



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

AMANDA RODRIGUES PEREIRA

**APLICABILIDADE DO PREGÃO ÀS CONTRATAÇÕES DOS BENS E SERVIÇOS
DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO**

Brasília
2015

AMANDA RODRIGUES PEREIRA

**APLICABILIDADE DO PREGÃO ÀS CONTRATAÇÕES DOS BENS E SERVIÇOS
DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO**

Trabalho apresentado como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Graduação em Direito, do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/FAJS).

Orientador: Paulo Gustavo Medeiros Carvalho.

Brasília
2015

AMANDA RODRIGUES PEREIRA

**APLICABILIDADE DO PREGÃO ÀS CONTRATAÇÕES DOS BENS E SERVIÇOS
DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO**

Trabalho apresentado como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Graduação em Direito, do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/FAJS) sob a orientação do Professor Paulo Gustavo Medeiros Carvalho.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente

Integrante

Integrante

Dedico a Jesus Cristo, por ter me carregado no colo durante esse tempo de travessia acadêmica, por ter me encorajado, me revestido de sabedoria, fortaleza, coragem, fé, determinação e sobretudo por ser o elo entre mim e Deus, para que eu nunca me esqueça da promessa do PAI na minha vida. E a todos a quem possa interessar esta pesquisa.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus pai, a Deus filho e a Deus espírito santo, as três pessoas num só Deus, por permitirem e conduzirem a minha graduação, muitos foram os embaraços, contudo ganhei proteção e segui adiante rumo ao caminho da vitória! Obrigada meu amado Deus por interagir comigo a todo o tempo, por seu santo espírito me confortar, suprir as minhas necessidades e quando o desespero surge, a sua palavra confirma que: O Senhor é o meu pastor e nada me faltará! Obrigada por me amar, dirigir a minha vida e os meus estudos, finda um ciclo e outro se inicia de modo que tudo quanto mais vier, seja para sua honra e glória, por todos os séculos! Amém.

De forma única, agradeço à minha melhor amiga e companheira de todas as horas, aquela que enxuga as minhas lágrimas, profere palavras de incentivo e comemora com gratidão a Deus por cada conquista e obstáculos vencidos, falo da minha amada mãe Anita! Mesmo tecendo todos os comentários do mundo, ainda assim serão insuficientes para descrever o que esta mulher representa para mim, o seu legado é sem sombra de dúvidas a fé, a honestidade, a garra, a intrepidez, a ousadia, a dedicação, o companheirismo e o amor! Obrigada mãe, por cuidar de mim e ser a minha fiel companheira, por onde passa deixa a sua marca de alegria, leveza e amor, isto é a minha maior herança! Sou eternamente grata por ser a minha mãe, somente a magnitude deste sentimento, que atravessa todos os limites visíveis e invisíveis, pode explicar o que é renunciar ao mundo e voltar-se única e exclusivamente aos seus. Eu te amo mãe, obrigada por acreditar em mim, quando o “mundo” desacreditou, a senhora com o seu lindo e suave sorriso me acalentava e dizia: “Calma filha, tudo tem a sua hora!” A hora chegou mãe e eu agradeço a Deus por ter me concedido a melhor das mulheres deste mundo para me gerar, pois eu tenho diretamente do seio materno, amor, cumplicidade, força, incentivo e admiração, sou o que sou hoje e o mérito é todo SEU! Obrigada por tudo, minha guerreira, minha rainha, meu amor!

Agradeço ao meu irmão Wender pela admiração e respeito por minha escolha de profissão, por acreditar nos meus sonhos, te amo maninho, “tamo” junto parceiro!

À minha prima/irmã Juanira pelo apoio, admiração e mimos, são nas pequenas coisas que percebemos a grandeza de um amor. Obrigada por aqueles momentos em que a aflição tomava conta de mim, e você se colocava a orar pedindo a Deus uma solução. Amo você!

À minha amiga/irmã Ana Patrícia, desde o início me incentivando como podia, a escolha do curso teve um “dedinho” seu, obrigada por acreditar que este dia chegaria, obrigada pelas broncas e conselhos, você é um presente de Deus!

À minha amiga/irmã Alana por ser quem é na minha vida, por ter aparecido como um anjo que cai do céu e ter permanecido, sou muito grata pelos ensinamentos, partilhas,

conquistas e planos. Espero que caminhemos durante muito tempo juntas, unidas pela fé, partilhando e comemorando vitórias em nome de Jesus! Amo você!

De forma mais que especial à minha amiga/irmã/companheira Rayana Cauper, nos conhecemos no início da graduação, não levantamos os canudos juntas, porém a amizade que se firmou é para toda a vida, obrigada pelo carinho, pela força, pela presença e conselhos naqueles momentos que não foram tão bons, que somente suportamos por dois motivos: A certeza de que Deus está no controle e por termos amigos verdadeiros ao nosso lado! Obrigada por ter me dado um ombro quando eu precisei, por ter acreditado a todo momento na minha capacidade de superação, as suas palavras se internalizaram positivamente em mim e hoje podemos juntas vibrar o final dessa fase que parecia não ter fim. Obrigada por tudo amiga, segura aqui! Amigas para sempre se Deus quiser! Amo-te!

Aos meus pequenos e amados: Gabriel, Alícia, Beatriz, Natália, Lyária, Paulo Henrique, Letícia, Vinícius e Murilo, obrigada por terem me alegrado nos intervalos entre uma atividade e outra, vocês serão eternamente os meus pequeninos puros e alegres, os meus amores!

O meu agradecimento íntimo e de forma particular a cada um dos meus amigos e parentes: Keila Maria, Joaquim Batista, Wender, Sidnei e Robson (Faculdade Projeção), Rosana Cauper, Leonan, Carlos Alberto, José Spinosa, Osmar, Rayana Cauper e Ana Cláudia, não tenho dúvidas de que Deus os colocou no meu caminho, estendendo a mão para que eu chegasse até aqui, muito obrigada a todos.

Em especial aos meus amigos e parentes que contribuíram direta e indiretamente ao longo dessa jornada, não poderia aqui deixar de homenagear o meu amigo Mário Lima, desde a infância até agora com uma presteza inigualável, ajudando no que pode sem nos permitir esquecer que: “Comunicar é fundamental”! Obrigada a todos.

In Memoriam à Boaventura Rodrigues Filho e Francisca Pereira de Aquino, minhas amadas avós que Deus levou no penúltimo ano da minha graduação, foi difícil lidar com o fato de que elas não participariam deste momento, pois eu sei o quanto elas oravam e desejavam que me tornasse uma Doutora. Compartilhei um dos melhores momentos da minha vida com elas e dentro das suas limitações e simplicidade, não hesitavam em demonstrar o orgulho que sentiam pela neta, cada uma com o seu jeitinho, com o seu palavrear, com a sua cultura, conseguiu deixar o que hoje tenho por ensinamento, as duas máximas da vida: A humildade e o amor. “Eu sei que vou amá-las por toda a minha vida”!

Finalmente, agradeço ao meu professor orientador Paulo Gustavo pelo tempo dedicado à este trabalho e por ter sido o mestre educador, que transmitiu com sapiência o conhecimento adquirido ao longo de sua própria caminhada.

Agradeço infinitamente a todos e peço a Deus que os abençoe, guarde e dê a paz!

*... “E dizia: O reino de Deus é assim como se um homem lançasse semente à terra.
E dormisse, e se levantasse de noite ou de dia, e a semente brotasse e crescesse, não
sabendo ele como. Porque a terra por si mesma frutifica, primeiro a erva, depois a espiga,
por último o grão cheio na espiga. E, quando já o fruto se mostra, mete-se-lhe logo a foice,
porque está chegada a ceifa” ...*

Marcos 4:26-29

RESUMO

O presente trabalho aborda a modalidade licitatória instituída pela Lei nº 10.520/2002, para aquisição de bens e serviços comuns. Trata-se de um processo licitatório mais simples, célere e eficiente, dividido na forma presencial e eletrônica, robustecendo o princípio da eficiência, previsto na Constituição Federal. O pregão trouxe inúmeras vantagens às contratações no âmbito da Administração Pública direta e indireta, como se verifica: O princípio da isonomia, o caráter subsidiário à Lei nº 8.666/93, à facultatividade na adoção por parte da Administração, a obrigatoriedade de sua aplicação às contratações de bens e serviços de tecnologia da informação, a inversão de fases de habilitação e julgamento entre outros. Tendo a sua aplicabilidade direcionada exclusivamente aos bens e serviços comuns, estes devem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. No que tange aos bens e serviços de tecnologia da informação, antigamente utilizava o tipo técnica e preço, sendo este substituído por pregão pelo entendimento de que ainda que o objeto suporte complexidade técnica, pode ser considerado comum, mediante o conhecimento, domínio e disposição que esta técnica carrega no mercado, ou seja, basta que seja perfeitamente conhecida, dominada e oferecida, tornando o tipo pregão apto para os certames. No antigo modelo de contratação para os serviços e bens de TI, a adjudicação do objeto se dava para somente uma empresa que se tornava responsável pela prestação de todos os serviços voltados à tecnologia, contudo o modelo hodierno oriundo das crescentes inovações, sobretudo tecnológicas, bem como julgados do Tribunal de Contas da União, permitem notadamente identificar as modificações e aprimoramento ao longo do tempo, entre elas o detalhamento do objeto e o aumento na competitividade entre os licitantes, atentando cada vez mais para as peculiaridades e a qualidade do objeto, para alinhar o novo modelo às necessidades da Administração Pública a fim de que se alcance de maneira eficiente o melhor produto e preço a ser suportado por ela.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Licitações. Lei nº 8.666/93. Pregão. Lei nº 10.520/2002. Inversão de fases. Celeridade. Economia. Eficiência. Bens Comuns. Novo modelo. Tecnologia da Informação. Melhor Preço. Administração Pública.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CARACTERÍSTICAS DO PREGÃO	13
1.1 Pregão presencial	14
1.1.1 Fase interna.....	14
1.1.2 Fase externa.....	15
1.2 Pregão eletrônico	16
1.2.1 Fase interna.....	17
1.2.2 Fase externa.....	18
1.3 Julgamento	20
1.4 Habilitação	22
2 BENS E SERVIÇOS COMUNS.....	24
2.1 Novidades	25
2.2 Inversão de fases	29
2.3 Aplicabilidade do pregão.....	32
2.4 Das obras e serviços de engenharia	36
3 DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO, TÉCNICA E PREÇO E PREGÃO.....	39
3.1 Bens e serviços comuns de TI.....	42
3.2 Técnica e preço e pregão	42
4 APLICAÇÃO DO PREGÃO NO SERVIÇO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO	49
4.1 Antigo modelo de contratação	49
4.2 Novo modelo de contratação	52
4.3 Instrução normativa nº 04/2008 e o novo modelo de contratação	55
4.4 Da contratação	59
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é apresentar o pregão no âmbito da Administração Pública para as contratações de bens e serviços comuns, apresentando as modalidades e peculiaridades de cada uma, levando o leitor a um entendimento claro e dinâmico acerca dos procedimentos que precedem às contratações.

Composta por quatro capítulos, a pesquisa mostrará desde as características básicas até a extensão da aplicabilidade para os serviços de engenharia, como também aos bens e serviços de tecnologia da informação, sendo este o ponto principal da pesquisa, onde abordará as mudanças, a sua incidência aos processos licitatórios e os benefícios decorrentes do procedimento.

O primeiro capítulo situará o leitor em que momento sucedeu o pregão, suas características básicas, as modalidades presencial e eletrônica, bem como as fases de julgamento e habilitação.

No segundo capítulo apresentará o conceito de bens e serviços comuns, como identificá-lo, a incidência do pregão para as contratações, as novidades decorrentes do pregão, a inversão das fases de habilitação e julgamento, evidenciando os resultados relativos à eficiência, eficácia, celeridade, baixo custo e a aplicabilidade do tipo para os serviços de engenharia.

O terceiro capítulo abordará os bens e serviços de tecnologia da informação e a aplicação das modalidades licitatórias técnica e preço e pregão para tais contratações, o que existia antes e o que mudou com a aplicação da modalidade e trará também o entendimento do Tribunal de Contas da União a respeito do tema e os seus efeitos práticos.

Por derradeiro o quarto capítulo compreenderá o antigo modelo de contratação para os bens e serviços de tecnologia da informação e o atual, ressaltando o motivo pelo qual se utiliza esta modalidade e a importância da Instrução Normativa nº 04/2008 alinhada ao tipo licitatório, para que todos os requisitos sejam bem definidos e especificados documentalmente, seguindo as

regras impostas pela legislação vigente, de maneira que a contratação seja bem sucedida pela Administração Pública.

A argumentação da pesquisa fundamenta-se em entendimentos jurisprudenciais, doutrinas e legislações, especialmente no entendimento do ministro substituto do Tribunal de Contas da União, Augusto Sherman Cavalcanti, merecendo destaque os seus artigos e obra na fundamentação do tema específico, por ser pioneiro no assunto, a tratar da aplicabilidade do pregão para os bens e serviços de tecnologia da informação.

1 CARACTERÍSTICAS DO PREGÃO

A Lei nº 9.472/97 criou no âmbito da agência nacional de telecomunicações (ANATEL), a modalidade denominada pregão, a inovação foi considerada extremamente vantajosa e por intermédio da medida provisória nº 2.026/2000, estendeu a sua utilização para a União¹.

Em 2002 a medida provisória foi convertida na Lei nº 10.520/2002, alcançando a todos os entes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios para aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado para a contratação com disputa mediante propostas e lances, prevalecendo o tipo de licitação menor preço. O pregão vale de um processo licitatório mais simples, célere e eficiente, robustecendo o princípio da eficiência presente no artigo, 37 da Constituição Federal².

Para Marçal Justen Filho:

Uma das características essenciais do pregão reside em que a fase de competição se desdobra em duas etapas. Os licitantes apresentam as suas propostas e, na sequência, disputam entre si mediante lances decrescentes sucessivos. Outra característica relevante do pregão reside em que a fase competitiva antecede o julgamento da idoneidade do licitante. Somente são examinados os requisitos de capacitação do licitante vencedor que tiver se sagrado vencedor na fase competitiva³.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “a particularidade especial da modalidade pregão reside na adoção parcial do princípio da oralidade⁴”. A atuação dos interesses se dá mediante lances, para o referido autor, propostas e lances são situações distintas, onde a primeira retrata a oferta apresentada e os lances são ofertas progressivas e sucessivas, apresentadas, uma após a outra e os valores são decrescentes com o objetivo de chegar a um preço mínimo para contratação⁵.

¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 295.

² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 295.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 508.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 311.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11.

1.1 Pregão presencial

O procedimento do pregão como licitação de menor preço, o difere das outras modalidades por ser plenamente possível a sua realização na forma presencial, como também na forma eletrônica, sendo ambas divididas nas fases externa e interna⁶.

Regulado pela Lei nº 10.520/02 e o Decreto nº 3.555/00 “o pregão presencial tem-se revelado um dos instrumentos mais modernos para a contratação de bens e serviços comuns⁷”, devido à celeridade e a redução de preços, especialmente na fase de lances⁸.

1.1.1 Fase interna

Por força do artigo, 3º da Lei nº 10.520, na fase interna, justifica a necessidade de contratação, define o objeto e estabelece as exigências de habilitação, aceitação das propostas, sanções por inadimplemento e cláusulas contratuais⁹. O termo de referência indicará os “elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante do orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução dos contratos”¹⁰.

⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 313.

⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 313.

⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 313.

⁹ BRASIL. **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.** Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 13 jun. 2015.

¹⁰ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 306.

A solenidade acontece com a presença física dos sujeitos interessados em sessão pública, na qual antes de iniciar, escolhe o pregoeiro entre os servidores da unidade administrativa, para conduzir o certame, por esta razão é imprescindível que tanto o pregoeiro quanto a sua equipe de apoio tenha pleno conhecimento acerca do objeto licitado¹¹.

A fase preparatória é de caráter instrumental, direcionando todo o procedimento especialmente na elaboração do edital, não disciplina a disputa entre os licitantes, mas rege o comportamento dos encarregados de promover e decidir a disputa, as decisões tomadas no curso do processo devem ser motivadas, devendo satisfação por seus atos e julgamentos¹².

1.1.2 Fase externa

A fase externa, também chamada de operacional compreenderá a divulgação do pregão, mediante a publicação no Diário Oficial da União (DOU) e em jornais, com antecedência mínima de oito dias úteis da entrega das propostas, facultando a divulgação por meio eletrônico. Os fornecedores cadastrados no Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores (SICAF), ou sistema semelhante mantido por estados, Distrito Federal e municípios, estão dispensados de apresentar os documentos de habilitação¹³.

O credenciamento acontece na data, local e horários definidos no edital, antes da abertura da sessão, oportunidade em que os representantes deverão comprovar se possuem poderes para representar a empresa no certame. Declarada aberta a sessão, passa à fase de recebimento das propostas, onde os interessados ou seus representantes legais entregarão dois envelopes, um contendo a proposta com indicação do objeto e do preço oferecido e o outro com a documentação, o pregoeiro abrirá os envelopes e classificará o autor da proposta de menor preço e os outros

¹¹ PIETRO, Maria S. Z. D. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 436.

¹² GASPARINI, Diógenes. **Pregão presencial e eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 57.

¹³ COUTO, A. R. O.; RAMOS, H. B. P.; GRAZZIOTIN, P. **A contratação na Administração Pública**. Fórum, 2009. p. 91.

que propuseram valores sucessivos e superiores, limitando em até 10% ao menor preço, seguindo à realização do julgamento e classificação e na sequência a habilitação da melhor proposta e por fim o anúncio do vencedor, onde o objeto lhe será adjudicado¹⁴.

Há vedação para exigência de garantia de proposta e de aquisição do edital pelos licitantes para participação no certame e ainda como exigência de pagamento de taxas e emolumentos, ressalvados os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação¹⁵.

Sendo assim, a Lei nº 10.520/02 estabelece que o julgamento e classificação das propostas, seja adotado segundo o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital.

Por outro lado, existe ressalva na doutrina quanto à definição presente na legislação, porém o objetivo é demonstrar que o critério a ser adotado deverá exclusivamente obedecer ao do menor preço, entretanto podem ser feitas exigências específicas quanto aos outros aspectos mencionados no dispositivo, contudo o não atendimento das exigências sucederá a desclassificação das propostas¹⁶.

1.2 Pregão eletrônico

O pregão eletrônico é disciplinado pela Lei nº 10.520/02 e pelo Decreto nº 5.450/2005 e busca aplicar à Administração Pública as vantagens do mundo virtual, especialmente pela comodidade dos participantes que não necessitam se deslocar até o local do certame¹⁷.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 209.

¹⁵ PIETRO, Maria S. Z. D. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 437.

¹⁶ PIETRO, Maria S. Z. D. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 437.

¹⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 313.

O pregão eletrônico é definido por de Marçal Justen Filho da seguinte forma:

O pregão, na forma eletrônica, consiste na modalidade de licitação pública, de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação de bem o serviço comum, por meio de propostas seguidas de lances, em que os atos jurídicos da Administração Pública e dos interessados desenvolvem-se com a utilização dos recursos da Tecnologia da Informação, valendo-se especialmente da rede mundial de computadores (Internet)¹⁸.

O pregão eletrônico apresenta algumas vantagens com relação ao presencial, por ser o procedimento realizado todo em ambiente virtual, acaba mais célere e eficaz. Como desvantagem, verifica que nem todas as pessoas federativas possuem o sistema que lhe permitam utilizar a modalidade eletrônica, tampouco as empresas de pequeno porte, sendo, nestes casos o mais indicado utilizar a modalidade presencial, quando houver necessidade de análises pormenorizadas¹⁹.

Entende-se que essa modalidade tem aumentado o nível de competição nas contratações feitas pela Administração Pública, onde na sua fase inicial têm se observado certas falhas tanto nos sistemas como nos procedimentos, porém no que tange ao preço, não há o que se discutir sobre a sua eficácia, o que demonstra certa preocupação no ponto de vista dos doutrinadores e operadores do direito é relativa à qualidade dos produtos e serviços, pois a busca por menor preço, não pode ensejar em redução da qualidade do que se contrata²⁰.

1.2.1 Fase interna

No âmbito federal, o pregão eletrônico será conduzido pelo órgão responsável por licitação com apoio Secretaria de logística e tecnologia da informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. O credenciamento realiza-se

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do comum e eletrônico**. Apud FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães F. **Considerações sobre a modalidade licitatória do pregão eletrônico**. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6134>.

Acesso em: 13 jun. 2015.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

²⁰ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 314.

mediante atribuição de chave e senha pessoal e intransferível para acesso ao meio eletrônico²¹.

Nessa fase elabora-se o edital, a lei interna das licitações, documento que contém a descrição precisa do objeto, bem como todas as regras para escolha e contratação do interessado em prestar o bem ou serviço à Administração Pública²².

1.2.2 Fase externa

Nos termos do artigo, 17 do Decreto nº 5.450/05, a fase externa se inicia com a divulgação do aviso e este definirá o prazo para apresentação das propostas que será contado a partir da sua publicação e não será inferior a oito dias úteis, artigo, 18, § 2º do referido Decreto²³.

Divulgado o objeto os licitantes deverão encaminhar por meio eletrônico, as suas propostas, com a devida descrição do objeto, preço e se for o caso os respectivos anexos até a data e hora definidos para abertura da sessão, onde se encerra a fase de recebimento das propostas. No horário estabelecido no edital, o pregoeiro abrirá a sessão pública na internet, utilizando a sua senha e chave de acesso, onde todos os participantes valendo-se de suas chaves de acesso e senhas poderão participar da sessão pública na internet²⁴.

O pregoeiro analisará as propostas e as que estiverem em desconformidade com as exigências do edital, será desclassificadas, devendo o pregoeiro

²¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 314.

²² MAIA, Dante Espínola de Carvalho. **Pregão: uma análise do processo de aquisição de bens e serviços comuns pela administração pública**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8196>. Acesso em: 16 jun. 2015.

²³ BRASIL. **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. Brasília, 2005**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm. Acesso em: 13 jun. 2015.

²⁴ FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. **Considerações sobre a modalidade licitatória do pregão eletrônico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6134>. Acesso em: 13 jun. 2015.

fundamentar a desclassificação e registrar no sistema em tempo real, permitindo o acompanhamento por todos os participantes²⁵.

As propostas classificadas são ordenadas automaticamente no sistema do pregão e somente estas participarão da fase de lance. Uma vez classificadas as propostas, o pregoeiro passará à fase competitiva, aqui os licitantes encaminharão os seus lances por meio eletrônico, podendo oferecer lances sucessivos obedecendo às regras e o horário determinado no edital. O menor lance registrado será informado em tempo real aos licitantes, sendo vedada a identificação do participante²⁶.

Caso a proposta não for aceita e o licitante não atender às exigências habilitatórias, o pregoeiro analisará a proposta subsequente, respeitando a ordem de classificação, até que encontre uma proposta compatível com o edital. Declarando o vencedor da licitação, qualquer participante, ainda durante a sessão poderá de forma imediata e motivada informar a sua intenção em recorrer, para tal direito será concedido o prazo de três dias para o recurso e os demais ficam deste momento intimados para apresentarem suas contrarrazões caso queiram²⁷.

A ausência de manifestação imediata e motivada de recurso importará em decadência do direito, ficando o pregoeiro autorizado a adjudicar o objeto ao vencedor. Decidido os recursos e comprovada a regularidade dos atos a autoridade competente adjudicará o objeto e homologará o procedimento, a assinatura do contrato sobrevém, após a homologação do procedimento de acordo com o prazo definido no edital²⁸.

²⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 315.

²⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 315.

²⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 315.

²⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 315.

1.3 Julgamento

Na fase de julgamento são feitas, a análise da conformidade das propostas ao requisito do edital, a apresentação de amostras, a regra dos 10%, a dinâmica da etapa de lances, a aferição da aceitabilidade da proposta vencedora, a análise quanto à exequibilidade do valor ofertado e eventual negociação com o licitante vencedor²⁹.

Na fase de conformidade, se inicia a fase de julgamento do pregão, aqui não se analisa as propostas econômicas, muito menos as condições habilitatórias, nesta fase, o pregoeiro de forma sumária deverá aferir compatibilidade do objeto com o descrito no edital³⁰.

A sessão de lances verbais acontece, após o pregoeiro certificar se todas as propostas estão em conformidade com o instrumento convocatório, evitando assim a inutilidade do procedimento, sendo admitida em casos especiais avaliação técnica por parte da Administração para que evite aceitar proposta que do ponto de vista técnico não é a melhor, pelo simples fato de ter o menor preço. Contudo, para julgamento e classificação na modalidade pregão o critério adotado, em regra é o de menor preço³¹.

Sobre a análise das amostras, o Tribunal de Contas da União tem entendimento de que somente o licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar é que deve ter a sua amostra analisada. No que tange à regra dos 10%, para participar deste momento, não basta ter preenchido todos os requisitos exigidos no edital, mas o valor ofertado deve também aparecer entre a oferta de valor mais baixo e as ofertas com até 10% superiores àquela, ou seja, tal regra existe para que limite

²⁹ MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade pregão, Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 150.

³⁰ MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade pregão, Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 150.

³¹ GASPARINI, Diógenes (coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. 2. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum 2009. p. 30.

ao máximo às propostas no pregão, sendo, portando de 10% acima do menor preço apresentado, na fase de lances verbais³².

A etapa de lances permite aos classificados o oferecimento de lances verbais e sucessivos, objetivando o menor preço possível, não há limite ao número de lances por participante, seguindo a sessão até que inexista interessados em lançar, com a proposta classificada em primeiro lugar³³.

Superada a fase de competição entre os interessados, segue para a etapa final da fase de julgamento, a saber, a análise da proposta classificada em primeiro lugar, mediante o lance mais baixo, aqui deverá ser identificada a proposta apta à contratação com o poder público³⁴.

Eis o excerto da obra de Vera Monteiro, onde ressalta que:

Este é o momento adequado para a análise d proposta econômica a final ofertada. A aceitabilidade da proposta quanto a seu objeto e valor significa a verificação da compatibilidade entre o valor e objeto ofertados. Trata-se, portanto, da análise econômica da proposta tendo em vista as características específicas do bem ou serviço³⁵.

É o entendimento de Sundfeld:

O limite mínimo previsto no edital apenas estabelecerá uma presunção de razoabilidade em favor das propostas que o observem e, ao negar seu confronto às desbordantes, atribuirá ao proponente o ônus da prova da exequibilidade³⁶.

Dessa forma o Acórdão 559/2009, 1ª câmara, proferido pelo Ministro Augusto Nardes, é no sentido de que não cabe ao pregoeiro declarar a inexecutabilidade da

³² MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade pregão, Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 170.

³³ PIETRO, Maria S. Z. D. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 442.

³⁴ PIETRO, Maria S. Z. D. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 442

³⁵ MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade pregão, Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 170.

³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Apud, MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade pregão, Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 173.

proposta, porém facultar aos participantes a possibilidade de comprovação de exequibilidade de suas propostas³⁷.

Por fim, pode acontecer de vencer proposta acima das estimativas do órgão, caso em que o pregoeiro negociará com o licitante classificado em primeiro lugar em busca de preço compatível com a estimativa da Administração³⁸.

1.4 Habilitação

Em virtude da inversão de fases, somente após a classificação é que o pregoeiro analisará a documentação referente à habilitação, neste tocante, importa salientar que somente será analisada a documentação do licitante vencedor, sendo, portanto um procedimento simplificado se comparado com a Lei nº 8.666/93³⁹.

As condições a serem verificadas para habilitação são correspondente à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico financeira, regularidade fiscal. Na primeira verifica os documentos que atestem ao registro comercial e a regularidade da empresa. Na qualificação técnica, como o próprio nome diz, exige a demonstração das condições técnicas para realizar o objeto do certame⁴⁰.

A qualificação econômica financeira versa sobre a saúde financeira da empresa, exigindo como documentos desde balanço patrimonial, certidão negativa de falência. Prova-se a regularidade fiscal do licitante mediante certidão positiva com efeitos negativos e prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao fundo de garantia por tempo de serviço. Sendo de todo modo proibido qualquer trabalho aos menores de 14, ressalvada a condição de aprendiz, vedado o trabalho em condições perigosas ou insalubres aos menores de 18 anos, nos termos do artigo, 7º, XXXIII⁴¹.

³⁷ MONTEIRO, Vera. **LicitaçãoF na modalidade pregão, Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 171.

³⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 316.

³⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 299.

⁴⁰ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 340.

⁴¹ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 340.

Caso o vencedor seja inabilitado, o pregoeiro analisará os documentos subsequentes, seguindo a ordem de classificação, o que estiver em segundo lugar e assim por diante, até que algum dos classificados atenda na íntegra às condições de habilitação estabelecidas no edital⁴².

No caso de todos os participantes serem inabilitados, neste caso a Administração Pública deverá analisar a melhor proposta subsequente à classificação, se mesmo assim não for possível encontrar uma proposta válida, poderá o pregoeiro aplicar subsidiariamente o disposto no artigo, 48, § 3º, da Lei 8.666/93⁴³.

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 320.

⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 320.

2 BENS E SERVIÇOS COMUNS

O artigo, 1º da Lei nº 10.520/02, dispõe que o pregão somente poderá ser utilizado para aquisição de bens ou serviços comuns, “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”⁴⁴.

O entendimento do que vem a serem bens ou serviços comuns está relacionado àqueles bens ou serviços disponíveis no mercado, ou seja, tais quais não requeiram grandes inovações ou adaptações para atender satisfação da Administração Pública⁴⁵.

Lucas Rocha Furtado explana acerca do aludido tema:

Se houver necessidade de a Administração Pública contratar determinado *software*, por exemplo, e se for possível, por meio de especificações usuais no mercado, identificá-lo facilmente e se, ademais, este puder ser localizado no mercado em razão de se tratar de produto disponível para a contratação por qualquer consumidor (o que em linguagem da área de informática poder-se-ia traduzir como produto de prateleira), é possível utilizar o pregão para a sua contratação. Se ao contrário, para atender à necessidade da Administração Pública, houver necessidade de grande detalhamento das especificações do bem ou serviço e se para atender a essas especificações o fornecedor precisar elaborar ou produzir algo que não está disponível para pronta comercialização, não nos parece adequado considerar o objeto da contratação bem ou serviço comum⁴⁶.

Nesse sentido é a lição de Marçal Justen Filho, valendo transcrever de sua obra o seguinte trecho:

O pregão aplica-se como alternativa às modalidades licitatórias contempladas na Lei nº 8.666. Trata-se de modalidade licitatória que se caracteriza pela redução da segurança em prol da Administração Pública. O conceito de bem ou serviço comum pressupõe a existência de um objeto destituído de peculiaridades que demandem indagação sobre a habilitação do fornecedor. A sumariedade do procedimento licitatório dificulta o controle (seja por parte da Administração, seja por órgãos ou pessoas externas à Administração)⁴⁷.

⁴⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 299.

⁴⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 299.

⁴⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 300.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 509.

Como é sabido, aplica o pregão quando a configuração de um bem ou serviço comum for indubitável e perfeitamente definida sem a necessidade de desempenho técnico ou de tecnologia sofisticada, de outro modo, caso persista dúvidas não é aconselhado que se aplicasse tal modalidade ao certame licitatório⁴⁸.

2.1 Novidades

O pregão trouxe consigo inúmeras novidades, podendo indicar o princípio da isonomia como fundamento do pregão, por ser o meio pelo qual a Administração oportuniza a todos os interessados em contratar com o poder público em iguais condições. A estrutura procedimental do pregão permite que se compreenda claramente o princípio da isonomia, na forma de elaboração das propostas e o universo de seus participantes, tornando o pregão uma modalidade de procedimento peculiar comparado com os demais presentes na Lei de licitação⁴⁹.

Importante ressaltar que o objetivo básico do pregão é de complementar à Lei nº 8.666/93, sem nenhuma intenção de revogá-la, é claro que, a nova disciplina trouxe consigo normas que alteram certos aspectos de fins e procedimentos, prevalecendo as suas normas sobre as da lei antiga, por outro lado, diante de um confronto sistemático, em alguns casos específicos, pode existir a revogação parcial, mantendo a estrutura fundamental do Estatuto, nessa linha, conforme preconiza o artigo, 9º, as normas da Lei nº 8.666/93 serão de aplicação subsidiária à modalidade pregão⁵⁰.

Outro ponto que merece destaque versa sobre a facultatividade na adoção do pregão, a modalidade não é de uso obrigatório pelos órgãos públicos, a

⁴⁸ MOURA, Rodolfo André P. de. **Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão.** Disponível em: <<https://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/artigos/contratacao-servicos-de-engenharia-pregao>>. Acesso em: 18 mai. 2015.

⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 321.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 10 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 509.

Administração goza de sua discricionariedade para aplicar ou não nas hipóteses em que forem cabíveis, bem adotar qualquer outra modalidade de licitação prevista no Estatuto geral.

Claro que tal faculdade deve ser levada em conta a finalidade da nova disciplina, pois trata de procedimento que propicia maior celeridade e eficiência nas futuras contratações.

José dos Santos Carvalho Filho, diz que:

Surgindo a hipótese que admita o pregão, temos que a faculdade praticamente desaparece, ou seja, o administrador deverá adotá-lo para atender ao fim público da lei. É o mínimo que se espera diante do princípio da razoabilidade. Entretanto, se optar por outra modalidade, caber-lhe-á justificar devidamente a sua escolha, a fim de que se possa verificar se os motivos alegados guardam congruência com o objeto do ato optativo. A união, sensível à necessidade de acelerar o processo seletivo para contratações, tornou obrigatória a adoção da modalidade de pregão para aquisição de bens e serviços comuns, estabelecendo, ainda, que a preferência deverá recair sobre a modalidade de forma eletrônica. Consignou-se, igualmente, que a opção pela forma não eletrônica deverá ser necessariamente justificada pela autoridade competente. A diretriz da Administração federal teve por fundamento a necessidade de dar maior transparência ao processo seletivo, observar os princípios da legalidade, moralidade, transparência ao processo seletivo, observar os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, probidade administrativa e todos os demais aplicáveis às licitações em geral, e, finalmente, evitar a ocorrência de corrupção e outras condutas qualificadas como de improbidade administrativa.⁵¹

Ressalte-se, pois que a norma de que trata tal obrigatoriedade não tem natureza geral, direciona-se exclusivamente a órgãos da Administração federal, interpretá-la como geral ocasionaria em inconstitucional, pois aos Estados, Distrito Federal e Municípios não há qualquer obrigatoriedade, apenas consta a observância dos termos da lei⁵².

Como modalidade de licitação, o pregão é o processo administrativo realizado na forma presencial ou eletrônica, onde a Administração Pública verifica a melhor proposta para a aquisição de bens e contratação de serviços, bem como o menor

⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 310.

⁵² PESTANA, Márcio. **Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das leis 8.666/1993 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 341.

preço a ser suportado por ela. Acontece a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas, não há limite de valor, não se exige previamente garantia e nem habilitação e designa à aquisição de bens e serviços comuns por quaisquer interessados por meio de propostas e lances em sessão pública⁵³.

Márcio Pestana prescreve em sua obra que:

A modalidade pregão não leva em consideração o valor da contratação para ser eleita como a modalidade mais apropriada para realizar o certame em questão. Diferentemente do que se passa nas aquisições levadas a efeito pela concorrência, tomada de preços e convite, as quais, em regra, são utilizadas em função do valor da contratação orçado, aqui, no pregão, a sua realização não leva em conta, como motivo suficiente para promover-se a escolha da modalidade de licitação a ser adotado, o valor da contratação. O que importa, para a sua utilização, é simplesmente se tratar, o objeto, da aquisição de bens comuns ou da contratação de serviços comuns. O valor unitário ou global da contratação é irrelevante para o fim de definir-se pela modalidade pregão de licitação⁵⁴.

O objeto a ser licitado incide sobre a aquisição de bens ou a contratação de serviços comuns, entendidos como aqueles objetos que tenham seus padrões de desempenho e qualidade perfeitamente definidos no edital, observando, sobretudo as especificações usuais no mercado, é o que narra o artigo, 1º da Lei nº 10.520/02⁵⁵:

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 mercado⁵⁶.

Aqui é notório um equívoco do legislador ao conceituar bens e serviços como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Imperioso seria

⁵³ PESTANA, Márcio. **Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das leis 8.666/1993 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 341.

⁵⁴ PESTANA, Márcio. **Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das leis 8.666/1993 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 341.

⁵⁵ PESTANA, Márcio. **Licitações públicas no Brasil: exame integrado das leis 8.666/1993 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 340.

⁵⁶ BRASIL. **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.** Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 02 abr.2015.

interpretar em sentido amplo a letra da Lei no intuito de afastar do certame os objetos sofisticados e com características peculiares.

Trazendo a lume o princípio do julgamento objetivo, independentemente do objeto ser comum ou de alta complexidade, deve considerar a sua definição com precisão e clareza cujo padrão e desempenho dos bens possam ser auferidos facilmente sem maiores especulações, possibilitando ao pregoeiro decidir sobre a aceitação da proposta⁵⁷.

Nessa linha o pregão é utilizado também para as contratações de bens ou serviços padronizados conceituados por normas técnicas, que especifiquem as suas características essenciais ou práticas em determinados segmentos, sejam eles, comerciais, produtivos ou de serviços. É o que se denota, por exemplo, nas aquisições de sacas de cimento por possuírem normatização específica da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), garrafas de água mineral para consumo humano ou ainda contratação de serviços que envolvam determinada prática consolidada⁵⁸.

É o comentário de Márcio Pestana:

Seja por normas técnicas, seja pela prática reiterada e consagrada do mercado, os termos e as condições que envolvem a contratação almejada admitem ser e deverão ser clara e objetivamente identificados no instrumento convocatório correspondente, não suscitando em regra, dúvidas acerca do seu conteúdo e extensão⁵⁹.

A displicência por parte da Administração relativa à condição, utilização e consumo poderá ensejar exclusão de interessados em razão da incompatibilidade da exigência ao instrumento convocatório, resultando violação ao princípio da isonomia entre os licitantes e nulidade do certame⁶⁰.

⁵⁷ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão uma nova modalidade de licitação comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 4.

⁵⁸ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão uma nova modalidade de licitação comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 4.

⁵⁹ PESTANA, Márcio. **Licitações públicas no Brasil: exame integrado das leis 8.666/1993 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 340.

⁶⁰ PESTANA, Márcio. **Licitações públicas no Brasil: exame integrado das leis 8.666/1993 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 340

No âmbito da esfera federal o pregão é regulamentado pelos Decretos nº 3.555 de 08 de agosto de 2000 e nº 5.450 de 31 de maio de 2005, sendo este próprio para a forma eletrônica disputando eletronicamente (à distância via internet) em sessão pública, não incidindo sobre as contratações de obras de engenharia, de alienações e locações imobiliárias⁶¹.

Com o advento de tais Decretos, algumas modificações foram observadas, como a obrigatoriedade imposta pelo Decreto 5.450 para o uso do pregão nas aquisições de bens e serviços comuns, utilizando preferencialmente a forma eletrônica⁶².

O Decreto nº 5.450/2005 em seu artigo, 1º dispõe que:

Art. 1º A modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, de acordo com o disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, e submete-se ao regulamento estabelecido neste Decreto. Parágrafo único: Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da 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 União⁶³.

Ademais, o pregão poderá ser realizado utilizando os recursos da tecnologia da informação, conforme dispositivo supra, uma observação acerca do tema é que as agências reguladoras que não disponham de regulamento próprio para compras e contratações poderão adotar o pregão⁶⁴.

2.2 Inversão de fases

⁶¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 212.

⁶² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 212.

⁶³ BRASIL. **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. Brasília, 2005.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm. Acesso em: 02 abr. 2015.

⁶⁴ COUTO, A. R. O.; RAMOS, H. B. P.; GRAZZIOTIN, P. **A contratação na Administração Pública**. Fórum, 2009. p. 85.

A inversão de fases é a maior característica do pregão licitatória, a segunda novidade consiste na combinação de propostas escritas com lances verbais, com efeito, as propostas são apresentadas pelos licitantes por escrito e em envelopes lacrados, no momento da sessão pública procederá à abertura dos envelopes e a convocação de alguns interessados para oferecimento de lances verbais ao longo da sessão⁶⁵.

Ressalta-se que no pregão, o intuito dos lances verbais é de diminuir a proposta de menor preço em questão, ao contrário do leilão, pois neste os licitantes são convocados a apresentar lances maiores por se tratar de alienação de bens e aquele versa sobre contratações de bens e serviços comuns o que ratifica o menor preço⁶⁶.

Numa comparação com a modalidade concorrência, parâmetro para as demais modalidades de licitação, o rito que se segue é: Edital, habilitação, julgamento, homologação e adjudicação, o mesmo não incide no pregão⁶⁷.

No pregão primeiro se escolhe a melhor proposta e posteriormente verifica as condições subjetivas do vencedor para a celebração do contrato, entretanto é válido ressaltar que esta modalidade, assim como as outras existentes no ordenamento jurídico almeja a melhor proposta, ou seja, aquela que seja mais vantajosa para a Administração, verifica somente os requisitos habilitatórios do interessado classificado em primeiro lugar, isso significa uma economia de tempo e processo, bem como maior agilidade e eficiência no certame⁶⁸.

O pregão inova no sentido de inverter as fases, objetivando celeridade no rito e minimização frente às oposições marcantes da habilitação. A alternância das fases faz com que a habilitação se realize somente após o julgamento das propostas,

⁶⁵ COUTO, A. R. O.; RAMOS, H. B. P.; GRAZZIOTIN. P. **A contratação na Administração Pública**. Fórum, 2009. p. 85.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 510.

⁶⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 305.

⁶⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 306.

ordenando as três primeiras etapas da fase externa da seguinte maneira: Edital, julgamento e homologação⁶⁹.

Marçal Justen Filho elucidava que:

Enquanto ato decisório, a habilitação é ato vinculado. Não é informada por qualquer juízo de conveniência. Nem pode se fundar na vantajosidade de propostas. Há uma radical dissociação entre “habilitação” (exame de presença das condições do direito de licitar) e julgamento das propostas⁷⁰.

Vera Monteiro traz o entendimento de Alice Gonzalez Borges que relata:

A sugestão que mais causou aceitação da comunidade jurídica em seminário para debater a reforma na Lei Geral de Licitações, e acolhida na nova modalidade de pregão, foi à inversão do procedimento licitatório. Tal proposta teve inspiração no exemplo das licitações promovidas por agentes financeiros internacionais, cujas *Guidelines* adotam tal simplificação de procedimento, e é uma solução “muito mais simples e racional” que a da atual Lei 8.666, pois desestimula a excessiva competitividade, prejudicial à apreciação da melhor proposta e realização do interesse público.⁷¹

Apesar de ter sido recebida com muito louvor, autores apresentaram ressalvas à novidade. Uma delas e a principal, versa sobre a perda na transparência do procedimento, pois o condutor do certame tenderia a ser mais flexível na análise da documentação do proponente de oferta mais favorável para a Administração Pública, ou ainda mais rígida no caso da proposta classificada em primeiro lugar exarar preço reduzido, sendo impossível de execução.

Na Lei nº 8.666/93 a fase de habilitação precede a de julgamento e gera muitos embaraços na fase de habilitação com recursos e mandado de segurança, suspendendo o andamento do procedimento e somente, após a decisão dos

⁶⁹ MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade pregão, Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 144.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10.ed. São Paulo: Dialética, 2004. p.295. Apud ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Fórum: 2005. p. 115.

⁷¹ BORGES, Alice Gonzalez. **O pregão, informativo de licitações e contratos**; PEREIRA JR, Jessé Torres. **Licitações de Informática**. Apud MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade pregão, Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.144.

documentos de habilitação do proponentes e também dos recursos interpostos é que se segue para a fase de julgamento⁷².

A inversão presente no pregão introduzida pela Lei nº 10.520/2002, não as torna única, nem impede que os licitantes desclassificados de recorrerem da decisão, ela apenas concentra os atos, não os extingue. Os ritos seguidos em todas as fases do certame são rigorosos, sendo a motivação de todos os atos do pregoeiro, assim como a transparência e publicidade de suas decisões, fatores de controle para eventuais desvios cometidos contra o princípio da igualdade⁷³.

A celeuma gira em torno de qual procedimento adotar, pois existem certames em que o administrador erroneamente adota procedimento diverso do indicado, por não saber diferenciar a essência das leis e a necessidade da Administração. O uso da modalidade pregão não deve ser generalizado, devendo, pois o administrador identificar o objeto e a necessidade da Administração para então amoldar o procedimento a ser adotado, pois a escolha errônea da modalidade por parte dos gestores é passível de controle administrativo perante os Tribunais de Contas⁷⁴.

2.3 Aplicabilidade do pregão

A busca pelo menor preço e condições favoráveis de pagamento, faz com que particulares (pessoas físicas e jurídicas) e a Administração Pública realizem licitação para satisfazer suas necessidades e obter privilégios a menor preço⁷⁵.

Em decorrência disso, os particulares exercem uma faculdade, ou seja, não observam qualquer procedimento específico, tampouco se vinculam a critérios

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 510.

⁷³ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 350.

⁷⁴ SILVA, Araune C.A. Duarte da. **Um olhar crítico sobre a inversão do procedimento licitatório na legislação estadual de licitações contratos**. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/um-olhar-critico-sobre-a-inversao-de-fases-do-procedimento-licitatorio-na-legislacao-estadual-de-licitacoes-e-contratos/#.VX121PIViko>>. Acesso em: 14 jun.2015.

⁷⁵ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão uma nova modalidade de licitação comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 7.

objetivos de escolha. O mesmo não se aplica à Administração Pública, pois além de obrigada, ela se encontra vinculada a determinado procedimento e a critérios objetivos de seleção da melhor proposta para realização do negócio em observância ao princípio da economicidade e isonomia, sendo este presente há muito tempo nas antigas Constituições, antes mesmo de existir o procedimento licitatório⁷⁶.

O pregão é cabível quando o desejado pela Administração Pública é bem ou serviço comum, e nesse caso, em tese, sua promoção é obrigatória, dando-se preferência para o pregão eletrônico, nos termos do artigo, 4º do Decreto Federal nº 5.450, de 2005. Lembrando que em alguns casos devido o pequeno valor da contratação, a Administração Pública está desobrigada a proceder ao pregão, bem como qualquer outro procedimento licitatório⁷⁷.

No que tange às obras e serviços de engenharia, o artigo, 5º do anexo I, do Decreto 3.555/2000 estatui que a referida modalidade de licitação não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração⁷⁸.

A vedação supra não se ampara na Lei nº 10.520/2002, porém não se estende a todo tipo de contratação dessa natureza, pelo simples fato de que, salvo algumas exceções, obras e serviços de engenharia não se enquadram no conceito de bens e serviços comuns trazidos na referida Lei⁷⁹.

A Lei nº 10.520/02 regulamenta a licitação na modalidade de pregão, destinada à contratação de bens e serviços comuns, classificados como aqueles que tenham seus padrões de qualidade e desempenho fixados pelo edital, bem como o

⁷⁶ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão uma nova modalidade de licitação comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 7.

⁷⁷ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão uma nova modalidade de licitação comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 7.

⁷⁸ GASPARINI, Diógenes (coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. 2. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum 2009. p. 27.

⁷⁹ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão uma nova modalidade de licitação comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 5.

uso acessível de especificações no mercado, sempre atento ao que estabelece a normatização técnica da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas)⁸⁰.

É importante frisar sobre o conceito do objeto a ser licitado, de tal modo que a própria Lei de Licitações nº 8.666/93 traz em seus artigos, 14, 35, caput e 40, inciso I, que o objeto deve ser definido de maneira adequada, sucinta e clara, conforme dispõe o texto da Lei, *in verbis*:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara⁸¹.

Reunindo os três elementos adequação, sucintez e clareza, entende-se que o objeto deve ser caracterizado de forma simples e sem maiores detalhes, esta regra tem levado os instrumentos convocatórios incorrerem em ineficiência e incerteza quanto a real necessidade e vontade da Administração Pública, pois muitas vezes para o intérprete ser sucinto e claro não pressupõe ser omissivo e deficiente em pontos essenciais, de modo com o que a descrição do objeto se dê traduzindo a necessidade do poder público, presentes as características obrigatórias, retirando as eventuais, desnecessárias e irrelevantes que restringem a competição⁸².

A Súmula nº 177 do Tribunal de Contas da União dispõe que a definição do objeto licitado é regra indispensável para a competição, pois assegura a igualdade entre os licitantes, pautado no princípio da publicidade que envolve o conhecimento acerca das condições da licitação⁸³.

⁸⁰ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão uma nova modalidade de licitação comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 5.

⁸¹ BRASIL. **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.** Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

⁸² TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão uma nova modalidade de licitação comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 6.

⁸³ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão uma nova modalidade de licitação comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 6.

É o que diz a Súmula nº 177, do TCU:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão⁸⁴.

A inteligência da súmula deve ser levada em sentido amplo, pois a utilização de determinados vocábulos como precisa e suficiente, indica claramente que o objeto deve ser definido abarcando majoritariamente e sem exceção todos os aspectos fundamentais, visando uma competição igualitária e livre de dúvidas aos eventuais interessados⁸⁵.

Segundo Benedicto Tolosa Filho, “a definição sucinta que não esgota a descrição do objeto vicia o procedimento pela quebra da igualdade tida como pressuposto do princípio da publicidade, ensejando, assim, sua nulidade⁸⁶”.

É importante considerar o avanço da súmula ao se tratar da quantidade demandada da licitação relacionada à compra, pois o quantitativo é fator de alta relevância por integrar a definição do objeto, sobretudo na formulação do preço, sendo assim, a exposição do objeto deve ser analítica, precisa e suficiente ao esgotamento de sua descrição, pois caso contrário afetará tanto aos licitantes quanto aos concorrentes potenciais indo de encontro ao pressuposto da igualdade⁸⁷.

⁸⁴ JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Licitação: Súmula 177 do TCU**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/626-gestao-planejamento-e-pesquisa/controlado-interno/sumulas/18300-sumula-177-tcu>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

⁸⁵ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão uma nova modalidade de licitação comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 6.

⁸⁶ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão uma nova modalidade de licitação comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 6.

⁸⁷ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão uma nova modalidade de licitação comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 6.

2.4 Das obras e serviços de engenharia

Na Lei nº 10.520 não há vedação expressa para a aplicação do pregão às obras e serviços de engenharia, limitando apenas quanto à figura do objeto que deve tratar de bens e serviços comuns, não incidindo sobre obras⁸⁸.

A Lei de licitações, no seu artigo, 6º, incisos I e II traz distinção acerca de obra e serviço:

I – Obra – toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta; II – Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais⁸⁹.

O Decreto nº 5.450/2005, no seu artigo, 6º diz que a modalidade eletrônica, não se aplica às contratações de obra de engenharia, não se referindo aos serviços, restando, pois evidente que não se podem contratar obras pela referida modalidade. Não se pode, portanto, embasar tão somente nas regras da Lei de licitações sobre o cabimento do pregão para tais contratações, sendo imprescindível a aferição da adequação do procedimento e do atendimento ao interesse público que a Administração pretende alcançar, adotando como critério norteador da Administração quanto ao conceito de bem e serviço comum, o da Lei nº 10.5200 que garante a eficiência na contratação⁹⁰.

É o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU), Acórdão nº 3144/2012:

[...] Em relação aos serviços de engenharia, não há proibição para que estes sejam licitados segundo a modalidade pregão. Nem a Lei

⁸⁸ BRASIL. 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. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

⁸⁹ BRASIL. 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. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 14 jun. 2015.

⁹⁰ PESTANA, Márcio. **Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das leis 8.666/1993 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 344.

10.520/2002, nem o Decreto nº 5.450/2005 estabelecem tal limitação. Apenas há uma proibição quanto às obras de engenharia, de acordo com o art. 6º do referido decreto: 'A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral. 194. Não há vedação, portanto, à licitação de serviços de engenharia por pregão. É justamente esse o entendimento que hoje prevalece no âmbito do TCU – serviços de engenharia podem ser licitados por pregão, desde que sejam considerados como serviços comuns, conforme retratado na Súmula 257: 'O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002' [...]⁹¹.

E mais:

[...] O Decreto 5.450/2005 define bens e serviços comuns como sendo "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado". 66.3. O artigo 4º do Decreto 5.450/2005 determina que nas licitações para a aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória à modalidade de pregão, preferencialmente na forma eletrônica [...]⁹².

Portanto:

[...] Em relação aos serviços de engenharia, não há proibição para que estes sejam licitados segundo a modalidade de pregão. Nem a Lei 10.520/2002, nem o Decreto nº 5.450/2005 estabelecem tal limitação. Apenas há uma proibição quanto às obras de engenharia, de acordo com o art. 6º do referido Decreto: "A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral." 194. Não há vedação, portanto, à licitação de serviços de engenharia por pregão. É justamente esse o entendimento que hoje prevalece no âmbito do TCU - serviços de engenharia podem ser licitados por pregão, desde que sejam considerados como serviços comuns, conforme retratado na Súmula 257: "O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002 [...]⁹³.

Destarte são considerados serviços de engenharia comuns àqueles que sejam de fácil realização com especificação usual no mercado e que na sua totalidade ou na maior parte de desempenho seja dispensável a presença de um

⁹¹ BRASIL. **Acórdão nº 3144, de 21 de novembro de 2012**. Fiscobras 2009, auditoria em obras de manutenção de trechos rodoviários na BR-163/ MT. Irregularidades, multas, determinações, pedido de reexame. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

⁹² BRASIL. **Acórdão nº 3144, de 21 de novembro de 2012**. Fiscobras 2009, auditoria em obras de manutenção de trechos rodoviários na BR-163/ MT. Irregularidades, multas, determinações, pedido de reexame. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

⁹³ BRASIL. **Acórdão nº 3144, de 21 de novembro de 2012**. Fiscobras 2009, auditoria em obras de manutenção de trechos rodoviários na BR-163/ MT. Irregularidades, multas, determinações, pedido de reexame. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

profissional registrado nos respectivos conselhos regionais de engenharia, aplicando, pois a modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica⁹⁴.

⁹⁴ BRASIL. **Acórdão nº 3144, de 21 de novembro de 2012**. Fiscobras 2009, auditoria em obras de manutenção de trechos rodoviários na BR-163/ MT. Irregularidades, multas, determinações, pedido de reexame. Brasília, 2011. Disponível em: < <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU> >. Acesso em: 14 jun. 2015.

3 DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO, TÉCNICA E PREÇO E PREGÃO

Informática é o termo utilizado para descrever o conjunto das ciências voltadas ao armazenamento, transmissão e processamento de informações em meios digitais, mas também pode ser entendida como ciência que estuda o conjunto de informações e conhecimentos por meios digitais⁹⁵.

Segundo a enciclopédia livre:

A Tecnologia da Informação (TI) pode ser definida como o conjunto de todas as atividades e soluções providas por recursos de computação que visam permitir a produção, armazenamento, transmissão, acesso, segurança e o uso das informações. Na verdade, as aplicações para TI são tantas – estão ligadas às diversas áreas — que há várias definições para a expressão e nenhuma delas consegue determiná-la por completo. É a área de Informática que trata a informação, a organização e classificação de forma a permitir a tomada de decisão em prol de algum objetivo. A Tecnologia da informação pode contribuir para alargar ou reduzir as liberdades privadas e públicas, ou tornar-se um instrumento de dominação⁹⁶.

A partir dessa definição pode-se concluir que “os recursos de Tecnologia de Informação (TI) são hoje, sem nenhuma dúvida, recursos estratégicos para quaisquer organizações, sejam públicas e privadas”⁹⁷.

Augusto Sherman Cavalcanti defende que esses recursos são imprescindíveis nas relações humanas, não apenas no ambiente organizacional ou profissional, mas também na vida privada, são tão importantes que sem eles o dia a dia seria um transtorno, desde a senha simples de acesso ao computador, até senhas bancárias, compras com cartão de crédito e várias outras transações relativas ao sistema informatizado, “a uma rede de Tecnologia de Informação que tende a facilitar nosso cotidiano moderno. Até nos rincões do país se utilizam senhas e cartões para usufruir de benefícios à população mais carente”⁹⁸.

⁹⁵ WIKIPÉDIA, A Enciclopédia Livre. **Informática**. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/?title=Inform%C3%A1tica>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

⁹⁶ WIKIPÉDIA, A Enciclopédia Livre. **Informática**. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/?title=Inform%C3%A1tica>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

⁹⁷ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo modelo de contratação de solução de TI pela administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 43.

⁹⁸ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo modelo de contratação de solução de TI pela administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 43.

E ainda sustenta:

A TI é o “coração” da organização (pública ou privada): Tem ela o poder de impulsioná-la ou paralisá-la. Quando mal gerenciada, a TI, pode causar a paralisia da instituição; e de modo contrário, impulsioná-la. Os recursos e Soluções de Tecnologia de Informação automatizam, suportam e aprimoram cada dia mais os processos de trabalho da Administração [...] Tão grande é a importância, também sob o ponto de vista econômico financeiro, da Tecnologia da Informação, em termos de contratações de soluções, que, somente para ter ideia, o orçamento total previsto para a contratação de Soluções de TI para a Administração Pública Federal em 2010 foi de aproximadamente R\$ 12,5 bilhões, e, para o ano de 2011, cerca de R\$ 18 bilhões⁹⁹.

Nessa perspectiva observa-se que sistemas de informação, descreve todo um sistema que pode ser automatizado (que pode ser denominado como Sistema Informacional Computadorizado) ou manual (que abrange pessoas, “máquinas e/ou métodos organizados para coletar, processar, transmitir e disseminar dados que representam informação para o usuário e/ou cliente, suas principais vantagens são: “Redução de custos operacionais e administrativos e ganho de produtividade; Mais integridade e veracidade da informação; Mais estabilidade; Mais segurança de acesso à informação)”¹⁰⁰.

Tipos de sistemas de informação:

Sistemas de processamentos de transações (SPTs): Tem a função de realizar e registrar as transações e informações necessárias para funcionamento da organização. Sistemas de informações gerenciais (SIGs): Desenvolve relatórios sobre o desempenho atual da organização, permitindo monitorar e controlar a empresa e até mesmo prevê seu desempenho futuro. Sistema de apoio à decisão (SADs): Sistema que foca em problemas únicos alterando-se com rapidez e que não possui procedimentos de resoluções pré-definidos. Esse sistema utiliza informações obtidas pelo SPT e SIG e também informações externas que auxiliaram na análise e na resolução do problema. Sistema de apoio ao executivo (SAEs): Auxilia a gerência com a apresentação de gráficos e dados de diversas fontes através de uma interface de fácil manuseio. Estes sistemas são projetados para incorporar dados sobre eventos externos, como novas leis ou novos concorrentes, utilizando também informações do SIG e do SAD internos. Filtram, condensam dados críticos, mostrando apenas os mais importantes para gerência¹⁰¹.

⁹⁹ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo modelo de contratação de solução de TI pela administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 44.

¹⁰⁰ WIKIPÉDIA, A Enciclopédia Livre. **Informática**. Disponível em:

< https://pt.wikipedia.org/wiki/Sistema_de_informa%C3%A7%C3%A3o >. Acesso em: 18 jun. 2015.

¹⁰¹ WIKIPÉDIA, A Enciclopédia Livre. **Informática**. Disponível em:

< https://pt.wikipedia.org/wiki/Sistema_de_informa%C3%A7%C3%A3o >. Acesso em: 18 jun. 2015.

De acordo com O'Brien os SI são relacionados da seguinte forma:

Hardware: computadores e periféricos como: impressora, processadores, monitores, teclados, dispositivos de leitura externo, etc. Juntos, eles aceitam dados e informações processam-nos e permitem sua visualização. Software: É um conjunto de programas que permite que o hardware processe dados. Exemplos: [[software utilitário]] (sistema operacional); Software aplicativo (conjunto de programas que realizam as funções necessárias para dar suporte às atividades empresariais, como gerar folha de pagamento, emitir nota fiscal, etc.). Pessoas: São aqueles indivíduos que trabalham com o sistema ou utilizam sua saída. São usuários e operadores de hardware e software. Banco de Dados: É uma coleção de arquivos, tabelas e outros dados inter-relacionados que armazenam dados e suas respectivas associações. Redes: é um sistema de ligação que permite o compartilhamento de recursos entre diversos computadores. Procedimentos: são um conjunto de instruções sobre como combinar os elementos mencionados de forma a processar as informações e gerar saídas desejadas. Também podemos dizer que são as funções que o sistema deve executar¹⁰².

Determinados conceitos servem para nortear o administrador público e os controladores interno e externo para melhor aquisição e fiscalização referentes à implantação de softwares em gestão pública que automatiza os processos do ente estatal. Nesse sentido, a maioria dos bens e serviços de informática são comuns, pois os padrões utilizados na sua descrição são usualmente adotados pelos agentes do respectivo mercado para comercializá-los¹⁰³.

Feitas tais considerações, cumpre destacar que para boa aquisição de um objeto depende que sua especificação seja compreendida pelo mercado fornecedor, esta especificação se faz mediante referência explícita e objetiva de desempenho e qualidade que definem o objeto almejado¹⁰⁴.

¹⁰² O'BRIEN, James. **Sistema de Informação e as decisões gerenciais na era da internet**. 2004. Apud, WIKIPÉDIA, A Enciclopédia Livre. **Informática**. Disponível em:

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Sistema_de_informa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 18 jun. 2015.

¹⁰³ CRUZ, Cláudio Silva da; HERNANDES, Carlos Alberto Mamede. **Licitações de tecnologia da informação: “técnica e preço” ou pregão?**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 43.

¹⁰⁴ CRUZ, Cláudio Silva da; HERNANDES, Carlos Alberto Mamede. **Licitações de tecnologia da informação: “técnica e preço” ou pregão?**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 43.

3.1 Bens e serviços comuns de TI

Conforme explicitado no item anterior, a boa aquisição de um objeto depende que a sua especificação seja dada da melhor maneira possível levando o mercado fornecedor a compreendê-lo plenamente, “por meio da referência explícita e objetiva aos padrões de desempenho e qualidade que caracterizam o objeto almejado”¹⁰⁵.

Em atendimento ao artigo, 2º do artigo, 3º da Lei nº 8.248/1991, a especificação do objeto deve contemplar ainda os padrões mínimos referentes ao prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço¹⁰⁶.

Dessa maneira os padrões são encontrados nas especificações usualmente do mercado, portanto o objeto deve ser considerado comum e para tal é imprescindível que existam neste (objeto) padrões de desempenho e qualidade conhecidos no mercado e sejam suficientemente discriminados não restando dúvidas sobre o que a Administração Pública deseja contratar¹⁰⁷.

3.2 Técnica e preço e pregão

Conforme disposto nos artigos, 45, § 4º e 46, caput da Lei nº 8.666/93, o tipo de licitação técnica e preço só se aplica quando o objeto da contratação versar sobre bens e serviços de informática, bem como os serviços de natureza predominantemente intelectual¹⁰⁸.

Artigo, 45, § 4º da Lei nº 8.666/93:

¹⁰⁵ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 43.

¹⁰⁶ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão uma nova modalidade de licitação comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 60.

¹⁰⁷ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 43.

¹⁰⁸ CEGALA, Joana Ribeiro Gomes. **Conceitos, princípios, tipos de licitação, fase de habilitação do processo licitatório interpretados pela doutrina pátria**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11030>. Acesso em: 14 jun. 2015.

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 Executivo¹⁰⁹.

Visa combinar fatores de qualidade e de onerosidade segundo as considerações estabelecidas no ato convocatório. Nas modalidades gerais de licitação (concorrência, tomada de preços, convite e pregão) o tipo que se adota é o menor preço, sendo em casos excepcionais admitidas a licitação de técnica¹¹⁰.

O artigo, 46, da Lei nº 8.666/93 especifica as hipóteses de cabimento:

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 anterior¹¹¹.

Pela análise do artigo supra o tipo técnica se aplica aos serviços de natureza predominantemente intelectual, aquisições de bens e serviços de informática e objetos de grande vulto dependentes de tecnologia sofisticada. O que a Administração busca é um equilíbrio entre a técnica e o preço, a proposta mais vantajosa não é essencialmente a menos onerosa, além do preço verifica-se a qualidade técnica, ou seja, pondera os quesitos de qualidade e o fator preço¹¹².

Marçal Justen Filho ensina que:

Pode afirmar-se que a licitação de menor preço é cabível quando o interesse sob tutela do Estado pode ser satisfeito por um produto qualquer, desde que preenchidos requisitos mínimos de qualidade ou de técnica. Já

¹⁰⁹ BRASIL. 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. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 14 jun.2015.

¹¹⁰ Licitação do tipo técnica e preço. Disponível em: <<http://direito-administrativo.blogspot.com.br/2006/07/licitao-do-tipo-tnica-e-preo.html>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

¹¹¹ BRASIL. 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. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 14 jun.2015.

¹¹² Sem informações do autor. Licitação do tipo técnica e preço. Disponível em: <<http://direito-administrativo.blogspot.com.br/2006/07/licitao-do-tipo-tnica-e-preo.html>> Acesso em: 14 jun. 2015.

as licitações de técnica são adequadas quando o interesse estatal apenas puder ser atendido por objetos que apresentem a melhor qualidade técnica possível, considerando as limitações econômico-financeiras dos gastos públicos¹¹³.

É o entendimento de Lucas Rocha Furtado:

Em relação às compras, como visto, deverá ser utilizada licitação do tipo menor preço. Porém, no caso específico de contratação de bens e serviços de informática, a Administração observará o disposto no art. 3ª da Lei nº 8.428, 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, permitindo o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em Decreto do poder executivo¹¹⁴.

Importante notar que a origem da obrigatoriedade desta modalidade para as contratações de tecnologia da informação (TI), se embasa no artigo, 45, § 4º da Lei nº 8.666/93, onde os profissionais da área, gestores públicos e também atores do mercado de TI, acreditavam ser necessário selecionar propostas com maior qualidade, em virtude da criticidade e complexidade das contratações de TI¹¹⁵.

Entretanto, a obrigatoriedade do uso da modalidade técnica e preço nas contratações de TI decorrem da necessidade de cumprimento do comando introduzido no art. 3º da Lei nº 8.248/1991, que determinou a concessão de preferência às empresas que produzam com tecnologia desenvolvida no Brasil ou produzam predominante no Brasil de acordo com o processo produtivo básico, essa preferência foi juridicamente estabelecida como política de Estado no art. 11 da Lei nº 7.232/1984 (Política Nacional da Informática)¹¹⁶.

Cláudio Silva da Cruz e Carlos Alberto Mamede Hernandes, ponderam acerca de tal obrigatoriedade:

¹¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Apud. **Licitação do tipo técnica e preço**. Disponível em: <<http://direito-administrativo.blogspot.com.br/2006/07/licitao-do-tipo-tnica-e-preo.html>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

¹¹⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 228.

¹¹⁵ CRUZ, Cláudio Silva da; HERNANDES, Carlos Alberto Mamede. **Licitações de tecnologia da informação: “técnica e preço” ou pregão?**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 42.

¹¹⁶ CRUZ, Cláudio Silva da; HERNANDES, Carlos Alberto Mamede. **Licitações de tecnologia da informação: “técnica e preço” ou pregão?**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 42.

O texto original da Lei nº 8.666/93 não previa obrigatoriedade de uso do tipo “técnica e preço”. Essa obrigatoriedade surgiu primeiramente de modo implícito na Medida provisória nº 388, de 16 de dezembro de 1993, que alterou o art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/93, prevendo o uso de “técnica e preço” e permitindo o uso de outro tipo de licitação nos casos indicados em Decreto do poder executivo, o qual também regulamentaria o conceito de equivalência. Em consequência foi, foi publicado o Decreto nº 1.070, de 2 de março de 1994, o qual utilizou, pela primeira vez, a expressão “obrigatoriedade” em relação ao uso de “técnica e preço” para bens e serviços de informática e automação. A Lei nº 8.883/1994 definitivamente introduziu a referida obrigatoriedade de uso do tipo “técnica e preço” no § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/1993, e a autorização para o uso excepcional do tipo “técnica e preço” em contratações de bens e serviços de informática e automação, no caput do art. 46, já que antes era esse tipo de uso exclusivo nas licitações de serviço predominantemente intelectuais¹¹⁷.

Portanto, pode-se concluir que a obrigatoriedade do tipo técnica e preço para as contratações de TI, foi lançada com o intuito de permitir a comparação objetiva dos fatores elencados no art. 3º, § 2º da Lei nº 8.248/1991 e em caso de ocorrências de condições equivalentes, dar preferência às empresas que produzam com tecnologia desenvolvida no Brasil ou produzam predominante no Brasil, trata de um mecanismo de proteção e estímulo ao mercado nacional, não incidindo qualquer relação com qualidade, complexidade ou criticidade nas contratações de TI¹¹⁸.

O pregão foi admitido no ordenamento jurídico como modalidade licitatória destinado às contratações de bens e serviços comuns, que são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade, possam ser objetivamente descritos no edital, por meio de especificações usuais no mercado¹¹⁹. É sabido que a maior parte dos bens e serviços de TI se enquadram neste conceito por ter como objetivo a fácil comercialização dos produtos, sendo, portanto considerados de especificações usuais, padronizadas pela própria indústria de TI¹²⁰.

O Tribunal de Contas da União, por assim entender, proferiu decisão no sentido de que:

¹¹⁷ CRUZ, Cláudio Silva da; HERNANDES, Carlos Alberto Mamede. **Licitações de tecnologia da informação: “técnica e preço” ou pregão?**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 42.

¹¹⁸ CRUZ, Cláudio Silva da; HERNANDES, Carlos Alberto Mamede. **Licitações de tecnologia da informação: “técnica e preço” ou pregão?**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 42.

¹¹⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 299.

¹²⁰ CRUZ, Cláudio Silva da; HERNANDES, Carlos Alberto Mamede. **Licitações de tecnologia da informação: “técnica e preço” ou pregão?**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 42.

[...] 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); 9.2.3. Bens e 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; 9.2.4. 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 justificam o afastamento da obrigatoriedade de se licitar pela modalidade Pregão (Lei nº 10.520/2002, art. 1º, e Acórdão nº 1.114/2006 - Plenário) [...] ¹²¹.

A Lei nº 11.077/2004 introduziu o § 3º no art. 3º da Lei nº 8.248/1991, a autorização da aplicação da modalidade pregão aos bens e serviços de tecnologia da informação, desde que os interessados cumprissem o processo produtivo básico (PPB), tem-se decisão do TCU de 2005, por meio do acórdão 2138, não ser juridicamente possível à exigência de PPB como condição para licitar, sendo admitido somente nas licitações por pregão, nos casos de desempate entre as propostas mais bem colocadas no critério preço ¹²².

Para Lucas Rocha Furtado:

O pregão conforme observado, somente pode ser adotado para a contratação de bens ou de serviços comuns. É, portanto, perfeitamente aceitável que alguns bens ou que alguns serviços de informática possam ser considerados comuns e a sua contratação possa ser feita por meio do pregão. No anexo I, art. 3º, do Decreto nº 3.555/00, constam restrições quanto à utilização do pregão para a contratação de bens de informática. No âmbito do Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal, a contratação de produtos ou serviços de informática por meio do pregão dependerá do que dispuserem seus respectivos regulamentos. É certo que bens ou serviços de informática muito complexos não podem ser contratados por meio do pregão, devendo a definição de que o produto ou serviço é comum ser

¹²¹ BRASIL. **Acórdão nº 2471, de 05 de novembro de 2008**. Fiscalização de orientação centralizada. Tema de maior significância “terceirização na administração pública federal”. Subtema “terceirização em ti”. Execução descentralizada de auditorias. Falhas diversas detectadas. Determinações, recomendações. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>>. Acesso em: 15 jun.2015.

¹²² CRUZ, Cláudio Silva da; HERNANDES, Carlos Alberto Mamede. **Licitações de tecnologia da informação: “técnica e preço” ou pregão?**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 43.

demonstrada tecnicamente durante da fase interna do pregão. No âmbito do TCU, a jurisprudência acerca da utilização do pregão para a contratação dos bens ou serviços de informática tem-se sedimentado no sentido de que quaisquer bens ou serviços de informática se enquadrem no conceito de bens ou serviços comuns podem ser contratados por meio do pregão¹²³.

Na visão de Augusto Sherman Cavalcanti, há uma pequena vantagem da licitação do tipo técnica e preço:

Evidentemente que o tipo técnica e preço têm lá algumas vantagens em relação ao pregão (este também tem substanciais vantagens em relação às concorrências realizadas no tipo técnica e preço). É que com a técnica e preço torna-se possível a contratação do objeto com qualidade superior à que se necessita. Ao fixar a pontuação mínima, estar-se-á fixando o padrão mínimo necessário para a aceitabilidade das propostas e para a boa execução do contrato, não impedindo que, no âmbito concorrencial, haja propostas que superem no mínimo, o que não encontra correspondente no pregão. A modalidade pregão admite apenas o julgamento pelo critério do menor preço. No entanto, conforme consta do art. 4º, inciso X, da Lei nº 10.520/2002, para julgamento e classificação das propostas, além do menor preço, serão “observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital”. Logo não se pode afirmar que contratações realizadas na modalidade Pregão apresentarão deficiência na qualidade dos bens e serviços assim adquiridos. Se má qualidade houver, ela será fruto de especificações mal elaboradas e requisitos impróprios adotados por uma falha no planejamento da contratação. Cabe à autoridade responsável pela definição do objeto a ser adquirido a sua correta especificação, de forma que o mesmo tenha a qualidade pretendida e atenda às necessidades da Administração. Essas especificações, contudo, não podem ser excessivas ou desnecessárias, a ponto de restringir a competitividade do certame¹²⁴.

Ademais, sem ferir a Lei nº 8.248/1991, ficou assente que o pregão é aplicável às contratações de TI, de uso obrigatório nas licitações de bens e serviços da informação quando considerados comuns, versando a sua inaplicabilidade às contratações de serviços predominantemente intelectuais, conforme disposição no art. 46 da Lei nº 8.666.1993. A classificação de um bem ou serviço de tecnologia da informação como não comum deve ser justificada, não cabendo a sua licitação por pregão¹²⁵.

¹²³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 302.

¹²⁴ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo modelo de contratação de solução de TI pela administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 227.

¹²⁵ BRASIL. **Acórdão nº 2138, de 05 de dezembro de 2005**. Embargos de declaração, consulta, pregão. Aquisição de bens e serviços de informática. Regra de preferência, aplicação. Provimento. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

Conclui-se portanto que está derogada a utilização da modalidade “técnica e preço” para as contratações de tecnologia da informação, grande parte dos serviços e bens é comercializada segundo padrões de qualidade e desempenho bem definidos e conhecidos no mercado, razão pela qual devem ser considerados comuns e licitados por pregão¹²⁶.

¹²⁶ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 44.

4 APLICAÇÃO DO PREGÃO NO SERVIÇO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

4.1 Antigo modelo de contratação

Como é sabido, qualquer contratação que a Administração Pública se dispõe a realizar, deverá ser precedida por licitação, salvo algumas exceções elencadas no artigo, 2º da Lei nº 8.666/93¹²⁷.

No antigo modelo, o roteiro para elaboração e análise de edital de licitação de bens e serviços de informática era baseado no artigo, 40 da Lei nº 8.666/93 e no Decreto nº 1.070/94 (revogado pelo Decreto nº 7.174/2010), neste Decreto continha um anexo que discriminava os bens que podiam ser adquiridos sob as normas da nomenclatura brasileira (NBM), a saber, computadores, periféricos, máquinas de uso específico, equipamento de telecomunicações, microeletrônica, cumprindo destacar a manutenção de equipamentos de informática, desenvolvimento de sistemas informatizados e sistemas integrados, por exemplo: Projeto + hardware + software¹²⁸.

De acordo com o guia de boas práticas e contratação em solução de tecnologia da informação

Neste modelo a contratação de digitação não se configurava como serviço de informática, a não ser que fizesse parte de um sistema integrado caracterizando bens ou serviços de informática e correspondesse pelo menos 50% do valor contratado¹²⁹.

Eis o posicionamento de Vera Lúcia Almeida:

A contratação de digitação de dados não se configura como serviço de informática, a não ser que faça parte de uma contratação de sistema integrado, onde as demais partes sejam caracterizadas como bens ou serviços de informática e correspondam pelo menos 50% do valor a ser

¹²⁷ CORRÊA, Vera Lúcia de Almeida. **Licitações de bens e serviços de informática e automação**. Rio de Janeiro: Temas & ideias, 1999. p. 1.

¹²⁸ CORRÊA, Vera Lúcia de Almeida. **Licitações de bens e serviços de informática e automação**. Rio de Janeiro: Temas & ideias, 1999. p. 51.

¹²⁹ CORRÊA, Vera Lúcia de Almeida. **Licitações de bens e serviços de informática e automação**. Rio de Janeiro: Temas & ideias, 1999. p. 33.

contratado. Os serviços de treinamento em um determinado software devem ser considerados como “serviços técnicos profissionais especializados” e, por serem de natureza intelectual, poderão ser licitados por “técnica e preço” ou “melhor técnica”, mas com base no caput do artigo 46¹³⁰.

Em 2002, o Tribunal de Contas da União intensificou as fiscalizações acerca das contratações de tecnologia da informação por parte da Administração Pública Federal, identificando os vários problemas presentes nos órgãos e entidades, devido ao antigo modelo de contratação¹³¹.

Esse modelo versava sobre o desenvolvimento dos diversos serviços de processamento de dados, utilizando computadores de grande porte em um centro de processamento de dados (CPD), sendo as contratações reunidas num único e grande contrato todos os serviços de informática, ou seja, uma única licitação, uma única empresa responsável por prestar desde as atividades de planejamento e coordenação de projetos, como também suporte à rede, banco de dados e aos usuários, chegando ao desenvolvimento, à manutenção e à documentação de sistemas¹³².

Como se tratava de uma única empresa contratada, os pagamentos eram feitos por hora trabalhada sem qualquer vinculação com o produto, tampouco resultado. O antigo modelo apresentava como características especiais à ausência do parcelamento do objeto e o pagamento por homem-hora, pressupostos que iam de encontro à Constituição Federal e a legislação, por restringir à competição nos licitantes devido ao caráter abrangente de todos os serviços, limitava à participação somente de grandes empresas, aumentando o risco de contratos onerosos, pois era impossível a participação das empresas de pequeno porte¹³³.

Para Augusto Sherman Cavalcanti:

¹³⁰ CORRÊA, Vera Lúcia de Almeida. **Licitações de bens e serviços de informática e automação**. Rio de Janeiro: Temas & ideias, 1999. p. 34.

¹³¹ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 7.

¹³² CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 8.

¹³³ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo modelo de contratação de solução de TI pela administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 240.

Numa eventual impossibilidade da empresa continuar executando o contrato, a Administração teria, de imediato, dificuldade na continuidade de todos os serviços de TI, inclusive os que apoiavam as áreas críticas para o cumprimento de sua missão institucional. Por outro lado, como em considerável parte dos órgãos e entidades não existem, e ainda não existem, políticas e procedimentos bem definidos na área de segurança da informação o fato de uma única empresa contratada, de alguma forma ter acesso a toda infraestrutura e a todos os sistemas e dados, fragiliza sobremaneira os controles e diminui a segurança da informação da Administração. Em outra vertente, o pagamento da contratada com base exclusivamente em horas-trabalhadas, sem vinculação a resultados, gerava também, sérios problemas. Na hipótese de contratação por posto de serviço havia a remuneração de todas as horas de disponibilidade dos empregados da contratada, ainda que não produtivas, de modo que a empresa era, em muitas vezes, remunerada sem que houvesse a contraprestação em serviços efetivamente realizados. Além disso, a métrica hora-trabalhada levava ao incentivo à ineficiência e à baixa produtividade, no que se chamou “paradoxo do lucro-incompetência”. Em outras palavras, quanto menor a qualificação dos profissionais alocados na prestação do serviço, maior a quantidade de horas necessárias para executá-la, maior lucro da empresa contratada e maior custo para a Administração. Essa situação não é aceitável, pois caracteriza claramente desperdício de recursos públicos¹³⁴.

O não parcelamento do objeto trazia dois grandes riscos à Administração Pública, o risco estratégico de dependência e os riscos para segurança da informação. Nesse modelo ocorria à monopolização dos serviços de tecnologia da informação pela única empresa contratada, a dependência do órgão ou entidade contratante era altíssima, o que numa eventual impossibilidade de execução do contrato a Administração enfrentava alta dificuldade na continuidade dos serviços de TI¹³⁵.

“Em outra vertente, o pagamento da contratação com base exclusivamente em horas trabalhadas, sem vinculação a resultados gerava também sérios problemas¹³⁶”, conforme dispõe o texto da revista do Tribunal de Contas da União:

Na hipótese de contratação por posto de serviço, havia a remuneração de todas as horas de disponibilidade dos empregados da contratada, ainda que não produtivas, de modo que a empresa era, muitas vezes, remunerada sem que houvesse a contraprestação em serviços efetivamente realizados. Além disso, a métrica hora-trabalhada levava ao incentivo à ineficiência e à

¹³⁴ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 8.

¹³⁵ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 7.

¹³⁶ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 8.

baixa produtividade, no que se chamou “paradoxo do lucro-incompetência”¹³⁷.

Ou seja, quanto menor a qualificação dos profissionais, maior o tempo necessário para execução das tarefas, isso implicava em lucro alto para a empresa contratada e maior custo para a Administração. “Essa situação não é aceitável, pois caracteriza claramente desperdício de recursos públicos”¹³⁸.

4.2 Novo modelo de contratação

Os acórdãos decorrentes da fiscalização do Tribunal de Contas da União nortearam o novo modelo de contratação de tecnologia da informação para a Administração Pública Federal que sintetizaram em seis diretrizes básicas: “Planejamento, parcelamento dos serviços, pagamento por resultados, avaliação de qualidade, controle efetivo da execução contratual e existência de recursos humanos capacitados, o princípio para contratação de TI é a elaboração do planejamento estratégico, tático e operacional”¹³⁹.

Segundo Augusto Sherman Cavalcanti:

Os recursos são escassos e as demandas são crescentes, torna-se imperioso planejar com a maior precisão possível para se evitar desperdícios e realizar os gastos com a maior eficiência. Dessa forma, a contratação depende fortemente do planejamento estratégico institucional, que deve ser desdobrado no planejamento estratégico de TI. Esse por sua vez, aponta uma série de ações a serem implementadas, muitas delas apoiadas em contratações. É interessante observar que o planejamento não é uma faculdade do administrador público, mas antes um dever previsto no art. 37 da Constituição – princípio da eficiência¹⁴⁰.

O guia de boas práticas em contratações de soluções de tecnologia da informação, traz acerca da importância de planejar:

¹³⁷ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 8.

¹³⁸ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 8.

¹³⁹ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 9.

¹⁴⁰ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 9.

O planejamento da contratação é fundamental para que: 1) a contratação agregue valor ao órgão; 2) os riscos envolvidos sejam gerenciados; 3) a contratação esteja alinhada com os planejamentos do órgão governante superior ao qual o órgão esteja vinculado, do órgão e de TI do órgão; 4) e os recursos envolvidos sejam bem utilizados, não só os recursos financeiros, mas também os recursos humanos¹⁴¹.

Outro dever do gestor público versa sobre o parcelamento do objeto da contratação, ou seja, repartir o objeto em quantos itens for necessários verificando a técnica e economia para a Administração Pública, após o parcelamento, são estabelecidas as exigências de habilitação e de avaliação de proposta técnica específica¹⁴².

Acerca das contratações é importante observar que:

O Núcleo de Contratações de Tecnologia da Informação é composto por servidores e é de caráter de assessoramento técnico e consultivo tendo por missão apoiar as contratações de Tecnologia da Informação do Governo Federal, normatizando e divulgando boas práticas sobre as atividades relativas ao tema e fornecendo suporte aos órgãos integrantes do SISP¹⁴³.

Neste novo modelo, a contratação pode ser definida pela realização de licitações apartadas para cada item ou uma única licitação com adjudicação independente para cada um dos itens. Nota-se uma das diferenças entre o antigo e o novo modelo de contratação, onde no primeiro realizava um grande contrato com todos os serviços, resumia-se em uma única licitação para somente uma empresa prestar a totalidade dos serviços. Atualmente, o novo modelo aumenta a quantidade de empresas aptas a participarem do processo licitatório e a possibilidade de obter o melhor preço para atender a necessidade da Administração¹⁴⁴.

¹⁴¹ Sem informações do autor. **Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação**. Disponível em: <<http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/tcu>> Acesso em: 30 set. 2015.

¹⁴² CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 9.

¹⁴³ REIS, Ludmila. **Contratação de soluções de tecnologia da informação no âmbito da administração pública**. Disponível em: <<http://www.canalabertobrasil.com.br/colunas/boas-praticas-de-gestao/contratacao-de-solucoes-de-tecnologia-da-informacao-ambito-da-administracao-publica>>. Acesso em: 28 set. 2015.

¹⁴⁴ Sem informações do autor. **Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação**. Disponível em: <<http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/tcu>> Acesso em: 30 set. 2015.

Outra novidade de fundamental importância para que a contratação atinja os seus objetivos é a mensuração do pagamento dos serviços por resultados alcançados, “quando o pagamento não é feito por horas trabalhadas, esforço, e sim pelo resultado alcançado, além de se incentivar a produtividade, não se corre o risco de efetuar pagamentos por serviços não realizados ou produtos não entregues”¹⁴⁵.

Augusto Sherman Cavalcanti diz que:

O efetivo controle da execução contratual é essencial para se obter os resultados esperados. De nada adianta a elaboração de bons editais e contratos, a realização de boas licitações e a escolha do melhor fornecedor, se a execução contratual não for bem acompanhada e controlada. Os mecanismos de controle para execução contratual devem ser estabelecidos ainda na fase de planejamento, quando da elaboração do termo de referência ou projeto básico. Para planejar, elaborar bons editais de licitação e controlar efetivamente a execução dos serviços é essencial que cada órgão ou entidade tenha, em seu quadro permanente, profissionais capacitados. A estruturação dos recursos humanos em quantidade e qualidade adequadas se torna fundamental para o sucesso do novo modelo de contratação. É necessário o recrutamento de profissionais para gerenciar, planejar, controlar e supervisionar atividades e contratos¹⁴⁶.

Os indicadores de desempenho são elaborados para atender tanto a necessidade de controle sobre os pagamentos quanto de avaliação de qualidade, na área de tecnologia da informação é pertinente fixar níveis de serviço adequados às necessidades de órgãos ou entidades e valorá-los em consonância com os preços atuantes no mercado, indicando o modo de avaliação da qualidade dos serviços realizados, estabelecendo uma “métrica entre os resultados e qualidade alcançados e sua correta valoração para efetivação do pagamento”¹⁴⁷.

Sendo assim Benedicto de Tolosa Filho elucida que:

A aquisição de bens e serviços de informática e automação considerados com bens e serviços comuns nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 10.520/2002, poderá ser processada na modalidade de pregão, face ao disposto no § 3º do art. 3º da Lei n. 8.248, de 1991, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 11.077, de 2004, restrita às empresas que

¹⁴⁶ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 9.

¹⁴⁷ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 9.

cumpram o Processo Produtivo Básico, definidos na Lei n. 8.248, de 1991, bem como na Lei n. 8.387, de 1991¹⁴⁸.

Importante atentar para as aquisições ou contratações de licença de softwares comuns no mercado (conhecidos como softwares de prateleira), podem ser contratados mediante pregão pelo fato de não exigirem complexidade técnica, no entanto para os casos que necessite de desenvolvimento específico, deverá observar o disposto no § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/93, onde procederá ao tipo técnica e preço¹⁴⁹.

O Tribunal de Contas da União, diante da relevância dos assuntos pertinentes à tecnologia da informação e a crescente materialidade envolvendo os recursos de TI, criou em 2006 a secretaria de fiscalização de tecnologia da informação, sendo esta responsável e especializada no assunto da área, fiscalizando o uso dos recursos disponíveis na Administração Pública. Serve de auxílio para as outras secretarias do TCU, no que diz respeito as fiscalizações, além disso elabora manuais e procedimentos para melhor execução na fiscalização de tecnologia da informação¹⁵⁰.

4.3 Instrução normativa nº 04/2008 e o novo modelo de contratação

Editada no dia 19 de maio de 2008, com vigência a partir do dia 2 de janeiro de 2009, a instrução normativa da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP), foi fundada nos “preceitos constitucionais, na legislação específica, na jurisprudência do

¹⁴⁸ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão uma nova modalidade de licitação comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 10.

¹⁴⁹ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão uma nova modalidade de licitação comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 4.

¹⁵⁰ Sem informações do autor. **O TCU e a tecnologia da informação**. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/comunidades/fiscalizacao-de-tecnologia-da-informacao/home/home.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

TCU e nas boas práticas internacionais, definindo o processo de trabalho para contratação de serviços de TI pela Administração Pública”¹⁵¹.

Vinculada aos órgãos e entidades participantes do Sistema de Administração dos Recursos de Informação e Informática (SISP), é considerada norma importantíssima para a Administração Pública, pois deixa claro logo no seu artigo, 3º que as contratações, as quais se referem, devem ser precedidas de planejamento, “elaborado em harmonia com o Plano Diretor de Tecnologia da Informação – PDTI, alinhado à estratégia do órgão ou entidade”¹⁵².

O artigo, 4º da referida IN, destaca para o PDTI que além de atender a diretriz de planejamento e elaboração aos documentos para a ação relativa à norma, é necessário alinhamento ao planejamento estratégico do órgão ou entidade, além de atender a diretriz de planejamento e elaboração aos documentos para a ação relativa à norma.

O inciso III do parágrafo único do artigo, 4º, da referida Instrução Normativa, estabelece que o SISP é responsável por elaborar modelo do PDTI que contemple, pelo menos, as seguintes áreas: Necessidades de informação alinhada à estratégia do órgão ou entidade, plano de investimentos, contratações de serviços, aquisição de equipamentos, quantitativo e capacitação de pessoal, gestão de risco¹⁵³.

O inciso IV, determina que o SISP promova:

Orientação para a formação de Comitês de Tecnologia da Informação que envolva as diversas áreas dos órgãos e entidades, que se responsabilizem por alinhar os investimentos de Tecnologia da Informação com ao objetos

¹⁵¹ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 10.

¹⁵² CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 10.

¹⁵³ BRASIL, Ministério do Planejamento. **Instrução Normativa nº 04, de 19 de maio de 2008 - DOU DE 20/05/2008. Dispõe sobre o processo de contratação de serviços de tecnologia da informação pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional**. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/4.htm>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

do órgão ou entidade e apoiar a priorização de projetos a serem atendidos¹⁵⁴.

É importante que exista um comitê executivo de tecnologia, para decidir sobre priorização de projetos e ações e o alinhamento do investimento, assim a decisão sobre os gastos não recaem exclusivamente sobre a área de TI, mas sim compartilhada pelas diversas áreas da organização que são acometidas pelos serviços¹⁵⁵.

É o posicionamento de Augusto Sherman Cavalcanti:

É de extrema importância a existência de um Comitê Executivo de TI, composto por representantes das diversas áreas executivas da organização, que decida sobre priorização de projetos e ações e o alinhamento do investimento em TI com os objetivos e as diretrizes estratégicas do órgão ou entidade. Dessa maneira, a decisão sobre os gastos com TI não recaem exclusivamente sobre a área de TI, mas é compartilhada por todas as áreas da organização que são suportadas pelos serviços de TI. O consenso neste caso faz muita diferença¹⁵⁶.

O artigo, 5º da Instrução relata acerca do parcelamento dos objetos da contratação e a impossibilidade de delegar a gestão das áreas de TI e de segurança da informação, o inciso I do aludido artigo diz que não será firmada a contratação de todos os serviços num único contrato, evitando assim os antigos problemas decorrentes do antigo modelo de contratação “restrição à participação de pequenas empresas nas licitações e o aumento do risco de se contratar por custos mais elevados do que seria justo”¹⁵⁷.

O artigo, 14 dispõe sobre as diretrizes de pagamento por resultados e avaliação de qualidade que são definidas na etapa de elaboração da estratégia de

¹⁵⁴ BRASIL, Ministério do Planejamento. **Instrução Normativa nº 04, de 19 de maio de 2008 - DOU DE 20/05/2008. Dispõe sobre o processo de contratação de serviços de tecnologia da informação pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional.** Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/4.htm>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

¹⁵⁵ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública.** Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 11.

¹⁵⁶ BRASIL, Ministério do Planejamento. **Instrução Normativa nº 04, de 19 de maio de 2008 - DOU DE 20/05/2008. Dispõe sobre o processo de contratação de serviços de tecnologia da informação pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional.** Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/4.htm>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

¹⁵⁷ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública.** Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 11.

contratação. Conforme a alínea “i” do inciso II, os termos relativos às contratações deverão constar a forma de pagamento, efetuados em função dos resultados obtidos e a alínea “b” determina que a definição a metodologia “de avaliação da adequação às especificações funcionais e da qualidade dos serviços”¹⁵⁸.

No que concerne ao controle da execução, a instrução normativa dispõe a sessão III completa ao tema, especificando as tarefas a serem desenvolvidas, os documentos que respaldarão a execução e os responsáveis por cada ação. “O novo modelo de contratação exige capacidade gerencial na área de TI, a necessidade de que cada órgão ou entidade disponha de recursos humanos”¹⁵⁹.

É o que dispõem os incisos I e II do parágrafo único do artigo, 4º:

I – proposta, elaborada em conjunto com os demais órgãos e entidades competentes, que contemple as demandas de recursos humanos das Áreas de Tecnologia da Informação necessárias para elaboração e gestão de seus PDTI; II – plano de ação, elaborado em conjunto com os demais órgãos e entidades competentes, para viabilizar a capacitação dos servidores das Áreas de Tecnologia da Informação¹⁶⁰.

Desta forma não resta dúvidas que a instrução está completamente alinhada ao novo modelo de contratação, bem como a importância de cada ação detalhada objetivando os melhores resultados na contratação dos serviços de tecnologia da informação¹⁶¹.

¹⁵⁸ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 11.

¹⁵⁹ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 12.

¹⁶⁰ BRASIL, Ministério do Planejamento. **Instrução Normativa nº 04, de 19 de maio de 2008 - DOU DE 20/05/2008. Dispõe sobre o processo de contratação de serviços de tecnologia da informação pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional**. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/4.htm>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

¹⁶¹ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 12.

4.4 Da contratação

O capítulo II da Instrução normativa especifica o processo de contratação, estabelecendo três fases a de planejamento da contratação, seleção do fornecedor e gerenciamento do contrato. A fase de planejamento tem como marco principal a elaboração do termo de referência ou projeto básico, “a partir deste documento e ao fim desta fase também são elaborados o edital da licitação e a respectiva minuta de contrato”¹⁶².

A IN-04, determina a realização de quatro etapas a saber, a análise de viabilidade da contratação, plano de sustentação, estratégia de contratação e análise de riscos, os artigos, 10 a 12 elucidam basicamente sobre o levantamento das necessidades e as especificações dos requisitos necessários ao atendimento da organização, comparando com as alternativas existentes no mercado, a escolha da solução adotada e a justificativa desta. Ao final desta etapa, a solução de TI deverá ser detalhada, de maneira clara, sucinta e objetiva, demonstrando o seu atendimento às necessidades da organização, bem como os benefícios obtidos com a efetivação da contratação¹⁶³.

O plano de sustentação descrito no artigo, 13 salienta acerca da “especificação dos aspectos relativos à segurança da informação, à continuidade de serviços, à transferência de conhecimento, à transição contratual e aos recursos materiais e humanos que darão suporte à execução da contratação”¹⁶⁴.

Os artigos, 14 e 15 descrevem a estratégia da contratação, que somente é elaborada, a partir das definições ditas na análise de viabilidade da contratação, “especificados termos contratuais, mecanismos de mensuração e controle da execução, estratégia que garanta a independência do órgão ou entidade em relação

¹⁶² CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 12.

¹⁶³ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 13.

¹⁶⁴ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 13.

à contratada e critérios técnicos para julgamento das propostas apresentadas na licitação”¹⁶⁵.

A análise de riscos indica que a tarefa deve ser realizada pelo gestor do contrato:

De posse desses três documentos, deverá ser procedida a Análise de Riscos. A IN-04, indica que esta tarefa deverá ser realizada pelo gestor do contrato, indicado ao final da etapa de estratégia de contratação. Esta etapa compreende a identificação dos principais riscos que possam comprometer o sucesso do processo da contratação e dos riscos que os serviços prestados não venham a atender as necessidades da organização. Após, são identificadas as possibilidades de ocorrência e dos danos potenciais de cada risco levantado. Em seguida, são definidas ações apontadas deverão ser indicados responsáveis pela sua execução. A partir das avaliações elaboradas e das falhas encontradas, os outros documentos desta fase devem ser revistos¹⁶⁶.

Após a fase supra, o órgão ou entidade disporá de informações necessárias e poderá elaborar com segurança o termo de referência ou projeto básico que conterà no mínimo: A definição do objeto; Fundamentação da contratação; Requisitos do serviço; Modelo de prestação dos serviços; Elementos para gestão do contrato; Estimativa de preços; Indicação do tipo de serviços; Critérios de seleção do fornecedor e adequação orçamentária. Na sequência passa para a seleção do fornecedor, conforme legislação vigente, encerrado o procedimento licitatório e contratado o vencedor para fornecimento do objeto, inicia a fase de execução contratual¹⁶⁷.

Dessa maneira as atividades e procedimentos realizados segundo a instrução normativa-04, faz com que o órgão ou entidade tenham condições de contratações bem sucedidas, pois os requisitos são bem definidos e especificados. Aqui vale lembrar que dentro das regras estabelecidas na legislação vigente, uma contratação

¹⁶⁵ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 13.

¹⁶⁶ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 13.

¹⁶⁷ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 13.

bem sucedida implica em adquirir produtos especificados com qualidade e menor preço¹⁶⁸.

¹⁶⁸ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O novo paradigma de contratação de TI na administração pública**. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. p. 14.

CONCLUSÃO

Por muito tempo a Administração Pública realizava procedimento administrativo para contratar os seus bens e serviços, valendo-se exclusivamente das modalidades existentes da Lei nº 8.666/93, com o advento do pregão introduzido pela Lei nº 10.520/02 no âmbito da Administração direta e indireta, na esfera federal, estadual e municipal, os bens e serviços classificados como comuns passaram a ser licitados prioritariamente por tal modalidade.

Independentemente do valor da contratação, o conceito de bens e serviços comuns realça a definição do objeto como de uso comum, ou seja, todo aquele cujo padrão de desempenho e qualidade possam ser definidos no edital, mediante especificações usuais, disponíveis no mercado sem maiores inovações ou adaptações para atender às necessidades do Poder Público.

A celeuma girava em torno da inaplicabilidade do pregão para as contratações de bens e serviços de tecnologia da informação, em virtude da regra da obrigatoriedade da modalidade técnica e preço para tais contratações. Neste ponto a pesquisa esclareceu os motivos que tornaram apto o uso do pregão nas licitações de bens e serviços comuns de tecnologia, tendo em vista a natureza do procedimento, as especificações, os detalhamentos, o aumento de interessados na licitação, além dos mais variados benefícios decorrentes de sua aplicação para a Administração Pública. Deixando de considerar obrigatório o uso de técnica e preço por entender que esta técnica específica, pode ser considerada comum, bastando que seja suficientemente conhecida e acessível no mercado, portanto a modalidade que melhor se adequa às contratações é a prevista na Lei nº 10.520/02.

Com esta caracterização de bens e serviços comuns, a aplicação do modo licitatório em tela, teve extensão para os serviços de engenharia que independem de profissionais habilitados para o desempenho das atividades, devendo incidir sobre às contratações a forma eletrônica, tendo em vista a celeridade do procedimento.

No que concerne às contratação dos bens e serviços de tecnologia da informação, questão esta que centralizou toda a pesquisa, em virtude da ascensão

no aspecto procedimental e contratual que a Administração Pública Federal atingiu com o advento do pregão. É inegável as vantagens percebidas pelo ente estatal na hora de dispor de recursos financeiros, bem como temporal para adquirir os seus bens e serviços necessários, uma vez que o antigo modelo era marcado pela ausência de concorrentes, gerando onerosidade excessiva para a Administração Pública no sentido que somente uma empresa era habilitada para fornecer todos os serviços.

Atualmente aplica-se obrigatoriamente o uso do pregão, especificamente na forma eletrônica para a contratação dos bens e serviços comuns de tecnologia facilmente encontrados no mercado e que não necessitem de detalhamentos técnicos.

Dessa forma, observa-se que, a modalidade carrega consigo marcas próprias como redução de custos para o fornecedor e para a Administração, aumentando e facilitando a inclusão de empresas licitantes, entre outros benefícios. A instrução normativa 04/2008, subsidiariamente à Lei nº 10.520 serve como parâmetro para especificar, aprimorar e regulamentar o procedimento que antes não observava uma série de requisitos, agora segue rigorosamente as definições elencadas nas legislações vigentes.

Conclui-se que, a área de tecnologia da informação com as crescentes evoluções e inovações, sobretudo as tecnológicas, é perfeitamente alcançada pelo novo modelo, incidindo sobre as suas contratações a modalidade licitatória, que aduz o planejamento estratégico dos certames, a definição e o detalhamento do objeto, o aumento de competitividade entre os participantes, a isonomia entre eles, de modo que se alcance cada vez mais resultados com qualidade, celeridade, eficiência e baixo custo para a Administração Pública Federal.

REFERÊNCIAS

Obras literárias

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CAVALCANTI, Augusto Sherman. *O novo modelo de contratação de solução de TI pela administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- CAVALCANTI, Augusto Sherman. *O novo paradigma de contratação de TI na administração pública*. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010.
- CORRÊA, Vera Lúcia de Almeida. *Licitações de bens e serviços de informática e automação*. Rio de Janeiro: Temas & ideias, 1999.
- COUTO, A. R. O.; RAMOS, H. B. P.; GRAZZIOTIN. P. *A contratação na Administração Pública*. Fórum, 2009.
- CRUZ, Cláudio Silva da; HERNANDES, Carlos Alberto Mamede. *Licitações de tecnologia da informação: “técnica e preço” ou pregão?*. Revista do TCU. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GASPARINI, Diógenes (coord.). *Pregão presencial e eletrônico*. 2. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.
- MONTEIRO, Vera. *Licitação na modalidade pregão, Lei 10.520, de 17 de julho de 2002*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.
- PESTANA, Márcio. *Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2013.
- PIETRO, Maria S. Z. D. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Pregão uma nova modalidade de licitação comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Sites:

Conceitos, princípios, tipos de licitação, fase de habilitação do processo licitatório interpretados pela doutrina pátria. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11030>.
Acesso em: 14 jun. 2015.

Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão. Disponível em: <<https://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/artigos/contratacao-servicos-de-engenharia-pregao>>. Acesso em: 18 mai. 2015.

Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm. Acesso em: 02 abr. 2015.

Informática. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/?title=Inform%C3%A1tica>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

Instrução Normativa nº 04, de 19 de maio de 2008 - DOU DE 20/05/2008. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/4.htm>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 02 abr.2015.

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 14 jun. 2015.

Um olhar crítico sobre a inversão do procedimento licitatório na legislação estadual de licitações contratos. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/um-olhar-critico-sobre-a-inversao-de-fases-do-procedimento-licitatorio-na-legislacao-estadual-de-licitacoes-e-contratos/#.VX121PIViko>>. Acesso em: 14 jun.2015.

Jurisprudências:

Jurisprudências (Súmulas e Acórdãos). Tribunal de Contas da União – TCU-. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/626-gestao-planejamento-e-pesquisa/control-interno/sumulas/18300-sumula-177-tcu>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

Disponível em: <<http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

Disponível em: <<http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>>. Acesso em: 15 jun.2015.

Disponível em: <<http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>>. Acesso em: 14 jun. 2015.