

Compras de Tecnologia através de Pregão Eletrônico

Paulo Rua Duri¹

*Fernando Silveira Melo Plentz Miranda*²

Resumo

Refletir sobre a responsabilidade do fornecimento de tecnologias ao Estado, e de como este tem adquirido tais tecnologias, e as consequências do processo licitatório na modalidade Pregão, merece um estudo mais aprofundado. Uma análise mais cuidadosa do tema demonstra que, em diversas situações decorrentes das compras de tecnologias, há possibilidade de falhas no atingimento dos objetivos do Estado ao buscar e adquirir tecnologias e conseqüentemente nos objetivos de prestar o melhor serviço à sociedade e aos cidadãos.

A forma como são executados hoje tais Pregões em nada se ajustam aos pressupostos de livre concorrência e na busca das melhores alternativas e condições de aquisição que o processo licitatório constitucional quis alcançar quando formulado, tornando este tipo de aquisição para o objeto Tecnologia, inadequada e injusta, no sentido de desajustado. Neste contexto, uma alteração legislativa se faz extremamente desejável e necessária para normatizar, especificamente, a compra de tecnologias.

Palavras-chave: Compras de Tecnologia; Licitação; Pregão; Pregão Reverso; Pregão Eletrônico.

INTRODUÇÃO

A atividade estatal cresce diante das necessidades e reivindicações da sociedade e, ante a impossibilidade de execução de tal monta e volume de atividades pela própria Administração Pública e pelas entidades a ela vinculadas, torna-se obrigatória a contratação de terceiros para a consecução de seus fins.

A exigência da licitação imposta à Administração para contratar a execução de obras ou serviços, compras ou alienações, é imposta pela própria Constituição Federal, conforme

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de São Roque, 2013.

² Mestre em Direitos Humanos Fundamentais no Unifieo. Especialista em Direito Empresarial pela PUC/SP. Professor do Curso de Direito da Universidade de Sorocaba e da FAC São Roque. Pesquisador integrante do GESTI (Grupo de Estudos de Sistemas e Tribunais Internacionais) ligado ao Unifieo. Advogado e Administrador de Empresas. Professor orientador.

seu artigo 37, inciso XXI³, não fazendo este dispositivo distinção entre Administração Direta ou Indireta, e determinando que a licitação seja adotada como procedimento administrativo formal, sob regime de direito público, sempre prévio à contratação.

Neste artigo, exige e impõe à Administração Pública a utilização de licitação sempre que contratar a execução de obras ou serviços, compras ou alienações, sendo a licitação adotada sempre como procedimento prévio à contratação, definido e utilizado para resguardar o interesse público ao escolher o que melhor se adequa e atenda os requisitos, ao mesmo tempo em que apresente as melhores condições de preço e contratação. Tal procedimento licitatório só se justifica quando há a possibilidade de confronto, estimulando a concorrência no mercado.

A Lei 8.666/93⁴ vem normatizar este procedimento, claramente em busca de ser o meio mais idôneo e transparente para possibilitar contratos mais vantajosos para o Estado.

Em 2002, através da Lei 10.520⁵, de 17 de julho, busca-se aprofundar os conceitos e intensificar os benefícios das licitações, instituindo a modalidade de Pregão, que poderia passar a ser Eletrônico através do Decreto 5.450⁶ de 31 de maio de 2005, para aquisição de bens e serviços comuns.

No presente trabalho, procura-se discutir e levar à reflexão sobre como os Governos, Federal, Estaduais, Municipais e Distrital tem efetuado aquisições de Tecnologia através da modalidade de Pregão Eletrônico, e as consequências da utilização de tal modalidade, em detrimento dos objetivos pelos quais foi estabelecido o processo licitatório.

³ BRASIL. *Vade Mecum* OAB e concursos. São Paulo: Saraiva, 2013. Constituição Federal de 1988. p.24.

⁴ BRASIL. *Vade Mecum* OAB e concursos. São Paulo. Ed. Saraiva, 2013. Licitações. p.1554

⁵ *Idem*, p.1733

⁶ Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm

1. LICITAÇÕES – LEI 8.666/93

1.1 ANÁLISE CONSTITUCIONAL

A Licitação é o procedimento administrativo que visa buscar a proposta mais vantajosa para a contratação pela Administração Pública. A Constituição Federal de 1988 refere-se também como “processo de licitação”.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI, dispõe que:

(...) ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.⁷

A finalidade da licitação é, portanto, prover um mecanismo para a melhor contratação possível, através da seleção da proposta mais vantajosa, e possibilitar que qualquer interessado, desde que validado, possa participar da disputa pela contratação.

De fato, conforme a Lei de Licitações, artigo 3º, caput:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.⁸

Dessa forma, estabelece o texto constitucional o dever de a Administração Pública licitar, para tornar legal a contratação.

A Regulamentação do dispositivo constitucional citado é a Lei 8.666/93, chamada de Lei de Licitações, que vem a ser a regra para quaisquer contratações por toda a

⁷ BRASIL. *Op. Cit.* p.24.

⁸ BRASIL. *Op. Cit.* p.1554.

Administração Pública, admitindo-se como exceção apenas o dispositivo da contratação direta, ou seja, sem licitação. Tal Lei é norma geral, aplicada nas esferas federal, estadual, e municipal, na Administração direta e indireta, nas sociedades de economia mista e nas empresas públicas, mesmo que estas últimas possam ter regulamento próprio, Lei 8.666/93, artigo 119⁹. As empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica estão sujeitas a um tratamento especial, conforme Constituição Federal, artigo 173, §1º ,III,¹⁰ sempre que observados os princípios definidos no artigo 37, Constituição Federal.

Como é de competência exclusiva da União a edição de normas sobre licitações e contratações pelo poder público, conforme artigo 22, XXVII, da Constituição Federal¹¹ , cabe aos Estados Membros da Federação, ao Distrito Federal e aos Municípios seguir a Lei de Licitações como norma geral, podendo apenas adaptar a norma geral fixada por lei, mas jamais confrontá-la. A Lei de Licitações é inteiramente aplicável à União como estatuto jurídico, e podem os Estados Membros da Federação, Distrito Federal e Municípios legislar suas próprias normas, sem contudo afrontar, modificar ou ignorar a Lei de Licitações.

1.2 PRINCÍPIOS

Os princípios que se aduzem da Lei de Licitações são:

a) **Formalidade ou Legalidade:** o procedimento será sempre conhecido previamente, conforme rito e fases estabelecidos na Lei, e serão necessariamente seguidos. Tal formalismo tem como preceito o rigor do procedimento, porém salvaguardado mera imperfeição formal.

⁹ BRASIL. *Idem*. p.1579.

¹⁰ BRASIL. *Idem. Ibidem*. p.61.

¹¹ BRASIL. *Op. Cit.* p.18.

b) **Publicidade:** Não há licitação sigilosa. Todo o procedimento e seus atos deverão ser de conhecimento público, especialmente dos participantes. Lei 8.666/93, artigos 3º, § 3º, e 43, §1º.¹²

c) **Igualdade ou Impessoalidade:** cabe dizer, isonomia. Não há, nos processos licitatórios, quaisquer privilégios ou discriminações, sendo caracterizado crime, se ocorrer, conforme artigo 90 da Lei 8.666/93¹³. A definição de requisitos, desde que aplicados a todos é admitido, desde que compatíveis com o objeto da contratação.

d) **Sigilo da Propostas** até a apresentação: o conteúdo da proposta apresentada é indevassável até o momento da abertura, e a abertura prévia constitui crime, como apresentado na Lei 8.666/93, artigo,94¹⁴, e prática de ato de improbidade administrativa, Lei de Improbidade Administrativa, n. 8.429/92, art.10, VIII¹⁵. Esse princípio assegura a competitividade do certame e a observância da igualdade entre os licitantes.

e) **Julgamento Objetivo:** as regras que serão aplicadas para o julgamento e determinação do vencedor no certame devem ser previamente estabelecidas, claras, objetivas e sem dúvidas, que não se prestem a interpretações. O edital deve estabelecer o tipo de licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço, com seus percentuais respectivos, ou ainda, maior lance ou oferta. É inadmissível mera referência a legislação ou genérica sobre o julgamento a ser feito. O edital deve ser claro o suficiente para estabelecer objetivamente os critérios de julgamento do certame.

f) **Vinculação do Edital:** o instrumento convocatório, seja ele edital ou convite torna-se a norma daquele certame, e por isso vincula a esta norma, segundo a lei e dentro dela, tanto a Administração Pública quanto os eventuais participantes, quaisquer que sejam, e em qualquer numero.

¹² BRASIL. *Idem*. p.1555 e 1569.

¹³ BRASIL. *Idem*. *Ibidem*. p.1577.

¹⁴ BRASIL. *Op. Cit.* p.1577.

¹⁵ BRASIL. *Op. Cit.* p.1531.

g) **Adjudicação Compulsória do Vencedor:** mesmo sem constituir direito à contratação, este princípio obriga a Administração, em contratando o objeto do certame, a vir a fazê-lo necessariamente com o vencedor do certame, e não poderá, realizada a adjudicação, realizar nova licitação, revogar a atual ou protelar a contratação. Exceção será apenas por reconhecido interesse público, justa causa ou justo motivo.

Em relação às características da licitação e suas exceções, podemos elencar:

a) deve ter um objeto possível e específico, e não pode ser fracionado no intuito de permitir a realização de licitação em modalidade diferente daquela que seria obrigatória se o objeto todo fosse licitado.

b) pode ser **dispensada** em hipóteses específicas relacionadas na Lei 8.666/93, art.17, I e II¹⁶. São casos de alienações sempre vinculadas ao interesse público, como por exemplo, de bens imóveis, que estão, porém, sempre vinculados à avaliação prévia.

c) pode ser **dispensável** nas hipóteses enumeradas na Lei 8.666/93, art.24 e incisos¹⁷. Leis estaduais ou municipais não podem incluir outras hipóteses. O administrador pode, a seu critério realizar a licitação, mesmo nessas situações. Ele não está obrigado à dispensar a licitação. É o caso de compras de pequeno valor, que são aquelas menores que 10% do valor previsto para a carta convite. Nas situações excepcionais, como no caso de guerra, que requer a declaração por ato do Presidente da República (Constituição Federal, art.84, XIX¹⁸); da grave perturbação da ordem, como nos casos de greves, motim ou revolução, que atinjam serviços essenciais; emergência, causada por inundações, secas ou epidemia, que permitem contratação não superior a 180 dias, e específica para atender a situação calamitosa. A situação de emergência não deve ser confundida com urgência.

¹⁶ BRASIL. *Op. Cit.* p.1559.

¹⁷ BRASIL. *Op. Cit.* p.1562 a 1564.

¹⁸ BRASIL. *Op. Cit.* p.37.

d) Há, ainda as situações de licitação **fracassada**, também chamada deserta, quando não há participante no certame, ou quando os participantes são inabilitados ou são desclassificados. Ainda podem ser dispensadas de licitação as compras em razão do objeto, como no caso clássico de hortifrutigranjeiros, por serem produtos perecíveis, ou em razão da pessoa, quando da contratação, por exemplo, de associações de deficientes ou organização social

e) pode mostrar-se inviável em razão de não ser possível a competição para tal contratação. Nesse caso a contratação será feita por **inexigibilidade**, Lei 8.666/93, art.25 e incisos¹⁹. Cabem nesta situação produtos fornecidos com exclusividade, serviços técnicos de notória especialização, vetado serviços publicitários, ou ainda, serviços exclusivos, como os artísticos.

1.3 MODALIDADES DE LICITAÇÃO²⁰

A modalidade a ser utilizada para efetivar a licitação não é discricionariedade do Administrador, mas é determinada em função do valor da contratação e/ou do objeto de contratação.

1.3.1. Concorrência

Esta modalidade é obrigatória para compras de obras e serviços de maior valor; de bens imóveis, independente do valor; concessões de direito de uso; alienação de bens móveis de maior valor, e registro de preços.

¹⁹ BRASIL. *Op. Cit.* p.1564.

²⁰ ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito administrativo*. 9. ed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2007. p. 122 a 144.

Não há restrições quanto à participação de empresas estrangeiras, nem privilégios às empresas nacionais quando da participação de empresas estrangeiras, para preservar o princípio da isonomia.

São características da Concorrência a universalidade, que permite a qualquer interessado sua participação; a ampla publicidade, que é indispensável para a validade do certame e garante a universalidade e o princípio da publicidade, Constituição Federal, art.37, caput²¹; a habilitação preliminar, que é a verificação da condição do participante em atingir os requisitos; e o julgamento da concorrência, que deve ser realizado por comissão de, no mínimo, três membros, dentre os quais dois tem que ser servidores. Esta comissão responde solidariamente pelos atos praticados durante o processo licitatório, e eventuais discordâncias devem ser registradas em ata.

1.3.2. Tomada de Preços

Esta modalidade é utilizada para contratos de valor médio. Os participantes de vem estar previamente cadastrados, ou apresentarem documentação de habilitação até três dias antes da data de recebimento das propostas.

1.3.3. Convite

Esta é a modalidade mais simples, e destina-se às contratações de menor valor. Para substituir o edital, um convite é enviado a pelos menos três possíveis interessados, registrados ou não, e afixado em “local apropriado”, que pode ser no próprio quadro de avisos da repartição. Qualquer interessado poderá participar, bastando manifestar seu interesse até o dia anterior da data do certame. A comissão poderá ser formada por servidor único.

²¹ BRASIL. *Op. Cit.* p.23.

1.3.4. Concurso

O concurso destina-se à contratação de trabalhos intelectuais, que podem ser técnicos, científicos ou artísticos, e estabelece prêmio ou remuneração ao vencedor. O prazo mínimo de quarenta e cinco dias deve ser observado para apresentação dos trabalhos e julgamento.

1.3.5. Leilão

Esta modalidade é obrigatória para venda de bens imóveis, venda de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, venda de bens imóveis resultado de procedimento judicial ou dação em pagamento. Neste último admite-se também a concorrência. É realizado por pregoeiro oficial, regido por lei própria: Decretos 21.981/32²² e 22.427/33²³.

O Leilão é também utilizado para venda de ações de empresas estatais ou públicas exploradoras de atividade econômica, na Bolsa de Valores.

1.3.6. Consulta

Destina-se à contratação pelas Agências Reguladoras da Administração Federal, como ANATEL, ANVISA, ANP, ANEEL, para contratar serviços de elevado valor profissional. Está prevista na Lei 9.986/2000²⁴, e segue todos os procedimentos da Lei 8.666/93

2. PREGÃO – LEI 10.520/02

2.1 Evolução Histórica da Legislação Regulamentadora de Compras do Setor Público. Uso do Pregão Eletrônico.

²² Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-2006/1949/D21981.htm

²³ Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNomas.action?numero=22427&tipo_norma=DEC&data=19330201&link=s

²⁴ Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm

O Pregão é uma modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado de contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas apresentadas ao mesmo tempo, classificadas por critério único de menor preço, e imediatamente após, apresentados lances sucessivos, em sessão pública. O artigo 2º, §1 da Lei 10.520/02²⁵ permite que o Pregão utilize recursos de tecnologia da informação para sua realização, nos termos de regulamentação específica. Tal regulamentação surgiu através do Decreto 5.450 de 31-05-2005²⁶.

A modalidade de Pregão surgiu inicialmente nos certames da ANATEL, para venda das concessões de telecomunicações. Com a expectativa de trazer mais agilidade, rapidez e economia à Administração Pública, passou o governo Federal a valer-se de Medidas Provisórias, sendo a primeira: MP 2.026/maio de 2000²⁷, republicada sucessivamente até a MP 2.182/agosto de 2001²⁸. Com o intuito de dar forma a esta nova modalidade licitatória foi publicado o Decreto n. 3.555/2000²⁹, regulamentado pelo Decreto n. 3.693/2000³⁰ que especificou quais bens e serviços são por ele alcançados.

Inicialmente a Medida Provisória nº 2.182/2001³¹ instituiu o Pregão apenas para a União. Considerada inconstitucional, por se tratar de norma geral, tinha que ser aplicada a todos os entes federativos.

O Pregão foi definido como modalidade obrigatória para as contratações de entes da União através do Decreto n. 5.504/2005³², bem como é obrigatório para as contratações por outros entes da Federação ou mesmo por entidades privadas que recebem recursos da União.

²⁵ BRASIL. *Op. Cit.* p.1733.

²⁶ Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm

²⁷ Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2026-18.htm

²⁸ Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2182-18.htm

²⁹ Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm

³⁰ Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3693.htm

³¹ *Idem*

³² Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.htm

Estados da Federação, como já é o caso do Estado de São Paulo, e muitos Municípios, também definiram como obrigatório o uso do pregão como obrigatório.

A modalidade denominada Pregão passou a ser utilizada pelas administrações Federal, Estaduais ou Municipais para aquisição de bens e serviços comuns, definidos como “aqueles cujos padrões de qualidade e desempenho possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” na Lei 10.520/02, artigo primeiro, parágrafo único³³. A lei de Licitações é aplicada subsidiariamente para contratação nesta modalidade, sendo obrigatório o critério de menor preço no julgamento das propostas, artigo 4º, X³⁴.

2.2 PROCEDIMENTO³⁵

O Pregão tem procedimento diferenciado com relação às outras modalidades, e sua realização dá-se em duas fases:

2.2.1. Fase Interna ou Preparatória

Nesta Fase definida no artigo 3º da Lei 10.520/02³⁶, é feita a justificação a necessidade da contratação, apresentação dos orçamentos previamente coletados, definição do objeto a ser adquirido, com especificação clara, tão precisa quanto possível, sem contudo ser irrelevante ou excessiva, de modo que não permita a ampla participação dos interessados; os requisitos de habilitação, critérios de aceitação das propostas e indicação de sanções aplicáveis ao inadimplemento às cláusulas contratuais. Serão ainda designados o pregoeiro e a

³³ BRASIL. *Op. Cit.* p.1733.

³⁴ BRASIL. *Op. Cit.* p.1556.

³⁵ DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 381-400.

³⁶ BRASIL. *Op. Cit.* p.1733.

equipe de apoio, que deverá ser composta por, no mínimo, quatro servidores ou empregados públicos, artigo 3º, §1º³⁷.

2.2.2. Fase Externa

Esta Fase se inicia com publicação e convocação dos interessados, e está definida no artigo 4º da Lei 10.520/02³⁸. O prazo para apresentação das propostas não pode ser inferior a oito dias. O prazo mínimo de validade das propostas deve ser de sessenta dias, detalhando objeto e preço. Na data e horário estipulados, conhecidas as ofertas, toma-se como base a de menor valor e mais as que excederem em até 10% este valor, e passarão a ofertar lances sucessivos até que seja declarado o vencedor. O critério de julgamento será obrigatoriamente o de menor valor e é o único critério. Depois de concluído o pregão e classificados os participantes, o pregoeiro examinará a documentação de habilitação do licitante vencedor, e em caso de atendimento de todas as exigências técnicas e econômico-financeiras, será declarado vencedor. Caso contrário, serão examinadas as ofertas subseqüentes, respeitada a classificação do pregão, até alcançar o vencedor.

Quanto à inversão das fases no Pregão com relação às outras modalidades de licitação, Carlos A. Guimarães Pereira salienta³⁹:

A inversão das fases de habilitação e julgamento atendeu uma demanda na interpretação e aplicação da Lei de Licitações, na qual o exame dos documentos de habilitação de todos os licitantes produzia e produz uma grande fonte de litígios entre os participantes do processo licitatório, refletidos em recursos e medidas judiciais que acabam por postergar a conclusão da licitação.

Como veremos adiante, nem sempre estes objetivos são alcançados.

2.3 APLICAÇÃO

³⁷ *Idem.* p.1733

³⁸ *Idem. Ibidem.* p.1733.

³⁹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O regime jurídico das licitações no Brasil e o Mercosul. *RDA*, 222/117-32. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 5 – nº 1 - 2014

No artigo 22 da Lei de Licitações estão listadas as modalidades de licitação:

São modalidades de licitação:

- I – concorrência;
- II – tomada de preços;
- III – convite;
- IV – concurso;
- V – leilão.⁴⁰

Descritas cada uma das modalidades nos parágrafos do mesmo artigo, no parágrafo 8º, temos que: “É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.”⁴¹

Como o Pregão, criado inicialmente por Medida Provisória e depois por Decreto Lei, é apresentado como uma nova modalidade de licitação, esta alegação ou justificativa afronta a Lei de Licitações, que é Lei Federal.

Se considerarmos ainda que o Pregão é um Leilão Reverso, como foi inicialmente chamado quando de sua criação, temos que, segundo Maria Adelaide de Campos França “O Leilão é um processo licitatório destinado a alienar bens, visto que o único critério admissível é o de menor preço.”⁴²

Será igualmente uma afronta à legislação a compra de serviços através do Pregão, ou Leilão Reverso, o que ocorre usualmente, uma vez que esta modalidade de licitação é adequada para compra de bens.

Segundo compilação realizada pelo portal Convergência Digital, a partir de dados obtidos junto ao “*Portal da Transparência*” do Governo Federal, no período de Janeiro de 2004 a janeiro de 2010, de um total de cerca de R\$ 13,6 bilhões despendidos em aquisições feitas no setor apenas pela Administração Federal Direta, somente cerca de 10% desse valor

⁴⁰ BRASIL. *Op. Cit.* p.1561.

⁴¹ BRASIL. *Op. Cit.* p.1561.

⁴² FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários à lei de licitações e contratos a administração pública**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.21.

(1,4 bilhões de reais) foi destinado às aquisições de bens (*hardware*). Os outros 90% foram destinados à aquisição de serviços, conforme a tabela⁴³ reproduzida abaixo:

Gastos do Governo Lula 2004/ 2010 (até Janeiro) Bens e serviços de Informática	Valor (R\$)
Consultoria em tecnologia da informação	8.008.992.556,15
Suporte técnico, manutenção e outros serviços em tecnologia da informação	1.651.000.822,88
Desenvolvimento de programas de computador sob encomenda	1.634.606.565,38
Desenvolvimento e licenciamento de programas de computador não-customizáveis	875.849.981,24
Desenvolvimento e licenciamento de programas de computador customizáveis	53.459.915,78
Aquisição de Hardware	1.398.310.557,46

Esta tabela mostra claramente que, apesar do Pregão, mesmo contrariando a legislação, sem atentar para a proibição prevista no §8º do artigo 22 da Lei 8.666/93⁴⁴, ter sido criado nos moldes do Leilão, para compras de bens (*hardware*), ele é usado quase que na totalidade, para aquisição de serviços em tecnologia.

O excesso de formalismo por parte da Administração Pública ao tratar as aquisições de tecnologia como se fossem meros objetos de consumo ou serviços comuns acabam por quase inviabilizar, muitas vezes, que o Estado possa utilizar as melhores soluções para atender o cidadão e a sociedade.

3. DAS COMPRAS DE TECNOLOGIA PELO ESTADO

3.1 Evolução Histórica da Necessidade do Uso de Sistemas Tecnológicos no Setor Público.⁴⁵

⁴³ Disponível em: <http://convergenciadigital.uol.com.br/inf/cm10_lula.pdf>; acesso em 10/11/2013.

⁴⁴ BRASIL. *Op. Cit.* p.1561.

⁴⁵ FONSECA, Carlos Eduardo Correa da. **Tecnologia bancária no Brasil: uma história de conquistas, uma visão de futuro**. São Paulo: FGVRAE, 2010, p. 7 a 17.

O papel da Tecnologia da Informação (TI) para o governo é dos mais importantes e estratégicos. Mais do que o simples uso de tecnologias, o desenvolvimento de um planejamento de TI no governo é fundamental, devido ao imenso potencial de utilização em função do volume de informações, atividades exercidas pelo governo, interação com o cidadão e retorno para a sociedade. Dentre essas possibilidades de uso, podemos observar as formas como o governo está implementando novos serviços, agilizando e integrando serviços já existentes, definindo novos processos e atividades, gerando mais controles, dando transparência à sua atuação e disponibilizando mais informações ao cidadão e à sociedade. O potencial de utilização de TI para crescimento da sociedade, da democracia e da cidadania traz objetivos para que o Estado possa obter as melhores alternativas de solução para sua atuação.

Mas nem sempre foi assim. O Brasil passou por um grande período de “reserva de mercado”, que restringia a importação de tecnologias, tanto hardware quanto softwares. Esta restrição tinha o objetivo de preservar o mercado nacional para que surgissem e fossem desenvolvidas tecnologias nacionais a serem aplicadas internamente no país. Em 1967 o governo Federal inaugura o SERPRO (Serviço de Processamento de Dados Federal), seguido em 1969 pelo governo do Estado de São Paulo, com a criação da PRODESP (Cia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo) e sucedido por uma avalanche de novas companhias, como a PRODAM (Cia Processamento de Dados do Município de São Paulo), PRODERJ, PRODEST, PRODEPA, CIASC, PROCERGS, PRODEPAR, PRODEMGE, PRODEB, PRODABEL e DATAPREV. Estas companhias passaram a ser grandes demandadores de tecnologias. Surgem, também companhias de desenvolvimento de tecnologias, como a COBRA (Computadores Brasileiros), DigiRede, SID (Automação Bancária), Procomp, ELEBRA, LABO, Prológica, Itaotec, SCOPUS, Rima. Na realidade,

muitas delas apenas integravam soluções estrangeiras. Esta situação de reserva de mercado não atingiu seus objetivos e não resistiu à abertura de mercado. Com a abertura de mercado, exceção daquelas que tem conglomerados empresariais como proprietários ou acionistas majoritários que as mantém, estas empresas desapareceram. Em compensação, o acesso às soluções de tecnologia passou a ser imediato, anulando o espaço temporal que existia entre as soluções nos países de origem e sua chegada ao Brasil.

A TI tem crescido em uso e desenvolvimento de várias formas como resultado do aumento da complexidade relativa ao processamento dos sistemas, que são amplificados pelas possibilidades de novos processos, serviços, atividades e controles, que eram inviáveis com as tecnologias anteriores, constituindo-se em um ciclo crescente de difusão do uso de tecnologias desencadeada pelas necessidades, anseios e vantagens percebidas pela administração pública e pelo cidadão.

Outra forma que amplifica as necessidades, o potencial e a complexidade da TI é a mudança do perfil do cidadão e das transações. Enquanto estas são cada vez mais geradas de forma automática, através da internet, autoatendimento, e padronizações de processos sistêmicos, aquele, o cidadão, tem cada vez mais acesso aos computadores, à informação e aos serviços. Em 2010 havia, no Brasil, 72 milhões de computadores pessoais, e a previsão de alcançar 140 milhões em 2014, mostra, além do crescimento exponencial, que dois terços de toda a população do país terá, muito breve, um computador à sua frente⁴⁶. Há, ainda, a evolução e a convergência de outros equipamentos, em especial, o telefone. Tornou-se móvel, através da tecnologia chamada celular, em referência às células de transmissão instaladas de forma abrangente, que repassam o sinal, resultando em cobertura geográfica que determina a mobilidade de seu uso. Tais aparelhos deixaram de servir apenas para comunicação móvel, e

⁴⁶ Disponível em : FGV-GVcia, Base Ativa de Computadores, Micros em Uso no Brasil, em Milhões de Unidades, maio/2010.

passaram a ser unidades de acesso à internet, os smartphones. Há hoje no país 240 Milhões de telefones celulares, que se contrapõe a 200 milhões de habitantes, o que deixa clara a penetração de seu uso. Desses, 80 milhões são smartphones, contra 6 milhões em 2011; mostra a rapidez do avanço da utilização de internet nesses aparelhos.

Esta disseminação de tecnologias traz ao cidadão uma nova forma de interação com o meio e também passa a exigir este mesmo grau de interação com o Estado e seu governo, o que gera necessidade constante de atualização tecnológica por parte destes.

Os processos licitatórios mostram-se lentos e extremamente burocráticos, gerando um descompasso com a velocidade do surgimento e disseminação das tecnologias, bem como na demanda por parte da população, que utiliza estas tecnólogas em seu dia-a-dia, e passa a esperar e exigir que o relacionamento com o Estado e Governo esteja nesse mesmo patamar de interação.

3.2. DA FORMA DE COMPRA DE TECNOLOGIA PELO ESTADO

O poder público se ufana de enormes economias nas compras de tecnologia utilizando o Pregão eletrônico, mas não apropria no custo dos pregões o tempo para que estes alcancem êxito, nem o enorme esforço dos servidores envolvidos nas comissões de licitação, e seus salários. O custo de oportunidade na demora em contratar após declarado o vencedor no pregão, onde o poder público, que precisa adquirir as soluções de tecnologia para prestar melhores serviços à sociedade também não é considerado. O valor registrado para efeito de avaliação sobre a eficiência e eficácia dos Pregões é o valor de fechamento do pregão, e não o valor de contratação, levando a uma distorção entre o divulgado e o efetivamente realizado.

A dificuldade em especificar os produtos e serviços de tecnologia, frente aos princípios de ampla competitividade e impedimento do direcionamento das soluções a serem adquiridas, leva o poder público a receber produtos e serviços que nem sempre são os

desejados como sendo a melhor solução tecnológica para as necessidades da Administração Pública. Assim, esta Administração acaba por investir em soluções que não satisfazem os objetivos originários do processo licitatório, dispende os recursos públicos, e incorre em novas necessidades de aquisições para superar os efeitos e consequências das soluções que recebe.

4. DAS COMPRAS DE TECNOLOGIA EM PREGÃO

4.1. ANÁLISE DAS COMPRAS DE TECNOLOGIA EM PREGÃO

A Lei de Licitações, em seu artigo 14, traz:

Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.⁴⁷

Sem entrar nas questões do orçamento, adjudicação e empenho por um lado, e na possibilidade de nulidade dos atos por outro, do artigo extrai-se que uma compra “*será*”, ou seja, deverá obrigatoriamente, ser caracterizada. E não apenas, mas “*adequadamente caracterizada*”, o que equivale dizer, tão especificadamente quanto possível.

Ocorre que as soluções de Tecnologia da Informação, quer sejam hardware ou software, são por demais repletas de detalhes que, ao serem especificados como requisitos para que um objeto de licitação seja adequadamente caracterizado, terminam por restringir o fornecimento, e até mesmo direcionando o edital para os possíveis fornecedores. Ao mesmo tempo, ao deixar os requisitos abertos, cuidando apenas de funcionalidades e tratar o objeto da aquisição pelo resultado esperado, como pareceria adequado num processo licitatório, para que haja ampla possibilidade de participação do mercado, não estará o objeto adequadamente caracterizado, permitindo que soluções inadequadas sejam ofertadas. Tais soluções, por não

⁴⁷ BRASIL. *Op. Cit.* p.1558.

atenderem a intenção do objeto licitado, geram perdas e prejuízos à administração pública, e em última instância, à própria sociedade.

Segundo Cretella Júnior

(...) a finalidade do procedimento licitatório é bem clara: é o meio mais idôneo para possibilitar contratação mais vantajosa para o Estado, o que se dá conforme os princípios que regem a lei da oferta e da procura; em segundo lugar, pelo fato de colocar a salvo o prestígio administrativo, escolhendo, não o preferido, mas aquele que, objetivamente, fez a melhor proposta.⁴⁸

Assim, o objetivo da licitação é o de proporcionar à Administração Pública meios para instaurar a competição entre interessados na possibilidade de disputarem a participação nos negócios do Governo e receberem o mesmo tratamento jurídico, sem discriminação de qualquer espécie, regidos pelo procedimento licitatório e regulamentado pelo edital. Extrai-se, então, que só se justifica a licitação se houver a possibilidade de confronto entre fornecedores, e em não existindo tal competição, não se fundamenta a utilização do processo licitatório⁴⁹.

Veremos abaixo dois casos onde são frustrados os objetivos acima referidos, em Pregões para compra de Tecnologias:

4.2 CASO: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA⁵⁰

A Licitação do Superior Tribunal de Justiça para adquirir uma solução de Software integrado para atender as necessidades da Gestão de Pessoas em um cenário de desagregação de informações que leva a uma dificuldade em administrar os recursos humanos. No caso da Administração Pública, com uma forma absolutamente distinta da administração privada,

⁴⁸ CRETELLA JÚNIOR. José. **Das licitações públicas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.p.119.

⁴⁹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Direito dos licitantes**. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p.12

⁵⁰ Disponível em: www.stj.gov.br/

requer que a solução atenda as características do setor, e de forma integrada, para justificar o investimento a ser efetuado:

“PROCESSO STJ n. 9884/2012

PREGÃO ELETRÔNICO n. 144/2013

MENOR PREÇO GLOBAL

**OBJETO: CONTRATAÇÃO DE SOLUÇÃO
PARAMETRIZADA E CUSTOMIZADA PARA GESTÃO
DE PESSOAS.”**

Esta licitação, na modalidade Pregão, não conseguiu, depois de 6 meses, ser ainda concluída, uma vez que o três primeiros colocados no Pregão, cada um em sua vez, foram desclassificados na habilitação; o quarto colocado não concluiu satisfatoriamente a prova de conceito; o quinto colocado passou pela prova de conceito e foi desclassificado depois de ser questionado por outro concorrente sobre suas certificações, e finalmente o sexto colocado deverá realizar também a prova de conceito. Isto mostra como o processo licitatório na modalidade Pregão pode perder a celeridade, tendo como consequência o não atendimento das necessidades e razões pelas quais foi idealizado o próprio processo e objeto da licitação. O custo do poder público em processar, acompanhar, avaliar e finalmente desclassificar cada um dos concorrentes não é citado ou considerado quando esse mesmo poder público se ufana por haver economizado, em valor absoluto no Pregão, quando de sua realização. A isonomia pretendida quando da especificação do objeto a ser licitado, ao invés de preservar os

interesses da administração pública, termina por onerar o Estado e este não obter os benefícios que a solução licitada proporcionaria.

O benefício propagado do Pregão em ter a inversão das fases, no afã de economizar recursos ao ir diretamente à linha de preços, e estabelecendo-a como único critério de avaliação, para depois verificar a habilitação da documentação e atendimento dos requisitos técnicos, mostra-se inócua diante do caso relatado, que reflete a incapacidade de especificar tecnologia a ponto de não importar o fornecedor e suas qualificações, e transformando o que deveria ser uma vantagem em empecilho ao atingimento dos objetivos, ora pontuais da possível aquisição, ora da administração pública em executar a melhor gestão para a sociedade.

4.3 CASO: SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO⁵¹

No caso do edital da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, que buscava adquirir serviços de suporte para a plataforma tecnológica que havia já adquirido anteriormente, e no mesmo processo de compra, atualizar a plataforma, a Secretaria da Fazenda não requereu, em função da livre concorrência e para dar a mais ampla oportunidade de participação no certame, a certificação dos participantes junto ao fabricante da solução sobre a qual se pretendia adquirir o objeto:

⁵¹ Disponível em: www.fazenda.sp.gov.br/

“EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO NCC n.º 66/2013

**CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO,
SUPORTE TÉCNICO E ATUALIZAÇÃO DE VERSÃO
DE MÓDULOS ESPECÍFICOS**

DO SOFTWARE SAP BUSINESS OBJECTS BI

OFERTA DE COMPRA Nº 200143000012013OC00038

PROCESSO SF n.º 23643-316435/2013”

Mesmo a licitante especificando o fabricante e tipo de Software sobre o qual gostaria de adquirir os serviços de manutenção e suporte técnico, além da atualização da versão do Software, não foi capaz de obter êxito na medida em que o ganhador do certame não está qualificado ou certificado para prestar o serviço em nome do fabricante. Tal situação nos levaria a crer, de forma falaciosa, que não há necessidade da certificação, e que qualquer um que se prontificasse e sentindo-se capaz a prestar o serviço, poderia fazê-lo. O princípio da boa-fé aplicar-se-ia ao caso, não fosse o fato do ganhador, por não ser certificado pelo fabricante, não ter acesso às novas versões de Software requeridas no objeto, tornando-o inapto a sequer participar do certame. A licitante, ao especificar o objeto e os requisitos procurou atender os princípios da livre concorrência e da isonomia ao não requerer que os participantes tivessem ligação direta com o fabricante, uma vez que o objeto já era de fabricante determinado. Assumi, numa visão do poder público, que a boa-fé permeia toda a sociedade e seus entes, o que não demonstra ser verídico.

CONCLUSÃO

A Administração Pública buscou ganhar eficiência e eficácia ao criar a modalidade do Pregão, e ainda agilidade ao torna-lo eletrônico. Numa análise mais cuidadosa dos resultados vemos que tais objetivos, em diversas situações decorrentes das compras de tecnologias, não são atingidos. Isto ocorre por falhas no processo em função das especificidades das soluções de tecnologia. Ao buscar a eficiência, não atinge os objetivos quando analisamos muitas das soluções inadequadas que são adquiridas pela Administração Pública. Por outro lado, ao nos debruçarmos sobre o tema da eficácia, vemos que a celeridade, a isonomia e a ampla disputa de mercado não refletem a realidade dos Pregões de Tecnologia. Mesmo sendo propagados resultados positivos baseados o fechamento dos Pregões, estes não perduram durante o real fechamento da concorrência e durante a vigência dos contratos resultantes, frustrando o atingimento dos objetivos do Estado ao buscar e adquirir tecnologias e conseqüentemente prestar o melhor serviço á sociedade e aos cidadãos.

A forma como são executados hoje tais Pregões em nada se ajustam aos pressupostos de livre concorrência e na busca das melhores alternativas e condições de aquisição que o processo licitatório constitucional quis alcançar quando formulado, tornando este tipo de aquisição para o objeto Tecnologia, inadequada e injusta.

A modalidade Pregão, nascida de forma inconstitucional, e justificada pelo viés do resultado econômico, da economia na aquisição, criada e mantida por Medidas Provisórias até tornar-se Lei, e regulamentada no sentido de viabilizar o novo modelo licitatório, prejudica o Estado e a Administração Pública ao não prover as soluções que realmente são necessárias e desejáveis para atingir os objetivos da Administração Pública e do próprio processo licitatório.

Neste contexto, urge uma alteração legislativa no sentido de readequar a modalidade licitatório Pregão a estes objetivos basilares para atender as demandas da Administração Pública quanto às compras de bens e serviços de Tecnologia.

Referências Bibliográficas

BRASIL. *Vade Mecum OAB e concursos*. São Paulo. Ed. Saraiva, 2013

CRETELLA JÚNIOR. José. **Das licitações públicas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FONSECA, Carlos Eduardo Correa da. **Tecnologia bancária no Brasil: Uma História de Conquistas, Uma Visão de Futuro**. São Paulo: FGVRAE, 2010.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários à lei de licitações e contratos a administração pública**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **O regime jurídico das licitações no Brasil e o Mercosul**. RDA, 222.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.