao uso de Pregão para a aquisição de quaisquer bens e serviços comuns de TI.

Além disso, o Decreto nº 5.450/2005 em seu art. 4º eliminou a possibilidade da adoção da modalidade “técnica e preço” para a aquisição de bens e serviços comuns em geral, tornando obrigatória a utilização do Pregão nesses casos:

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade Pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica. § 1º O Pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

Com relação à jurisprudência do TCU, no Acórdão nº 313/2004 o Plenário manifestou entendimento de que a Lei nº 10.520/2002 revogou as disposições contrárias a ela contidas no Decreto nº 1.070/1994, especialmente a exigência do tipo “técnica e preço” para toda e qualquer licitação para contratação de bens e serviços de TI:

18. A alegação de que as compras de equipamentos de informática, por exigência do Decreto nº 1.070/1994, devem ser obrigatoriamente precedidas de licitação do tipo “técnica e preço” também não merece prosperar. Afinal, a Lei nº 10.520/2002, diploma mais recente e hierarquicamente superior àquele Decreto, revogou as disposições a ela contrárias nele contidas. Assim, foi revogado o artigo desse Decreto que exigia o tipo “técnica e preço” para toda e qualquer licitação para contratação de “bens e serviços de informática”. (grifo nosso)

Portanto, embora o direito de preferência para bens e serviços de informática se encontre em pleno vigor, exercitável nas situações de empate (Acórdão nº 2.138/2005-TCU-Plenário), encontra-se derogada a obrigatoriedade de uso de “técnica e preço” para a contratação de bens e serviços de TI, expressa no § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/1993, porque:

- a) O Decreto nº 1.070/1994 desobrigou a adoção de “técnica e preço” nas contratações por Convite;
- b) O Decreto nº 3.555/2000 permitiu o uso do Pregão para bens e serviços de informática comuns;
- c) A Lei nº 10.520/2002 permitiu o uso do Pregão para bens e serviços comuns em geral, inclusive de informática;
- d) A Lei nº 11.077/2004 alterou a Lei nº 8.248/1991 para permitir o uso do Pregão para bens e serviços comuns de informática.

5.2 DA APARENTE DISCRICIONARIEDADE DE USO DO PREGÃO

Tecidas as considerações anteriores, cabe analisar se o certame estaria vinculado à modalidade Pregão, quando o bem ou serviço de TI é caracterizado como comum. Isso em razão da redação do *caput* do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, que dispõe que “para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de Pregão, que será regida por esta Lei” (grifo nosso). Da utilização do verbo “poder” e não de outro mais impositivo, como o verbo “dever”, seria possível concluir que, em princípio, o uso do Pregão é uma faculdade, uma possibilidade a mais ao gestor nos meios de aquisição.

Entretanto, essa discricionariedade facultada ao gestor não o autoriza a optar pelas modalidades previstas na Lei nº 8.666/1993 em detrimento do Pregão quando da aquisição de bens e serviços que se reputam comuns, principalmente se consideradas as vantagens propiciadas pelo Pregão, principalmente a celeridade e a redução de preços. Não seria razoável transigir com o interesse público dessa forma, sem a adequada motivação. Portanto, o não uso da modalidade Pregão deve ser sempre exaustivamente justificado, conforme destacado no voto abaixo transcrito do Acórdão nº 1.547/2004-TCU – 1ª Câmara:

-1

010 100 1

9059

S0

O Pregão foi instituído, como modalidade licitatória, pela Medida Provisória 2.026, de 4.5.2000, convertida na Lei 10.520/2002, regulamentada pelo Decreto 3.555/2000, impondo importantes alterações na sistemática da legislação pátria. Configura modalidade alternativa ao convite, tomada de preços e concorrência para contratação de bens e serviços comuns. Não é obrigatória, mas deve ser prioritária e é aplicável a qualquer valor estimado de contratação. Independentemente da ausência de obrigatoriedade, **o gestor deverá justificar sempre que deixar de utilizar a modalidade Pregão, se, tecnicamente, havia condições para tanto.** As razões são óbvias. A característica de celeridade procedimental, decorrente da inversão das fases de habilitação e da abertura das propostas de preços, é apenas a parte mais perceptível do processo. Há outras questões relevantes que recomendam, peremptoriamente, a sua adoção. Em especial, destaco o disposto no parágrafo único do art. 4º do Regulamento da Licitação na Modalidade de Pregão, aprovado pelo Decreto 3.555/2000, in verbis: “As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.” A ampliação da disputa entre os interessados tem como consequência imediata a redução dos preços. Aliada à celeridade, a competitividade é característica significativa do Pregão. A possibilidade de simplificar o procedimento licitatório, sem perda da essência da competitividade e da isonomia, deve marcar toda licitação. O argumento de que o convite era a opção legal é relativo. **A discricionariedade do administrador está jungida pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. O legislador, ao disponibilizar ferramenta de comprovada eficácia e atribuir prioridade para a sua aplicação, imbuu a Administração do dever de a utilizar. Sua preterição deve ser fundamentada, porque, via de regra, o Pregão tem se mostrado a opção mais econômica na aquisição/contratação de bens ou serviços.** (grifo nosso)

A aparente dúvida sobre a discricionariedade na escolha do Pregão foi elucidada pelo *caput* do art. 4º do Decreto nº 5.450/2005, que dispõe que “Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade Pregão [...]” (grifo nosso). Assim, para a Administração Pública Federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, quando se caracterizar que o bem ou serviço a ser adquirido classifica-se como comum, automaticamente se remete ao Pregão. São também incluídas nessa obrigatoriedade as aquisições com recursos repassados a entidades, públicas ou privadas, que recebam transferências voluntárias da União mediante convênios ou congêneres, conforme o § 1º do art. 1º do Decreto nº 5.504/2005.

Pelo exposto, verifica-se que além das restrições à “técnica e preço” relatadas, ainda há uma atual predileção legal ao Pregão, que não é

fortuita, por conta do papel que está promovendo nas aquisições governamentais. Com maior celeridade que as outras modalidades, o Pregão permite ao gestor atuar mais tempestivamente na solvência dos problemas. Na forma eletrônica, aumenta a transparência dos atos e torna irrelevante a localização geográfica dos licitantes, incrementando a competitividade. Tudo isso resulta na redução dos preços. Não por acaso, em 2007 o Pregão respondeu por quase 80% em valor das aquisições governamentais da União, principalmente na forma eletrônica, contribuindo na redução de 16% nos preços de aquisição em relação aos orçados (GOVERNO..., 2008).

Acórdão nºs do TCU corroboram o uso do Pregão para bens e serviços de TI, quando comuns, de forma que é pacífico esse entendimento na jurisprudência do Tribunal. Dentre esses Acórdão nºs, podem-se citar os seguintes:

9.1.4. a licitação na modalidade Pregão é admitida para a aquisição de *softwares* desde que estes possam ser nitidamente classificados como “bem comum”, nos termos da definição contida no parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520/2002; (Acórdão nº 2.094/2004–Plenário)

9.2. atribuir ao item 9.3.19 do Acórdão nº 740/2004-TCU-Plenário a seguinte redação: “utilizar a modalidade Pregão estritamente para aquisição e/ou contratação de bens e serviços comuns, ou seja, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, conforme regra ínsita no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, incluindo nessas características os bens e serviços de informática.” (Acórdão nº 740/2004–Plenário com redação alterada pelo Acórdão nº 1.299/2006–Plenário)

9.4.2. realize procedimento licitatório na modalidade Pregão sempre que os produtos e serviços de informática possuam padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, conforme prevê o art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002, haja vista

a experiência que a Administração Pública vem granjeando na redução de custos e do tempo de aquisição de bens, adquiridos por intermédio daquela espécie de certame público; (Acórdão nº 1.182/2004 – Plenário)

9.2. esclarecer ao Consulente que é juridicamente possível a aquisição de bens e serviços comuns de informática e automação nas contratações realizadas por intermédio da modalidade Pregão, mesmo nas hipóteses em que não seja tecnicamente viável a aplicação da regra da preferência a que alude o art. 3º da Lei nº 8.248/1991, com redação alterada pelas Leis nº 10.176/2001 e 11.077/2004, vale dizer, nas situações em que não haja licitantes que possam fornecer produto ou serviço com tecnologia desenvolvida no País ou não cumpram o Processo Produtivo Básico, assim definido pela Lei nº 8.387/1991; (Acórdão nº 2.138/2005–Plenário)

Ante o exposto, conclui-se o primeiro entendimento desta Nota Técnica:

A licitação de bens e serviços de tecnologia da informação considerados comuns, ou seja, aqueles que possuam padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, deve ser obrigatoriamente realizada pela modalidade Pregão, preferencialmente na forma eletrônica. Quando, eventualmente, não for viável utilizar essa forma, deverá ser anexada a justificativa correspondente (Lei nº 10.520/2002, art. 1º; Lei nº 8.248/1991, art. 3º, § 3º; Decreto nº 3.555/2000, anexo II; Decreto nº 5.450/2005, art. 4º, e Acórdão nº 1.547/2004 – Primeira Câmara; Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.1)

5.3 DA PADRONIZAÇÃO DOS BENS E SERVIÇOS DE TI

Uma vez superada a discussão quanto ao uso do Pregão, cabe analisar os critérios que devem ser usados para classificação dos bens e serviços de TI disponíveis no mercado entre comuns e incomuns.

Para isso, faz-se necessário analisar isoladamente os bens de TI e os serviços de TI. Na análise referente

aos serviços de TI, cabe ainda diferenciar os serviços que resultam em programas de computador.

5.3.1 DA CLASSIFICAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNS E INCOMUNS

Um segmento muito significativo do mercado de TI é o de serviços de desenvolvimento ou manutenção de sistemas, cujo foco é a criação e manutenção de programas de computador projetados para atender a necessidades específicas do contratante.

É bastante comum considerar obrigatório o uso do tipo “técnica e preço” para contratação desses serviços, supondo-se amparado pela Lei nº 8.666/1993, arts. 45, § 4º, 46 e pela jurisprudência do TCU.

Porém, as inovações legislativas verificadas desde a edição da Medida Provisória nº 2.026/2000 (convertida na Lei nº 10.520/2002) até a edição do Decreto nº 5.450/2005, sistematicamente descritas e interpretadas no Acórdão nº 2.138/2005-TCU-Plenário, resultam que podem ser considerados comuns os serviços de desenvolvimento de sistemas se estes adotarem padrões de desempenho e qualidade que sejam usuais no mercado. Assim, é importante averiguar como esses serviços vêm sendo contratados atualmente.

No atual estágio de desenvolvimento desse mercado, pode-se verificar grande diversidade de empresas de *software*, e abundância de cursos superiores de TI e de técnicos formados. Além disso, as ferramentas de desenvolvimento e as linguagens de programação evoluíram em busca de produtividade e disponibilidade de recursos aos desenvolvedores, permitindo o desenvolvimento de sistemas em magnitude e complexidade crescentes. Essa evolução natural ensejou a elaboração, por centros acadêmicos, fundações e empresas, de modelos que padronizassem conceitos e processos, com o objetivo de viabilizar o cumprimento de prazo, custo e qualidade, mesmo com o cenário de crescente complexidade dos projetos. Tais técnicas padronizadas constituem o domínio da disciplina denominada Engenharia de *Software*.

Alguns desses modelos se destacaram e se tornaram referência tanto no mercado quanto nos meios acadêmicos. Podem-se citar como modelos

para desenvolvimento de *software* a ABNT NBR ISO/IEC 12.207¹ e o RUP². Modelos como o CMMI³, MPS.BR⁴ e ABNT NBR ISO/IEC 15.504⁵ auxiliam as entidades, desenvolvedoras ou contratantes, a compreenderem o grau de maturidade de seus processos de desenvolvimento de *software* ou a contratação deste, e o caminho para evolução desses processos. Outros modelos internacionais, como o Cobit⁶ e ITIL⁷, tratam de padrões de governança de TI e influem diretamente na implementação ou aquisição de *softwares*.

O modelo UML⁸ é usado para definir os requisitos de *software*, permitindo descrever a lógica de negócio por meio de uma linguagem de notação gráfica. Com a UML cria-se um modelo abstrato que retrata as características do negócio, que é a base para a definição dos processos e regras de negócio, e que servirá de insumo para a fase de codificação.

No âmbito de métrica para medição de desenvolvimento, existe a Análise por Pontos de Função, que permite mensurar as funcionalidades disponibilizadas ao usuário, e que pode ser utilizada como índice para o faturamento do serviço de desenvolvimento e manutenção de *software*.

Todos esses modelos são usualmente utilizados como padrões no mercado de serviços de *software*, de modo a alcançar maior produtividade e confiabilidade dos serviços prestados (GUERRA ; ALVES, 2004, cap. 1). Em vista dessas vantagens, esses modelos também são utilizados para respaldar as obrigações das partes nos contratos de desenvolvimento de *software*, tanto na esfera pública quanto privada, implicando a necessidade de domínio dessas práticas para contratar adequadamente.

Dessa forma, esses modelos fornecem elementos padronizados de desempenho e qualidade, amplamente conhecidos e utilizados por fornecedores e consumidores de serviços de desenvolvimento de *software*, o que viabiliza a contratação desses serviços por Pregão.

Outra vertente de serviços de TI focaliza a manutenção da continuidade da infra-estrutura física e lógica dos ativos de TI do contratante. São exemplos dessa vertente os contratos de suporte

técnico ao usuário, gestão de rede e gestão de banco de dados.

A especificação de serviços dessa natureza baseia-se na descrição detalhada do ambiente a ser mantido e na definição de níveis mínimos de qualidade e desempenho esperados⁹. Os parâmetros utilizados são comumente utilizados no mercado, como, por exemplo, tempo médio de atendimento a incidentes e de solução do problema, percentual de disponibilidade da rede, do banco de dados etc. Na execução desses serviços são usualmente aplicadas as diretrizes dos modelos de gestão de serviços, como o ITIL. Os parâmetros utilizados para mensurar a qualidade e o desempenho desses serviços são padronizados e amplamente conhecidos e utilizados por fornecedores e consumidores, o que viabiliza a contratação desses serviços por Pregão.

Por meio dos dois exemplos apresentados (serviços de desenvolvimento de *software* e serviços em infra-estrutura), pode-se concluir que a adoção de padrões de qualidade e desempenho de serviços de TI é, na verdade, uma condição para crescimento do mercado de tais serviços, porque são a base da mensurabilidade da prestação de serviços e são essenciais para a construção de contratos que promovam a satisfação dos interesses de contratantes e contratados.

Portanto, é perfeitamente factível a contratação de serviços de TI por Pregão, sem prejuízo para a Administração, pelo contrário, trazendo vantagens de competitividade, economicidade e celeridade.

A garantia de realização de bons serviços, freqüentemente invocada para combater o Pregão, deve ser alcançada, nos termos da lei, pelo esmero na especificação do objeto e do modelo de gestão da contratação, e, posteriormente, por uma gestão atuante e tempestiva do contrato, incluindo a efetiva aplicação das sanções previstas quando necessário.

Adicionalmente, a adoção do tipo “técnica e preço” para serviços de TI em decorrência do entendimento (equivocado, como já demonstrado na seção) de sua obrigatoriedade pode trazer prejuízos.

O primeiro prejuízo possível é a perda de competitividade. Nas licitações por “técnica e preço”,

é bastante comum que o balanço entre os índices técnico e de preço seja de 7 para 3, privilegiando ao máximo as qualidades técnicas da proposta. Ao mesmo tempo, também é comum que as pontuações técnicas atribuídas privilegiem qualidades elevadas, ainda que não necessariamente se convertam em benefício real para o contratante (p.ex. pontuar privilegiadamente a certificação CMMI em nível 4 ou 5, quando o próprio contratante não tem seus processos de desenvolvimento com maturidade compatível com esses níveis de qualidade). Nesses casos, há desestímulo à participação de eventuais interessados na licitação que atendam aos patamares mínimos aceitos pelo contratante, mas não aos patamares pontuados mais altos, pois deparam-se com a sobrevalorização de características de qualidade que reduzem suas chances de sucesso no certame. Esses eventuais interessados podem desistir de participar porque o custo de preparar uma proposta técnica é alto demais diante de uma chance tão baixa de lograr êxito. Esse efeito é necessariamente ruim nas licitações de objetos que podem ser considerados comuns, porque exclui ou desestimula interessados que de fato estariam em condições plenas de se tornarem fornecedores.

Em decorrência da perda de competitividade, ocorre também prejuízo à economicidade. Primeiro, devido à eventual seleção de proposta mais cara, cuja qualidade técnica extra não se converte em benefícios para o contratante na mesma proporção do preço, em razão de ser objeto comum. Segundo, porque havendo redução do número de competidores interessados e não havendo sessão de lances (como no Pregão), as possibilidades de se alcançar os menores preços factíveis no mercado em questão são bem menores.

Portanto, a adoção do tipo “técnica e preço” para objetos que possam ser considerados comuns implica no tratamento não isonômico do mercado potencialmente fornecedor, em desalinhamento com o art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

Um exemplo dessa situação foi objeto de exame no Acórdão nº 1.782/2007 – Plenário:

33. Ora, com os critérios então estabelecidos, somente aquelas empresas mais robustas detêm condições, efetivamente, de participar

da licitação com chances reais de se sagrarem vencedoras. Tal privilégio impõe sério risco de contratação de serviços a preços elevados, sem pertinência com o grau técnico exigido para a execução dos serviços, onerando o contrato além das reais necessidades de valoração técnica e do efetivo emprego dos recursos e capacidades necessárias para a prestação dos serviços. Há que se ter em mente, portanto, a proporcionalidade da valoração técnica das propostas com os objetivos da licitação, de forma a alcançar a relação de custo-benefício mais consentânea com os serviços a serem executados em atendimento ao interesse público na contratação.

5.3.2 DA CLASSIFICAÇÃO DE BENS COMUNS E INCOMUNS

Com relação aos bens de TI, a necessidade de integração de diferentes equipamentos requer padronização de protocolos. Por isso, entidades como a ISO¹⁰, IEEE¹¹, IETF¹², IEC¹³ e ITU¹⁴ emitem normas que tendem a padronizar o desenvolvimento desses equipamentos. Os fabricantes são compelidos a ofertar produtos que atendam às especificações das normas para certo produto, desestimulando e onerando tecnologias proprietárias. Ainda que consista em prática comum pelos fabricantes acrescentarem aos seus produtos recursos e especificações proprietárias, isso não lhes afeta a padronização e tem a função apenas de diferenciá-los e torná-los mais atraentes comercialmente.

Além dessa padronização de mercado por meio de normatização de entidades, os bens de TI podem ser padronizados por especificações do ponto de vista da necessidade do usuário. Por exemplo, na compra de impressoras podem-se especificar valores mínimos aceitáveis para características como a qualidade e a velocidade de impressão, o tempo de impressão da primeira folha, a capacidade de impressão dos dois lados do papel, a existência de recurso de gerenciamento remoto etc., desde que tais características representem real valor agregado para o contratante. Para verificar se essas características podem ser consideradas comuns, o gestor deve coletar as especificações técnicas divulgadas pelos diversos fabricantes do bem e confrontá-las entre si, o que revelará as características comuns. Caso alguma característica desejada se verifique restrita

a somente um ou a poucos fabricantes, a sua real necessidade deve ser reavaliada. O mesmo tipo de análise pode ser realizado para os mais diversos bens de TI.

Dessa forma, verifica-se que a maioria dos bens de TI necessários à Administração pode ser adquirida por meio de especificações padronizadas e usuais no mercado (tais como computadores *desktop*, *notebooks*, servidores, impressoras, *storages*, *switches*, roteadores, *firewalls*, *nobreaks*, entre outros).

Diante do exposto, conclui-se o segundo entendimento desta Nota Técnica:

Devido à padronização existente no mercado, os bens e serviços de tecnologia da informação geralmente atendem a protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos e a padrões de desempenho e qualidade que podem ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado. Logo, via de regra, esses bens e serviços devem ser considerados comuns para fins de utilização da modalidade Pregão. (Lei nº 10.520/2002, art. 1º; Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.2)

5.4 DOS SERVIÇOS DE NATUREZA PREDOMINANTEMENTE INTELECTUAL

A princípio, esta nota não trataria da modalidade cabível de licitação para serviços de natureza predominantemente intelectual, mas considerando sua menção no Acórdão nº 2.471/2008 - TCU - Plenário, é salutar sua inclusão e análise.

A previsão legal para os serviços de natureza predominantemente intelectual está disposta no art. 46 da Lei nº 8.666/1993:

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.

Esse artigo não define o conceito da intelectualidade dessa natureza e em vista disso lista, exemplificativamente, alguns serviços que apresentam essa natureza, tais como elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento. Entretanto, a luz do superveniente conceito de serviços comuns, verifica-se que em muitos casos concretos, esses serviços listados podem ser considerados como serviços comuns.

Considerando a ausência de definição do que seriam serviços de natureza predominantemente intelectual e à falta de efetividade dos serviços elencados como referência, cabe adotar o entendimento manifestado no voto do Ministro-relator do Acórdão nº 2.471/2008 - TCU - Plenário a respeito:

17 [...] 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.

Adotando-se esse entendimento para os serviços de natureza intelectual e em se verificando que um serviço a ser contratado enquadra-se como tal, sua aquisição não poderá se dar pela modalidade Pregão, conforme se manifestou o Ministro-relator:

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.

Pelas razões expostas, se conclui o terceiro entendimento desta Nota Técnica:

Serviços de TI cuja natureza seja predominantemente intelectual não podem ser licitados por meio de pregão. Tal natureza é típica daqueles serviços em que a arte e a racionalidade humanas são essenciais para sua execução satisfatória. Não se trata, pois, de tarefas que possam ser executadas mecanicamente ou segundo protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos. (Lei nº 8.666/1993, art. 46, caput; Acórdão nº 2.172/2008-TCU-Plenário, declaração de voto; Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.3)

5.5 DA CRITICIDADE E DA COMPLEXIDADE DOS BENS E SERVIÇOS DE TI

A caracterização dos bens e serviços de TI como comuns ou incomuns não pode estar relacionada com o propósito de seu uso pela Administração. O grau de importância e criticidade que o bem ou serviço de TI a ser contratado representa para a Administração não altera a sua forma usual de comercialização no mercado. O caráter comum ou incomum de um bem ou serviço é intrínseco à maneira como o mercado

o comercializa, podendo se alterar com o tempo em função dos interesses de compradores e vendedores. Portanto, o gestor deve balizar-se pelo mercado, e não por suas necessidades, para determinar o atributo de comum de um bem ou serviço. Esse procedimento se coaduna com o disposto no art. 15, inciso III, da Lei nº 8.666/1993.

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...] III—submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado; (art. 15, inciso III da Lei nº 8.666/1993).

Da mesma forma, o bem ou serviço que apresenta características tecnológicas complexas não deixa de ser comum se o mercado padroniza tais características, a ponto de permitir sua descrição objetiva no edital e sua perfeita identificação pelo mercado.

O TCU já considerou inadequada a alegação de complexidade como justificativa para afastar o uso do Pregão, conforme os Acórdãos abaixo:

O administrador público, ao analisar se o objeto do Pregão enquadra-se no conceito de bem ou serviço comum, deverá considerar dois fatores: os padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos no edital? As especificações estabelecidas são usuais no mercado? Se esses dois requisitos forem atendidos o bem ou serviço poderá ser licitado na modalidade Pregão. [...] A verificação do nível de especificidade do objeto constitui um ótimo recurso a ser utilizado pelo administrador público na identificação de um bem de natureza comum. Isso não significa que somente os bens pouco sofisticados poderão ser objeto do Pregão, ao contrário, objetos complexos podem também ser enquadrados como comuns. (Acórdão nº 313/2004 - Plenário)

19. O entendimento de bem comum, de acordo com diversos autores, nada tem a ver com a complexidade do bem adquirido e sim com produtos que sejam comumente encontrados no mercado, sem a necessidade de alterações específicas para o fornecimento em questão. (Acórdão nº 1.114/2006 - Plenário)

Inicialmente, conforme a análise do item de oitiva nº 6 seguinte, nem todos serviços que lidam com tecnologia sofisticada são complexos. Os serviços especificados nesta concorrência podem ser considerados serviços comuns já que representam execução de rotinas e operação de equipamentos e *softwares*, o que permitiria a utilização da modalidade Pregão. (Acórdão nº 2.658/2007 - Plenário)

Também a doutrina vai no mesmo sentido:

Em aproximação inicial do tema, pareceu que ‘comum’ também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser ‘comum’, no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado. Sendo tal técnica bastante para atender às necessidades da Administração, a modalidade Pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto (PEREIRA JUNIOR, 2007, p. 1054)

[...] o objeto comum para fins de cabimento da licitação por Pregão não é mero sinônimo de simples, padronizado e de aquisição rotineira. Bens e serviços com tais características estão incluídos na categoria de comuns da Lei 10.520/2002, mas não só. Bens e serviços com complexidade técnica, seja na sua definição ou na sua execução, também são passíveis de ser contratados por meio de Pregão. O que se exige é que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital. (SCARPINELLA, 2003, p. 81)

Em decorrência desses argumentos, conclui-se o quarto entendimento desta Nota Técnica:

Em geral, nem a complexidade dos bens ou serviços de tecnologia da informação nem o fato de eles serem críticos para a consecução das atividades dos entes da Administração descaracterizam a padronização com que tais objetos são usualmente comercializados no mercado. Logo, nem essa complexidade nem a relevância desses bens e serviços justificam

o afastamento da obrigatoriedade de se licitar pela modalidade Pregão. (Lei nº 10.520/2002, art. 1º; Acórdão nº 1.114/2006 – Plenário; Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.4)

5.6 DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS

Para a licitação de qualquer bem ou serviço por Pregão, deve ser adotado um prazo satisfatório entre o aviso de publicação do edital e a apresentação das propostas. A Lei nº 10.520/2002 dispõe no art. 4º, inciso V, que o prazo mínimo é de 8 dias úteis, mas não há um prazo máximo estabelecido.

Portanto, se a elaboração das propostas técnicas dos interessados envolver maior esforço, em razão das particularidades e da complexidade da contratação, é adequado que o gestor público conceda prazo maior e suficiente, de modo a ampliar as possibilidades de participação aos interessados, conforme o entendimento do TCU no Acórdão nº 2.658/2007 - Plenário abaixo transcrito:

-1

Assim, a utilização da modalidade Pregão não prejudica em nada o tempo disponível para preparação das propostas. Deve-se observar que o inciso V do art. 4º da Lei nº 10.520/2002 que institui o Pregão afirma que “V–o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis”. Foi estabelecido um prazo mínimo (8 dias úteis), mas nenhum prazo máximo. Assim, a Caixa tem como determinar um prazo que considere adequado para os licitantes elaborarem suas propostas.

Prazos injustificadamente exíguos desestimulam os interessados, dificultam a elaboração de boas propostas e possivelmente oneram o contrato decorrente, porque, não havendo tempo hábil para estudos mais detalhados das condições de prestação de serviços ou de fornecimento de bem, os interessados tendem a projetar margens de segurança adicionais na formulação do preço proposto.

A alegação de caráter emergencial da contratação como justificativa para adoção do prazo mínimo legal deve ser usada com parcimônia, devendo o gestor assegurar-se de que tal prazo não seja excessivamente restritivo à competição.

Conclui-se, assim, o quinto entendimento desta Nota Técnica:

Nas aquisições mediante Pregão, o gestor deve avaliar a complexidade demandada na preparação das propostas pelos eventuais interessados e buscar definir o prazo mais adequado entre a data de publicação do aviso do Pregão e a de apresentação das propostas, a qual nunca poderá ser inferior a 8 dias úteis, de modo a garantir a isonomia entre os interessados que tenham acessado especificações do objeto antecipadamente, por terem colaborado na fase de planejamento pelo fornecimento das informações mercadológicas e técnicas necessárias, e os demais interessados. Desse modo, procurar-se-á ampliar a possibilidade de competição. (Lei nº 8.666/1993, art. 3º; Lei nº 10.520/2002, art. 4º, V; Acórdão nº 2.658/2007-TCU-Plenário; Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.5)

010 100 1

5.7 DA EXCEPCIONALIDADE AO PREGÃO

Após a adequada avaliação, caso seja concluído que o bem ou serviço não é comercializado de forma rotineira pelo mercado e que não é possível definir parâmetros objetivos e padronizados para identificar o objeto junto ao mercado, esse objeto poderá ser considerado incomum.

Nesse caso, o uso dos tipos de licitação “técnica e preço” ou “melhor técnica” é admissível, pois a caracterização de uma contratação mais vantajosa não será possível sem recorrer à valoração de componentes técnicos das propostas dos licitantes, com base no arts. 3º, *caput*, e 46, § 3º da Lei nº 8.666/1993. Esses componentes técnicos citados são os fatores previstos no art. 46, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/1993 e no art. 3º, § 2º da Lei nº 8.248/1993.

Talvez até mesmo o uso da modalidade Concurso se justifique para a contratação desses bens ou serviços incomuns, com base nos arts. 13, § 1º, 22, § 4º, 51, § 5º e 52, da mesma lei.

É importante lembrar que não se deve mais embasar a contratação de bens ou serviços de TI por “técnica e preço” no art. 45, § 4º da Lei nº 8.666/1993, visto que esse dispositivo encontra-se tacitamente revogado, como já demonstrado.

Ressalte-se que, para caracterizar bens ou serviços como incomuns, o gestor precisará demonstrar:

que o objeto não pode ser objetivamente definido no edital por meio de padrões de desempenho e de qualidade, o que certamente é uma situação extremamente rara nas licitações públicas, uma vez que a Lei nº 8.666/1993, arts. 3º, *caput*, 40, VII, 44, *caput* e § 1º, 45, *caput*, e 46, *caput*, § 1º, I, § 2º, I, e § 3º, estabelece que os critérios de seleção da proposta mais vantajosa devem ser objetivos e previstos no edital;

ou que, embora o objeto possa ser objetivamente definido por meio de padrões de desempenho e de qualidade, tais padrões não são usuais no mercado em questão, o que exigirá do gestor a justificativa de escolha de padrões inusuais no mercado, em detrimento da orientação da Lei nº 8.666/1993,

arts. 11 e 15, I e III, e em detrimento de padrões usuais de mercado que pudessem ser suficientes para atender às necessidades da Administração e cuja adoção pudesse ampliar as possibilidades de competição.

Mas para isso é obrigatório que o gestor tenha antes trilhado o caminho natural para o uso do Pregão, e no decurso de sua análise, constatado a impossibilidade de enquadramento do bem ou serviço como comum. Além disso, é imperativo que todos os elementos na formação de sua convicção estejam consignados nos autos do processo de licitação de forma circunstanciada.

Por último, considerando que o objeto deve ser adquirido de forma semelhante àquela praticada pelo mercado nas licitações do tipo “menor preço”, com base no art. 15, inciso III da Lei nº 8.666/1993, conclui-se que a especificação desse objeto deve ser usual no mercado. Além disso, a especificação desse objeto também precisa ser objetiva.

Portanto, se nas licitações do tipo “menor preço” o objeto deve ter especificação objetiva e usual no mercado, conclui-se finalmente que se deve adotar obrigatoriamente a modalidade Pregão para sua contratação.

Ademais, não seria razoável a ocorrência de licitações de “menor preço” mediante outra modalidade que não o Pregão, em razão das evidentes vantagens de celeridade e de redução de preços que a citada modalidade permite alcançar.

Dessa forma, conclui-se o sexto e último entendimento desta Nota Técnica:

A decisão de não considerar comuns determinados bens ou serviços de tecnologia da informação deve ser justificada nos autos do processo licitatório. Nesse caso, a licitação não poderá ser do tipo “menor preço”, visto que as licitações do tipo “menor preço” devem ser realizadas na modalidade Pregão. (Lei nº 8.666/1993, art. 15, III; Lei nº 10.520/2002, art. 1º; Decreto nº 5.450/2005, art. 4º; Acórdão nº 1.547/2004-TCU-Primeira Câmara; Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.6)

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 1.070, de 2 de março de 1994. Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, que dispõe sobre contratações de bens e serviços de informática e automação pela Administração Federal, nas condições que específica e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1070.htm>. Acesso em: 11 set. 2008

_____. Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3555.htm>. Acesso em: 11 set. 2008

_____. 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*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 11 set. 2008

_____. Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005. Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.HTM>. Acesso em: 11 set. 2008

_____. 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*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 11 set. 2008

_____. 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*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7232.htm>. Acesso em: 11 set. 2008

_____. 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*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8248.htm>. Acesso em: 11 set. 2008

_____. 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*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 11 set. 2008

_____. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9609.htm>. Acesso em: 11 set. 2008

E05E

S0

_____. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 11 set. 2008

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 313/2004, Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 24/03/2004. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 abr. 2004a.

_____. _____. Acórdão nº 740/2004, Plenário. Relator Ministro Ubiratan Aguiar. Sessão de 16/06/2004. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 jun. 2004b.

_____. _____. Acórdão nº 1.182/2004, Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 18/08/2004. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 ago. 2004c.

_____. _____. Acórdão nº 1.547/2004, Primeira Câmara. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 06/10/2004. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 out. 2004d.

_____. _____. Acórdão nº 2.094/2004, Plenário. Relator Ministro Marcos Bemquerer. Sessão de 15/12/2004. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 jan. 2005a.

_____. _____. Acórdão nº 2.138/2005, Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 07/12/2005. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez. 2005b.

_____. _____. Acórdão nº 1.114/2006, Plenário. Relator Ministro Marcos Bemquerer. Sessão de 05/07/2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 jul. 2006a.

_____. _____. Acórdão nº 1.299/2006, Plenário. Relator Ministro Ubiratan Aguiar. Sessão de 02/08/2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 ago. 2006b.

_____. _____. Acórdão nº 1.782/2007, Plenário. Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão de 29/08/2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 ago. 2007a.

_____. _____. Acórdão nº 2.658/2007, Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 05/12/2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 dez. 2007b.

_____. _____. Acórdão nº 2.172/2008, Plenário. Relator Ministro Augusto Nardes. Sessão de 01/10/2008. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 out. 2008a.

_____. _____. Acórdão nº 2.471 /2008, Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 05/11/2008. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 nov. 2008b.

GOVERNO economiza mais de R\$ 3 bilhões com pregão eletrônico em 2007. *Programa de Governo Eletrônico Brasileiro*, Brasília, 30 jan. 2008. Notícias. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/noticias-e-eventos/noticias/governo-economiza-mais-de-r-3-bilhoes-com-pregao-eletronico-em-2007>>. Acesso em: 11 set. 2008

GUERRA, Ana; ALVES, Angela. *Aquisição de produtos e serviços de software*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

SCARPINELLA, Vera. *Licitação na modalidade de pregão: (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002)*. São Paulo: Malheiros, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública*. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NOTAS

- 1 A NBR 12.207–norma que define processo de desenvolvimento de *software*, com o objetivo principal de estabelecer uma estrutura comum para os processos de ciclo de vida de *software* visando ajudar as organizações a compreenderem todos os componentes presentes na aquisição e fornecimento de *software* e, assim, conseguirem firmar contratos e executarem projetos de forma mais eficaz.
- 2 RUP – *Rational Unified Process* é uma estrutura de processo iterativo para desenvolvimento de *software* desenvolvido pela Rational e adquirido, mantido e comercializado atualmente pela IBM.
- 3 CMMI – *Capability Maturity Model Integration* é uma abordagem de melhoria de processo que proporciona às organizações com elementos essenciais de efetivos processos, mantido pelo *Software Engineering Institute* entidade vinculada à *Carnegie Mellon University*.
- 4 MPS.BR um programa para Melhoria de Processo do *software* Brasileiro coordenado pela Associação para Promoção da Excelência do *software* Brasileiro (SOFTTEX), contando com apoio do Ministério da Ciência e Tecnologia, da Financiadora de Estudos e Projetos e do Banco Interamericano de Desenvolvimento.
- 5 NBR 15.504 – *Software Process Improvement and Capability Determination* – Norma que define uma estrutura de avaliação do processo de desenvolvimento de *software*.
- 6 *Control Objectives for Information and related Technology* (Cobit) é conjunto das melhores práticas para gestão de tecnologia da informação desenvolvido pela *Information Systems Audit and Control Association* (ISACA) e pelo *IT Governance Institute* (ITGI) e proporciona métricas, indicadores e processos para otimizar os benefícios derivados do uso de TI.
- 7 *Information Technology Infrastructure Library* (ITIL) é um conjunto de conceitos e técnicas para gerenciamento da infra-estrutura, desenvolvimento e operações de TI.
- 8 Unified Modelling Language (UML).
- 9 Na esfera privada, adota-se a expressão Acordos de Nível de Serviço (ANS ou SLA, *Service Level Agreement*). Porém, o SLA constitui-se em contrato com cláusulas ajustáveis ao longo da contratação, o que não se coaduna com a legislação de contratos públicos. Por essa razão, não se utiliza o conceito integral de SLA em contratos públicos, dando-se preferência à expressão Nível Mínimo de Serviço Exigido (NMSE).
- 10 ISO – *International Organization for Standardization* é uma entidade internacional composta de representantes nacionais de vários países que normatizam padrões.
- 11 IEEE – *Institute of Electrical and Electronics Engineers* é uma entidade internacional para o avanço da tecnologia voltada para engenharia elétrica.
- 12 IETF – *Internet Engineering Task Force* desenvolve e promove padrões para internet, em especial os padrões TCP/IP e protocolos da internet.
- 13 EC – *International Electrotechnical Commission* é uma entidade não-governamental que define e publica padrões nas áreas de elétrica, eletrônica e tecnologias relacionadas.
- 14 ITU – *International Telecommunication Union* é uma agência das Organização das Nações Unidas de apoio à padronização de tecnologias de comunicação e informação.