

**JOÃO GUSTAVO DUARTE NADAL**

**PRINCÍPIO DA FINALIDADE, NEUTRALIDADE TECNOLÓGICA E COMPRAS  
GOVERNAMENTAIS DE SOFTWARE**

**CURITIBA  
2006**

**JOÃO GUSTAVO DUARTE NADAL**

**PRINCÍPIO DA FINALIDADE, NEUTRALIDADE TECNOLÓGICA E COMPRAS  
GOVERNAMENTAIS DE SOFTWARE**

Monografia apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharel em Direito ao Curso  
de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da  
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Angela Cassia Costaldello

De acordo: \_\_\_\_\_



**CURITIBA  
2006**

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	iii
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2. NOÇÕES GERAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO</b> .....	3
2.1. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO.....	3
2.2 PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO.....	4
2.3 VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	7
2.3.1 Noções de vinculação e discricionariedade.....	7
2.3.2 Limites da Discricionariedade.....	11
2.3.3 Discricionariedade e Conceitos Jurídicos Indeterminados.....	13
2.3.4 Discricionariedade Técnica.....	14
<b>3. AS LICITAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	17
3.1 A NOÇÃO DE LICITAÇÃO.....	17
3.2 CRÍTICAS À LICITAÇÃO.....	18
3.3 PRINCÍPIOS E PRESSUPOSTOS DA LICITAÇÃO.....	18
3.4 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.....	21
3.5 EDITAL DE LICITAÇÃO.....	27
3.6 MODALIDADES DE LICITAÇÃO.....	28
3.7 HABILITAÇÃO, JULGAMENTO, HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO.....	32
<b>4. O PROBLEMA DAS COMPRAS DE SOFTWARE</b> .....	37
4.1 A NOÇÃO DE SOFTWARE.....	37
4.2 INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO DAS REGRAS EXISTENTES.....	38
4.3 O OBJETO NA COMPRA DE SOFTWARE.....	40
4.4 O PROBLEMA DA COMPETITIVIDADE.....	43
4.5 PADRONIZAÇÃO E COMPRAS.....	45
<b>5. A NEUTRALIDADE TECNOLÓGICA E AS COMPRAS DE SOFTWARE</b> .....	47
5.1 A NOÇÃO DE NEUTRALIDADE TECNOLÓGICA.....	47
5.2 CRÍTICA DA NEUTRALIDADE TECNOLÓGICA.....	48
5.3 A QUESTÃO DA INTEROPERABILIDADE.....	52
5.4. NEUTRALIDADE, FINALIDADE E INTEROPERABILIDADE.....	53
<b>6. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	55
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	58

## RESUMO

A evolução tecnológica criou um problema sério para a Administração Pública, a partir do desenvolvimento de inúmeros *softwares* aptos a executar, com perfeição, as mesmas tarefas. Importa, portanto, estabelecer critérios para selecioná-los. Neste trabalho, apresentamos a neutralidade tecnológica, ou a não preferência por nenhuma tecnologia, como baliza para a escolha dos *softwares* a serem adotados nas diferentes unidades administrativas, avaliando-a à luz da legislação de licitações vigente e dos princípios gerais do Direito Administrativo brasileiro. Esse postulado implica a avaliação objetiva de propostas fundadas nas mais diversas tecnologias, sem que se restrinja de antemão o objeto das disputas, estabelecendo o edital apenas os requisitos operacionais mínimos da solução que se pretende contratar. Concluimos ser a neutralidade tecnológica um parâmetro inadequado à escolha de ferramentas de tecnologia da informação, se aplicado de forma estrita, por incompatível com vários daqueles princípios gerais e por gerar sérios inconvenientes à Administração Pública, ao passo que pode ser um bom referencial, se acoplado a outros critérios, como a interoperabilidade e a economicidade.

**Palavras-Chave:** Licitações, Tecnologia, Software.

## 1. INTRODUÇÃO

A evolução da Tecnologia da Informação levou ao desenvolvimento de inúmeros *softwares* que executam as mesmas funções, com operação bastante similar, cenário mais perceptível para as tarefas mais elementares executadas por um computador.

Esse contexto cria, para a Administração, o sério inconveniente de escolher os programas que serão usados em suas atividades. Caso a Administração opte por não desenvolver os aplicativos e sistemas que pretende usar e caso haja uma pluralidade de opções igualmente aptas a satisfazer o interesse público, é necessária, em princípio, a realização de licitação, para selecionar, dentre as propostas apresentadas pelos interessados, a que melhor atenda à finalidade da Administração.

A legislação não estabelece bons critérios para a seleção de *software*, e remete aos editais de licitação para que esse limitem o objeto das disputas, estabelecendo requisitos mínimos a serem atendidos pelos produtos ou serviços ofertados.

Isso é insuficiente, todavia, pois o estabelecimento de critérios *ad hoc* em cada edital enseja a direção do resultado das licitações para beneficiar determinado fornecedor. Precisa-se de critérios gerais que balizem a escolha dos *softwares* que serão usados pela Administração.

Nessa linha, muitos desenvolvedores de *software* têm defendido a necessidade de adoção de políticas públicas que estabeleçam a neutralidade da Administração Pública ao escolher as técnicas e soluções que serão empregadas na implementação de seus sistemas de tecnologia da informação, ou seja, que no planejamento dos sistemas a serem implementados e na escolha de seus componentes físicos (*hardware*) e lógicos (*software*) haja um mínimo de discricionariedade por parte da Administração, de modo a pautar-se a escolha dos componentes somente por determinados méritos técnicos essencialmente

quantitativos, objetivamente verificáveis (por exemplo, a capacidade de processamento teórica de determinado processador de uso geral, ou o suporte dado por determinado sistema operacional a editores de texto e aplicativos de banco de dados gráficos), e ao custo dos componentes, não sendo valorizadas as vantagens e desvantagens não-quantitativas envolvidas (como a possibilidade de auditar o código-fonte de determinado aplicativo, a fim de minorar suas eventuais falhas de segurança).

A adoção de políticas governamentais licitatórias fundadas em tal postulado depende, contudo, de sua avaliação crítica à luz dos princípios da finalidade e da eficiência da administração pública.

Pergunta-se, pois, se a neutralidade tecnológica da Administração Pública para a aquisição de licenças de *software* é ou não vantajosa, ou seja, se ao ignorar para determinadas vantagens e desvantagens não-quantitativas, tendo em vista o aumento na concorrência gerado por essa política, a Administração faz uma boa escolha.

Apresentamos, neste trabalho, essa baliza que pode ser útil para selecionar os softwares que atendam às necessidades da Administração, avaliando-a à vista da legislação de licitações vigente e dos princípios gerais do Direito Administrativo brasileiro, para sabermos se é capaz de resolver o problema de selecionar *software* a ser usado pela Administração Pública em suas atividades.

Assim, subdividimos este breve trabalho em quatro capítulos: no primeiro, apresentaremos algumas noções gerais de direito administrativo (regime jurídico administrativo, princípios gerais do direito administrativo, vinculação e discricionariedade); no segundo, trataremos do regime jurídico das licitações; no terceiro, apresentaremos os inconvenientes para a compra de *software* pela Administração; e no último, trataremos da neutralidade tecnológica em si, avaliando-a criticamente à luz das noções anteriormente expostas.

## 2. NOÇÕES GERAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Neste capítulo, exporemos algumas noções de Direito Administrativo necessárias à compreensão das licitações e à solução do problema da compra de software. Trataremos da idéia de regime jurídico administrativo, de alguns de seus princípios gerais, e das noções de vinculação e discricionariedade.

### 2.1. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

A noção de Regime Jurídico Administrativo funda e justifica a existência do Direito Administrativo como disciplina jurídica autônoma, pois lhe dá conteúdo e princípios próprios, e permite ao intérprete fácil identificação das matérias que lhe são sujeitas.

Importa, pois, sabermos sua definição, a fim de entendermos suas implicações. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o regime jurídico administrativo consiste na “atribuição de uma disciplina normativa peculiar, que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos”.<sup>1</sup>

Para a compreensão desse conceito, é necessário esclarecer o que é interesse público. Aquele autor o define como o resultante do conjunto dos interesses de cada indivíduo enquanto membro da sociedade<sup>2</sup>, não correspondendo aos interesses individuais do Estado, os quais, aliás, só podem ser perseguidos no que forem compatíveis com aquele.

Essa definição, todavia, é insuficiente, por ser vaga e de difícil determinação. Em sociedades altamente heterogêneas, como a nossa, são poucas as matérias em que os interesses de cada indivíduo enquanto membros da sociedade são suficientemente homogêneos que a eles possa se atribuir, mantida essa definição, o caráter de interesse público, o que torna a definição de interesse público

<sup>1</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso de direito administrativo, p. 46.

<sup>2</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso ..., p. 51-53.

apresentada um tanto quanto insuficiente, embora fuja ao objeto deste trabalho abordá-la detalhadamente.

A supremacia do interesse público sobre o privado tem algumas implicações típicas: a posição privilegiada da Administração nas relações com os particulares, consubstanciada em prerrogativas que lhe são próprias, e podem ser usadas sempre que necessário, no desempenho de sua função, para atender ao interesse público, como a possibilidade de constituir unilateralmente terceiros em obrigações e exigir o cumprimento de seus atos, de revogá-los, mediante declaração unilateral de vontade, ou de decretar-lhes a nulidade, se viciados.<sup>3</sup>

A indisponibilidade do interesse público pela administração significa, por sua vez, que os interesses públicos “não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. (...) Nela não há apenas um poder em relação a um objeto, mas, sobretudo, um dever, cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade, que lhe serve de parâmetro”, o que implica a submissão da atividade administrativa à legalidade e suas decorrências (finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação e responsabilidade do Estado), à obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, à tutela, à isonomia, à publicidade e à inalienabilidade dos direitos referentes a esses interesses.<sup>4</sup>

Embora a noção de Regime Jurídico Administrativo fundada na supremacia do interesse público sobre o interesse particular e na indisponibilidade desses interesses demarque satisfatoriamente o Direito Administrativo, é necessária uma melhor definição de interesse público, pois essa é um pressuposto lógico daquele regime jurídico.

## 2.2 PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Exposta a noção de Regime Jurídico Administrativo, devemos apresentar alguns de seus princípios, que sustentam e suprem as normas integrantes do Direito

3 BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso ... , p. 62; 87.

4 BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso ... , p. 64-66.

Administrativo.

A Constituição da República ocupou-se de elencar cinco princípios que devem reger as atividades da Administração Pública<sup>5</sup>: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

Em abrangente dissertação sobre o tema, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini apresenta completo rol dos princípios expressamente reconhecidos pela legislação brasileira, bem como dos apontados pela doutrina administrativista nacional como princípios gerais de Direito Administrativo.<sup>6</sup>

Tratemos em detalhe de alguns desses princípios.

O princípio da legalidade importa na submissão da Administração ao ordenamento jurídico. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles “não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.<sup>7</sup>

Implica, conforme salienta Michel Stassinopoulos, a impossibilidade de o administrador agir *contra* ou *praeter legem*, devendo agir sempre *secundum legem*.<sup>8</sup>

Obriga, portanto, os que exercem o poder, através da Lei, a concretizarem a vontade geral, consubstanciada na Lei, restringindo-lhes severamente o âmbito de atuação e limitando-lhes os poderes, impedindo que possam estabelecer qualquer restrição ilegal aos direitos de terceiros.<sup>9</sup>

Ao lado da legalidade, a finalidade é princípio fundamental à conformação do regime jurídico administrativo, correspondendo a obrigatoriedade de que todas as decisões tomadas pela Administração devam visar a consecução de seus objetivos, consistentes na satisfação das necessidades vinculadas ao interesse público,

---

5 Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...

6 BERTONCINI, M.E.S.N. Principiologia de Direito Administrativo Brasileiro.

7 MEIRELLES, H.L. Curso de Direito Administrativo, p. 85.

8 STASSINOPOULOS, M. Traité des Actes Administratifs. Athenas, Librairie Sirey, 1954, p. 69, APUD: BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso..., p. 92.

9 BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso ..., p. 91; 94.

reconhecido pela ordem jurídica.

Evidentemente, não pode a Administração, a pretexto de melhor saciar as necessidades coletivas relevantes, agir ao arrepio da legalidade, de modo que apenas as atividades administrativas que atendam ao interesse público e não infrinjam quaisquer disposições legais podem ser consideradas legítimas. De outro lado, ainda que lícitas, são inválidos os atos praticados pela Administração em desrespeito à finalidade.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a finalidade integra a legalidade, “pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser (...) [visto que] o que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima”.<sup>10</sup>

Outro princípio igualmente importante é o da Isonomia, que veda as ofensas à igualdade, exigindo da Administração, incumbida de atender ao interesse de toda a sociedade, que não estabeleça qualquer tratamento desigual dos administrados, sem que a discriminação estabelecida esteja logicamente relacionada ao tratamento juridicamente diverso e seja compatível com os interesses e valores reconhecidos constitucionalmente.<sup>11</sup>

Destacamos ainda o Princípio da Razoabilidade, de acordo com o qual o Administrador não pode agir de forma irracional, desarrazoada, determinando medidas incompatíveis com as normas de prudência e bom-senso, e o Princípio da Proporcionalidade, que limita a extensão e intensidade do exercício das competências administrativas ao necessário para o fiel cumprimento da finalidade e de satisfação do interesse público a que estão vinculadas.<sup>12</sup>

É indispensável, sobretudo se consideramos a necessidade de eventualmente apreciar-se judicialmente os atos administrativos, para coibir abusos

---

10 BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso ..., p. 97.

11 Nesse sentido, indicamos a leitura da obra de Bandeira de Mello intitulada O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.

12 BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso ..., p. 70.

das prerrogativas da Administração o Princípio da Motivação, que obriga o administrador a consignar no ato praticado as razões de sua decisão.

Outros princípios importantes são os da Impessoalidade e do Controle Judicial dos Atos Administrativos. A impessoalidade comporta duplo sentido, conforme explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, consistente, de um lado, na vedação da atuação administrativa visando beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas, e, de outro, na imputação à entidade pública das ações de seus agentes.<sup>13</sup>

Já a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos, alçada à categoria de princípio geral, é apenas expressão do princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação judiciária de lesões ou ameaças de lesões a direitos, expressamente reconhecido no inciso XXXV da Constituição da República.<sup>14</sup> É possível, portanto, anular judicialmente de quaisquer atos administrativos praticados em desacordo com a legislação vigente no país.

Por fim, salientamos o Princípio da Segurança Jurídica, que é verdadeiro princípio geral de Direito, que visa evitar mudanças repentinas nas regras vigentes, propiciando alguma segurança aos administrados a respeito da correção e licitude de suas condutas.<sup>15</sup>

## 2.3 VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

### 2.3.1 Noções de vinculação e discricionariedade

A definição de vinculação ou de atividade vinculada suscita menos problemas e discussões que a de discricionariedade ou atividade discricionária, pela menor complexidade e por estar o Administrador obrigado a cumprir as disposições legais<sup>16</sup>, e por suscitar menos controvérsia doutrinária, visto que a inobservância de

13 DI PIETRO, M.S.Z. Direito Administrativo, p. 71.

14 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

15 Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu Curso de Direito Administrativo, p. 77 e 113.

16 Como bem lembra Bandeira de Mello, "A atividade administrativa é fundamentalmente sublegal, infralegal". Discricionariedade administrativa e controle Jurisdicional, p.12.

disposição legal implica a possibilidade correção jurisdicional do ato administrativo praticado.

Renato Alessi esclarece que vinculação consiste na determinação precisa do comportamento do agente administrativo ante determinado fato previsto abstratamente, restringindo-se a atuação da Administração ao reconhecimento da ocorrência do fato previsto e à tomada da ação legalmente prevista para aquele fato determinado.<sup>17</sup>

De outro lado, há a discricionariedade ou atividade discricionária da administração, que ocorre em razão da impossibilidade de previsão geral e abstrata de todas as situações fáticas a serem enfrentadas pelo Administrador.

Como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, embora seja antigo, o instituto só adquiriu suas feições atuais com o advento do Estado Democrático, quando se atenuou seu caráter político e foram superadas tanto as noções típicas dos estados liberais (nos quais a discricionariedade permitia ao administrador gerir livremente os assuntos não regulados expressamente em lei) quanto as características dos estados sociais (nos quais a discricionariedade era praticamente inexistente, só se admitindo que o administrador fizesse aquilo que a lei permitisse).<sup>18</sup>

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se definir discricionariedade nos seguintes termos:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação.<sup>19</sup>

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro a define como a “faculdade que a Lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas

17 ALESSI, R. Instituciones de derecho administrativo, p. 187.

18 DI PIETRO, M.S.Z. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, p. 23-27.

19 BANDEIRA DE MELLO, C.A. Discricionariedade ..., p. 48.

válidas perante o Direito”, prestando-se a evitar o mecanicismo dos agentes administrativos, suprir a impossibilidade de previsão abstrata de todas as situações de fato com as quais o administrador se deparará, supri-lo das falhas legislativas e permitir o bom funcionamento da administração<sup>20</sup>.

Na mesma esteira, Luiz Alberto Blanchet afirma ser discricionária a escolha entre duas ou mais soluções diferentes, igualmente válidas pelo direito e igualmente idôneas para satisfazer a finalidade juridicamente empregada, pautando a escolha pela conveniência e oportunidade.<sup>21</sup>

Considerando o conceito polissêmico, Michel Stassinopoulos<sup>22</sup> sistematizou diversas definições de discricionariedade, das quais destacamos as noções de discricionariedade como capacidade determinar o sentido de noção legal imprecisa, e de poder praticar atos cujos motivos não foram legalmente fixados.

Isso não quer dizer que haja discricionariedade na inexistência de Lei que a estabeleça, pois “não pode a Administração prescindir da autoridade legal para sua atuação”.<sup>23</sup>

Da mesma forma, não há atos totalmente vinculados ou discricionários, pois ainda que “presente a discricionariedade, o órgão administrativo terá sempre poderes vinculados quanto a alguns aspectos e discricionários quanto a outros. Daí não existirem atos exclusivamente vinculados ou discricionários, mas apenas atos praticados no exercício de poderes discricionários cumulativamente com poderes vinculados”.<sup>24</sup>

Para Bandeira de Mello, a discricionariedade pode decorrer da descrição imprecisa da hipótese fática de incidência de determinada norma ou da remissão, no comando da norma, a uma escolha do administrador, seja essa a da realização ou

---

20 DI PIETRO, M.S.Z. Discricionariedade ...

21 BLANCHET, L.A. Discricionariedade ou irrelevância jurídica?, p. 71.

22 STASSINOPOULOS, M. *Traité des Actes Administratifs*. APUD: CAVALCANTI, T.B. *Do Poder Discricionário*, p. 431-432.

23 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade administrativa e controle judicial*, p.12-13.

24 FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Discricionariedade da Administração Pública*, p. 68.

não do ato, ou do momento, forma ou providências determinadas nesse, e se manifesta no conteúdo do ato.<sup>25</sup>

Na mesma esteira é que Rodrigo Garcia da Fonseca afirma que haverá discricionariedade quando a Constituição ou Lei expressamente conferi-la ao órgão administrativo, ou, ainda que não o faça, quando estabeleça determinada competência sem estabelecer a conduta a ser adotada pelo administrador.<sup>26</sup>

Luiz Alberto Blanchet identifica a discricionariedade com a irrelevância jurídica da escolha, no caso concreto, ao afirmar que “haverá efetiva liberdade para o agente quando uma ou outra das escolhas for irrelevante para o Direito (...) seja porque ela e outra, a outros, apresentam idêntico grau de oportunidade e conveniência”.<sup>27</sup>

Caso a discricionariedade esteja no comando da norma, o administrador está obrigado a decidir da forma que melhor atenda a finalidade daquela; ele está “perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da Lei”.<sup>28</sup>

Questão interessante, mas que não enfrentaremos neste trabalho, é a da existência ou não de discricionariedade ao interpretar a legislação. Hans Kelsen entende haver várias interpretações válidas para determinada norma, se atendidos os requisitos das normas que lhe sejam hierarquicamente superiores<sup>29</sup>. Há autores, de outro lado, que sustentam que só há uma interpretação válida para determinado texto legal.<sup>30</sup> Argumento importante em favor da segunda tese é que somente a inexistência de discricionariedade cognitiva ou interpretativa tornaria possível a

---

25 BANDEIRA DE MELLO, C.A, Discricionariedade ..., p. 21

26 FONSECA, R.G. da. Obra citada, p.69.

27 BLANCHET, L.A.. Obra citada, p.71-72.

28 BANDEIRA DE MELLO, C.A, Discricionariedade ..., p. 33.

29 KELSEN, H. Teoria pura do direito, p. 390-391.

30 Rodrigo Garcia da Fonseca menciona, em seu artigo, Carlos da Rocha Guimarães, Ricardo Lobo Torres e Alberto Xavier.

revisão de determinada decisão judicial, em sede de recurso.<sup>31</sup>

### 2.3.2 Limites da Discricionariedade

Discute-se quais elementos do ato administrativo podem ser estabelecidos discricionariamente. Para Marcelo Harger, o conteúdo, a forma, o motivo e a finalidade podem, em circunstâncias específicas, ser discricionários.<sup>32</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, entende não ser possível a determinação discricionária do sujeito do ato administrativo, estabelece restrições à discricionariedade na forma (somente é admissível caso a Lei não estipule uma forma específica, mantido o caráter escrito e expreso do ato) e motivo do ato (somente é admissível caso a Lei não o defina, ou o faça de forma vaga), e aponta dissenso doutrinário a respeito da possibilidade de discricionariedade na finalidade do ato, sendo Hely Lopes Meirelles, Seabra Fagundes e Caio Tácito partidários da vinculação da finalidade do ato e Celso Antônio Bandeira de Mello defensor da possibilidade de ser essa discricionária, em circunstâncias específicas.<sup>33</sup>

Violada a Legalidade, não se põe em dúvida que o ato viciado estará sujeito a controle judicial, que poderá determinar a anulação do ato, para que cesse indevida restrição a direitos de terceiros. Constatado esse vício, a própria Administração poderia decretar-lhe a nulidade.

A situação complica-se quando, no exercício de uma competência discricionária, pois sob o pretexto de examinar a legalidade do ato, poderia haver revisão do critério de conveniência e oportunidade eleito pelo administrador.

Lembrando a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a discricionariedade “supera o mero exame de legalidade, consistindo na determinação de medida à vista de situação de fato”, não podendo o judiciário rever a decisão administrativa discricionária, exceto em caso de grave erro da autoridade que a emitiu quanto à

---

31 FONSECA, R.G. da. Obra citada, p.71

32 HARGER, M. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados, p. 31.

33 DI PIETRO, M.S.Z. Discricionariedade ...

ocorrência e extensão dos fatos.<sup>34</sup>

Também pode ser o ato discricionário revisto judicialmente em caso de abuso de poder, descrito por Fonseca como o extrapolamento dos limites dentro dos quais lhe era lícito atuar, abusando a Administração da discricionariedade outorgada pela lei, agindo arbitrariamente.<sup>35</sup>

Outra causa que enseja a revisão judicial do ato discricionário é o desvio de poder, consistente no uso da competência para finalidade diversa daquela para a qual essa foi outorgada<sup>36</sup>, seja buscando fim alheio ao interesse público ou simplesmente alheio ao do ato praticado, ainda que atendendo àquele interesse.

Há outras balizas para que se fiscalizem os atos discricionários: uma delas é o exame dos motivos determinantes da prática do ato, mediante avaliação da correspondência entre os fatos ocorridos, a fundamentação acostada e o ato praticado, permitindo ao judiciário avaliar se não há abuso, por parte do administrador, e se as providências por ele determinadas estão de acordo com a finalidade estabelecida na legislação<sup>37</sup>; além disso, há de se verificar se o ato praticado é razoável, se as providências por ele determinadas são proporcionais, e se não há ofensas à moralidade, à boa-fé e à isonomia – visto que essas restrições afetam todo o sistema jurídico-administrativo.

Devemos destacar que as teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes vem sendo usadas para ampliar indevidamente o âmbito de fiscalização dos atos administrativos pelo poder judiciário, afetando, por vezes, a parcela insuscetível de revisão pelo judiciário: o mérito dos atos administrativos, definido por Celso Antônio Bandeira de Mello nos seguintes termos:

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida

34 DI PIETRO, M.S.Z. Discricionariedade ..., p. 51.

35 FONSECA, R.G. da. Obra citada, p. 77.

36 Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, em Discricionariedade Administrativa ..., p. 57.

37 FONSECA, R.G. da. Obra citada, p. 78.

qual delas seria a única adequada.<sup>38</sup>

Por fim, é oportuno repetirmos a ressalva de Blanchet a respeito da maior simplicidade da atividade de controle, se comparada à prática dos atos controlados, dada a maior disponibilidade de informações, inclusive quanto às conseqüências dos atos praticados.<sup>39</sup>

### 2.3.3 Discricionariedade e Conceitos Jurídicos Indeterminados

O tema da discricionariedade ganha novo relevo se contrastada essa com o dos conceitos indeterminados.

Já Marcelo Harger destaca que os problemas da linguagem, como a carga emotiva das palavras, a ambigüidade e a vagueza podem ser importantes causas da indeterminação de alguns conceitos.<sup>40</sup>

Fonseca salienta que os autores que não admitem a discricionariedade são os que defendem a idéia de que há apenas uma interpretação possível da Lei para cada caso concreto, não diferindo a interpretação dos conceitos legais indeterminados da dos demais.<sup>41</sup>

Harger afirma, ainda, a existência, nos conceitos jurídicos indeterminados, de zonas de clareza (sabe-se em relação às quais não há dúvida quanto à adequação ou inadequação do conceito aos fatos em relação a determinados fatos), e zonas de penumbra, que ensejam a atuação discricionária da Administração, que deve agir considerando o contexto e o significado dos conceitos.<sup>42</sup>

Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández entendem que não há discricionariedade na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, pois a indeterminação apenas existiria abstratamente e se resolveria ante um caso concreto, isso é, dadas determinadas circunstâncias de fato, ou os conceitos

---

38 BANDEIRA DE MELLO, C.A. Discricionariedade ..., p. 38.

39 BLANCHET, L.A. Obra citada, p. 73-74.

40 HARGER, M. Obra citada, p. 35.

41 FONSECA, R.G. da. Obra citada, p. 73.

42 HARGER, M. Obra citada, p. 36.

estariam adequados a essas circunstâncias, ou não. *Tertium non datur*.<sup>43</sup>

Em determinadas situações, no entanto, isso não é possível, e permanecem mais de uma interpretação razoável e bem-fundamentada de determinado conceito. Nesses casos, o Administrador agirá discricionariamente, selecionando a interpretação que melhor atenda à finalidade da norma interpretada. Se o fizer, terá agido legalmente, e o judiciário não poderá alterar sua decisão.<sup>44</sup>

Del Claro discorda desse entendimento. Destaca que nesses casos o administrador, observando os deveres de discricionariedade e de boa administração, deve encontrar a solução que melhor atenda ao interesse público, mas que sua conduta será passível “de controle pelo Poder Judiciário em sua inteireza, sem mácula ou limitação ao princípio de separação dos Poderes do Estado de Direito”<sup>45</sup>.

Tal entendimento é, a nosso ver, temerário, pois importa ampla possibilidade de revisão judiciária do mérito do ato administrativo, tolhendo do administrador a essência de sua atuação, nas hipóteses de discricionariedade.

Dessa maneira, filiamo-nos à doutrina de Bandeira de Mello, para quem o mérito da decisão discricionária não deve ser revisto judicialmente, se não contrário à lei, ótimo no atendimento do interesse público e razoável.

#### 2.3.4 Discricionariedade Técnica

Muito se discute a respeito da existência de discricionariedade para a escolha de uma dentre várias opções para a solução de uma questão eminentemente técnica, supondo-se que ambas as opções atendam igualmente bem ao interesse público – problema que inexiste caso uma ou outra solução atendam melhor ao interesse público que as demais.

Para Fonseca, se houver, em determinado momento, “mais de uma solução técnica válida, eficiente e adequada para um certo problema posto para a

43 GARCIA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.-R. *Curso de derecho administrativo*, p. 449.

44 BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Discricionariedade ...*, p. 41.

45 DEL CLARO, M.A.M. *O direito administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados*, p. 173-175.

Administração, pode se falar numa verdadeira discricionariedade técnica”.<sup>46</sup>

Nessas situações, não se pode aferir com precisão as vantagens proporcionadas por uma ou outra solução, por serem rigorosamente equivalentes ou por serem as vantagens e/ou desvantagens de uma ou de outra irrelevantes – e.g. ao escolher *software* específico para a elaboração de planilhas de cálculo, é vantagem irrelevante uma solução suportar um formato de arquivo obscuro e tecnicamente obsoleto há mais de 10 anos.

A possibilidade de uma escolha discricionária ficaria, então, condicionada à existência de critérios de escolha que encerrem dêem determinado grau de flexibilidade à Administração (caso esses critérios sejam rígidos, o julgamento de ambas as soluções deverá ser totalmente objetivo).<sup>47</sup>

De outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que basta que a escolha do Administrador seja razoável e balizada pela finalidade, dentre um número limitado de alternativas, supondo-se que não seja possível determinar qual alternativa sirva melhor ao interesse público.<sup>48</sup>

Eros Roberto Grau critica a doutrina da discricionariedade técnica, apontando o subjetivismo envolvido na determinação da 'tecnicidade' de determinada questão, o desconhecimento do juiz da matéria em questão, e a dificuldade no controle jurisdicional dessas decisões, especialmente se esse se limitar ao assim chamado “erro manifesto” da Administração.<sup>49</sup>

Resta ressaltar o alerta feito por Fonseca, de que algumas discussões, ainda que aparentem ser estritamente técnicas, envolvem outros fatores e interesses de outra ordem (social, econômica, política ou ideológica), o que exige maior cuidado na verificação da existência e extensão da competência do agente que pratique

---

46 FONSECA, R.G. da. Obra citada, p. 75.

47 FONSECA, R.G. da. Obra citada, p. 75.

48 BANDEIRA DE MELLO, C.A., *Discricionariedade...*, p. 43

49 GRAU, E.R.. *Discricionariedade técnica e parecer técnico*.

esses atos.<sup>50</sup>

Pessoalmente, entendemos que não deva restringir a ação do administrador na compra de *software* sob a alegação de haver discricionariedade técnica, por não se tratar de decisão estritamente técnica (embora tenha implicações técnicas), e por aquela subtrair-lhe a decisão do mérito do ato administrativo, e vincular-lhe à avaliação de conveniência e oportunidade tomada por técnicos.

Destacamos, ainda, que a discricionariedade técnica enseja uma série de inconvenientes, como a seleção, pelos técnicos, de suas ferramentas preferidas, e não as mais propícias a atender de forma eficiente e barata o interesse público.

Entendemos que as decisões discricionárias com implicações técnicas devam ser informadas pelas opiniões de especialistas em uma ou outra matéria. Exempli gratia, para a escolha de *software*, é prudente consultar um administrador e um analista de sistemas de tecnologia da informação, para ter notícia das diversas soluções disponíveis. Isso, por si, não transfere a competência para decidir a esses técnicos.

---

50 FONSECA, R.G. da. Obra citada, p. 75.

### 3. AS LICITAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO

Encerrada nossa breve exposição a respeito dos principais caracteres do direito administrativo brasileiro, com destaque ao instituto da discricionariedade, devemos tratar das regras que regulam a aquisição de bens e a contratação de serviços.

#### 3.1 A NOÇÃO DE LICITAÇÃO

Licitação é um procedimento administrativo no qual a Administração seleciona, ponderada e motivadamente, a proposta de contrato que lhe seja mais vantajosa.

Na lição de Lúcia Vale Figueiredo, “é o procedimento administrativo formal, nominado, cuja finalidade é selecionar o melhor contratante para a Administração, contratante, este, que lhe deverá prestar serviços, construir-lhe obras, fornecer-lhe ou adquirir-lhe bens”.<sup>51</sup>

Já Celso Antônio Bandeira de Mello, vinculando à noção de licitação a possibilidade de a Administração Pública realizar negócios que lhe sejam proveitosos e, ao mesmo tempo, assegurar a todos a possibilidade de contratar com a Administração, definiu licitação nos seguintes termos: “procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, (...) segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados”.<sup>52</sup>

Ambas as lições aqui expostas estão de acordo com a célebre definição de Hely Lopes Meirelles, para quem a licitação consiste em procedimento através do qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.<sup>53</sup>

---

51 FIGUEIREDO, L.V. Curso de Direito Administrativo, p. 446.

52 BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso... , p. 479.

53 MEIRELLES, H.L. Licitação e Contrato Administrativo, p. 19.

A licitação divide-se em duas fases: na fase interna, “a promotora do certame, em seu recesso, pratica todos os atos condicionais à sua abertura. (...) A Etapa externa (...) é aquela em que, já estando estampadas para terceiros (...) as condições de participação e disputa, irrompe a oportunidade de relacionamento entre a Administração e os que se propõem afluír ao certame”.<sup>54</sup>

### 3.2 CRÍTICAS À LICITAÇÃO

Sérgio Resende de Barros faz críticas severas ao instituto da licitação, por considerá-la formalista, custosa, morosa, ineficiente<sup>55</sup> – não atendendo, portanto, à sua finalidade. Salaria que, paradoxalmente, a licitação protege a gestão da coisa pública retirando do Administrador, de forma autoritária, o poder de geri-la.

Sua crítica mais severa, no entanto, é a de que não há verdadeira concorrência nas licitações. “A concorrência administrativa (...) tem sido uma falsa concorrência – falseada por regras de lei ou edital, que fixam tapumes, ora aprisionando o mercado em limites legais que o negam, ora escondendo do mercado negócios “legais” que o renegam”.<sup>56</sup>

Discordamos. Embora as licitações estabeleçam entraves significativos à competitividade, a inexistência desses entraves permitiria uma série de abusos por parte de alguns administradores públicos inescrupulosos. Hoje, a existência de um regulamento restritivo das contratações administrativas é um mal necessário.

### 3.3 PRINCÍPIOS E PRESSUPOSTOS DA LICITAÇÃO

Com exceção das hipóteses previstas expressamente em Lei, consoante o disposto no art. 37, XXI da Constituição da República, é obrigatória a realização de licitação para que a Administração contrate a realização de obras, compras, e serviços.<sup>57</sup>

54 BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso... , p. 523.

55 BARROS, S.R. de. Liberdade de Contrato: A crise da Licitação, p.151-164.

56 BARROS, S.R. de. Obra citada, p. 162.

57 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Como anota Bandeira de Mello, com exceção dos casos expressamente excepcionados, as licitações reger-se-ão pelo disposto na Lei nº 8.666, de 21.6.1993, estando obrigadas a realizá-las as pessoas de Direito Público dotadas de capacidade política, bem como as entidades de suas Administrações indiretas, mesmo que explorem atividades econômicas.<sup>58</sup>

O legislador teve o cuidado de listar, no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, os mais importantes dentre princípios regentes das licitações.<sup>59</sup>

Bandeira de Mello resume-os da seguinte forma: competitividade; isonomia; publicidade; respeito às condições prefixadas no edital; possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores.<sup>60</sup>

Sobre a competitividade, Humberto Barbosa de Castro salienta, em sua dissertação de mestrado, que essa pode ser fraudada antes ou durante o julgamento das propostas, em razão de exigências dispensáveis no edital ou disposições legais que a restrinjam, e da necessidade de se prestigiar a isonomia para que os certames desenvolvam-se num ambiente saudável de competição, permitindo que as licitações atinjam assim sua finalidade.<sup>61</sup>

Ao princípio da publicidade corresponde a necessidade de ampla divulgação do certame, e a impossibilidade de sigilo no curso da licitação. Abertos os envelopes contendo a documentação de determinado licitante e sua proposta, não pode a Administração restringir o acesso a esses documentos ou ao menos às informações neles contidas, sob pena de invalidar o procedimento licitatório.

---

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

58 BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso ..., p. 483-484; 490-491

59 Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

60 BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso... , p. 489.

61 CASTRO, H.B. de. As Licitações Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro, com Ênfase na Observância do Princípio da Competitividade (dissertação), p. 15; 139-140.

A isonomia, por sua vez, consiste no tratamento equânime que se deve dar aos licitantes, independentemente de sua qualificação técnica ou econômica. Não é admissível que a Administração privilegie um ou outro licitante em prejuízo dos demais. Esse princípio decorre dos Princípios da Isonomia e da Impessoalidade.

Por fim, há a vinculação ao edital. Durante uma licitação, a Administração Pública está vinculada aos termos do ato convocatório, não podendo desrespeitá-los em hipótese alguma. Costuma-se dizer que da mesma forma que o contrato faz lei entre as partes, o edital faz lei para o certame.

Devemos destacar a classificação dos pressupostos da licitação feita por Celso Antônio Bandeira de Mello, que os classifica em **lógicos** (existência de uma pluralidade de objetos e de ofertantes), **jurídicos** (possibilidade de a licitação servir ao interesse público tutelado pela Administração), **fáticos** (existência de uma pluralidade de interessados em participar da licitação).<sup>62</sup>

Há diferentes requisitos para a instauração de licitação, caso se o contrato diga respeito a obras e serviços ou a compras<sup>63</sup>, sendo necessários, naquela hipótese, o projeto básico, o orçamento, a indicação de recursos orçamentários disponíveis e a contemplação da obra no plano plurianual, e nessa, somente a caracterização do objeto e a indicação de recursos orçamentários.<sup>64</sup>

Salienta, por fim, a existência de vedações legais na abertura da licitação, como a impossibilidade de incluir no objeto a obtenção de recursos financeiros para sua execução (art. 7º, § 3º)<sup>65</sup>, o fornecimento de materiais sem previsão de quantitativos ou que não correspondam às previsões do projeto básico ou executivo (§ 4º); incluir bens e serviços sem similaridade, ou indicar marcas ou características e especificações exclusivas, salvo quando tecnicamente justificável fazê-lo (art 7º, § 5º), sob pena de nulidade do certame e de responsabilização de quem lhes tenha

62 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso..., p. 492-493.

63 Aquelas são reguladas na Lei 8.666/93 nos 7º a 13, e a essa é regulada pelos artigos 14 a 16.

64 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso... , p. 524.

65 Embora talvez as Parcerias Público-Privadas subvertam essa vedação.

dado causa.<sup>66</sup>

### 3.4 INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO

Há hipóteses específicas em que as contratações para a realização de obras, prestação de serviços e compra de bens não serão precedidas de prévia licitação: trata-se das hipóteses de inexigibilidade e de dispensa.<sup>67</sup>

Destaque-se não ser possível o estabelecimento de outras hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação por normas estaduais ou municipais<sup>68</sup>, visto que as normas federais que as estabelecem são consideradas de caráter geral<sup>69</sup>, e abarcadas em competência legislativa privativa da União.

O estudo dos casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação é relevante para o presente estudo, em razão de haver várias hipóteses diretamente aplicáveis às compras de *software*, excluindo a necessidade de licitar para realizá-las, ainda mais se considerarmos a tendência apontada por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes de se aumentar o número de hipóteses de dispensa e inexigibilidade, bem como o volume das compras e contratos não licitados.<sup>70</sup>

A inexigibilidade de licitação consiste na impossibilidade de realizar licitação em razão da inviabilidade da competição – o que ocorrerá sempre que faltarem os pressupostos lógicos da licitação.

O art. 25 da Lei nº 8.666/93 lista, de forma não exaustiva<sup>71</sup>, algumas hipóteses de inexigibilidade, a saber: a exclusividade de fornecedor, a contratação

---

66 BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso ..., p. 525-526

67 Acolhendo aqui o ensinamento de Marçal Justen Filho, para quem a inexigibilidade é logicamente anterior à dispensa, trataremos antes daquela, invertendo a ordem legal dos institutos.

68 Nesse sentido, JACOBY FERNANDES, J.U. Contratação direta sem licitação, p. 33.

69 Nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição da República, compete à União legislar privativamente sobre "normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III", não restando excluída, nos termos do § 2º do art. 24 a competência suplementar dos Estados, restrita a questões específicas, regulando as matérias de acordo com as normas gerais.

70 JACOBY FERNANDES, J.U.. Obra Citada, p. 92-93.

71 Em entendimento discrepante do restante da doutrina, José Cretella Jr. entende ser exaustivo o rol de hipóteses de inexigibilidade de licitação constante no art. 25 da Lei de licitações. Em sentido contrário, Marçal Justen Filho, Jessé Torres Pereira Júnior e Celso Antônio Bandeira de Mello.

de serviços técnicos singulares e a contratação de artistas<sup>72</sup>.

Marçal Justen Filho aponta duas utilidades para as hipóteses arroladas nos incisos do art. 25: o caráter exemplificativo (útil em razão da complexidade da inexigibilidade), e restritivo (estabelecendo restrições ao uso dos casos neles previstos), coibindo o abuso da inexigibilidade como desculpa para furtar-se o Administrador ao dever de licitar<sup>73</sup>.

Há duas hipóteses de inexigibilidade de licitação que merecem atenção especial: a singularidade dos bens ou serviços contratados e a exclusividade de fornecedor.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma existirem três diferentes categorias de bens singulares: os singulares em sentido absoluto (dos quais só há um exemplar); singulares em razão de evento externo do qual participaram; e os singulares por sua natureza (se substancia realização artística, técnica ou científica caracterizada pelo estilo ou cunho pessoal de seu autor). Salaria haver serviços dotados de iguais características<sup>74</sup>.

Sundfeld destaca a inadmissibilidade de caracterização excessiva do bem, singularizando-o, ao afirmar a ilicitude da conduta administrativa que o singularize, sem que as especificações exigidas sejam relevantes ou decisivas para atender ao interesse público<sup>75</sup>.

Não há de se falar em singularidade do bem em se tratando de compra de

---

72 Art.25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

- I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
- II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
- III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

73 JUSTEN FILHO, M. Comentários..., p. 273.

74 BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso ... , p. 494-495

75 SUNDFELD, C.A. Licitação e contrato Administrativo, p. 43.

*software*, dada sua intangibilidade e ilimitada replicabilidade. De outro lado, merece atenção a possibilidade de se singularizar indevidamente determinado serviço a ser prestado por profissional especializado, afetando indevidamente a competitividade.

Havendo necessidade de contratar a aquisição de determinado bem ou serviço singular, para que se atenda ao interesse público, sendo insuficientes para tanto bens ou serviços similares, há inexigibilidade de licitação, dada a clara impossibilidade material de competição.

A situação é um pouco mais complexa ao falarmos da exclusividade, nas compras, pois essa exige comprovação de que determinado licitante é titular de direito de exclusividade da comercialização de determinado produto em determinada região.

Freqüentemente, repetindo o texto legal, a doutrina afirma ser necessária a apresentação de atestado ou certidão, emitido pela Junta Comercial, Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, para que se demonstre a exclusividade<sup>76</sup>.

Esse critério, todavia, é falho, pois cria uma formalidade desnecessária e não-condizente com as práticas de mercado. Além disso, eventualmente implicará desnecessária abertura da licitação em caso no qual essa era inviável.

Ao lado das hipóteses de inexigibilidade de licitação, há os casos de dispensa, listados expressa e exhaustivamente na Lei nº 8.666/93, "nos quais a licitação será incompatível com o normal cumprimento do escopo em vista do qual foi criada"<sup>77</sup>, ainda que viável a competição.

A dispensa de licitação poderia ser definida para Adilson Dallari<sup>78</sup> como os casos nos quais determinadas circunstâncias (legalmente reconhecidas) autorizam uma discriminação, mesmo havendo possibilidade de licitação, sendo exigidos relevância e constitucionalidade para que a eleição de determinado critério de

---

76 Nesse sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.

77 BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso ..., p. 492.

78 DALLARI, A. Aspectos Jurídicos da Licitação, p. 31-32

discriminação seja válida<sup>79</sup>.

É de se destacar que, ao contrário do que ocorre nos casos de inexigibilidade, há a possibilidade de discricionariamente o Administrador optar por realizar licitação, “em face das circunstâncias do caso concreto, se dispense ou não o certame. Mesmo em presença de hipótese em que a dispensa é autorizada, a Administração pode preferir proceder à licitação, se tal atender superiormente ao interesse público”<sup>80</sup>.

Em sua monografia a respeito das dispensas e inexigibilidades de licitação, Américo Servídio classificou as hipóteses de dispensa, dividindo-as em dispensas em razão de determinadas pessoas (subdivididas em relacionadas ao poder público, ao direito de exclusividade de produto e à notória especialização), em razão do objeto (relativas ao pequeno valor, à compra de obras de arte e objetos históricos e à aquisição e locação de imóveis), e em razão de situações anormais (guerra, perturbação da ordem ou calamidade; que possam pôr em risco a segurança nacional; licitação anterior frustrada; emergência)<sup>81</sup>.

Em que pese haver diferenças substanciais entre as hipóteses reconhecidas na legislação atual e a vigente à época da elaboração de seu trabalho, a classificação nos é bastante útil, por nela podermos enquadrar todas as hipóteses de dispensa de licitação constantes na atual legislação. Tanto que em trabalho muito mais recente, Lúcia Vale Figueiredo adota classificação semelhante (diferindo por atribuir categoria própria às dispensas causadas pelo pequeno valor do objeto)<sup>82</sup>.

São necessárias algumas cautelas, no entanto, para coibir abusos das hipóteses de dispensa de licitação. Nesse sentido, apresentaremos aqui algumas considerações a respeito das causas de dispensa mais comuns em matéria de

---

79 Isso significa, em outros termos, que a disposição legal que estabeleça determinado critério de dispensa de licitação não pode ser inconstitucional.

80 PEREIRA JÚNIOR., J.T. Comentários à Nova Lei das Licitações Públicas, p. 166.

81 SERVÍDIO, A. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação.

82 FIGUEIREDO, L.V. Obra citada, p. 462.

compra de *software*.

A primeira delas é a dispensa em razão do baixo valor da contratação prevista no inciso II do art. 24 da Lei nº 8.666/93<sup>83</sup>. Como bem destaca Carlos Pinto Coelho Motta, é necessário verificar se essa alegação de dispensa não oculta um fracionamento indevido do objeto que fraude o limite imposto nesse inciso<sup>84</sup>.

Outra hipótese relevante é a de licitação anterior deserta, estabelecida no inciso V daquele artigo<sup>85</sup>. Motta atenta para a necessidade de se prestar atenção à inexistência de exigências injustificáveis para participar do certame ou de divulgação insuficiente<sup>86</sup>.

Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, por sua vez, é necessário que todos os requisitos daquela hipótese (existência de licitação anterior, ausência de interessados, risco de dano pela demora na licitação, evitabilidade do dano pela contratação direta e manutenção das condições da licitação anterior) para que se possa contratar diretamente, alegando-se a existência de licitação anterior deserta<sup>87</sup>.

Outra hipótese bastante relevante em se tratando de compras de *software* é a de contratação direta fundada na apresentação de propostas com preços superiores aos praticados em mercado<sup>88</sup>. Carlos Pinto Coelho Motta sugere, nessa hipótese, a abertura de prazo para que os licitantes adequem os preços de suas propostas aos do mercado<sup>89</sup>. É recomendável, ainda, verificar se não houve conluio entre os licitantes para ensejar uma contratação direta.

---

83 II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez

84 MOTTA, C.P.C. Eficácia nas licitações e contratos, 125.

85 V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas; (RODAPÉ)

86 MOTTA, C.P.C. Obra citada, 127.

87 JACOBY FERNANDES, J.U. Obra citada, 187.

88 VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços; (RODAPÉ)

89 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos, 127.

Por fim, há a hipótese de dispensa fundada em contratação de prestadora de serviços de informática integrante da Administração Pública, estatuída no inciso XVI do art. 24<sup>90</sup>. Há três destaques a se fazer em relação a esse dispositivo. O primeiro é que apenas podem ser contratadas sem licitação pessoas jurídicas de direito público interno especialmente criadas para essa finalidade; o segundo é o entendimento de Jacoby Fernandes de que a expressão “prestação de serviços de informática” englobaria a compra, locação ou licenciamento do direito de uso de *software*<sup>91</sup>; o terceiro se refere à pouca utilidade do dispositivo, por esclarecer o óbvio<sup>92</sup> e por seu objeto estar abrangido na hipótese prevista no inciso VIII do mesmo artigo.<sup>93</sup>

Tanto a inexigibilidade de licitação quanto a dispensa de licitação implicam a contratação direta de particular pela Administração, embora essa contratação não implique livre escolha do contratante, dada a necessidade de instruir procedimento administrativo específico, no qual se consigne e caracterize a hipótese de dispensa ou inexigibilidade alegada, da escolha do fornecedor ou executante, bem como da justificativa do preço e, se for o caso, dos documentos comprobatórios da aprovação dos projetos de pesquisa nos quais os bens serão usados.<sup>94</sup>

Caso se realize contratação direta em hipótese outra das estabelecidas expressamente em Lei, a contratação está sujeita à anulação, e tal ato pode, consoante o disposto no art. 89 da Lei 8.666/93, ensejar responsabilização criminal dos envolvidos. Nessas hipóteses, o contrato celebrado pode ser decretado inválido,

---

90 XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico; (RODAPÉ)

91 JACOBY FERNANDES, J.U. Obra citada, p. 274.

92 A possibilidade de a Administração Pública se descentralizar, mediante criação de autarquias, que podem prestar serviços à Administração direta.

93 VII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

94 BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso ... , p. 504.

retroativamente<sup>95</sup>.

Além disso, como salienta Carlos Ari Sunfeld, “a ocorrência de inexigibilidade ou de dispensa não desobriga o administrador de buscar um negócio vantajoso”, respondendo solidariamente o agente administrativo e o particular contratado em caso comprovado de contratação direta com preços exorbitantes, nos termos do artigo 25, § 2º<sup>96</sup>.

### 3.5 EDITAL DE LICITAÇÃO

Edital é o ato através do qual a licitação, se não realizada pela modalidade 'convite', torna-se pública. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, o Edital desempenha as funções de publicizar o certame, identificar seu objeto e delimitar o universo das propostas e dos proponentes, estabelecer os critérios para a seleção dos proponentes e propostas, regular os atos procedimentais e fixar as cláusulas do contrato a ser firmado<sup>97</sup>. Deve obedecer o Edital de licitação ao disposto no art. 40 da Lei 8.666/93, atendendo a todos os seus requisitos.

Para aquele autor, a indicação insuficiente do objeto ou a incorreção na delimitação do universo de proponentes e propostas, a aleatoriedade dos critérios de avaliação e o estabelecimento de procedimentos que limitem a fiscalização da lisura da licitação invalidam o Edital<sup>98</sup>.

Faz-se necessária, ainda, em atenção ao princípio da publicidade, ampla divulgação do certame, mediante publicação de aviso na imprensa, respeitando os prazos mínimos fixados na Lei nº 8.666/93, no art. 21, § 2º, sob pena de nulidade do procedimento licitatório.<sup>99</sup>

Salienta, ainda, a possibilidade de a Administração alterar as condições previstas no edital, respeitadas as limitações legais, como o prazo mínimo entre a

---

95 FIGUEIREDO, L.V. Obra citada, p. 461.

96 SUNDFELD, C.A. Licitação e contrato administrativo, p. 63

97 BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso ..., p. 532.

98 BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso ..., p. 535.

99 Compilamos aqui as lições de JUSTEN FILHO, em seus Comentários à Lei de Licitações, p.190-191.

divulgação do edital com as alterações pretendidas e a data fixada para a apresentação das propostas.<sup>100</sup>

O edital de licitação é de suma importância nas compras de *software*, por delimitar o objeto e limitar a competitividade. A eficiência dessas licitações depende da atenciosa elaboração do edital, para que esse expresse com clareza o que a Administração pretende contratar, limitando o objeto da contratação sem impactar a competitividade necessária ao certame.

### 3.6 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Não poderíamos deixar de abordar, ainda que de forma bastante sintética, as diferentes modalidades de licitação admitidas no Direito Brasileiro. Marçal Justen Filho classifica as modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/93, em dois diferentes grupos: num, chamado de modalidade “comum”, agrupa as hipóteses previstas nos incisos I a III do art. 22 (concorrência, tomada de preços e convite); noutro, que denomina de modalidades “especiais”, lista as hipóteses dos incisos IV e V (concurso e leilão). Naquele grupo, a regulação é bastante ampla, permitindo a Administração contratar a aquisição dos mais variadas compras, obras e serviços, estabelecendo requisitos compatíveis com os contratos que pretenda celebrar; nesse, os procedimentos são organizados de acordo com as características específicas dos contratos que se pretende celebrar<sup>101</sup>.

A respeito dos diferentes procedimentos licitatórios, consubstanciados nessas seis modalidades de licitação, Lúcia Vale Figueiredo alerta para a total vinculação do administrador quanto à seqüência dos atos que os compõem, não se podendo, sem ensejar nulidade do procedimento, suprimir qualquer etapa ou ignorar-lhes os requisitos específicos<sup>102</sup>.

Interessam-nos, aqui, somente as modalidades chamadas por Justen Filho

---

100JUSTEN FILHO, M. Comentários..., p. 194.

101JUSTEN FILHO, M. Comentários ..., p. 197.

102FIGUEIREDO, L.V. Obra Citada, p. 447.

de *comuns*. Tratemos em detalhe de cada uma delas.

Das modalidades “comuns”, a concorrência é a mais ampla, visando negócios de maior vulto bem como negócios de maior complexidade, como a compra e venda de bens imóveis, a concessão de direitos reais de uso, a realização de licitações das quais possam participar licitantes estrangeiros e nacionais, e nos contratos de empreitada integral e de concessão de obra ou serviço público<sup>103</sup>.

O prazo mínimo exigido pela legislação entre a divulgação da licitação e a data estabelecida para a apresentação das propostas (30 dias, via de regra, ou 45, caso a licitação consista em empreitada integral ou sejam as propostas julgadas conforme os critérios de melhor técnica ou técnica e preço, consoante o disposto no art. 21, § 2º, II, “a”).

Qualquer interessado pode participar das concorrências, se habilitado, consistindo a habilitação em avaliação da idoneidade dos licitantes mediante exame de documentos expressamente exigidos no edital, é realizada no bojo do procedimento administrativo, e seus efeitos limitam-se a ele<sup>104</sup>.

A tomada de preços, por sua vez, mais célere que a concorrência, visa contratos de vulto médio, e restringe o universo de possíveis licitantes às pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo próprio, regulado nos artigos 34 a 37 da Lei nº 8.666/93, ou que atendam a todos os requisitos para o cadastramento até o terceiro dia anterior à data final de entrega das propostas, requeiram a participação na licitação, mediante a apresentação da documentação comprobatória do cumprimento desses requisitos e sejam considerados aptos para competir.<sup>105</sup>

Como bem salienta Marçal Justen Filho, “os requisitos para o cadastramento não poderão ser diversos daqueles autorizados para habilitação”, estando desobrigado o licitante de cumpri-los caso sejam excessivos, nos termos do § 9º.<sup>106</sup>

103BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso... ,p. 508-509.

104JUSTEN FILHO, M.. Comentários ..., p. 198.

105BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso..., p. 509.

106JUSTEN FILHO, M.. Comentários ..., p. 199.

O convite é o procedimento mais simples dentre os comuns, por se destinar aos contratos de menor valor e complexidade. Permite-se ao administrador que selecione previamente ao menos três pessoas interessadas em participar<sup>107</sup> para que apresentem propostas no prazo estabelecido, não se invalidando o procedimento caso haja menos de três licitantes<sup>108</sup>.

Como anota Lúcia Vale Figueiredo, “há livre escolha de licitante”, sendo os convidados postos em situação particularizada perante os demais administrados, que não foram convidados<sup>109</sup>. Todavia, caso sejam convidados licitantes não cadastrados, Marçal Justen Filho sugere a adoção de etapa preliminar de habilitação dos convidados ou a investigação de ofício pela Administração da idoneidade e das condições de habilitação desses licitantes<sup>110</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello anota que o convite é automaticamente estendido aos fornecedores “cadastrados do mesmo ramo que hajam manifestado seu interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas”, e destaca que o prazo mínimo entre o envio da carta-convite e a data fixada para o recebimento das propostas é de 5 dias úteis<sup>111</sup>.

Por fim, há o Pregão, estabelecido na Lei nº 10.520/02, embora essa modalidade seja mais antiga no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>112</sup> Em que pese a proibição constante do art. 22, § 8º da Lei nº 8.666/93, ressaltada por Humberto Barbosa de Castro<sup>113</sup>, a Lei 10.520/02 deve ser interpretada como “norma geral” superveniente à Lei nº 8.666/93, o que permite retificar o vício de origem do pregão e instituir nova modalidade licitatória, a despeito do estabelecido no § 8º.

O pregão é bastante diferente das demais modalidades de licitação (com

---

107JUSTEN FILHO, M.. Comentários ..., p. 200.

108Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho.

109FIGUEIREDO, L.V. Obra citada, p. 457.

110JUSTEN FILHO, M.. Comentários ..., p. 201.

111BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso ..., p. 510.

112Celso Antônio Bandeira de Mello faz extensa e bem fundamentada crítica às origens inconstitucionais e ilegais do pregão, em seu Curso de Direito Administrativo, à p. 505.

113CASTRO, H.B. de. Obra citada, p. 30

exceção, talvez, neste tópico, do leilão), pois permite a apresentação de lances sucessivos por qualquer um dos licitantes, vencendo o certame aquele que, atendendo as exigências mínimas de habilitação, apresentar a proposta de valor mais baixo – o que pode implicar significativa economia de recursos, pois os licitantes são forçados pela alta competitividade dessa modalidade de licitação a reduzir ao máximo o valor de suas ofertas.

Só se pode realizar licitação do tipo 'pregão', como anota Lúcia Vale Figueiredo, para a aquisição de bens de especificações comuns, que permitam sua definição de forma clara e concisa.

Marçal Justen Filho explora com maior detalhe a noção de 'bens ou serviços comuns', suscetíveis de aquisição mediante pregão:

Ou seja, a interpretação do conceito de 'bem ou serviço comum' deve fazer-se em função das exigências do interesse público e das peculiaridades procedimentais do próprio pregão. A natureza do pregão deve ser considerada para determinar o próprio conceito de 'bem ou serviço comum'. (...) Enfim, são comuns os objetos padronizados, aqueles que têm um perfil qualitativo definido e conhecido no mercado.<sup>114</sup>

Por fim, resta tecer algumas considerações sobre os critérios a serem usados para a seleção dos procedimentos licitatórios, na esteira dos ensinamentos de Marçal Justen Filho, para quem “a definição da modalidade de licitação não deve fazer-se apenas em função do valor da contratação. Também deverá tomar-se em vista a complexidade do objeto da licitação”<sup>115</sup>, justificando-se a escolha de modalidade mais ampla que a exigida em razão do valor do contrato, em razão de sua complexidade, mas não o fracionamento das prestações que deseje a Administração contratar para permitir a adoção de procedimento mais simples ou a estimativa imprecisa do valor da contratação, quando da definição do procedimento a ser seguido<sup>116</sup>.

É recomendável a adoção do pregão, quando cabível, por permitir significativa redução dos custos a favor da administração. Nas demais hipóteses, a

114JUSTEN FILHO, M. **Pregão**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 20.

115JUSTEN FILHO, M. **Comentários ...**, p. 203.

116JUSTEN FILHO, M. **Comentários ...**, p. 207 e seguintes.

fim de aumentar a competitividade do certame, deve-se fracionar as prestações contratadas, observados os limites técnicos e econômicos que justifiquem o parcelamento, nos termos do art. 23, § 1º<sup>117</sup>.

Isso pode ser feito através da chamada licitação por itens, procedimento no qual cumulam-se vários certames, dos quais resultam diferentes contratos, permitindo economia de tempo e de recursos pela Administração, através do processamento simultâneo, embora autônomo, daquelas licitações, permitindo aos licitantes que formulem propostas para apenas alguns itens<sup>118</sup>.

A modalidade licitatória a ser usada nas compras de *software* dependerá, essencialmente, do objeto que se pretenda contratar e de seu valor.

### 3.7 HABILITAÇÃO, JULGAMENTO, HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO

A Habilitação é a fase do procedimento licitatório na qual apura-se a aptidão dos proponentes, visando garantir à Administração que as propostas sejam cumpridas, mediante a apresentação de documentos que demonstrem a correção jurídica, técnica e financeira dos interessados, bem como sua regularidade fiscal (destaque-se a diferença existente entre regularidade e quitação de todas as obrigações fiscais).

A Lei nº 8.666/93 proíbe que sejam exigidos na habilitação outros documentos que digam respeito a outros assuntos que não os mencionados no art. 27, e de outros documentos além dos mencionados nos artigos 28 e seguintes<sup>119</sup>.

Em cada modalidade de licitação, a habilitação é feita de forma diferente: na concorrência, apresentam-se durante o procedimento os documentos solicitados no edital; na tomada de preços, o interessado deve apresentar os documentos necessários até três dias antes do recebimento das propostas, para que seja incluído no cadastro administrativo de fornecedores; no convite, não há habilitação

---

117JUSTEN FILHO, M. Comentários ..., p. 208.

118JUSTEN FILHO, M.. Comentários ..., p. 209-210.

119BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso ... , p. 536-537.

prévia.

A Administração deve se abster de formalismo excessivo ou de fazer exigências inúteis, dada a necessidade de respeitar-se a finalidade do procedimento. Não deve, da mesma forma, permitir qualquer infringência dos dispositivos legais aplicáveis, desrespeitar as condições estabelecidas no edital (mesmo porque está vinculada ao teor do instrumento convocatório), exigir documentação excessiva ou índices de capacidade econômica ou técnica incompatíveis com o objeto da licitação, ou o atendimento desses em época diversa da necessária para assegurar a execução do objeto licitado<sup>120</sup>.

Realizada a habilitação dos proponentes, passa-se à avaliação das propostas apresentadas. Como bem salienta Celso Antônio Bandeira de Mello, a primeira providência do administrado é verificar se as propostas recebidas estão de acordo com as exigências do edital, e desclassificar as que não estiverem. Também devem ser desclassificadas as propostas que careçam de seriedade (que manifestamente não possam ser mantidas e cumpridas), firmeza (que tenham ressalvas ou condições), ou concretude (indeterminadas, dependentes de critérios externos para sua avaliação)<sup>121</sup>.

O art. 45 da Lei 8.666/93 denomina indevidamente os critérios de classificação das propostas como tipos de licitação<sup>122</sup>. São critérios de classificação das propostas, e de apuração de sua conveniência para a Administração, o menor preço, a melhor técnica, a melhor combinação entre técnica e preço, e o maior lance

<sup>120</sup>BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso ... , p. 544-546.

<sup>121</sup>BANDEIRA DE MELLO, C.A. Curso... , p. 527; 547-550.

<sup>122</sup> Art.45.O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

ou oferta (para os casos de alienação de bens ou concessão real de uso).

A esses critérios José Cretella Jr. acrescenta o sorteio, a ser usado para desempate<sup>123</sup>, quando for insuficiente a previsão do art. 3º, § 2º. Tal nota nos parece equivocada, todavia, pois o desempate de que trata o art. 3º, § 2º é de propostas já classificadas. Entendemos, pois, tratar-se de verdadeiro critério de desempate na classificação de propostas<sup>124</sup>.

O critério de classificação mais usado é o do menor preço, Nessa hipótese, classifica-se em primeiro lugar aquele que, nos termos do art. 45, § 1º, I, "apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço".

É de se notar que, ao contrário do que acontecia anteriormente, o menor preço não é mais o critério determinante da escolha da Administração: ganha a proposta mais vantajosa, nos termos do edital<sup>125</sup>. Avaliado isoladamente, é insuficiente, e pode ensejar a queda da qualidade dos produtos ou serviços contratados, como anota José Cretella Jr<sup>126</sup>.

Carlos Pinto Coelho Motta ainda salienta a importância de se verificar, caso se opte pelo critério menor preço, a compatibilidade desse com o valor de mercado; a qualidade dos bens ou serviços contratados; o rendimento desses e o prazo de entrega constante na proposta<sup>127</sup>.

O critério seguinte de avaliação é o de melhor técnica, no qual a

---

123CRETELLA Jr., José. Licitações e contratos de estado, p. 197.

124Art.3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

125MOTTA, C.P.C. Obra citada, p. 62.

126CRETELLA JÚNIOR., J. Obra citada, p. 194

127MOTTA, C.P.C. Obra citada, p. 312

Administração seleciona dentre as propostas cujo preço seja inferior ao máximo estipulado no edital a que for tecnicamente mais avançada, motivadamente. José Cretella Jr. destaca ser desnecessário justificar a escolha caso a proposta selecionada seja a mais barata, dentro do limite estabelecido no edital<sup>128</sup>.

Aquele autor ainda aponta que os fatores que devem ser ponderados na avaliação da proposta técnica, em licitações que considerem a 'melhor técnica' ou a 'técnica e preço': capacitação e experiência do proponente; qualidade técnica da proposta (organização, metodologia, tecnologia empregada, recursos materiais usados e qualificação das equipes de execução)<sup>129</sup>.

Há, ainda, o critério da 'técnica e preço', consistente na avaliação em separado de propostas técnicas e econômicas apresentadas pelos licitantes, e na seleção da mais vantajosa pelo cotejo das notas atribuídas a cada uma das propostas. Conforme assinala Cretella Jr., num primeiro momento, selecionam-se as propostas de técnica satisfatória, e depois seleciona-se, dessas, a de preço mais vantajoso<sup>130</sup>.

Esse critério de classificação é admitido nas hipóteses do art. 45, § 4º, 46, caput e 46, § 3º da Lei 8.666/93<sup>131</sup>. Por essa razão, é o critério a ser usado nas

---

128CRETELLA JÚNIOR., J. Obra citada, p. 195-196

129MOTTA, C.P.C. Obra citada, p. 187

130CRETELLA JÚNIOR., J. Obra citada, p. 197

131Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo...

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

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

§ 3º Excepcionalmente, os tipos de licitação previstos neste artigo poderão ser adotados, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

licitações que digam respeito à compra de *software*, via de regra, especialmente nas hipóteses em que o objeto da contratação consista em determinada solução tecnológica integrada. De outro lado, caso o objeto contratado seja a compra de cópias de determinado *software*, não vemos maiores problemas quanto à aplicação do critério de menor preço para o julgamento das propostas, sobretudo porque não haverá, nessa hipótese, nenhum julgamento técnico em curso.

Julgadas as propostas, o procedimento licitatório segue com a homologação e a adjudicação.

Homologação é o ato administrativo unilateral, vinculado, de controle de outro ato jurídico, pelo qual se lhe dá eficácia ou se afirma sua validade, no qual se examina a legitimidade da manifestação de vontade do ato controlado<sup>132</sup>. Caso a autoridade superior à comissão de licitação constate algum vício no procedimento licitatório, deve anulá-lo.

A adjudicação é o ato administrativo no qual o vencedor do certame, após homologado o resultado, é convocado para celebrar o contrato administrativo, salvo ocorra fato superveniente que justifique a revogação da licitação ou sua anulação – em qualquer hipótese, o vencedor não contratado poderá pleitear judicialmente indenização de seus prejuízos.

Com a adjudicação, encerra-se o procedimento licitatório, fixando-se o vencedor, e impede-se todos os outros particulares a contratar com a Administração Pública determinado objeto.

---

132 BANDEIRA DE MELLO, O.A. Princípios Gerais de Direito Administrativo, p. 570.

#### 4. O PROBLEMA DAS COMPRAS DE SOFTWARE

A tutela jurídica das compras de *software* pela Administração Pública, com ou sem licitação, é problemática em razão da inexistência de um regramento específico que regule as compras, da dificuldade em se caracterizar seu objeto, da predileção por algumas ferramentas específicas, ignorando-se alternativas, ou da baixa competitividade nas eventuais licitações.

Antes disso, cumpre-nos expor, ainda que sucintamente, a noção de *software*.

##### 4.1 A NOÇÃO DE SOFTWARE

Podemos defini-los como conjunto escrito de instruções organizadas para o processamento automático de informações, permitindo aos equipamentos eletrônicos para os quais foram desenvolvidos a execução de operações lógicas voltadas a funções determinadas<sup>133</sup>.

São compostos pelo código-fonte, ou o conjunto das instruções escritas em linguagem de programação; o programa, consistente no conjunto das instruções a ser executada, em linguagem binária; e da documentação técnica, que é o material de que visa instruir os usuários e determinar o comportamento esperado de determinado *software*. Denomina-se *compilação* o processo de conversão do código-fonte, em linguagem de programação, para o programa, em linguagem binária<sup>134</sup>.

Para Marcos Wachowicz, *software* “é entendido como o programa de computador, ou escrito destinado a processamento de dados, compreendendo todo o conjunto de instruções para o processamento, produção e interpretação e transferência de textos, manuais, codificações, dentre outros”<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup>Os softwares são logicamente interdependentes dos equipamentos desenhados para a sua execução, denominados *hardwares*.

<sup>134</sup>Algumas linguagens de programação que dispensam a compilação, podendo os programas ser executados mediante o uso de um interpretador de comandos.

<sup>135</sup>WACHOWICZ, M. Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação, p.71.

Devemos mencionar, ainda, a definição legal de “programa de computador”, estabelecida no art. 1º da Lei nº 9.609/98<sup>136</sup>.

Legalmente, o regime jurídico de proteção ao *Software* ainda é controverso, notadamente em relação à proteção desse por patentes de invenção<sup>137</sup>. É consenso, no entanto, que esses sejam protegidos pela via autoral, sendo assegurada aos seus autores a exclusividade do uso de suas obras, salvo licença de uso gratuita ou onerosa em favor de terceiros<sup>138</sup>.

Essa consideração é bastante relevante tendo em vista o fato de a Administração Pública submeter-se aos termos das licenças de uso ao adquirir cópias de determinado aplicativo, postas à venda por seu autor, salvo previsão legal expressa em sentido contrário ou caso essa hipótese esteja expressamente contemplada no contrato administrativo celebrado entre a Administração e o autor do software adquirido.

#### 4.2 INSUFICIÊNCIA DAS REGRAS EXISTENTES

Não há, na legislação de licitações e contratos brasileira, disposições suficientes que reconheçam as especificidades dos *softwares* enquanto bens a serem adquiridos – talvez isso se deva ao hábito de se comprarem computadores com cópias preinstaladas de todos os aplicativos necessários ao seu funcionamento, ou à celebração de contratos específicos voltados ao atendimento das necessidades do Setor Público, ou em razão do uso indevido de *software* pela Administração Pública, em desrespeito aos termos da licença de uso.

<sup>136</sup>Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

<sup>137</sup>Antônio Carlos Souza de Abrantes defende a patenteabilidade de software no direito brasileiro, atendidas exigências específicas para que se configure a atividade inventiva necessária à concessão da patente de invenção.

<sup>138</sup>Não é outro o entendimento que se extrai do art. 2º da Lei nº 9.609/98, que estabelece, entre outras disposições, que o regime jurídico de proteção ao *software* é o conferido pela legislação que protege os direitos autorais e conexos, que não se aplicam, em parte, aos programas de computador os direitos morais de autoria, e que os direitos autorais patrimoniais perduram por 50 anos contados da publicação ou criação do *software*, independentemente de registro. Estabelece, ainda, a possibilidade de se restringir, na licença, a locação comercial de cópias de determinado *software*.

O que nossa legislação de licitações e contratos prevê é a existência de um critério de desempate favorável às empresas brasileiras nas licitações que envolvam a compra de bens ou a prestação de serviços de informática<sup>139</sup>, e uma hipótese de dispensa de licitação para a contratação de serviços de informática a “pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico”<sup>140</sup>.

Tratemos primeiro daquele critério de desempate. Havia, quando da vigência da Lei nº 8.248/91, em sua redação original, e do Decreto nº 1.070, que a regulamentava, real preferência às contratações de empresas brasileiras para a compra de bens ou prestação de serviços de informática<sup>141</sup>.

Marçal Justen Filho destaca que a relação dessa regra relaciona-se à chamada “reserva de mercado”, proibindo a importação de determinados equipamentos de informática ou tributando pesadamente sua importação. Essa intervenção na economia teria sido desastrosa, pois apenas beneficiou um reduzido grupo de empresas, já estabelecidas, em detrimento de todo o mercado, que teve de suportar produtos obsoletos, caros ou contrabandeados<sup>142</sup>.

Salienta, ainda, que a situação era agravada pelo teor do Decreto nº 1.070/94, que permitia o reconhecimento de um empate ficto, em desacordo com o disposto no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.241/91<sup>143</sup>.

139Nos termos do art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

140Não é outro o teor do inciso XVI do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

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

I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país;

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

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

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

142JUSTEN FILHO, M. Comentários ..., p.74.

143JUSTEN FILHO, M. Comentários ..., p.75.

Tendo sido revogado o art. 171 da Constituição da República pela Emenda Constitucional nº 6/95, essas regras perderam seu fundamento constitucional, o que implicou a posterior edição da Lei nº 10,176/01, que entre outras providências alterou a redação do art. 3º, revogando o § 1º, e mantendo o § 2º.

Com os dispositivos alterados, só há preferência, nessa ordem, aos bens e serviços com tecnologia desenvolvida no Brasil, e produzidos no Brasil, com significativo valor agregado local, caso sejam oferecidos em igualdade de condições, observados todos os quesitos do § 2º.

Para Marçal Justen Filho, as alterações são “dignas de aplauso”, pois apenas “concedem-se incentivos fiscais às indústrias de informática estabelecidas no Brasil, e que aqui invistam para desenvolvimento de produtos, tecnologias e assim por diante. A contratação com a Administração Pública será decorrência do oferecimento da melhor oferta”<sup>144</sup>.

Em suma, pode-se afirmar que não há regulamentação específica das compras de software, exceto pelas duas hipóteses acima mencionadas. O que é pouco, considerando-se as características intrínsecas dos programas de computador

#### 4.3 O OBJETO NA COMPRA DE SOFTWARE

Antes de prosseguirmos, é necessária uma ressalva terminológica: a locução 'compra de *software*' comporta duas acepções distintas, com naturezas jurídicas incompatíveis. O uso corrente dessa locução significa a aquisição de determinado número de cópias de determinado *software* e da celebração do respectivo contrato de licença de uso; de outro lado, chama-se de 'compra de *software*' o negócio oneroso de transferência dos direitos autorais patrimoniais relativos a determinado *software* a terceiros.

Há, ainda, duas outras situações que a essas são conexas: a do contrato cujo objeto seja o desenvolvimento de determinado *software*, ainda não escrito, e a

---

144JUSTEN FILHO, M. Comentários ..., p.76.

do contrato de uma solução integrada composta por *hardware*, *software* e serviços de instalação, configuração e manutenção.

Importa saber quais regras da Lei de Licitações aplicam-se a cada uma delas. Em que pese ser o contrato de licença de uso o ato principal na compra de cópias de determinado *software*, para uso da Administração, entendemos que as regras aplicáveis, nas duas primeiras hipóteses, são as correspondentes às compras, e não aos serviços, em razão da fungibilidade dos bens adquiridos, na primeira hipótese, e da singularidade do objeto, na segunda.

Ambos os casos acima relatados consistem em aquisição de bens (tangíveis, como a mídia usada para armazenar o *software*, e intangíveis, como o *software* em si, ou os direitos patrimoniais de autoria a ele correspondentes) mediante remuneração, e portanto devem ser tratados como compras.

Nas duas outras hipóteses, aplicam-se as regras atinentes a serviços, visto que são preponderantes as atividades prestadas (e.g. as obrigações de fazer), sejam elas a instalação, configuração ou a manutenção de determinados computadores ou *softwares*.

Aplicando-se às cópias de *software* o regime das compras, é necessário que a Administração as caracterize adequadamente, visto que não se pode licitar ou contratar diretamente a compra de qualquer produto sem a devida caracterização no edital de licitação, ou nos autos em que se examine a ocorrência de hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Note-se que essa observação aplica-se também às duas hipóteses de serviços correlatas.

O Administrador deve ser cauteloso ao descrever os programas de computador no edital, para não estabelecer na descrição restrições injustificadas, que dirijam o da licitação, determinado seu resultado em favor de determinado fornecedor, nem estabelecer os requisitos de forma deficiente, permitindo aos licitantes apresentarem propostas de soluções que não atendam plenamente às

necessidades da Administração.

É certo, no entanto, que em se tratando de caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação, além da caracterização do produto ou serviço, a escolha deve ser devidamente justificada.

Usemos um exemplo: suponhamos que determinada unidade administrativa precise de *software* próprio para que se editem ilustrações que constarão de uma publicação anual de sua responsabilidade.

Em razão do pouco tempo hábil e da simplicidade do objeto, seria contrária ao interesse público a realização de licitação para que se desenvolvesse *software* específico para essa tarefa. O Administrador deveria, então, selecionar um *software* existente capaz de atender as necessidades da Administração.

Independentemente de sua licença permitir o livre uso para qualquer finalidade, não ocorrendo inviabilidade da competição (sobretudo pela existência de diversos produtos e inúmeros fornecedores potencialmente interessados em celebrar tal contrato com a Administração) ou de dispensa de licitação, deveria realizar licitação prévia.

Caso a realize, a caracterização do objeto deve ser cautelosamente elaborada, para que não se admita, por exemplo, a aquisição, a alto preço, de cópias de determinado *software* que sempre esteve à disposição da Administração.

Além disso, é fundamental, nessa hipótese, que não se façam exigências descabidas, como compatibilidade com formatos de arquivos incomuns, tecnologicamente deprecados há décadas, e nunca usados pela Administração, ou o suporte não usado a sistemas legados. Uma exigência como essa facilmente poderia viciar o edital, eventualmente anulando o certame.

Ao invés de dirigir o resultado da licitação, havendo apenas uma solução capaz de atender plenamente aos requisitos impostos pelo interesse público, seria mais adequado escolher às claras determinado *software*, e, motivadamente, e alegar

a existência de inexigibilidade de licitação, dada a exclusividade de seu autor para licenciá-lo, demonstrando as vantagens comparativas alcançadas com a compra desse programa, para o atendimento do Interesse Público.

#### 4.4 O PROBLEMA DA COMPETITIVIDADE

A competitividade nas licitações está umbilicalmente ligada ao Edital de Licitação e aos requisitos nele estabelecidos, bem como aos dispositivos da legislação de Licitações e Contratos Administrativos.

Em razão da natureza técnica da descrição dos requisitos funcionais de determinado programa de computador, é possível mascarar restrições à competitividade.

É de se destacar, em um primeiro momento, que embora a nossa legislação permita a realização de licitações em que participem licitantes estrangeiros, a competitividade desses, especialmente nos setores de informática e automação é bastante prejudicada – não que a atual situação se assemelhe à existente à época da 'reserva de mercado'.

Em sua dissertação a respeito da competitividade em licitações, Humberto Barbosa de Castro destaca que alguns dispositivos de nossa legislação de licitações e contratos administrativos (art. 3º, § 2º; art. 42, § 4º; art. 44, § 4º; art. 45, § 4º, art. 46), e afirma que esses teriam efeitos deletérios à competitividade, especialmente em licitações internacionais, por desnivelarem o certame a favor dos licitantes brasileiros<sup>145</sup>.

As dois maiores danos à competitividade decorrem, a nosso ver, do disposto nos artigos 42, § 4º, e 45, § 4º da Lei nº 8.666/93. Consoante o exposto por BARBOSA, o acréscimo constante do art. 42, § 4º dos gravames decorrentes dos tributos que onerem apenas os licitantes brasileiros ao valor das propostas dos licitantes estrangeiros danifica a competitividade, por não prever o decréscimo dos

---

<sup>145</sup>CASTRO, H.B. de. Obra citada, p. 146 e ss.

encargos inerentes aos licitantes estrangeiros que não oneram as propostas dos brasileiros.<sup>146, 147</sup>.

Além disso, a obrigatoriedade do uso do critério “técnica e preço” para classificar as propostas correspondentes a contratação de bens de informática não nos parece a previsão mais adequada em todos os casos, pois não há de se falar em avaliação técnica caso a compra diga respeito a cópias de determinado *software*, pois essas são fungíveis.

A situação é diferente caso o objeto do contrato a ser celebrado seja o desenvolvimento de determinado *software*, ou a prestação de serviços de instalação, configuração e manutenção, ou ainda uma solução integrada.

Castro critica, ainda, o eventual subjetivismo na ponderação dos critérios usados para avaliar a proposta técnica: “capacitação e experiência do proponente; qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução; suporte de serviços; qualidade; padronização; compatibilidade; desempenho; prazo de entrega”.<sup>148</sup>

Aponta, então, soluções legislativas para minorar esses problemas. Essas consistiriam na reforma dos dispositivos anteriormente mencionados, com sua derrogação total ou parcial, visando a possível adesão brasileira ao Acordo sobre

---

146Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

§ 4º Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.

147Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu parágrafo 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação “técnica e preço”, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

148CASTRO, H.B. de. Obra citada, p. 118.

Compras Governamentais da OMC ou a algum outro Acordo Internacional Regional (como a ALCA ou um Protocolo do Mercosul).<sup>149</sup>

#### 4.5 PADRONIZAÇÃO E COMPRAS

O art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/93 exige a padronização dos bens adquiridos, a fim de racionalizar as despesas de aquisição e armazenamento, bem como reduzir os custos logísticos e de estoque. Além disso, as licitações subseqüentes são mais simples, visto que já são conhecidas pela Administração as características dos bens que deseja adquirir<sup>150</sup>.

A padronização decorre de procedimento administrativo informal, de competência da autoridade de mais elevada hierarquia em determinada pessoa administrativa. O procedimento deve iniciar com a constituição de comissão para apreciar o cabimento de padronização face as necessidades administrativas e a estimativa do valor dos contratos futuros, podendo ser realizados quaisquer testes e ouvidos especialistas no assunto, órgãos de classe, representantes dos usuários, e quem mais se interessar pela padronização (inclusive fornecedores de produtos englobados nas categorias que se pretende padronizar)<sup>151</sup>.

Colhidos esses dados, decidir-se-á pela padronização absoluta (quando somente um produto atender satisfatoriamente o interesse público) ou relativa (quando alguns produtos o fizerem), ou ainda pela não-padronização, em decisão motivada que considere as vantagens de uma ou outra opção para a Administração, e estabeleça prazo de duração da padronização, podendo essa decisão ser revista a qualquer tempo, mediante revogação.<sup>152</sup>

José Cretella Jr. aponta a necessidade de o padrão escolhido dever “atender ao real interesse público, e não mera predileção; a escolha deve ser justificada e

---

149CASTRO, H.B. de. Obra citada, p. 153.

150JUSTEN FILHO, M. Comentários..., p. 144.

151JUSTEN FILHO, M. Comentários ..., p.144-145.

152JUSTEN FILHO, M. Comentários ..., p.144-145.

devem ser comprovadas as vantagens; é vedado o dirigismo na licitação”<sup>153</sup>.

Havendo padronização, os particulares tem o direito a oporem-se a condutas administrativas inconsistentes com o padrão adotado, podendo valer-se inclusive de ação popular para tal intento, visto que presume-se que a contratação em conformidade ao padrão seja alternativa mais satisfatória de persecução do interesse público<sup>154</sup>.

Note-se que, como afirma Carlos Ari Sunfeld, a existência de um padrão não inviabiliza a realização de licitação, a menos que a competição se torne inviável<sup>155</sup>.

Há, no entanto, o risco que os padrões escolhidos serem inadequados (os bens dentro do padrão não atenderem às reais necessidades da administração) ou restringir-se demais a competitividade (pois a escolha de um padrão implica o delineamento das contratações futuras) ou por aumentarem-se os custos para a Administração, em razão da queda na competitividade<sup>156</sup>.

---

153CRETELLA JÚNIOR, J. Obra citada, p. 231.

154JUSTEN FILHO, M. Comentários ..., p. 146.

155SUNDFELD, C.A. Obra citada, p 47.

156JUSTEN FILHO, M. Comentários ..., p. 146-147.

## 5. A NEUTRALIDADE TECNOLÓGICA E AS COMPRAS DE SOFTWARE

Neste capítulo, apresentaremos e criticaremos a Neutralidade Tecnológica como baliza para a seleção de *software* pela Administração, como resposta parcial aos problemas apontados no capítulo anterior, permitindo licitações mais eficiente e eficazes, e conseqüentemente uma melhor aplicação dos recursos públicos disponíveis.

### 5.1 A NOÇÃO DE NEUTRALIDADE TECNOLÓGICA

A assim chamada neutralidade tecnológica consiste na política pública, implementada em sede regulatória ou nas compras governamentais, de não preferir nenhuma das tecnologias ou marcas disponíveis em determinado momento<sup>157</sup>.

Erick Iriarte Ahon classifica as diferentes definições de neutralidade tecnológica, classificando-as em predominantemente jurídicas, tecnológicas, políticas e econômicas, mas vincula-as todas a uma ideologia neoliberal, para a qual o Estado não deve intervir na economia nem escolher de antemão determinados padrões ou tecnologias, deixando ao mercado a tarefa de desenvolvê-los<sup>158</sup>.

Ainda sim, é vago o conteúdo da noção de neutralidade tecnológica, sendo fundada a crítica de Michael Braum a seu uso, afirmando que a assim chamada neutralidade tecnológica era mais uma expressão de efeito do que um conceito jurídico claramente definido<sup>159</sup>.

Procede, também, a crítica de Erick Ahon quanto à inadequação da locução *neutralidade tecnológica* para expressar o conteúdo da definição, que é a *não-preferência por um tipo de marca ou tecnologia sobre outra*, ou simplesmente *não-preferência em tecnologia*<sup>160</sup>.

157No mesmo sentido, BRAUM, M.S. Technology neutrality and secure electronic commerce: rule making in the age of "equivalence", p. 5.

158AHON, E.I. La Neutralidad Tecnológica... ¿existe o no existe? In: Alfa-Redi: Revista de derecho informatico, n. 94.

159BRAUM, M.S. Obra citada, p. 5: no original, "*more a political buzzword than a clearly defined legal concept*".

160AHON, E.I. Obra citada.

Entendemos, acatando a ponderação de Michael Braum, que a neutralidade tecnológica não consista em noção de natureza jurídica, mas sim um postulado político, visando o atendimento prioritário, pelo Estado, de interesses políticos e econômicos dos setores que a defendem.

Sabe-se, por exemplo, que esse postulado foi defendido vigorosamente quando do estabelecimento, nos Estados Unidos, de mecanismos de segurança e certificação digital para a promoção do comércio eletrônico, na década de 90 do século passado. À época, a criptografia de chaves assimétricas despontava como a tecnologia mais confiável para que esse tipo de aplicação, mas houve intenso debate, capitaneado por empresas cujos principais produtos eram implementações de outras tecnologias (como a biometria através da leitura de impressões digitais). Enquanto as empresas cujos produtos usavam a técnica criptográfica preferida desejavam o estabelecimento legal dessa como padrão de segurança e certificação digital, as demais tentavam afastar da legislação a preferência por qualquer das tecnologias disponíveis<sup>161</sup>.

Não se confundem a neutralidade tecnológica e a igualdade, exigida constitucionalmente, por incumbir à Administração Pública avaliar, na fase interna dos procedimentos licitatórios, as soluções propiciadas pelo estado da técnica em determinado momento, e selecionar aquela que melhor atenda ao interesse público.

## 5.2 CRÍTICA DA NEUTRALIDADE TECNOLÓGICA

Como qualquer política adotada de forma ampla, a neutralidade tecnológica tem efeitos benéficos e adversos se aplicada às compras governamentais de software.

O primeiro efeito é dar à legislação e aos regulamentos emitidos maior longevidade, por permitir que esses não sejam alterados de acordo com o progresso tecnológico<sup>162</sup>, de modo análogo ao observado com alguns conceitos jurídicos

<sup>161</sup>BRAUM, M.S. Obra citada, p. 3.

<sup>162</sup>MENKE, F. Considerações s. a interoperabilidade apl. à infra-estrutura de chaves públicas, p. 10.

indeterminados, quando estabelecidos legalmente.

Além disso, a neutralidade permite uma melhor técnica legislativa, pois a legislação não precisa ser minuciosa, taxativa. Pode ser mais sucinta, imparcial, não discriminatória, flexível, aberta, e eficiente<sup>163</sup>.

Destacamos, no entanto, que a maior longevidade e concisão dos instrumentos normativos implica ou diminuição do grau de determinação do sentido legal, ou aumento da complexidade da aplicação legal.

O segundo efeito da neutralidade tecnológica adotada como política estatal é o estímulo ao desenvolvimento tecnológico, que é favorável aos consumidores de tecnologia, aos quais seriam disponibilizados produtos mais eficientes e baratos, pois a não preferência por nenhuma tecnologia implicaria incentivos maiores ao desenvolvimento de todas que o incentivo ao desenvolvimento de apenas uma, eleita numa política tecnologicamente específica<sup>164</sup>.

Ademais, a adoção de uma política tecnologicamente neutra permite um acirramento da competição nos certames licitatórios, pois poderiam concorrer licitantes que dispõem de soluções outras que não as previstas inicialmente pela Administração, levando à redução de custos, para a Administração.

Por exemplo, se determinado órgão da Administração pretende adquirir *software* de planejamento do uso de recursos e controle de procedimentos internos (*ERP*) específico, caso a política da administração privilegiasse a neutralidade tecnológica, todas as empresas que desenvolvam *softwares* similares, e que atendam aos requisitos funcionais mínimos estabelecidos pela Administração são potenciais fornecedoras desse produto, e poderiam disputar, em igualdade de condições com a empresa desenvolvedora do *software* indicado pelo administrador. Em muitos casos, isso afastaria alegações de inexigibilidade de licitação em razão da existência de apenas um fornecedor de determinada versão

163Revista Chilena de Derecho Informático. El principio de neutralidad tecnológica em la Ley nº 19.799.

164Revista Chilena de Derecho Informático. El principio de neutralidad tecnológica em la Ley nº 19.799.

de determinado *software*.

A neutralidade tecnológica tem, no entanto, três grandes inconvenientes, quais sejam: a impossibilidade de padronizar as soluções tecnológicas da Administração Pública (que implica substancial aumento de custos de gerenciamento e de treinamento de pessoal), o aumento do custo e complexidade dos procedimentos licitatórios (tornando-os mais morosos e menos seguros) e a criação de problemas de interoperabilidade.

A impossibilidade de padronização dos programas de computador usados gera ineficiência, por serem diferentes as interfaces dos programas escolhidos (o que torna o trabalho menos intuitivo e, conseqüentemente, menos produtivo), e por serem necessários investimentos muito maiores em treinamento de pessoal.

É nesse sentido que Marçal Justen Filho afirma que “seria um contra-senso multiplicar os investimentos para promover a capacitação de um mesmo empregado para operar programas diversos. Muito mais razoável é eleger um determinado programa e propiciar treinamento uniforme para todos os empregados”, mesmo porque “seria muito improvável que cada funcionário disponha de condições de operar, de modo indiferente, todos esses programas”<sup>165</sup>.

Aquele autor ainda aponta, muito oportunamente, que a existência de problemas inerentes a cada *software* complica a escolha de programas não-padronizados, pois isso implica em uma multiplicação dos esforços no desenvolvimento desses<sup>166</sup>.

A esse argumento pode se contrapor a possibilidade de evitar as falhas e travamentos causados por determinado programa usando subsidiariamente outros<sup>167</sup>, especialmente se suas licenças desses permitirem o livre uso, para qualquer finalidade.

---

<sup>165</sup>JUSTEN FILHO, M. Comentários ..., p. 223.

<sup>166</sup>JUSTEN FILHO, M. Comentários ..., p. 223.

<sup>167</sup>Na nomenclatura própria da tecnologia da informação, os programas usados subsidiariamente adicionariam um grau de redundância ao sistema, o que contribuiria para sua confiabilidade.

Um exemplo aqui pode ser bastante esclarecedor: é comum, no setor de tecnologia da informação, que determinadas falhas de segurança dos softwares mais conhecidos sejam descobertas vários dias antes que o desenvolvedor desses disponibilize as correções daquelas. E em alguns casos, as vulnerabilidades podem comprometer o funcionamento desses programas ou ainda expor indevidamente a terceiros informações cujo uso é restrito à administração.

Nesse caso, a possibilidade de usar outro programa de computador até que se corrija a falha grave de segurança que se tornou conhecida, sem que se interrompa o funcionamento do serviço no qual aquele programa era usado pode ter valor inestimável para a Administração, visto que hoje em dia os anúncios de falhas de segurança em programas de computador são rapidamente difundidos via *internet*, o que deixa essas informações prontamente à disposição de todos os que exploram para fins vários essas falhas de segurança.

Não obstante, conclui-se que a impossibilidade de se padronizarem os softwares usados, caso a política adotada pela Administração privilegie a assim chamada neutralidade tecnológica, constitui importante fator redutor da eficiência administrativa e de aumento de custos.

Além disso, é de se considerar o substancial aumento do custo e complexidade dos procedimentos licitatórios, se adotadas políticas de neutralidade tecnológica nas compras, pois essas implicariam a desnecessária abertura de licitações, ou aumento do custo e redução da segurança dessas para a Administração.

Explicamos: a não preferência por nenhum produto ou tecnologia, levada às suas últimas conseqüências, implica a impossibilidade de a Administração limitar satisfatoriamente na fase interna da licitação o objeto que pretende contratar, sob pena de excluir da disputa licitantes com soluções baseadas em tecnologias sequer consideradas pelo administrador

Sendo menos precisa a descrição do objeto, a licitação seria menos segura, pois para não preterir eventuais licitantes, o Edital estabeleceria apenas os requisitos funcionais mínimos do software em questão (e.g. deseja-se adquirir cópias de aplicativo editor de texto, capaz de formatação de caracteres, parágrafos, e páginas, e capaz de exportar os arquivos salvos no formato *Portable Document Format*). Essa indeterminação poderia dar margem à aquisição de soluções de tecnologia da informação inadequadas às necessidades da administração – no exemplo dado, poderia ser considerado apto editor de texto capaz de limitada formatação de caracteres, parágrafos e páginas.

A licitação seria muito mais onerosa, pois embora houvesse maior competitividade, em razão do maior número de propostas, a diversidade tecnológica dessas, exigiria da Administração exame mais detalhado de todas as propostas para determinar quais seriam aptas a solucionar o seu problema, e qual dessas seria mais vantajosa

Verifica-se, portanto, que a adoção de política de neutralidade tecnológica implicaria um maior número de procedimentos licitatórios, bem como o aumento da complexidade e custo desses.

### 5.3 A QUESTÃO DA INTEROPERABILIDADE

A neutralidade tecnológica pode ainda impedir a integração de diversos sistemas de tecnologia da informação, para atender mais eficientemente o interesse público. Embora tal falha pudesse ser suprida mediante escolha de soluções já integradas, pela escolha de produtos que sabidamente são compatíveis com os demais, isso implicaria aumento dos custos se perderiam as vantagens decorrentes da adoção de uma política tecnologicamente neutra.

Para Fabiano Menke, a discricionariedade pode ser definida como “a capacidade que possuem os aparelhos ou equipamentos que dela fazem parte de comunicarem-se entre si, independentemente de sua procedência, ou do seu

fabricante”<sup>168</sup>.

Isso não quer dizer que *softwares* escolhidos usando-se critérios de neutralidade tecnológica devam ser descartados. Renato Martini é claro ao afirmar que apenas aqueles que forem incapazes de operar em conjunto com os sistemas já existentes devem ser ignorados, não se admitindo que a Administração Pública use “dois sistemas que operam em sua estrutura e estes gerem formatos de arquivos ou usem dispositivos que não se reconhecem reciprocamente”<sup>169</sup>.

Assim, a neutralidade tecnológica apenas deve ser perseguida como objetivo secundário, por ser prejudicial à interoperabilidade exigida dos sistemas de tecnologia da informação públicos.

#### 5.4. NEUTRALIDADE, FINALIDADE E INTEROPERABILIDADE

Vimos, portanto, que a neutralidade tecnológica não soluciona isoladamente o problema das compras de *software*, por implicar dispêndios adicionais por parte da administração, além de afetar negativamente a integração dos sistemas de tecnologia da informação, diminuindo sua interoperabilidade.

Não é, portanto, uma boa baliza para compra de softwares já escritos, tendo em vista o atendimento do interesse público. Em suma, A não-preferência por nenhuma tecnologia traz consigo mais prejuízos à Administração do que benefícios no desenvolvimento tecnológico e disseminação de tecnologia.

Para o desenvolvimento de *software* ainda não existente, no entanto, estabelecidos requisitos mínimos de interoperabilidade com outros programas de computador usados pela Administração, a neutralidade tecnológica pode ser vantajosa, por permitir maior competitividade entre as soluções a serem desenvolvidas, visto que nesses casos a complexidade dos procedimentos licitatórios e seus custos seriam menos relevantes.

É possível, no entanto, usar a neutralidade tecnológica como baliza para a

<sup>168</sup>MENKE, Fabiano. Obra citada, p. 2.

<sup>169</sup>MARTINI, Renato. Governo Eletrônico e Interoperabilidade.

seleção de *software* pela Administração, se a ela forem adicionados dois outros parâmetros: a finalidade do ato e a interoperabilidade.

Isso é, será proveitosa a licitação que, atendendo à sua finalidade e estabelecendo requisitos para a contratação de modo a preservar a perfeita operação compatível entre os sistemas já instalados, adotar, de forma restrita o postulado da neutralidade tecnológica, estabelecendo menos requisitos para o produto que se pretende adquirir, e permitindo aos licitantes elaborar soluções para os problemas da Administração, usando das mais variadas tecnologias, pois terá parte do benefício obtido com a neutralidade tecnológica (acirramento da disputa na licitação, maior longevidade legislativa, e estímulo ao desenvolvimento tecnológico), minorando-se boa parte de seus efeitos danosos.

Uma política fundada nesses postulados será particularmente favorável à Administração se usada para definir o padrão a ser seguido em suas futuras contratações, pois permitirá exame mais amplo de todas soluções disponíveis em um dado momento.

De qualquer sorte, o Administrador não poderá deixar de tomar as cautelas exigidas pela legislação regulatória das licitações e dos contratos, devendo cuidar para que se descreva adequadamente o objeto, sem que se estabeleça critérios de habilitação incompatíveis com a complexidade e o alcance econômico do certame.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A Administração Pública está sujeita ao chamado Regime Jurídico Administrativo, formado essencialmente pela prevalência dos Princípios da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e da Indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, das quais decorrem a presunção de legitimidade dos atos administrativos e sua auto-executoriedade;

2. A existência desse regime implica a submissão da Administração a uma série de princípios que o compõem, como a Legalidade, a Finalidade (ora entendida como elemento da Legalidade, ora como manifestação da Supremacia do Interesse Público), a Impessoalidade, a Moralidade, a Eficiência, a Razoabilidade, a Proporcionalidade e a Boa-fé;

3. Todos os atos administrativos são suscetíveis de controle jurisdicional, podendo ser anulados ou corrigidos em caso de ilegalidade. O mérito dos atos, no entanto, não deve ser apreciado judicialmente;

4. Há outras hipóteses de correção judicial de atos administrativos: listamos o abuso de poder, o desvio de finalidade, a não correspondência entre os motivos alegados e os atos praticados, além das ofensas aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e boa-fé;

5. A Discricionariedade administrativa é o âmbito de liberdade conferido ao administrador para que, consistente e razoavelmente, escolha o mais adequado à satisfação da finalidade da Lei entre diversos comportamentos igualmente lícitos, diante de determinada situação fática;

6. Limita-se essa faculdade do administrador a alguns dos elementos componentes do ato administrativo, a saber: o conteúdo, a forma, os motivos e a finalidade (essa última em hipóteses específicas);

7. Há discricionariedade administrativa diante de conceitos jurídicos indeterminados, quando a atividade interpretativa não os possa precisar, trazendo-os

às assim chamadas “zonas de certeza”;

8. Pessoalmente, entendemos que o âmbito de atuação do administrador para selecionar software não deva ser restringido pela discricionariedade técnica, por não se tratar de decisão estritamente técnica;

9. As Licitações são procedimentos administrativos nos quais a Administração seleciona, de forma ponderada e de acordo com as exigências legais, a mais vantajosa das propostas de contratação enviadas por particulares, nas atividades que não queira executar diretamente, assegurando a isonomia entre os administrados;

10. São reguladas extensamente pela Lei Federal nº 8.666/93, que estabelece princípios que devem ser observados em seu curso, bem como as regras procedimentais para a abertura, habilitação dos licitantes e recebimento das propostas, classificação e julgamento das propostas, homologação dos resultados do certame e adjudicação ao vencedor do objeto do contrato, vedando a Administração a contratação de qualquer outro particular para a execução do objeto adjudicado;

11. Em princípio, as licitações são obrigatórias, mas há casos nos quais a competição que essas pressupõem seja inviável, ou nos quais a Lei permita à Administração não realizá-las, tendo em vista circunstâncias específicas: são os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

12. A aquisição de software é particularmente problemática para a Administração Pública em razão da inexistência de regras específicas que a regulem, da dificuldade em determinar a natureza do objeto da contratação (ora sujeito ao regime das compras, ora sujeito ao regime dos serviços), de caracterizá-lo adequadamente (em razão das especificidades técnicas envolvidas e da dificuldade administrativa de formular requisitos técnicos estritos o bastante para que o contrato atenda às necessidades da Administração sem restringir demais a competitividade

do certame), e da sujeição, via de regra, das compras à padronização.

13. Nesse contexto, apresenta-se a Neutralidade Tecnológica, consistente na não preferência da Administração por nenhuma tecnologia ou aplicação, como baliza para selecionar os *softwares*;

14. A Neutralidade implicaria maior longevidade legislativa e maior concisão, bem como estimularia o desenvolvimento de novas tecnologias, que competiriam entre si, beneficiando todos os seus consumidores, com ciclos de pesquisa e desenvolvimento mais curtos e maior penetração das novas tecnologias nos produtos disponibilizados ao mercado; permitiria também um acirramento da competitividade nos procedimentos licitatórios, pois um número muito maior de competidores estaria habilitado a participar, com produtos bastante variados, reduzindo as despesas da Administração em razão da maior disputa existente;

15. De outro lado, tais benefícios seriam alcançados a alto preço: a profusão de conceitos indeterminados na legislação e nos instrumentos convocatórios de licitação, a impossibilidade de padronizar as soluções tecnológicas usadas pela Administração, o aumento do custo e complexidade dos procedimentos licitatórios, e a criação de sérios empecilhos à inteoperabilidade, reduzindo substancialmente o valor dos bens adquiridos;

16. A aplicação isolada da Neutralidade Tecnológica na contratação do desenvolvimento ou compra de *software* é mais danosa que benéfica à Administração.

17. Pode, no entanto, ser um útil critério, se estabelecidos limites mínimos de interoperabilidade e aplicado subsidiariamente, conforme a finalidade do instituto.

## 7. REFERÊNCIAS

ABRANTES, Antônio Carlos Souza de. Desmistificando as Patentes de Software. *In: Revista da ABPI* (Associação Brasileira de Propriedade Intelectual). [s.l.], n. 73, p. 9-23, 2004.

AHON, Erick Iriarte. La Neutralidad Tecnológica... ¿existe o no existe? *In: Alfa-Redi: Revista de derecho informatico*, n. 94. [s.l.], 2006. Disponível em <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=6104>>. Último acesso em 29.09.06.

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. *In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Forum, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. v. 1.

BARROS, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato: a crise da licitação**. 2. ed. Piracicaba: UNIMEP, 1999.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Principiologia de direito administrativo brasileiro**. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

BLANCHET, Luiz Alberto. Discricionariedade ou irrelevância jurídica? *In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 2, p. 67-74, 2002.

BRAUM, Michael S. **Technology neutrality and secure electronic commerce: rule making in the age of “equivalence”**. [s.l.], 1999. Disponível em <[http://verisign.com/repository/pubs/tech\\_neutral](http://verisign.com/repository/pubs/tech_neutral)>. Último acesso em 29.09.06.

CASTRO, Humberto Barbosa de. **As licitações internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na observância do princípio da competitividade**. Brasília, 2002. 191 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Brasília.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do Poder Discricionário. *In: Revista de Direito Administrativo*. Seleção Histórica: 431-451, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Licitações e contratos do estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva: 1992.

DEL CLARO, Maria Ângela Marques. O direito administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, v. 40, p. 163-176, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. Discricionariedade da Administração Pública *In: Revista do Direito*. Rio de Janeiro, [anual], p. 66-84, 2004.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 7.ed. Madrid: Civitas, 1994. v. 1.

GRAU, Eros Roberto. Direito, conceitos e normas jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. Discricionariedade técnica e parecer técnico. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 93, jan./mar. 1990.

HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. *In: Revista do Tribunal de Contas – Estado do Paraná*. Curitiba, n. 136, p. 19-48, 2000.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação Direta sem Licitação**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de Licitações e Contratos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

\_\_\_\_\_. **Pregão**: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 390-391.

MARTINI, Renato. **Governo Eletrônico e Interoperabilidade**. Disponível em <<http://www.serpro.gov.br/publicacao/tematec/tematec/2004/ttec73>>. Último acesso em 29.09.06.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 10. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MENKE, Fabiano. **Considerações sobre a interoperabilidade aplicada à infraestrutura de chaves públicas**. Disponível em <<http://www.iti.br/twiki/bin/view/Forum/ArtigoB01>>. Último acesso em 29.06.06.

MORÓN, Miguel Sánches. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Tecnos, 1995.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos: Lei n. 8.666/93**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 4. ed. rec. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Licitações de Informática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

**Revista Chilena de Derecho Informático**. El principio de neutralidad tecnológica em la Ley nº 19.799. Santiago, n. 4, 2004. Disponível em <[http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der\\_informatico\\_index/index.html](http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_index/index.html)>. Último acesso em 29.09.06.

SERVÍDIO, Américo. **Dispensa de licitação pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94**. São Paulo: Malheiros, 1994.

WACHOVICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação**. Curitiba: Juruá, 2004.