

TIPO DE LICITAÇÃO CABÍVEL PARA AQUISIÇÃO DE BENS DE INFORMÁTICA

Vanice Regina Lírlo do Valle
Procuradora do Município do Rio de Janeiro

1. INTRODUÇÃO

A matéria eleita para tratamento nos presentes comentários, embora pontual, revela-se de extrema importância para os órgãos da Administração Pública, que em geral só agora vem entrando – e no mais das vezes, ainda lentamente – em processo de informatização, acreditando ser esse instrumento necessário, se não imprescindível, à melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados.

Assim, grande parte dos organismos públicos se vê hoje diante da necessidade de proceder à aquisição de equipamentos e serviços na área de informática, de mais ou menos complexidade, sendo forçoso o enfrentamento da seguinte **quaestio**: qual o tipo de licitação passível de adoção para contratações envolvendo bens e serviços de informática, à vista especialmente do texto adotado para o § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação que lhe deu a Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994?

De molde a facilitar o exercício de interpretação da regra legal acima referida, procede-se à sua transcrição, bem como à do art. 46, **caput** do mesmo instrumento normativo, igualmente fundamental à compreensão do raciocínio que se passa a desenvolver:

Art. 45, § 4º - "Para a contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no § 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu § 2º, e adotando **obrigatoriamente o tipo de licitação técnica e preço, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em Decreto do Poder Executivo**".

Art. 46, **caput** - "Os tipos de licitação melhor técnica ou técnica e preço serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, **ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior**". (Grifos nossos)

A primeira leitura dos dispositivos legais em tela tem levado a entendimento no sentido de ter o legislador exercido, **in casu**, opção inafastável pela adoção da licitação do tipo técnica e preço para a aquisição em geral de bens e serviços de informática.

Tal dicção, porém, conduz o administrador público a conclusões paradoxais. A se levar a termos rígidos o texto em pauta, seria de se extrair, por exemplo, a conclusão de que um estabilizador de voltagem para microcomputadores, como bem de informática que é, seria passível de aquisição por via de certame do tipo técnica e preço – entendimento que fere o senso comum, à vista da pouca complexidade tecnológica de equipamentos dessa natureza.

Mesmo que se cogite de instrumentos mais sofisticados, como o próprio **hardware**, a exigência vislumbrada pela interpretação literal nem sempre será faticamente possível. A consequência seria a paralisação da atividade administrativa, por impossibilidade de atendimento à regra legal; ou, ainda, a desconsideração do texto supratranscrito, violando-se o princípio da legalidade.

Diante deste impasse, é de se invocar a lição de Carlos Maximiliano¹, que assevera:

“Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um **absurdo**, prescreva inconveniências, vá ter as (a) conclusões inconsistentes ou impossíveis”. (Grifos do Autor)

2. COMPREENSÃO DA REGRA PARA ESTADOS E MUNICÍPIOS

É noção comezinha em sede de licitações públicas aquela segundo a qual procede a Constituição Federal a uma partição na competência legislativa sobre a matéria. Assim é que à União se reconhece poder legiferante para dispor acerca de **normas gerais** (art. 22, XXVII, da Magna Carta), cabendo a Estados e Municípios fixar, em sua própria esfera normativa, o regramento específico da matéria.

Esta opção pela partição de competências, que não inova em relação à postura doutrinária anterior à Constituição de 1988, justifica-se, se não por uma série de razões que se poderia elencar, pelo caráter continental de nosso País, que não se coaduna com a fixação em lei federal de um excessivo detalhamento do procedimento licitatório a ser observado em todo o Brasil.

A conclusão, portanto, pela oponibilidade para Estados e Municípios da regra **sub examine** virá da resposta à seguinte pergunta: constitui o texto do art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/93 norma geral?

A resposta a essa indagação, normalmente tortuosa, em nossa hipótese concreta se reveste de mais simplicidade. Isso pela singela circunstância de que não seria admissível, à vista da própria partição de competências instituída pela Carta Federal, que pudesse a Lei nº 8.666/93 fixar uma **norma geral passível de exceção por via de Decreto** – ato administrativo normativo.

E foi esta, afinal, a providência empreendida pelo § 4º do art. 45 da Lei de Licitações, que ressalva a possibilidade de adoção de outros tipos de licitação, ainda que para a aquisição de bens e serviços de informática, **em casos indicados por Decreto do Executivo**.

A se entender seja a norma de caráter geral, seu integral conteúdo seria de observância obrigatória por Municípios e Estados, e, para que isso se desse, seria de se admitir a vinculação desses mesmos Entes Federados ao que dispusesse Decreto do Poder Executivo Federal. Evidente que tal afirmativa – poder-se em tese vincular Estados e Municípios a regras traduzidas em ato administrativo federal – atenta contra a autonomia de tais Entes, em posição desarmônica com a sistemática constitucional. Mais uma vez nos há de socorrer o parâmetro de interpretação que nega a possibilidade de por ela se chegar ao absurdo ...

Assim, é de se entender de **caráter específico** a regra traduzida no § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/93, e, por via de consequência, oponível tão-somente à União Federal. Não refuta tal conclusão a ressalva insculpida no art. 46, **in fine**, pela mesma razão já exposta: não se pode pretender incluir em texto de norma geral – agora, a definição do tipo de licitação técnica e preço – ainda que como exceção, norma passível de alteração em seu conteúdo por mero ato administrativo normativo.

Registre-se que do entendimento do caráter não vinculativo da norma em tela – art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/93 – deflui a inteira liberdade para Estados e Municípios optarem, por ocasião da aquisição de seus bens e serviços de informática, por qual tipo pretendam convocar o certame, podendo tal opção recair inclusive – como se exporá adiante – no tipo técnica e preço.

3 - COMPREENSÃO DA REGRA PARA A UNIÃO FEDERAL

Em se cuidando de União Federal, não nos socorrerá a discussão acerca de normas gerais, já que é evidente a sua submissão às normas por ela mesma estabelecidas – independentemente de seu caráter genérico ou específico. Nem por isso deixa o aparente conteúdo da regra do § 4º do art. 45 de ser passível de temperamento em sua interpretação.

Aqui, é de se lançar mão de outro princípio de interpretação: **verba cum effectu, sunt accipienda**².

Afinal, dispõe a Lei no tanto citado § 4º do art. 45 que as aquisições de bens e serviços de informática se dariam por certames do tipo técnica e preço. De outro lado, ao definir o que se deve entender por tal tipo de licitação, **volta a Lei a referir a situação dos bens e serviços de informática**.

A rigor, tal referência seria perfeitamente dispensável, já que a inclusão daquele objeto de certame – bens e serviços de informática – como sujeito necessariamente a técnica e preço já se dera. Como então conferir significado operante ao art. 46, **caput, in fine**, sem se admitir simples repetição atécnica do legislador?

A solução só se pode extrair compreendendo esteja a ressalva da parte final do art. 46 sujeita à delimitação para aplicabilidade do tipo técnica e preço, instituída na parte final do dispositivo. Afinal, também essa é a lição de Carlos Maximiliano³, **in verbis**:

“Procure-se encarar as duas expressões do Direito como partes de um só todo, destinadas a completarem-se mutuamente; de sorte que a generalidade aparente de uma seja restringida e precisada pela outra.”

Esclarecendo: o art. 46 preceitua deva a licitação do tipo técnica e preço se restringir aos **serviços de natureza predominantemente intelectual**. Ao finalizar a regra, chama para seu âmbito de incidência os bens e serviços de informática, sem apontar qualquer outra qualificação para esses mesmos bens e serviços. Entendendo-se, porém, que os dois comandos não são isolados, mas se devem completar, a generalidade aparente – inclusão em técnica e preço dos bens e serviços de informática – seria restringida e precisada pela outra, qual seja, de que tal tipo de certame só tenha aplicação quando se cogita de **utilidade daquela mesma natureza**, ou seja, resultante direta de atividade de criação humana.

Esta é a única Intelceção que emprestará utilidade à referência de parte da Lei, também no art. 46, **caput**, à regra antes instituída no art. 45, § 4º, reverenciando-se assim a regra clássica de interpretação segundo a qual não se utiliza o legislador de palavras vãs.

Logo, não bastará a vinculação de um bem ou serviço à área de informática para conduzir **de per si** a licitação para sua aquisição ao tipo técnica e preço. Será mister seja o objeto do certame em vias de convocação de natureza predominantemente intelectual, adentrando com isso na hipótese de incidência do art. 46, **caput**, harmonizando-se portanto o sistema legal.

4. PREDOMINÂNCIA INTELECTUAL

Esta última característica, erigida pela lei como condição de aplicabilidade de licitação de técnica e preço, merece destaque, ainda ao arrimo do princípio de que o texto legal não vem à luz em vão.

Pedra de toque para distinguir seja ou não de natureza intelectual o bem ou serviço de que se cogita será a definição do objeto mesmo do certame. Isso porque todo bem ou serviço que venha a se mostrar necessário à Administração inafastavelmente envolverá, mais ou menos remotamente, um exercício de atividade humana de criação, nem por isso se podendo ter por conclusão sejam todos de natureza predominantemente intelectual.

Assim, fundamental à solução do impasse será verificar o que deseja a Administração: se a) o desenvolvimento de uma atividade intelectual própria, única, destinada à confecção de um bem ou serviço para atendimento de uma sua necessidade; ou b) a simples contratação de produto já disponível em mercado, sem modificação daquelas características a ele já agregadas.

Da adoção de um ou outro objeto de contratação se terá por via de consequência caracterizado o objeto da licitação como de natureza predominantemente intelectual ou não. Afinal, na primeira hipótese, é condição **sine qua non** o desempenho da tal atividade criativa como instrumento para atingir o objetivo que se busca. Já na última, não pretende a Administração um bem ou serviço singular, a ser desenvolvido especificamente para seu atendimento, contentando-se com aqueles eventualmente disponíveis em mercado. Neste caso, o produto que se objetiva é resultado não mais de criação intelectual de alguém, mas sim de processos automatizados de reprodução.

É este o parâmetro que necessariamente se deverá utilizar para a identificação, no particular que ora se examina, de bens e serviços de informática regidos pela regra do art. 46 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Assim, não bastará o exercício, na gênese de fabricação de um bem, de atividade intelectual, para fazer sua licitação incidir na seara da técnica e preço. Ao contrário, aquilo que se deve indagar é **se na sua produção para atendimento à Administração Pública** exige-se com predominância a atuação criadora do intelecto.

Vale frisar – para espancar a matéria – que a interpretação acima indicada se harmoniza com a própria **ratio legis** para a adoção de certame do tipo técnica e preço. Afinal, esta figura existe e se justifica quando do ponto de vista da Administração há **necessidade de cogitar-se das variáveis técnicas** eventualmente disponíveis. Se, ao contrário, satisfaz à

necessidade do Poder Público a simples adesão a um padrão já disponibilizado, basta a aferição das divergências no terreno dos preços para assegurar-se a contratação nas melhores condições.

Esta linha de raciocínio – é bom que se diga – poderá conduzir à exclusão da seara de licitação do tipo técnica e preço inclusive os **software** de comercialização em mercado. Afinal, neste segmento, o serviço de natureza predominantemente intelectual se prestou por ocasião do **desenvolvimento do programa ou do sistema**. Uma vez desenvolvido e posto à comercialização, perde-se a predominância do intelectual, ao menos para os efeitos de que se cogita. Assim, a Administração Pública, quando licitar a confecção de um sistema ou programa para suas atividades, estará contratando serviço de natureza predominantemente intelectual, suscetível de licitação de técnica e preço. Já quando se lançar a mercado para a aquisição, por exemplo, de programa processador de textos, poderá fazê-lo por via de certame de menor preço, posto que na produção desta utilidade, não mais prevalece a atividade predominantemente intelectual.

Neste particular – ressalte-se – diferente interpretação adotou a União Federal, por ocasião da edição do Decreto nº 1.070, de 2 de março de 1994, que dispõe acerca da adoção do tipo de licitação técnica e preço para a contratação de bens e serviços de informática e automação. O citado instrumento normativo chega a incluir em tal campo **ferramentas e sobressalentes** – art. 2º, I – além de **caixas registradoras eletrônicas** - Anexo do citado Decreto, etc., etc... Despiciendo alongar-me em razões de discordância da opção exercida pela norma federal.

5. OBSERVAÇÕES FINAIS

Declinaram-se nas linhas acima as razões pelas quais se entende inaplicável aos bens e serviços de informática, **como regra**, a licitação por técnica e preço, sendo exigível a predominância de atividade intelectual para a convocação de certame desse tipo.

É compreensível uma primeira tendência a se preconizar a técnica e preço para esse segmento. O Administrador, no mais das vezes pouco versado em informática, teme mau resultado do certame se não cogitar de técnica por ocasião de seu julgamento. Não se pode desconsiderar, porém, que não é este necessariamente o instrumento capaz de garantir boa qualidade técnica do bem ou serviço a ser contratado.

Detém o Poder Público uma faixa de juízo discricionário a exercer por ocasião da especificação daquilo que vá ser objeto de licitação. Nesse momento, utilizando prerrogativa que é sua, pode perfeitamente a Administração definir com critérios técnicos aquilo que seja tido por aceitável

à vista de sua necessidade, preservando-se ante a possibilidade da compra de mau produto. Imprescindível para isso a concorrência de seus técnicos na matéria, como grandes orientadores das exigências a serem formuladas.

A adoção do tipo técnica e preço, por si, não constitui prevenção eficaz contra enganos na área de informática. Ao contrário, conduz o Administrador a se enredar na fixação de critérios objetivos de julgamento em matéria nem sempre mensurável, arriscando a licitação ao fracasso, seja por inobservância da exigência legal – decisão objetiva – , seja por insuficiência de elementos para boa análise das propostas que se apresentem.

A boa qualidade na contratação de bens e serviços de informática é fenômeno que não varia na ordem direta da complexidade do edital, mas sim da cooperação incessante entre segmento de compras e área técnica. Sem isso, tudo o mais será mero formalismo contraproducente.

NOTAS

(1) Carlos Maximiliano **In Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Companhia Editora Forense, 1979, p. 166.

(2) Literalmente, devem-se compreender as palavras com tendo alguma eficácia.

(3) **In opus cit.**, p. 135.