A impossibilidade de uso de licitação por pregão

O tema diz respeito à impossibilidade de utilização da modalidade de licitação do pregão para a contratação de bens e serviços de informática pela Administração Pública, inclusive, para a aquisição de computadores completos, com periféricos e com a respectiva manutenção e assistência técnica.

A instituição do pregão (comum) e do pregão eletrônico

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, impôs a obrigatoriedade da licitação na Administração Pública, a ser realizada nos termos da lei.

Adveio, então, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabeleceu regras gerais de licitação para aplicação no âmbito do Governo Federal, do Distrito Federal e dos Estados, e dos Municípios (art. 1º).

A União, visando atribuir simplicidade e celeridade nas licitações da área federal, resolveu instituir a nova modalidade de licitação denominada de Pregão, através da medida provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000, que foi revogada pela Medida Provisória nº 2.108-9, de 27 de dezembro de 2000, que por sua vez foi revogada pela Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001, chegando, por fim, a ser editada a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Detalhe importante é que a redação dessa Lei passou a ser mais ampla, permitindo que a modalidade licitatória do pregão fosse aplicada também pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. O Regulamento do Pregão, vale ressaltar, surgiu desde o Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, que foi alterado pelo Decreto nº 3.693, de 20 de dezembro de 2000, e pelo Decreto nº 3.784, de 06 de abril de 2001.

Atendendo aos termos do § 2º do artigo 1º da então vigente medida provisória do pregão (MP 2.026/2000) o seu regulamento estabeleceu quais seriam os bens e serviços comuns, que poderiam ser contratados por meio dessa modalidade licitatória.

Em consonância com o disposto no parágrafo único do artigo 2º da mesma medida provisória, também foi regulamentado, por meio do Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000, o chamado Pregão Eletrônico, que é aquele realizado via Internet. Esse parte de princípio semelhante ao estabelecido na Bolsa eletrônica americana “Nasdaq”, onde as ações de as empresas de tecnologia são objeto de lances virtuais, criando a oscilação que resulta no chamado “Índice Nasdaq”.

O pregão eletrônico do Governo Brasileiro tem como regras básicas o cadastramento dos interessados, que recebem chaves de identificação e senhas para que possam oferecer suas propostas de preços via Internet, sendo certo que a Administração, no momento previsto, conhecerá quem são esses licitantes e verificará a situação de regularidade do vendedor, em sistemas como o SICAF.

O rito legal do pregão e a sua incompatibilidade com licitações de informática

O pregão comum e o pregão eletrônico, pela sumariedade que possuem, não se revelam, em regra, compatíveis com a contratação de bens e serviços de informática.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, que dispõe sobre a capacitação e competividade do setor de informática e automação, após alterações sofridas, especialmente, pelo artigo 5º da Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001, passou a definir os bens e serviços de informática, em seu artigo 16A:
"I – componentes eletrônicos a semicondutor, optoeletrônicos, bem como os respectivos insumos de natureza eletrônicas; II – máquinas, equipamentos e dispositivos baseados em técnica digital, com funções de coleta, tratamento, estruturação, armazenamento, comutação, transmissão, recuperação ou apresentação da informação, seus respectivos insumos eletrônicos, partes, peças e suporte físico para operação; III – programas para computadores, máquinas, equipamentos e dispositivos de tratamento da informação e respectiva documentação técnica associada (software); IV – serviços técnicos associados aos bens e serviços descritos nos incisos I, II e III".

Observe-se que o Decreto nº 1.070, de 02 de março de 1994, que regulamenta o artigo 3º da citada lei, também definiu quais seriam os chamados bens e serviços de informática, incluindo entre eles, bens relacionados em seu anexo, acessórios, sobressalentes, e ferramentas a eles relativos, os programas de computador, a programação e a análise de sistemas de tratamento digital da informação, o processamento de dados, a assistência e a manutenção técnica em informática e automação.

Partindo desses pressupostos, cabe ressaltar que esses bens e serviços, ao serem licitados, necessitam de um acurado exame de similaridade, o que somente é possível com o estabelecimento de uma fase de análise técnica das propostas dos licitantes. Entretanto, nem as medidas provisórias, nem a Lei nº 10.520/2002, nem o regulamento do pregão ou do pregão eletrônico estabeleceram avaliação técnica nas propostas, mas, apenas, cotação de preços. E ao Administrador é dado fazer apenas e tão somente o que a lei estabelece, nada mais, nada menos, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Aliás, sobre essa matéria, o magistrado e professor Jessé Torres Pereira Júnior, em seu artigo "Pregão, a sexta modalidade de licitação", ressalta, verbis:

"No rito definido para o processamento da licitação na modalidade pregão, não há previsão de terceiro envelope para conter proposta técnica, nem esta poderia ser elaborada no exíguo prazo de oito dias úteis, assinado pela MP nº 2.026/00 (art. 4º, V). Veja-se que na sucessão dos atos procedimentais, a ênfase é posta, exclusivamente, no preço (art. 4º, incisos VIII, IX e X). Tudo a confirmar que a simplicidade do objeto, inerente ao fato de tratar-se de bem ou serviço "comum", torna o pregão inconciliável com as licitações dos tipos melhor técnica e técnica e preço.

Resulta que o pregão não poderá ser utilizado nas licitações cujo objeto seja a contratação de bens e serviços de informática, dado que estas seguem, obrigatoriamente, o tipo técnica e preço (Lei nº 8.666/93, art. 45, § 4º). Ressalve-se o que tem sido alvo de advertência nessas licitações: nem tudo que serve à informática é bem ou serviço de informática. Ao contrário, há uma infinidade de insumos que, nada obstante necessários às atividades informatizadas, não podem ser classificados como bens ou serviços de informática para o fim de sua aquisição dar-se mediante licitação do tipo técnica e preço.

É o caso de formulários contínuos, fitas e cartuchos de tinta para impressoras,

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

estabilizadores/reguladores de corrente elétrica, equipamentos e programas de prateleira, entre tantos outros itens que, constituindo material que se acha no mercado com especificação usual e consagrada, poderão ser comprados em licitações mediante pregão, tal como vinham sendo comprados em licitações do tipo menor preço, caracterizando-se como bens 'comuns'".
(http://www2.uol.com.br/licitacao/biblioteca/artigos/jesse.htm)

Com efeito, a complexidade dos bens e serviços de informática, e a necessidade de uma análise técnica, pode ser exemplificada facilmente:

1) os discos rígidos (HDs) de uma mesma capacidade de armazenamento (normalmente medida em gigabytes) possuem diversas velocidades de leitura e gravação, ou seja, tempo de resposta diferentes;

2) as placas de memória RAM, cuja capacidade normalmente é medida em megabytes, podem parecer iguais, mas ter freqüências diferentes, e, além disso, possuírem ou não sistema próprio de correção de erros (ECC), possuírem outras especificações, como as memórias DDR, etc…;

3) uma gravadora de Compact Disc – CD, ainda que seja da mesma marca, pode ter preços diferentes, se foi comprada pelo sistema OEM (grandes quantidades direto da fábrica), que possui garantia reduzida em relação às outras, e, ainda, algumas acompanham programas que melhor atendem às reais necessidades de quem está comprando;

4) dois scanners podem ter a mesma resolução, mas somente um deles possui programa capaz de identificar, satisfatoriamente, os caracteres em um texto, para seu aproveitamento nos trabalhos de digitalização de arquivos que a Administração Pública precisa; e

5) um computador com o sistema operacional "Windows", que está na maioria dos computadores do mundo, possibilita a utilização de uma série de aplicativos como o "Microsoft Word", que outros não possibilitam; mas, de outro lado, o "Windows" é um sistema de código fonte fechado, ou seja, a princípio, não poder ser alterado, especialmente sem acordo com o fabricante; enquanto isso, o seu concorrente "Linux", embora não aceite muitos dos aplicativos mais populares, tem a vantagem de possuir código aberto, ou seja, pode ser modificada a própria base do sistema para atender à determinada necessidade específica da Administração Pública.

Para cada uma dessas situações o preço pode oscilar bastante e o produto pode ou não ser o mais adequado para quem está contratando, e daí surge a necessidade de licitação com avaliação técnica.

Nesse contexto, pode-se visualizar os riscos, por exemplo, de se comprar computadores "fechados" ou "notebooks", que tantas diferenças técnicas trazem em razão do fabricante e dos componentes internos utilizados.

Da obrigatoriedade legal de utilizar licitações do tipo "técnica e preço" para bens e serviços de informática

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A Lei nº 8.666/93, que estabelece as regras gerais de licitação, e que também se aplica ao pregão, dispõe em seu artigo 45, § 4º o seguinte:

"§ 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 § 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".

De outro lado, a Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, que dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, com a redação dada pela Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001, em seu artigo 3º, determina:

"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, observada a seguinte ordem:

I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;

II – bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.

§ 1º – Revogado

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

O Decreto nº 1.070, de 04 de março de 1994, que regulamenta o artigo 3º da Lei nº 8.248/1991, também é bastante claro, verbis:

"Art. 1º. Os órgãos e as entidades da Administração Federal, direta e indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União adotarão obrigatoriamente, nas contratações de bens e serviços de informática e automação, o tipo de licitação "técnica e preço",…".

Todos os dispositivos legais mencionados encontram-se vigentes; não foram suspensos por qualquer comando do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, ou tolhidos na sua aplicação por qualquer outro órgão do Poder Judiciário, em controle difuso, razão pela qual não podem ser desconsiderados pelo Administrador Público.

Da questionável exceção introduzida no regulamento do pregão

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Com as alterações trazidas pelo Decreto nº 3.693/2000, o Decreto nº 3.555/2000, que regulamenta o pregão, passou a ter exceção, no item 2.5 do seu anexo, como bem comum a ser licitado nessa modalidade de certame: "microcomputador de mesa ou portátil ("notebook"), monitor de vídeo e impressora". Foram acrescidos também os §§3º, 4º e 5º, nesse Decreto, que tratam dos benefícios já estabelecidos na Lei nº 8.248/1991, regulamentada pelo Decreto nº 1.070/1994. A mesma particularidade foi mantida no Decreto nº 3.784/2001, que ampliou a lista dos bens e serviços comuns, que poderiam ser objeto de pregão.

Nesse ponto, poderia perguntar-se: essa não é uma primeira exceção para que se utilize o pregão na aquisição de determinados bens de informática?

Com respaldo na parte final do § 4º do artigo 45 da lei nº 8.666/93 essa situação até poderia ser interpretada e justificada como uma exceção criada pelo Poder Executivo.

Ocorre que não se pode esquecer que, a par da existência de diversas normas, inclusive constantes de lei, em stricto sensu, no sentido de que somente se contrata bens e serviços de informática mediante licitação de "técnica e preço", as medidas provisórias do pregão, a nova Lei, e o seu regulamento, simplesmente são omissos quanto à solução ao Administrador para a avaliação do desempenho e das demais especificações técnicas dos serviços e bens que vão contratar nessa área tão complexa.

Aliás, o próprio decreto que regulamenta o pregão, possui em seu anexo, dispositivos que conflitam o 2.5, anteriormente mencionado, como se observa, verbis:

"BENS COMUNS…..

……..

2.Bens permanentes

2.1 Mobiliaria

2.2. Equipamento em geral, exceto bens de informática

2.3 Utensílio em geral, exceto bens de informática".

Portanto o próprio decreto é confuso e contraditório, pois de um lado reconhece, nos itens 2.2 e 2.3, do anexo, que não se pode contratar bens de informática pelo pregão, mas no item 2.5 abre exceção para microcomputador de mesa ou portátil ("notebook"), monitor de vídeo e impressora. E aqui cabe lembrar que todos esses bens são enquadrados na definição de bens de informática, nos exatos termos da Lei nº 8.248/91 e no Decreto nº 1.070/1994. Portanto, de nada adianta excepcionar o que não é permitido por lei, ou excepcionar em um decreto algo que ficará incompatível com uma lei.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Por todas essa razões, não é lícito proceder uma licitação pelo rito sumário do pregão, onde a essência éa análise de preços, sem que o Administrador possa ter a certeza, do ponto de vista técnico, do que pretende contratar, e como poderá conferir isso ainda no decorrer do certame licitatório.

Da violação aos princípios da legalidade, do julgamento objetivo e da igualdade entre os licitantes

Conforme demonstrado, não existe em qualquer lei, medida provisória ou decreto, uma regra específica ou um rito, um procedimento, que estabeleça como será feita a avaliação técnica dos bens e serviços de informática pela modalidade licitatória do pregão. E agir sem um modus procedendi estabelecido em lei é conduta ilegal para o Administrador Público.

Na oportuna lição do renomado administrativista e professor Celso Antonio Bandeira de Mello, “ao contrário dos particulares, *que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação”*. (in Curso de Direito Administrativo, 11ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo: 1999 – pg. 371).

Licitar, portanto, bens e serviços de informática pelo pregão afronta ao princípio da legalidade, insculpido no artigo 37, caput, e inciso XXI da Constituição Federal e artigos 41, da Lei nº 8.666/1993, e 4º, caput, do Decreto nº 3.555/2000.

De outro lado, a situação narrada também ofende ao princípio do julgamento objetivo (art. 45, Lei nº 8.666/93), que consiste em avaliar as propostas segundo critérios de aferição previamente definidos e da igualdade entre os licitantes. Exemplificando: se a Administração for comprar apenas pela cotação de preços, no pregão, como poderá atender a esses princípios se um licitante pode apresentar em sua proposta um computador pessoal ou terminal de atendimento com um processador Pentium IV de 1.6 Ghz e outro licitante apresenta proposta com um processador Celerom de 1.6 Ghz, que é bem mais barato, mas possui relativa perda de desempenho em relação àquele primeiro, até pela diferença na memória interna do processador? Não estará havendo, portanto, uma competição com regras claras, com avaliação técnica, e os licitantes não estarão concorrendo em condição de igualdade. E todos esses princípios inseridos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e na própria regulamentação do pregão restarão violados.

Do precedente do Tribunal de Contas da União

O tema em análise chegou ao Tribunal de Contas da União por meio de Representação (processo nº 009.901/2002-4), de iniciativa de uma fabricante nacional de computadores, onde o caso era de um pregão do Tribunal Superior Eleitoral para a aquisição de computadores e licenças de softwares, tudo com garantia e suporte técnico para 36 meses.

Na oportunidade, o Plenário do Tribunal de Contas da União, em sessão realizada no dia 11 de junho de

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

2003, no Acórdão 691/2003, decidiu julgar parcialmente procedente a Representação para, entre outras providências, determinar ao Tribunal Superior Eleitoral que *"9.2.1 – abstenha-se de utilizar a modalidade Pregão para a aquisição de produtos e serviços de informática com nível de complexidade similar ou superior àqueles objeto do Pregão n. 37/2002"*.

Do voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Marcos Bemquerer Costa, Relator da Representação, vale destacar a ênfase dada à especificidade do que estava sendo licitado, verbis:

"(…)

18.Considerando a especificidade do objeto do Pregão n. 37/2002 – a aquisição de 3.543 microcomputadores e o fornecimento de: 28 licenças de ferramenta/software de gerenciamento; 28 licenças de cliente para acesso, administração, gerenciamento e configuração remota de ferramenta/software de gerenciamento; 3.543 licenças para agentes da mencionada ferramenta de gerenciamento; e 43 licenças do Sistema Operacional MS/Windows NT Server 4.0 ou superior, além de garantia e suporte técnico pelo período de 36 meses – parece restar demonstrado que a modalidade de licitação escolhida não foi a mais adequada.

19.Ante todo o exposto, entendo que se deva encaminhar determinação ao TSE no sentido de que abstenha-se de utilizar a modalidade pregão para a aquisição de produtos e serviços de informática com nível de complexidade similar ou superior àqueles objeto da aquisição em foco.

(…)".

E esse foi o entendimento aceito pelo Plenário do Tribunal.

Conclusão

Ante o exposto, pode-se concluir que utilizar a modalidade do pregão para contratar bens e serviços de informática configura ato que escapa dos ditames legais; e, na verdade, viola uma série de vedações relativas à matéria.

É primado até mesmo de justiça que todos os licitantes estejam concorrendo e cotando preços a partir de bens ou serviços similares, mas no caso das licitações em análise isso é será possível através de uma licitação do tipo "técnica e preço", que não se enquadra na modalidade licitatória do pregão. E qualquer licitante que se deparar com situação dessa natureza tem pleno direito de buscar a adoção de medidas administrativas e judiciais tendentes à anulação do certame licitatório.

Date Created
09/02/2005

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.