

**LICITUDE E ADEQUAÇÃO DE CONDIÇÕES IMPOSTAS PELOS EDITAIS  
DE LICITAÇÃO PARA FORNECIMENTO DE PROGRAMAS DE  
COMPUTADOR PARA O ESTADO**

Honra-nos o eminente advogado Dr. Manoel Antonio dos Santos, encaminhando consulta com pedido de Parecer em nome da ABES – Associação Brasileira das Empresas de Software, associação fundada em 1986 que congrega vasto número de empresas de todo o país atuantes no mercado de software.

Relata-nos o ilustre advogado que vários associados da Consulente têm formulado questionamentos acerca da validade e do alcance de determinadas condições e exigências constantes de editais de licitação para a obtenção de direitos relacionados a programas de computador por entes públicos, notadamente quanto à exigência do fornecimento do código-fonte ou da titularidade do software licitado e quanto à pré-definição pelo ente estatal da tecnologia, programa ou padrão a ser adquirido, indicando no edital, inclusive, seu nome comercial.

Nesse contexto, submete-nos a Consulente os seguintes quesitos:

1. Pode o Estado, ao licitar a obtenção de direitos relacionados a programas de computador, estabelecer preferências com relação à determinada tecnologia, padrão ou produto? Em que circunstâncias?
2. Pode o Estado licitar a obtenção de direitos relacionados a programa de computador, tecnologia ou solução específica, inclusive indicando no edital seu nome comercial? Em que circunstâncias?
3. Tendo em vista que programas de computador podem ser objeto de diversos atos jurídicos (e.g., cessão, licença de uso, prestação de serviços), cada qual com implicações próprias, deve constar expressamente do edital a especificação dos direitos a serem adquiridos pelo ente estatal, inclusive quanto a seus limites? Quais as implicações da omissão ou da falta de clareza quanto a referidos direitos e/ou quanto ao seu alcance e extensão?
4. É lícito ao Estado exigir no edital o fornecimento do código-fonte de programa de computador? Quais as implicações de tal exigência, inclusive no que diz respeito aos direitos que o Estado possuirá caso receba o código-fonte exigido?

5. É lícito ao Estado exigir no edital a cessão/transferência da titularidade sobre o programa de computador? Em que circunstâncias? Quais seriam as implicações no que diz respeito aos direitos do particular sobre referido programa de computador?
6. Há interesse público na exigência pelo Estado licitador do fornecimento de código-fonte de programa de computador e/ou a cessão/transferência de sua titularidade? Em que circunstâncias?
7. Há circunstâncias em que a exigência, em licitação pública, do fornecimento de código-fonte de programa de computador e/ou da cessão/transferência de sua titularidade poderá ser considerada abusiva e/ou em desconformidade com o ordenamento jurídico? Em que circunstâncias e sob que aspectos?
8. Ao exigir o Estado, em licitação pública, o fornecimento de código-fonte de determinado programa de computador, este deverá discriminar no edital a finalidade para a qual poderá utilizar o código-fonte?
9. Existem alternativas para o atendimento do interesse do Estado que não importem a exigência de fornecimento do código-fonte do programa de computador? Em que medida o depósito em caução do código-fonte em instituição especializada ("*escrow*") seria uma dessas alternativas?
10. Em que circunstâncias pode o Estado promover alterações e manutenção do programa de computador adquirido em licitação?
11. Em que circunstâncias pode o Estado, a título oneroso ou gratuito, transferir, ceder ou licenciar o uso para terceiros, inclusive outros entes públicos nacionais ou internacionais, de determinado programa de computador objeto de licitação pública? É lícito ao Estado ceder a utilização do programa de computador para outros órgãos da mesma pessoa jurídica de direito público?
12. É lícito ao Estado disponibilizar ou permitir o uso público de determinado programa de computador licitado?
13. Sob o ponto de vista do interesse público, seria vantajosa licitação de programas de computador tendo por objeto a aquisição de licença(s) de uso em contraposição à transferência de sua titularidade ao ente estatal?
14. A exigência de fornecimento gracioso de programas de computador ou serviços na licitação para compra de equipamentos é lícita? Em que medida esta exigência não atenderia ao interesse público?



## 1. Introdução

A República Federativa do Brasil estipulou para si diversos objetivos fundamentais a serem alcançados, e que devem assim orientar a atuação do Estado, objetivos estes genericamente elencados no artigo 3º da Carta Política de 1988.

O atendimento de tais objetivos pressupõe a satisfação de uma ampla gama de direitos assegurados na Constituição, muitos dos quais caracterizadores de direitos fundamentais relacionados à saúde, educação, habitação, preservação ambiental, segurança pública, acesso à justiça, dentre uma multiplicidade de outros.

São muitos e de muitas ordens os obstáculos enfrentados pelo Estado para o cumprimento de sua missão constitucional. Se o número e a amplitude dos direitos parecem incomensuráveis, os recursos financeiros, humanos e materiais disponíveis para o seu atendimento são limitados. O nível do dispêndio fica evidente ao se considerar que, de pronto, a execução das atribuições estatais administrativas, legislativas e jurisdicionais, demanda, por si só, a organização e manutenção permanente de uma vasta e custosa estrutura governamental.

Nesse cenário, a informática ou mais modernamente a tecnologia da informação, pode desempenhar um valioso e decisivo papel instrumental, permitindo ao Estado aprimorar sua atuação, com ganhos em eficiência, efetividade, economia e celeridade. Dentre os abundantes exemplos de uso bem sucedido da informática no setor público, menciona-se, por serem mais evidentes para a população em geral, a utilização das urnas eletrônicas, as declarações fiscais eletrônicas, o fornecimento de documentos e certidões pela internet e a implantação de processos judiciais eletrônicos.

No universo dos diversos bens e serviços englobados nessa noção de informática, destaca-se o programa de computador ou software<sup>1</sup> - objeto de constante demanda estatal, crescente importância econômica e infindáveis discussões jurídicas. Por meio dos diferentes programas de computador é que se operam as máquinas, usufruindo-se das funcionalidades proporcionadas pela informática.

Para o exame dos aspectos relacionados aos quesitos deste Parecer, referentes às contratações administrativas tendo por objeto programas de computador, faz-se primeiro relevante tecer breves considerações a respeito da disciplina jurídica do software no Brasil.

---

<sup>1</sup> Apesar dos conceitos de software e de programa de computador não guardarem uma relação de perfeita coincidência semântica - como se aponta mais adiante - serão aqui utilizados indistintamente para designar programa de computador.



## 2. A tutela jurídica dos programas de computador

A legislação nacional vigente é expressa ao dispor que os programas de computador são obras protegidas pelo direito de autor, conforme artigo 7º, inciso XII, da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 – Lei de Direitos Autorais.

De forma diversa das demais obras protegidas sob tal égide, porém, os programas de computador contam com um regramento específico previsto em diploma próprio – a Lei nº 9.609, também de 19 de fevereiro de 1998 – Lei do Software, que prevalece, naquilo em que dispõe de forma diversa, sobre o regime geral disciplinado na Lei de Direitos Autorais, conforme o artigo 7º, parágrafo primeiro desta.

Nos termos do artigo 2º da Lei do Software, o programa de computador se equipara para os fins da lei autoral, à obra literária, aplicando-se a ele o mesmo regramento<sup>2</sup>.

Certo é que a inserção dos programas de computador no bojo dessa disciplina de direito autoral, que já se pronunciava na lei anterior (Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987), deu-se no contexto de um longo debate travado de forma generalizada em âmbito nacional e internacional entre as décadas de 70 e 90 do século passado, a respeito do regime jurídico a ser atribuído ao software<sup>3</sup>.

Uma vez que o software despontou como fenômeno fático relevante muito recentemente, apresentando características e peculiaridades que o diferenciavam das obras e invenções até então tuteladas pelo direito como propriedade intelectual, questionava-se se deveria ser incluído no campo do direito autoral, do direito industrial – sendo nesse caso objeto de patente – ou de um terceiro gênero protetivo a ser para ele especialmente desenhado.

---

<sup>2</sup> A respeito dessa questão, reafirma Luiz Augusto Azevedo Sette: "*A atual Lei do Software assegura o mesmo regime de proteção de obras literárias aos programas de computador, com as particularidades e exceções previstas em seu texto. Portanto o regime jurídico de proteção escolhido no Brasil é ainda o dos direitos autorais.*" (Dados Sobre a Proteção Jurídica do Software no Brasil. In Renato Opice Blum (coord.). Direito Eletrônico – a Internet e os Tribunais. Bauru: Edipro, 2001, p. 617).

<sup>3</sup> Vale notar que a discussão não se encerrava em argumentos teóricos, também se pautando pelos efeitos práticos da escolha de um dado regime. "*A causa motriz deste apaixonado debate em torno da natureza jurídica do software é bem conhecida: a proteção jurídica do software pela legislação do direito autoral, no entender de alguns, seria contrária aos interesses políticos e econômicos dos países em desenvolvimento que são, precipuamente, importadores de software.*" (Georges Charles Fischer. A urgência de uma proteção jurídica do software. In Folha de São Paulo de 12/01/1986). Um dos motivos para essa resistência diz respeito ao fato que o "*criador de uma obra artística, ao contrário do que ocorre com o inventor, não está obrigado a tornar pública a maneira pela qual obteve determinado resultado, não precisa descrevê-la nem depositar a documentação utilizada na elaboração da obra para obter proteção legal.*" (idem). Dessa forma, o titular do software teria sua obra protegida, mas não compartilharia a tecnologia com a sociedade.

A opção pela tutela como direito autoral, adotada de forma mais generalizada pelos ordenamentos ao redor do globo<sup>4</sup>, não foi e não é, entretanto, indene de críticas<sup>5</sup>.

O objeto de proteção jurídica do direito de autor reside na expressão da idéia, ou seja, a maneira pela qual é exposta, exteriorizada. A tutela não se refere à idéia propriamente dita – o conteúdo da expressão –, a qual pode ser empregada, aperfeiçoada ou por outro modo explorada por terceiros desde que não se faça reproduzindo a forma pela qual tal idéia foi externalizada por seu autor original.

Assim é que a Lei de Direitos Autorais estipula no seu artigo 8º, incisos I, II e VII, que não pertencem ao campo de proteção dos direitos autorais as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais, os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios, bem assim o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

Para ilustrar a decorrência prática de tal limitação, Denis Borges Barbosa toma emprestado exemplo apresentado em publicação da agência governamental de propriedade industrial dos Estados Unidos: *"embora um artigo de uma revista, ensinando como reajustar o motor de um automóvel, seja protegido pelo Direito Autoral, esta proteção se estende somente à expressão das idéias, fatos e procedimentos em si mesmos, não obstante quão criativos ou originais eles possam ser. Qualquer um pode usar as idéias, fatos e processos existentes no artigo para ajustar um motor de automóvel ou para escrever outro artigo sobre a mesma matéria"*<sup>6</sup>.

O direito de autor tradicionalmente não se presta a assegurar a proteção do conteúdo utilitário da obra, o possível aproveitamento técnico da criação. Essa forma de tutela - de invenções tecnológicas - é tipicamente reservada ao direito de patente, que garante ao seu titular a possibilidade de utilização industrial da tecnologia patenteada, por mais que se permita a terceiros que os conhecimentos a ela atinentes sejam aproveitados para propósitos técnicos ou científicos, mas não industriais.

---

<sup>4</sup> Conforme Luiz Augusto Azevedo Sette: *"Após algumas discussões sobre qual proteção jurídica conferir a essa obra intelectual, a grande maioria dos países decidiram por atribuir aos criadores de programas de computador direitos autorais."* (op. cit., p. 627).

<sup>5</sup> Denis Borges Barbosa, destacando a natureza tecnológica do software, critica a sua proteção por meio do direito autoral, principalmente porque a legislação hoje existente não asseguraria o acesso público à tecnologia protegida: *"A adequabilidade do uso dos direitos autorais para proteção das tecnologias tem sido contestada ardorosamente, em especial porque o sistema do direito autoral difere significativamente dos sistemas dedicados até agora a tal tarefa, como, por exemplo, o sistema das patentes."* (Propriedade Intelectual – Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 139).

<sup>6</sup> Intellectual Property and the National Information Infrastructure, U.S. Patent and Trademark Office, Setembro de 1995, p. 32 *apud* Denis Borges Barbosa; op. cit., p. 17.

Em razão de suas características e peculiaridades próprias, o software não se adéqua perfeitamente ao sistema de direitos autorais. Para que se possa compreender em que medida se dá essa inadequação, deve-se primeiro esclarecer o que se entende por software.

Tradicionalmente considera-se que o termo software abrange o programa de computador, mas a ele não fica restrito, também compreendendo a descrição do programa e a documentação técnica que lhe é acessória<sup>7</sup>. Sua denominação, com origem na língua inglesa e sem equivalente perfeito na língua portuguesa<sup>8</sup>, contrapõe-se à de hardware, que designa a máquina, o equipamento, o conjunto dos componentes físicos, tangíveis, sem os quais o software não pode operar. E é a combinação do software e do hardware que compõe um sistema<sup>9</sup>.

A definição de programa de computador, por seu turno, elemento central do conceito de software, tem caráter normativo e se encontra insculpida no artigo 1º da Lei do Software, nos seguintes termos:

*"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."*

Tem-se, assim, por programa de computador, em termos gerais e sem preocupações de exatidão conceitual, um conjunto organizado de instruções para a operação de uma máquina. Sua tutela sob o regime de direitos autorais justificar-se-ia por se tratar de uma forma de expressão – expressão de instruções -, sendo em tal qualidade e nessa extensão protegido. Porém, escapa do campo característico próprio do direito autoral na medida em que não é uma forma de expressão que se basta em si, já que a ela se adiciona uma necessária funcionalidade – a operação da máquina – funcionalidade esta, por sinal, que é o que dá valor ao software<sup>10</sup>. Nota Manoel Joaquim Pereira dos Santos essa natureza híbrida ou dualista dos programas de computador, sendo simultaneamente *"'mecânico' ou 'funcional' e 'simbólico' ou 'textual'"*<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> O artigo 43 da Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984, refere-se a software justamente como *"programas de computador e documentação técnica associada"*.

<sup>8</sup> Vale ressaltar que há quem se refira ao termo logiciário, numa tradução do francês *logiciel*.

<sup>9</sup> Denis Borges Barbosa, op. cit., pp. 140/141.

<sup>10</sup> Diante dessa peculiaridade, comenta Luiz Augusto Azevedo Sette:

*"Entretanto, o software não se enquadra perfeitamente nas características das obras protegidas pelos direitos autorais. Por outro lado, também não se encaixa tranquilamente no conceito de invenção, passível de ser protegido pela patente, uma das formas de proteção das propriedades industriais. Assim, o que ocorre hoje é que muitos países, entre eles os Estados Unidos, não apresentam um único regime jurídico de proteção do software, permitindo tanto a patente, quanto a aplicação de direitos autorais."* (op. cit., p. 629).

<sup>11</sup> A Proteção Autoral de Programas de Computador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 159.

Não é, assim, a função (ou conteúdo) do programa de computador objeto de proteção, recaindo a mesma apenas sobre sua expressão (ou forma)<sup>12</sup>. Ocorre que diante do relevante valor que a função do programa representa, gerando interesses em vê-la protegida, bem assim da dificuldade em se distinguir forma e conteúdo no que diz respeito a diversos aspectos práticos relacionados ao software, muitos questionamentos despontam a respeito da extensão da tutela, como já se notou no passado<sup>13</sup>.

Aliás, justamente em razão dessa sua natureza tecnológica é que países como os Estados Unidos em certos casos têm admitido a patente de software<sup>14</sup> como uma forma adicional de proteção, sem exclusão da autorial. No Brasil, a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 – Lei da Propriedade Industrial – no seu artigo 10, inciso V, decreta que os programas de computador não podem ser por si só considerados inovação ou modelo de utilidade para fins de patente, vedando-se a proteção patentária do software<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Segundo Luiz Augusto Azevedo Sette:

*"Interpretando o texto legal, é possível afirmar que o ponto diferencial entre dois programas é a sua expressão, isto é, a forma pela qual o conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada (código-fonte) se apresenta ao usuário.*

*Assim, poderíamos dizer que um programa não será cópia ilegítima do outro, pelo simples fato de possuir a mesma função ou finalidade. O que torna único um software é a forma pela qual essa função ou finalidade pode ser obtida ou sentida por quem o utiliza."* (op. cit., p. 613).

<sup>13</sup> *"Trata-se de proteção imperfeita, porquanto o Direito Autoral foi concebido para proteger obras de caráter predominantemente artístico (livros, obras musicais, pinturas, etc) e não criações de caráter eminentemente utilitário e industrial como é o caso dos programas de computador. Em decorrência, a exata abrangência deste tipo de proteção tem gerado celeuma na doutrina e jurisprudência de inúmeros países. Assim, discute-se se o 'look & feel' ou a estrutura, seqüência e organização de um programa original estariam amparados pela legislação autorial."* (Georges Charles Fischer. Software: Proteção, Comercialização e Auditoria. In Boletim Informativo ABDI, Ano IV, nº 8, novembro de 1990, p. 1).

<sup>14</sup> *"Em certos casos, tem havido procura da proteção patentária para o software, aproveitando-se da tendência notável especialmente nos EUA, de maior tolerância para as peculiaridades das criações deste campo tecnológico. Estas patentes estão sendo concedidas, naquele país, para tecnologias tais como métodos de fazer negócio, para interface entre computador e usuário etc."* (Denis Borges Barbosa, op. cit., pp. 166/167).

<sup>15</sup> Cumpre notar, entretanto, que, segundo observa Pedro de Paranaguá Moniz, *"o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI – assim como diversos escritórios de patentes de outros países – diga-se de passagem, desenvolvidos, portanto com a indústria de software mais sedimentada – tem concedido, há alguns anos, patentes relacionadas ao uso de computadores em relação a métodos e aparatos. Entretanto, muitas das patentes concedidas pelo INPI o foram com base em pedidos que, de forma a contornar o impedimento legal para patentes de softwares (em si), caracterizavam os programas como processos ou métodos industriais."* (Software livre como alternativa de desenvolvimento e de negócio: em busca da soberania nacional. In Propriedade Intelectual – Estudos em homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 492/493). Nota Denis Borges Barbosa que *"enquanto o programa de computador em si não é nunca objeto de proteção por patente (por ser expressão...), ele pode incorporar ou expressar idéias e, mais, pode dar a certas soluções teóricas o caráter de ação prática sobre o universo circundante, vale dizer, o requisito de utilidade industrial que exigem as leis de patentes. São estas as chamadas 'patentes de software'"*. (op. cit., p 147).



Em vista das características peculiares do software, embora não se tenha por esse modo resolvido aqueles questionamentos, é que a ele foi destinado um diploma legislativo próprio, com alterações à disciplina geral dos direitos autorais. Por tais circunstâncias, aliás, Denis Borges Barbosa defende a tese de que no Brasil a tutela dos programas de computador não se dá propriamente pelo direito de autor, mas por um novo gênero que seguiria, todavia, o regime geral dos direitos autorais naquilo em que não fosse disposto de forma diversa pelas disposições específicas a esse direito<sup>16</sup>. Nas palavras do aludido autor:

*"O regime de proteção dos programas de computador segue, em parte, o da Lei 9.610/98, que protege no Brasil os Direitos Autorais. No entanto, com muitas alterações introduzidas pela Lei 9.609/98, e a natureza claramente tecnológica dos programas de computador, inegavelmente estamos, na Lei em vigor, na presença de um tertius genus, à maneira de certos Direitos Conexos, cuja regulação acompanha talvez, na esfera internacional, o da Convenção de Berna – vale dizer, o da matriz internacional dos Direitos Autorais – no que com ela não contraste."*<sup>17</sup>.

De acordo com o regime geral da Lei do Software, ao criador do programa de computador é atribuído o direito exclusivo de usar, fruir e dispor de sua obra, sujeitando-se tal exclusividade às exceções previstas no artigo 6<sup>o</sup><sup>18</sup>, de forma que *"salvo raras exceções previstas em lei, ninguém pode reproduzir, alterar, distribuir software, sem a expressa autorização do titular dos direitos autorais, sob pena de estar cometendo tanto um ilícito civil quanto um crime."*<sup>19</sup>. Esses direitos, considerados de natureza patrimonial, permitem que a circulação do software seja explorada economicamente pelo seu autor, de forma a incentivar a criação de programas que não se destinem exclusivamente para o uso de seu desenvolvedor ou de seu encomendante.

---

<sup>16</sup> De fato, tal autor entende que não são os dispositivos constitucionais referentes ao direito autoral que embasam a proteção do programa de computador, mas sim o artigo 5º, inciso XIX, segundo o qual a proteção a criações industriais será definida em lei em vista do interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, classificando, assim, o software como uma criação industrial que diferiria dos privilégios industriais (op. cit., pp.129/132).

<sup>17</sup> Op. cit., p. 130.

<sup>18</sup> "Art. 6º Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador:

I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda;

II - a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos;

III - a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão;

IV - a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu."

<sup>19</sup> Luiz Augusto Azevedo Sette, op. cit., p. 628.

Disciplinou-se que o uso do software por terceiros se dará, regra geral, com base em contrato de licença de uso<sup>20</sup>, nos termos do artigo 9º, *caput*, da Lei do Software<sup>21</sup>. Assim é que ao se adquirir um programa de computador, especialmente aqueles conhecidos como de prateleira, não se está a efetivamente comprar o software, mas apenas o direito de usá-lo de acordo com certos termos e condições estipulados na licença. Ao usuário licenciado, dentro do chamado prazo de validade técnica, garantiu-se a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, serviços estes de execução obrigatória por quem for o titular dos direitos autorais ou de comercialização do programa, ainda no caso da retirada do software de circulação, conforme artigo 8º da Lei do Software<sup>22</sup>.

Com relação aos direitos tidos como de natureza moral, restringindo aqueles previstos na Lei de Direitos Autorais para as demais obras objeto de direito de autor, reservou-se ao criador do programa de computador apenas os de, a qualquer tempo, reivindicar a paternidade da criação e de se opor à deformação, mutilação ou outras alterações não autorizadas que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

O prazo da proteção com relação aos direitos patrimoniais se estende por 50 anos e independe de registro, cuja realização perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, é meramente facultativa.

Com base nessas considerações, nota-se que não se tratando de programa de domínio público ou de titularidade do Estado, a utilização de software pelo ente estatal depende da celebração de contrato por meio do qual sejam concedidos os direitos necessários para tanto. Passa-se, assim, ao exame de alguns aspectos desse processo de contratação.

### 3. Aquisição de software pelo Estado

De forma diversa dos particulares, com relação aos quais, via de regra, impera a autonomia de vontade e a liberdade contratual (i.e. o particular pode livremente

---

<sup>20</sup> A licença pode não recair apenas sobre o uso propriamente dito, mas também pode dizer respeito à distribuição, reprodução, ou outros atos que seriam reservados ao autor.

<sup>21</sup> "Art. 9º O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença.  
Parágrafo único. Na hipótese de eventual inexistência do contrato referido no caput deste artigo, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso."

<sup>22</sup> "Art. 8º Aquele que comercializar programa de computador, quer seja titular dos direitos do programa, quer seja titular dos direitos de comercialização, fica obrigado, no território nacional, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, a assegurar aos respectivos usuários a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, consideradas as suas especificações.  
Parágrafo único. A obrigação persistirá no caso de retirada de circulação comercial do programa de computador durante o prazo de validade, salvo justa indenização de eventuais prejuízos causados a terceiros."



escolher e negociar com quem contratará e os termos e condições do negócio), a Administração Pública<sup>23</sup>, por lidar com necessidades, bens e recursos públicos, se submete a condicionamentos e restrições normativos mais rígidos para escolher e negociar com quem contratará e o conteúdo do ajuste<sup>24</sup>.

Em termos gerais, por meio do contrato, as partes estabelecem uma relação jurídica consensual buscando o atendimento de interesses por meio da entrega recíproca de prestações. Interesse aqui entendido como a relação entre uma necessidade e aquilo que é capaz de satisfazê-la<sup>25</sup>. No caso dos particulares, dentro do campo da licitude, são eles juridicamente livres para eleger os interesses a serem perseguidos e a maneira de fazê-lo.

Um homem sedento tem interesse em consumir água para satisfazer sua necessidade de hidratação. Dentre os diversos modos disponíveis para obter o bem necessário para satisfazer essa sua necessidade, pode optar por se dirigir a um bar e adquirir um copo d'água mineral. É livre tal indivíduo, entretanto, para escolher outro bar, lanchonete ou mercado que também forneçam o mesmo produto, podendo tal opção se basear em outro interesse, como, por exemplo, o de poupar dinheiro, o de apreciar certa paisagem, o de agradar um amigo comerciante, ou o de encontrar ou evitar certo tipo de clientela. Também pode optar por consumir outros tipos de bens como sorvetes, frutas, refrigerantes, bebidas alcoólicas, mesmo que não satisfaçam aquela sua necessidade de forma tão perfeita, caso em que sua escolha privilegiará outros interesses como o seu paladar.

A Administração Pública, por sua vez, não é livre para eleger os interesses a serem por ela perseguidos, vez que sempre está vinculada ao interesse público, até mesmo porque os recursos financeiros de que dispõe pertencem à coletividade e lhe são confiados para o atendimento de necessidades públicas. Logo, suas contratações devem ser orientadas única e exclusivamente a benefício do interesse público, não sendo admissível servirem como instrumento para a satisfação de caprichos ou interesses

<sup>23</sup> Ao se referir à Administração Pública nessa matéria de licitações públicas e contratos administrativos, quer-se designar não só aos órgãos do Poder Executivo, mas também aos dos Poderes Legislativo e Judiciário.

<sup>24</sup> *"Na Administração Pública 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. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'."* (Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 89). *"A formação do vínculo contratual administrativo entre o Estado e o administrado não se estabelece livremente, ao exclusivo alvedrio dos contratantes. A igualdade jurídica dos administrados e o interesse público na obtenção das melhores condições contratuais se articulam na instituição constitucional do princípio licitatório (CF, art. 37, XXI)."* (Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 200).

<sup>25</sup> Sob essa perspectiva, não se está a fazer referência à necessidade sob um juízo valorativo, como uma necessidade relevante, premente, mas sim à necessidade de modo genérico, que é o impulso para a atuação humana.

personais do administrador, o qual, aliás, deve se conduzir na esfera pública em consonância com os princípios da impessoalidade, probidade e da moralidade administrativa<sup>26</sup>.

Vale notar, a esse respeito, que não há necessária correlação no mundo real entre o interesse público - aquele de caráter coletivo -, e o interesse da entidade Administração, ou o que veio a ser conhecido por interesse público secundário, em contraposição àquele, que se deu o nome de interesse público primário. Isso porque se distinguem o interesse público (primário), qualificado como um interesse de caráter social, que emana da coletividade e está ligado ao bem comum, de outros interesses, via de regra de cunho patrimonial, que podem emanar da entidade administrativa e que são relacionados à sua condição de pessoa jurídica, ao aparato administrativo<sup>27</sup>. De toda forma, admite-se que qualquer outro interesse, inclusive esse interesse público secundário, somente possa vir a ser perseguido pela Administração Pública na medida em que seja coincidente com o interesse público propriamente dito, ou interesse público primário.

Mesmo (e principalmente) nas hipóteses em que a lei reserve ao administrador certo campo de liberdade de atuação no qual possa agir com base em um juízo de conveniência e oportunidade (o que vem a se chamar de discricionariedade administrativa), vincula-se tal atuação administrativa à finalidade de interesse público prevista de forma explícita ou implícita na lei<sup>28</sup>.

Atos praticados pela Administração Pública com outra finalidade que não seja em atendimento ao interesse público padecerão de ilegalidade em razão de vício de

<sup>26</sup> Art. 37, *caput* da Constituição da República.

<sup>27</sup> Tal interesse secundário, por exemplo, seria aquele que levaria a Administração Pública a pagar valores ínfimos em desapropriações ou a se recusar a pagar valores a que foi condenada por decisão transitada em julgado (postergando o pagamento dos chamados precatórios).

<sup>28</sup> *"Em última análise, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens licitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade."* (Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 88).

*"E a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á a invalidação por desvio de finalidade, que a nossa lei da ação popular conceituou como o 'fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência' do agente (Lei 4.717/65, art. 2º, parágrafo único, 'e')."*

*Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo."* (idem, pp. 93/94).

*"O fim de todo ato administrativo, discricionário ou não, é o interesse público. O fim do ato administrativo é assegurar a ordem da Administração, que resultaria anarquizada e comprometida, se o fim fosse privado ou particular. De modo que o fim é sempre fim público, genérico ou específico."* (José Cretella Júnior. O 'Desvio de Poder' na Administração Pública. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 37).

finalidade. É o que se costuma chamar de desvio de poder ou desvio de finalidade<sup>29</sup>. A respeito de tal espécie de defeito dos atos administrativos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro é categórica: "*Visto que a finalidade pode ter duplo sentido (amplo e restrito), pode-se dizer que ocorre o desvio de poder quando o agente pratica o ato com inobservância do interesse público ou com objetivo diverso daquele previsto explícita ou implicitamente na lei. O agente desvia-se ou afasta-se da finalidade que deveria atingir para alcançar resultado, não amparado pela lei.*"<sup>30</sup>. Nesses casos, aduz a autora que, "*Seja infringida a finalidade legal do ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal, por desvio de poder.*"<sup>31</sup>.

Por essa razão é que o contrato administrativo sempre deverá ser celebrado pelo ente público exclusivamente com vistas à satisfação de necessidades legítimas sob a perspectiva do interesse público. Não só o contrato, mas o próprio processo de contratação deve ser voltado ao atendimento de tais interesses. Isso se aplica inclusive no que toca à escolha da espécie de negócio a ser entabulado, do bem da vida que será seu objeto, dos termos e condições do ajuste e da parte com quem o Estado contratará.

Além do que as decisões tomadas nesse processo de contratação devem se pautar pelo princípio da razoabilidade, de forma que os meios empregados guardem uma relação de adequação e proporcionalidade com os fins a serem alcançados, evitando-se medidas excessivas ou impertinentes. O fato de enunciar-se finalidade de interesse público, não autoriza a Administração a se valer de quaisquer meios para alcançá-la.

#### 4. Licitações Públicas

A relevância social das contratações administrativas é tamanha que a Constituição da República estabelece, no seu artigo 37, inciso XXI, que, de forma geral, os contratos referentes à realização de obras, prestação de serviços, aquisições e alienações de bens

---

<sup>29</sup> "A teoria do desvio de poder, de origem francesa, representou importante passo no sentido de direcionar o exercício do poder discricionário aos fins de interesse público, explícitos ou implícitos, em razão dos quais esse poder foi conferido ao agente administrativo. Os poderes atribuídos aos agentes visam ao atendimento do interesse público pertinente à matéria em que esses agentes atuam. Não se destinam tais poderes à satisfação de interesses pessoais, de grupos, de partidos, nem são instrumentos de represália, vingança ou favorecimento próprio ou alheio. Exemplo: usar o poder de expropriar em represália a declarações formuladas na imprensa por um administrado." (Odete Medauar. Direito Administrativo Moderno. 14ª ed., São Paulo: RT, 2010, p. 159).

"Logo, desvio de poder é o uso indevido que a autoridade administrativa competente faz do poder discricionário que lhe é conferido, para atingir finalidade diversa daquela que a lei explícita ou implicitamente preceitua." (José Cretella Júnior, op. cit., p. 31).

<sup>30</sup> Direito Administrativo. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 212.

<sup>31</sup> Op. cit., p. 245.



e direitos<sup>32</sup>, para que sejam validamente celebrados por órgãos estatais, devem ser precedidos por processo de licitação pública em que se garanta igualdade de condições a todos os concorrentes.

A relação entre licitação e interesse público é tão estreita que Maria Sylvia Zanella Di Pietro chega a afirmar que "*a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público*"<sup>33</sup>.

Ressaltando a importância desse princípio da licitação pública previsto no texto constitucional, José Afonso da Silva alude se tratar de "*um princípio instrumental da realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.*"<sup>34</sup>.

A Constituição, a despeito de consagrar preceito fundamental a impor a exigência do certame, deixou ao legislador ordinário a atribuição de dar o regramento de tal processo, inclusive especificando os casos excepcionais em que seria dispensado ou inexigível<sup>35</sup>. Dentro da divisão de competências fixada no texto constitucional, coube à União estipular as normas gerais sobre licitações públicas, conforme artigo 22, inciso XXVII, o que acabou implementando principalmente por meio da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a chamada Lei de Licitações, a qual também veicula normas referentes aos contratos administrativos<sup>36</sup>.

Caracteriza-se a licitação pública como um procedimento administrativo competitivo do qual participam interessados em contratar com a Administração Pública e por meio do qual a Administração Pública, respeitadas as definições, exigências e critérios por

---

<sup>32</sup> Entende-se aqui se tratar de rol meramente exemplificativo de forma a que o preceito constitucional contempla a generalidade dos contratos administrativos, sem excluir outras modalidades contratuais não elencadas.

<sup>33</sup> Op. cit., p. 360.

<sup>34</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 652.

<sup>35</sup> Essa competência do legislador infra-constitucional de prever exceções à regra geral da obrigatoriedade da licitação não é irrestrita, sob pena da possibilidade de se esvaziar o preceito constitucional. Conforme entende Celso Antonio Bandeira de Mello, autoriza a Constituição que a lei permita a "*contratação direta seja quando inexistirem as condições objetivas propiciatórias da disputa útil em que se substancia este procedimento, seja quando realizá-lo implicaria menoscabar a própria realização de interesses públicos.*" (Parecer juntado aos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.059-1 em trâmite no Supremo Tribunal Federal).

<sup>36</sup> Vale notar que esse não é, entretanto, o único diploma legislativo no âmbito federal a respeito da matéria, citando-se, a título de exemplo, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2001, que regula a modalidade licitatória denominada pregão e a Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, que ao dispor sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação institui certas preferências nas aquisições de bens e serviços desse setor.

ela estipulados e explicitados no instrumento convocatório, escolhe certa proposta para fins de celebração de contrato administrativo<sup>37</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, privilegiando o caráter teleológico da licitação, apresenta conceito ancorado no artigo 3º da Lei de Licitações, segundo o qual "*licitação é o procedimento prévio à celebração de contratos administrativos, que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, promover o desenvolvimento nacional e garantir a isonomia entre os licitantes*"<sup>38</sup>. Dessa perspectiva, ressalta-se a natureza instrumental das licitações públicas, despontando as três finalidades que lhes foram atribuídas pela lei<sup>39</sup>.

Em primeiro lugar, e o que é da própria essência do instituto, serve a licitação para proporcionar à Administração Pública a possibilidade de escolher a proposta mais vantajosa para o atendimento da necessidade pública que motivou a contratação pretendida. Será a proposta mais vantajosa, em princípio, aquela assim entendida sob o ponto de vista econômico-financeiro, ou seja, a que preveja o menor preço a ser pago pelo Estado, considerando-se as hipóteses de contratação em que o Estado é o adquirente de bem ou o tomador de serviço<sup>40</sup>. Tal vantajosidade fica evidente nas licitações em que se adota o tipo menor preço, nas quais o critério de julgamento e escolha da proposta vencedora diz respeito exclusivamente ao preço mais baixo.

---

<sup>37</sup> "*Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contato de seu interesse, inclusive para a promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Tem como pressuposto a competição.*" (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, op. cit., p. 283).

<sup>38</sup> Op. cit., p. 357.

<sup>39</sup> "*A licitação, nos termos do que hoje estabelece a legislação, visa a alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.*" (Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 28ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2011, op. cit., p. 530).

<sup>40</sup> Obviamente isso não quer dizer que a apuração da proposta mais vantajosa não leve em consideração outros elementos além do preço. Nesse tocante: "*Proposta mais vantajosa é a que melhor atende ao interesse do serviço público. Nem sempre será a de menor preço, pois este fator, que já fora decisivo no sistema anterior, cedeu lugar para as vantagens da técnica. A proposta mais vantajosa será, portanto, aquela que melhor servir aos objetivos da Administração, dentro do critério de julgamento preestabelecido no edital.*" (Hely Lopes Meirelles. Licitação e Contrato Administrativo. 15ª ed., atualizada por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini, São Paulo: Malheiros: 2010, p. 204). "*Mais vantajosa não é a proposta de menor preço, mas a que se apresente mais adequada, mais favorável, mais consentânea com o interesse da Administração, observadas, sem dúvida, outras condições como o prazo, o pagamento do preço, a qualidade, o rendimento.*" (José Cretella Júnior. Das Licitações Públicas. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 120).



Há casos, porém, que a apuração da vantajosidade não se restringe ao aspecto do menor dispêndio econômico, levando-se em conta questões técnicas pertinentes às propostas, vez que nesses casos o que também se procura é o recebimento da prestação com melhor qualidade. O tipo de licitação então adotado é o de melhor técnica ou o de técnica e preço.

O fato é que, não obstante os critérios de julgamento adotados, por meio da licitação sempre se deve buscar a melhor relação custo-benefício para a Administração, representando a maior vantajosidade para o interesse público em ambos os aspectos: técnico e econômico. No tipo menor preço, a despeito da escolha se pautar na questão pecuniária, também há preocupações com questões de qualidade, já que os padrões técnicos mínimos do objeto a ser contratado devem estar previstos no instrumento convocatório como requisitos da proposta. A superioridade técnica de uma proposta com relação a outra não teria relevância que justificasse o pagamento de preço mais alto, desde que ambas respeitem aqueles requisitos mínimos previstos e que seriam suficientes para a satisfação da necessidade pública que motivou o certame. Nas licitações dos tipos melhor técnica e técnica e preço, por mais que a escolha também se pautar na superioridade técnica, não se abandona o critério econômico, vez que o preço também é considerado na determinação da proposta mais vantajosa.

Sob essa ótica, a licitação pública prestigia o princípio da economicidade<sup>41</sup>. Uma vez que os recursos públicos são limitados e pertencem à coletividade, deve o Estado utilizá-los com eficiência de forma a que deles se extraia os melhores resultados econômicos, não só no aspecto quantitativo, como também qualitativo. Assim é que os entes públicos não possuem o mesmo grau de liberdade dos particulares tanto na eleição dos interesses a serem prestigiados como também na utilização dos recursos para o atendimento de tais interesses.

A respeito da restrição imposta pelo princípio da economicidade à competência discricionária do administrador, esclarece Marçal Justen Filho: "*a economicidade delimita a margem de liberdade atribuída ao agente administrativo. Ele não está autorizado a adotar qualquer escolha, dentre aquelas teoricamente possíveis. Deverá*

---

<sup>41</sup> "Como decorrência da eficácia, tem-se o princípio da economicidade, previsto no art. 70 da Constituição Federal. A economicidade tem direta ligação com as licitações públicas, eis que o que se busca é a melhor relação custo/benefício nas contratações administrativas. Assim, nem sempre o menor preço pode se revelar como a melhor alternativa para a Administração Pública. É preciso que seja o menor preço dentre os bens e serviços que atinjam um padrão mínimo de qualidade previsto no edital. É o exemplo clássico de se adquirir a caneta mais barata, mas que também não escreve." (Flávio Amaral Garcia. Licitações e Contratos Administrativos. 3ª ed., São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 5). "O princípio da economicidade se aplica à fase em que a Administração define e caracteriza o objeto da compra; enquanto o princípio da proposta mais vantajosa se aplica na confrontação dos preços apresentados pelos licitantes para o mesmo bem." (Luis Carlos Alcoforado. Licitação e Contrato Administrativo. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 87).

*escolher, no caso concreto, aquela alternativa que se afigure como a economicamente mais vantajosa.*"<sup>42</sup>.

Em segundo lugar, a licitação é atualmente um mecanismo que tem também por finalidade a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Isso quer dizer que o processo licitatório não visa somente proporcionar ao Estado a proposta mais vantajosa para a satisfação de uma dada necessidade pública. Deve, além disso, servir como um instrumento estatal de promoção de aludido desenvolvimento<sup>43</sup>.

Tal finalidade não estava prevista na redação original da Lei de Licitações, tendo sido introduzida por medida provisória convertida na Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Ao transformar a licitação em um instrumento de promoção do desenvolvimento nacional sustentável, o legislador a tornou mais um mecanismo para atingir aquele objetivo fundamental da República Federativa do Brasil estatuído no artigo 3º, inciso II, da Constituição da República. A lógica que embasa a mudança é simples: já que o Estado disporá de recursos para satisfazer uma necessidade imediata de um bem ou serviço, por que não fazê-lo de uma forma que sirva ao desenvolvimento do país?

Antes mesmo de referida alteração legislativa, Marçal Justen Filho já notava a força econômica das compras governamentais e como poderiam servir como um instrumento de políticas públicas: *"A contratação administrativa também se revela como um relevante instrumento de implementação de políticas públicas no âmbito econômico e social. Os valores desembolsados pelo Estado por meio de contratos administrativos são muito relevantes. Por isso, as referidas contratações administrativas tornam-se um meio não apenas para satisfazer necessidades imediatas do Estado. Passam a ser um instrumento de incentivo e fomento a atividades reputadas como socialmente desejáveis.*"<sup>44</sup>.

E continua:

*"Pode-se aludir, então, a uma função social (ou 'extraeconômica') dos contratos administrativos. A expressão indica a utilização dos contratos administrativos para a*

---

<sup>42</sup> Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 67.

<sup>43</sup> "A Lei 12.249, de 15.12.2010, conversão da MP 495/2010, dando nova redação ao art. 3º da Lei 8.666, agregou como terceira finalidade a 'promoção do desenvolvimento nacional sustentável', entendida como a busca do desenvolvimento econômico e do fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos, usando-se para esse fim o poder de compra governamental, mediante novas normas que asseguram 'atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do País'." (Hely Lopes Meirelles. Direito..., pp. 283/284).

<sup>44</sup> Op. cit., p. 12.



*promoção concomitante de fins adicionais à direta e imediata satisfação de necessidades dos entes administrativos.*"<sup>45</sup>.

Dentre as formas previstas na lei para se privilegiar a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio da licitação, está a possibilidade de estabelecer-se uma margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (artigo 3º, parágrafo 5º da Lei de Licitações), admitindo-se a fixação de margem ainda maior caso tais produtos ou serviços resultem de "*desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País*" (parágrafo 7º do mesmo artigo). Vale notar que a estipulação de tais margens não deverá ser aleatória, mas deverá ser definida por ato do Poder Executivo Federal, com validade máxima de cinco anos, fundado em estudos, a serem periodicamente renovados, a respeito: da geração de emprego e renda; do efeito na arrecadação de tributos; do desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país; do custo adicional dos produtos e serviços; e, futuramente, de uma análise retrospectiva dos resultados produzidos. Fixa-se, ademais, em caso de empate de propostas a preferência por bens e serviços: (i) produzidos no País; (ii) produzidos ou prestados por empresas brasileiras; e (iii) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País (parágrafo 2º do mesmo artigo)<sup>46</sup>.

Na aquisição de bens e serviços de informática e automação, estabelece o artigo 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, que deve ser dada preferência a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e a bens produzidos de acordo com Processo Produtivo Básico (PPB)<sup>47</sup>, na forma definida pelo Poder Executivo. Em caráter regulamentar, o artigo 5º, do Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010, indica a ordem de tal preferência: primeiro aqueles bens e serviços que reúnam ambas as condições (com tecnologia desenvolvida no país e produzidos de acordo com PPB); depois aqueles que atendam apenas à primeira (tecnologia desenvolvida no país); e por fim aqueles que satisfaçam somente a última (produzidos de acordo com PPB). Também dispõe o Decreto como se aplicará tal preferência, permitindo-se que participantes que tenham apresentado propostas até 10% piores do que a proposta melhor classificada possam apresentar nova proposta, reduzindo os preços de forma a ao menos igualar à melhor proposta formulada.

---

<sup>45</sup> Op. cit., p. 12.

<sup>46</sup> Em virtude da revogação do artigo 171, §2º da Constituição da República, discute a doutrina a respeito da constitucionalidade de preferências concedidas a empresas nacionais em detrimento de empresas estrangeiras em contratações estatais. "*Há controvérsias sobre a prevalência dos incs. I, II e III ante a Emenda Constitucional 6/95, que revogou o art. 171 da CF, cujo §2º determinava preferência à empresa brasileira de capital nacional nas aquisições do Poder Público. Uns se inclinam pela inaplicabilidade de todos, outros, pela não vigência só do inc. I; outros, pela subsistência só do inc. II.*" (Odete Medauar, op. cit., p. 190).

<sup>47</sup> Vale notar que as empresas de software, em vista da atividade por elas desenvolvida, não produzem conforme PPB.

Há de se também fazer referência à disposição do artigo 3º, parágrafo 12 da Lei de Licitações que estabelece a possibilidade de licitações restritas a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e produzidos de acordo com o PPB no caso de contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação considerados estratégicos por ato do Poder Executivo Federal, entendendo-se tais sistemas como aqueles compostos por "*bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à Administração Pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade*" (artigo 6º, inciso XIX da Lei de Licitações).

De todo modo, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável não pode justificar a anulação do propósito da licitação pública de selecionar a proposta mais vantajosa. Isso fica claro ao se verificar que até mesmo naquelas hipóteses de preferência pela tecnologia nacional previstas no artigo 3º da Lei nº 8.248/91, conforme regulamentação do Decreto nº 7.174/2010, o que se permite é que o participante contemplado com a preferência possa apresentar nova proposta ao menos igualando aquela melhor classificada, de forma que prejuízo algum seria causado à Administração no que toca ao contrato a ser celebrado.

Isso não quer dizer que não se admita a compatibilização ou a ponderação entre os objetivos licitatórios, de forma a aceitar-se certo grau de limitação à perseguição da proposta mais vantajosa se o pagamento de valor até certo ponto superior se justificar pela satisfação de outro interesse público previamente individualizado. Ocorre que muitos desses outros interesses que se busca tutelar correspondem a conceitos jurídicos indeterminados, fluídos, cujo significado é plurívoco, de difícil especificação. Daí surge a dificuldade em se estabelecer uma correlação entre a medida tomada por meio da licitação e a satisfação de tal interesse. Além disso, qualquer eventual restrição somente se legitimaria na extensão mínima necessária para a produção daquele resultado outro de interesse público, não se admitindo excessos. Tanto se forem tomadas medidas que não correspondam efetivamente a objetivo de interesse público legítimo quanto se forem adotadas além do necessário, estar-se-á agindo fora dos limites da legalidade, violando-se o princípio da razoabilidade.

O conceito de desenvolvimento nacional sustentável enquadra-se nessa categoria de conceitos jurídicos indeterminados, podendo ser compreendido sob várias perspectivas. Ademais, a determinação das medidas que poderiam ser tomadas para proporcionar tal desenvolvimento são muito discutidas. Daí resulta grande dificuldade em se estabelecer uma relação de meios e fins. O risco que se corre é de acabar se privilegiando outros interesses que não aquele de natureza pública. Tratando de



preferências por empresas nacionais em detrimento de empresas estrangeiras em licitações públicas, Marçal Justen Filho apresenta um exemplo de tal raciocínio:

*"Viola a Constituição a invocação do interesse nacional como fundamento para produzir contratações desastrosas para os cofres públicos. Uma é a situação em que a Administração privilegia fornecedores estabelecidos no Brasil como instrumento de obtenção de benefícios para o Brasil. Outra é a situação em que a Administração simplesmente desembolsa valores superiores aos que seriam necessários para obter bens e serviços cujo fornecimento não se traduz em benefício para a Nação, mas apenas para algum sujeito específico.*

*Ou seja, não se vislumbra como cabível produzir discriminação pura e simples entre brasileiros e estrangeiros. A diferenciação de tratamento apenas pode justificar-se quando for um meio para a realização do bem comum."<sup>48</sup>*

Assim é que a utilização da licitação pública como instrumento de políticas públicas para a consecução de outros interesses públicos de forma indireta ou mediata, tal como o desenvolvimento nacional sustentável, especialmente nos casos em que tal utilização tenha ficado atribuída à discricionariedade do administrador<sup>49</sup>, deve ser realizada caso a caso, com base no estudo e na análise dos diversos elementos envolvidos (técnicos, sociológicos, econômicos, ambientais etc.), e de maneira fundamentada e motivada. Ademais, cumpre ser ponderada e compatibilizada com a perseguição das demais finalidades constitucionais do processo licitatório, em atendimento ao princípio da proporcionalidade. Não se admite que o atendimento desses interesses seja usado como razão para a Administração se furtar de instaurar e conduzir a licitação de forma a obter a proposta mais vantajosa, respeitando o princípio da isonomia ou da igualdade<sup>50</sup>, vedando-se discriminações infundadas.

Por fim, destina-se a licitação a garantir o princípio constitucional da igualdade ou isonomia<sup>51</sup>. Reconhece-se o relevante papel econômico que as compras

<sup>48</sup> Op. cit., p. 91.

<sup>49</sup> Dentre os parâmetros limitadores do poder discricionário mencionados por Odete Medauar, com relação ao assunto em apreço, destaca-se o seguinte:

*"d) consideração dos fatos tal como a realidade os exterioriza. A autoridade administrativa não há de inventar fatos ou apreciá-los com erro manifesto, levando a conseqüências absurdas e sem razoabilidade. Relaciona-se esse aspecto à qualificação jurídica dos fatos e ao requisito do motivo do ato administrativo; e) associada ao parâmetro anterior, encontra-se também a motivação das decisões. Tradicionalmente predominou a regra da não obrigatoriedade de explicitar as razões da decisão, sobretudo no exercício do poder discricionário. Hoje, a linha se inverteu, para prevalecer a exigência de motivação, salvo exceções; f) o poder discricionário deve observar as normas processuais e procedimentais, quando pertinentes à atuação, tais como: contraditório, ampla defesa, adequada instrução, inclusive com informações técnicas e atos probatórios;"* (op. cit., p. 118).

<sup>50</sup> No presente estudo serão tratados como diferentes denominações de um mesmo princípio.

<sup>51</sup> *"Ao nosso ver, os princípios cardiais da licitação poderiam ser resumidos nos seguintes: a) competitividade; b) isonomia; c) publicidade; d) respeito às condições prefixadas no edital; e e) possibilidades de o*

governamentais representam, diante do alto volume de recursos despendidos por todas as esferas do poder em todos os níveis federativos, na aquisição de toda sorte de bens e direitos, na contratação dos mais diversos serviços e obras públicas. Ao mesmo tempo, ao Estado, via de regra, não é dado estabelecer discriminações por meio do favorecimento de alguns em prejuízo de outros, devendo tratar a todos de forma igualitária<sup>52</sup>, conforme preceitua o artigo 5º, *caput*, da Constituição ao prescrever que "*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*", garantindo-se a "*igualdade*". Desse modo, ao procurar fornecedores de bens e serviços, deve o Estado abster-se de práticas discriminatórias<sup>53</sup>, garantindo a todos o direito igualitário de serem considerados para a contratação estatal. O estabelecimento de processo objetivo para a escolha da parte com quem a Administração contratará, desse modo, tem por escopo garantir essa igualdade de tratamento entre todos aqueles que reúnam condições de celebrar o negócio desejado pelo ente público. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

*"O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o*

---

*disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores. Afora o princípio da competitividade, que, embora não mencionado especificamente pela lei em tal qualidade, é da essência da licitação (tanto que a lei o encarece em alguns dispositivos, como no art. 3º, § 1º, I, e no art. 90), todos descendem do princípio da isonomia, pois são requisitos necessários para garantir-lhe a existência." (Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso..., pp. 542 e 543).*

<sup>52</sup> *"A igualdade entre os licitantes é o princípio primordial da licitação – previsto na própria Constituição da República (art. 37, XXXI) -, pois não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que impeçam ou afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivelem no julgamento (art. 3º, §1º). Desse princípio decorrem os demais princípios da licitação, pois estes existem para assegurar a igualdade. Mas o princípio em exame não impede que a Administração estabeleça requisitos mínimos de participação, desde que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público, em conformidade com previsto nos arts. 27 a 33 da Lei 8.666, de 1993." (Hely Lopes Meirelles. Licitação..., p. 41).*

*"A igualdade de tratamento entre os possíveis interessados é a espinha dorsal da licitação. É condição indispensável da existência de competição real, efetiva, concreta. Só existe disputa entre iguais; a luta entre desiguais é farsa (ou, na hipótese melhor: utopia)." (Carlos Ari Sundfeld. Licitação e Contrato Administrativo. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 20).*

*"Pretender contratar com a proposta mais vantajosa sem a observância da isonomia significa a mesma coisa que credenciar a subjetividade da escolha, engendrada na intimidade objetiva de uma vontade maculada e viciada.*

*Se a Administração quer fingir que persegue a proposta mais vantajosa e mais atraente para seu desiderato, basta fazer superficial a regra da isonomia, através de vetustos artificios, desequilibrados rituais e conhecidas práticas dissimuladas." (Luis Carlos Alcoforado, op. cit., p. 43).*

<sup>53</sup> *"O princípio da igualdade é ainda extremamente relevante no seu enunciado negativo, que vem a ser a vedação de discriminação, recebendo particular aplicação, como se estudará, nos serviços públicos, nos concursos públicos, nas licitações e no processo administrativo." (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, op. cit., p. 90).*

*estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.*"<sup>54</sup>

Há de se notar que por vezes atua o Estado favorecendo certo grupo determinável ligado por critério fático ou jurídico comum em detrimento dos demais e poderá não o estar fazendo de forma ilegítima. Isso se dá, por exemplo, ao se estabelecer critérios de preferência por micro-empresas e empresas de pequeno porte conforme disciplina a Lei Complementar nº 123/2006, seja por meio de favorecimento a proposta de tais empresas em caso de empate fícto, seja pela previsão de licitações diferenciadas em que se conceda tratamento discriminatório, a elas benéfico. O favorecimento dessas espécies de empresas, entretanto, encontra matiz na Constituição da República<sup>55</sup>.

Nesses casos, há quem argumente que o Poder Público estaria agindo em obediência ao princípio da igualdade material, segundo o qual se deve dar tratamento desigual para partes desiguais na medida de sua desigualdade, de forma que tal tratamento tenha por efeito colocar as partes numa situação de igualdade<sup>56</sup>.

O princípio da isonomia guarda em seu interior o princípio da competitividade<sup>57</sup>, pelo qual não se pode restringir o grupo dos possíveis participantes e das potenciais propostas por motivos infundados sob a perspectiva do interesse público. Permitindo a mais plena participação dos interessados de forma a maximizar o número de propostas recebidas, amplia-se o universo do qual será selecionada a proposta vencedora, a qual provavelmente será mais vantajosa do que se a concorrência entre os participantes fosse restringida. Quanto mais ampla a competição, melhor tende a ser a proposta selecionada pela Administração<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> Op. cit., p. 361.

<sup>55</sup> Esclarece Marçal Justen Filho que o "*tratamento diferenciado previsto na LC nº 123 não infringe a Constituição, a qual previu expressamente o cabimento de preferências em favor de ME e EPP (arts. 170, inc. IX e 179).*" (op. cit., p. 88).

<sup>56</sup> "*Deve-se considerar que estas distintas providências correspondem a um exemplo paradigmático da aplicação positiva (ou seja, não meramente negativa) do princípio da igualdade, o qual, como é sabido, conforta tratamentos distintos para situações distintas, sempre que exista uma correlação lógica entre o fator discriminante e a diferença de tratamento. No caso concreto, é a própria Constituição Federal que impõe, como princípio da ordem econômica, o 'tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e Administração no País' (art. 170, IX, e 179). Ou seja: ali se determina a outorga de vantagens às sobreditas empresas. É a Lei Magna, portanto, que estabelece uma correlação entre o pequeno porte econômico de uma empresa e a justiça de se lhe atribuir benefícios em sua atividade empresarial.*" (Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso..., p. 541).

<sup>57</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro, op. cit., p. 361.

<sup>58</sup> "*O princípio da competição sobressai como o mais importante e orienta todo o processo, uma vez que nele se fundamenta a busca de uma desigualação justificada dos licitantes, o que será obtido pela identificação final da proposta mais vantajosa, pretendida pela Administração, tal como oferecida por um dos licitantes.*" (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, op. cit., p. 201).

A competitividade, apesar de ampla, não há de ser irrestrita. Naturalmente deve ser assegurada a participação somente daqueles fornecedores capazes de prover aqueles bens e serviços que tenham o condão de satisfazer a necessidade estatal. Caso a Administração pretenda adquirir uma impressora, o procedimento licitatório instaurado para tanto excluirá todos aqueles que não sejam fornecedores de impressoras. O universo dos potenciais competidores ficará restrito ao grupo dos fornecedores daquele tipo de bem. A competitividade será grande ou pequena dependendo do número de empresas que componham esse grupo.

Ao extremo, caso o universo daqueles que podem atender a necessidade pública seja comprovadamente tão restrito a ponto de eliminar por completo a competitividade, admite-se que a contratação se faça sem licitação, conforme dispõe o artigo 25 da Lei de Licitações<sup>59</sup>. Nesse caso, uma vez que será possível o recebimento de proposta de apenas um fornecedor, não haveria como se realizar comparação de propostas para fins de escolha da mais vantajosa, tornando-se inútil a licitação, e aceitando-se, assim, que se faça a negociação e contratação direta com aquele único fornecedor.

Na verdade, sob certa perspectiva, apesar de dever assegurar a isonomia, o processo licitatório é em si discriminatório e tende para uma decisão discriminatória. Ao final, a escolha da proposta vencedora significa a rejeição de todas as demais, que ficarão, assim, discriminadas. Mas as discriminações ocorrem desde o princípio do processo, ao se identificar e selecionar quais serão as necessidades estatais a serem satisfeitas, bem assim ao se definir o objeto licitado, impondo-se exigências, requisitos e condições para a contratação, inclusive com a definição da espécie contratual adotada. A questão está em assegurar que tais discriminações ocorram sem favorecimentos indevidos e sempre na medida do atendimento do interesse público.

Fica evidente o papel que a definição do objeto da licitação representa na ampliação ou restrição da competitividade do certame. Quanto maiores e mais severas forem as exigências formuladas a respeito do bem da vida, dos termos do negócio e das

---

<sup>59</sup> A competitividade ou concorrência, além de ser, sob a perspectiva da não discriminação, uma das finalidades da licitação pública, por certo também caracteriza um requisito para o certame, conforme pondera Celso Antônio Bandeira de Mello: "*É pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Sem isto não há como conceber a uma licitação. Dita impossibilidade é reconhecível já no próprio plano de um simples raciocínio abstrato. Tal pressuposto diz, então, com o tema do chamado 'objeto singular' e com o tema identificado como caso de 'ofertante único ou exclusivo', a serem ao diante tratados.*" (Curso..., p. 545). "*A competitividade real, concreta, efetiva, é condição essencial do sucesso da licitação. Quando a competição entre diversos sujeitos for impossível, não se fará licitação (art. 25), pois ela não existe sem confronto, sem disputa, sem oposição, sem conflito de interesses entre pessoas. Daí a lei vedar as restrições editalícias tão intensas que acabem por frustrá-la ou dificultá-la (art. 3º. §1º.-I), exigir o parcelamento das contratações de modo a ampliar o acesso das pequenas empresas aos certames (arts. 23-§1º. E 15-IV), favorecer o consórcio, que cumpre o mesmo objetivo (art. 33) e autorizar a contratação sem licitação quando a falta de competição acabe por gerar ofertas de valor excessivo (art. 24-VII).*" (Carlos Ari Sundfeld, op. cit., p. 22).

condições que o proponente deva atender, menor será a competitividade do certame. Por isso é que as exigências devem ser legítimas e justificáveis no caso concreto sob a perspectiva do atendimento ao interesse público.

Prática escusa comumente adotada para privilegiar indevidamente certo interessado consiste no direcionamento da licitação por meio da inclusão de exigências desnecessárias no instrumento convocatório que somente tal interessado tenha condições de atender ou que, por alguma razão, possa fazê-lo de forma menos onerosa do que os demais. Assim somente tal interessado viria a apresentar proposta ou, caso outros também o façam, sua proposta seria necessariamente a economicamente mais vantajosa, sagrando-se de qualquer modo vencedor do certame<sup>60</sup>.

Enaltecendo o princípio da igualdade sob a perspectiva da competitividade, o artigo 3º, parágrafo primeiro, inciso I da Lei de Licitações veda aos agentes públicos, *"admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991"*, hipóteses excepcionais estas já genericamente mencionadas.

---

<sup>60</sup> *"Frauda-se, ainda, o princípio da competitividade quando a Administração admite, prevê, inclui ou tolera, no ato de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo e estabeleçam preferências em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. Exigência editalícia intolerantes são aquelas que visam a abater um ou vários licitantes, determinados ou incertos, afastando-os da disputa em decorrência de uma cláusula ou condição iníqua, particular e exótica, capaz de restringir e frustrar o caráter competitivo do certame."* (Luis Carlos Alcoforado, op. cit., p. 50).  
*"Nulo é o edital omissivo em pontos essenciais, ou que contenha disposições discricionárias ou preferenciais, o que ocorre quando a descrição do objeto da licitação é tendenciosa, conduzindo a licitante certo, sob a falsa aparência de uma convocação igualitária."* (Hely Lopes Meirelles. Direito..., p. 306).  
*"Na especificação do objeto, é vedado incluir características excessivas ou irrelevantes para o adequado atendimento da necessidade pública motivadora da licitação. Do contrário, sem nenhum proveito para a Administração, seria diminuída a competitividade, essencial ao certame, e excluídos possíveis licitantes, em afronta à isonomia."* (Carlos Ari Sundfeld, op. cit., p. 102).  
*"É conhecida a advertência de que o rigor e a plenitude das especificações do objeto não podem servir de pretexto para disfarçar o direcionamento das especificações, com o propósito de beneficiar tal ou qual concorrente. Especifica-se o objeto de modo suficiente para bem e adequadamente caracterizá-lo em seus atributos e funções essenciais, evitando-se minudências que, além de irrelevantes ao atendimento das necessidades da Administração, afastem do certame, sem proveito para o interesse público, concorrentes que poderiam fornecer produtos ou prestar serviços equivalentes, o que fere os princípios constitucionais e legais da igualdade, da competitividade, da moralidade e da eficiência (v. CF/88, art. 37, caput, com redação da Emenda nº 19/98, e a Lei nº 8.666/93, art. 3º)"* (Jessé Torres Pereira Júnior. Licitações de Informática. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 15 e 16).

Não se admitem, assim, exigências ilegais, impertinentes, irrelevantes ou desnecessárias para assegurar a qualidade do produto ou a execução dos serviços licitados<sup>61</sup>.

## 5. Definição do objeto licitado

A escolha das necessidades públicas a serem atendidas por meio da contratação administrativa compete à Administração Pública com base em um juízo de conveniência e oportunidade. A finalidade de dar atendimento a uma necessidade pública, porém, não a autoriza a demandar bens, obras ou serviços sem qualquer parâmetro ou critério, devendo sempre agir dentro dos princípios e regras que lhe são aplicáveis, inclusive os da eficiência<sup>62</sup>, razoabilidade, igualdade e economicidade. Esses condicionantes não só devem estar presentes no curso do procedimento licitatório, mas igualmente nos atos que o antecedem ou o iniciam, na chamada fase interna, como a definição do objeto licitado.

No caso de programas de computador e soluções e serviços relacionados, a definição do objeto licitado em muitos casos mostra-se tarefa de extrema relevância e complexidade, compreendendo a apuração de questões e implicações de diversas naturezas, inclusive técnicas e econômicas.

Apontando a importância e as dificuldades da definição do objeto de licitação, especialmente dos certames referentes a bens e serviços de informática, Jessé Torres Pereira Júnior discorre:

*"A definição do objeto é o ponto nevrálgico de toda licitação, mormente se as características desse objeto forem sujeitas, como o são os bens e serviços de informática, a pormenores de especificações técnicas, que variam ao sabor de alterações tecnológicas e flutuações de mercado, dependentes, a seu turno, de políticas e influências procedentes do Exterior."*<sup>63</sup>

Apenas para ilustrar tal complexidade da definição do objeto, vale examinar alguns de seus aspectos cuja relevância desponta mais evidente para os fins do presente trabalho, no que se refere a programas de computador.

<sup>61</sup> TCU, acórdão nº 747/2008 – Plenário.

<sup>62</sup> "Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e, coroando a relação, como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos." (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, op. cit., p. 117).

<sup>63</sup> Op. cit., p. 13.

Em primeiro lugar tal tarefa demanda a precisa identificação e delimitação das necessidades a serem satisfeitas pelo programa, ou seja, aquelas funcionalidades que dele se espera. Obviamente que não devem ser necessidades supérfluas, mas reais, relevantes, legítimas e de interesse público, conforme a realidade fática em que apuradas. Lembre-se que os bens de informática não são uma finalidade em si mesmos, trazendo utilidade como um meio de aprimorar e potencializar a atuação estatal em busca de seus objetivos constitucionais.

Também devem corresponder a funcionalidades que pertençam às atribuições do órgão contratante e cujo desempenho seja viável em vista dos recursos orçamentários, técnicos e de pessoal disponíveis para tanto. Mesmo porque há de se considerar que sempre haverá outras atribuições estatais a serem desempenhadas que igualmente demandarão recursos e comprometimento públicos.

Além disso, cumpre avaliar as características dos eventuais sistemas, abrangendo software e hardware, já possuídos ou que devam ser obtidos pelo órgão público contratante, e nos quais o programa ou solução será implantado. Do mesmo modo cumpre realizar uma projeção do uso do programa ao longo do tempo com vistas a viabilizar que este possa atender necessidades futuras, vislumbrando-se sua compatibilização e interoperabilização com outros programas e equipamentos que façam parte do planejamento de informática do ente público em questão.

Isso porque os programas de computador normalmente operam em conjunto ou integrados a outros programas, de forma que entre eles deva haver uma relação de compatibilidade<sup>64</sup>, não só para que seja possível sua execução, mas para que a mesma se dê com eficiência. A questão da compatibilidade ou integração também se dá entre os programas de computador e os itens de hardware (incluindo periféricos) em que ou os quais aqueles devam operar, bem assim as bases e arquivos de dados e os outros elementos relacionados ao sistema.

Ter adotado ou vir a adotar o órgão público certo sistema ou padrão de informática por vezes pode ter o efeito de inviabilizar que certos novos programas ou componentes venham a ser acrescentados em razão de sua incompatibilidade com o sistema ou padrão já existente. Nesses casos, as opções que se apresentariam, em princípio, seriam a restrição do objeto do novo certame a programas ou componentes que sejam compatíveis com os sistemas de que a Administração já dispõe, limitando-se a

---

<sup>64</sup> Pondera Roberto Chacon de Albuquerque, especificamente a respeito da compatibilidade entre software básico (sistema operacional) e software aplicativo: "*Os softwares aplicativos precisam ser compatíveis com os softwares básicos para executarem suas tarefas. Quando dois programas pretendem intercambiar dados, eles precisam possuir uma interface externa comum, se modo que os dados possam circular sem problemas. Surge, assim, a questão da compatibilidade entre os diferentes programas de computador.*" (A Propriedade Informática. 1ª ed., Capinas: Russell, 2006, p. 44).



competitividade do processo licitatório; a prestação de serviços de compatibilização no sistema ou padrão existentes, se viável técnica e juridicamente; ou a migração do sistema ou padrão existentes para outros que sejam compatíveis com o novo programa escolhido em licitação.

Obviamente, a escolha da alternativa a ser adotada não pode ser arbitrária, devendo se dar com base em estudos técnicos, econômicos e mercadológicos prévios, que forneçam elementos suficientes para que o ente público tome decisões fundamentadas e motivadas a respeito da definição do objeto do edital.

Esses estudos, aliás, desempenham papel de extrema relevância e devem, em algum grau, ser realizados previamente a todas as licitações públicas envolvendo bens e serviços informáticos. O seu escopo inclui a obtenção de informações a respeito de quais são os programas, soluções ou sistemas disponíveis no mercado que poderiam satisfazer as necessidades estatais identificadas, suas características, qualidades e peculiaridades técnicas, seu preço de mercado e o universo de seus fornecedores<sup>65</sup>. É evidente a importância de se conhecer aquilo que se encontra disponível para que se identifique, dentro do estado da arte, quais são as características e funcionalidades dos bens e serviços que podem atender de forma satisfatória as necessidades públicas que ensejam a licitação.

Os custos envolvidos na contratação devem ser examinados de forma ampla, não só aqueles estrita e diretamente relacionados ao objeto a ser licitado, mas também outros custos e economias que tal objeto pressuponha ou que venha a gerar.

Com relação à definição do objeto licitado, além da realização preliminar de tais estudos, fica evidente a importância do planejamento, sobretudo em vista do impacto que aquisições presentes podem causar no futuro. A respeito da contratação de bens e serviços de informática e automação pela Administração Pública Federal, o Decreto nº 7174, de 12 de maio de 2010, por meio de seu artigo 2º, estabelece, de forma regulamentar, a necessidade de elaboração prévia de planejamento da contratação que sirva de diretriz para a elaboração de projeto básico ou termo de referência em que se discriminem as especificações do objeto a ser contratado. Nos incisos de aludido artigo, reforça-se a vedação legal de introdução de especificações que direcionem ou

---

<sup>65</sup> "Antes de mais, entendemos ser recomendável a realização de um estudo técnico, com teste de software se possível, para verificar, dentro das soluções existentes no mercado, quais são capazes de atender satisfatoriamente à demanda da administração, tendo em vista a funcionalidade, confiabilidade, usabilidade, eficiência, manutenibilidade e portabilidade, compatibilidade com os sistemas etc." (Raphael Lobato Collet Janny Teixeira. A Contratação de Licenciamento de Software na Administração Pública. In Revista da ABPI, nº 105, mar/abr 2010, p. 49).

favoreçam a contratação de um fornecedor específico, bem assim de especificações que não representem a real demanda de desempenho do órgão ou entidade<sup>66</sup>.

No contexto dos estudos e planejamento realizados, pode-se admitir que o objeto do edital fique restrito a bens ou serviços que tenham certas características específicas, ainda que haja outros disponíveis no mercado que desempenhem a mesma funcionalidade, caso razões econômicas e técnicas justifiquem tal restrição, inclusive em razão da compatibilidade ou interoperabilidade com sistemas ou padrões já possuídos pela Administração ou para garantir a compatibilidade ou integração com outros bens de informática mais custosos a serem obtidos pelo ente estatal. Evidente que essas restrições serão admitidas na medida em que os bens ou serviços excluídos não sejam capazes de proporcionar as mesmas vantagens econômicas e técnicas que motivaram a sua exclusão do processo licitatório<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Apesar de fugir do escopo do presente estudo, vale mencionar que o chefe do Executivo, por meio do parágrafo único do mesmo artigo atribuiu competência para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão expedir normas complementares a respeito de tais processos de contratação, do que resultou a Instrução Normativa nº 04, de 12 de novembro de 2010, por meio da qual se prevêem relevantes instrumentos de planejamento e gestão, tais como a Estratégia Geral de Tecnologia da Informação – EGTI e o Plano Diretor de Tecnologia da Informação – PDTI, servindo o primeiro para fornecer subsídios para a elaboração do segundo, o qual é definido como "instrumento de diagnóstico, planejamento e gestão dos recursos e processos de Tecnologia da Informação que visa atender às necessidades tecnológicas e de informação de um órgão ou entidade para um determinado período." (artigo 2º, inciso XXII). Além de tais instrumentos amplos, regula-se o procedimento de planejamento da contratação que deve ser realizado previamente à licitação mesmo nos casos de inexigibilidade ou dispensa de licitação. O conteúdo normativo dessa Instrução Normativa e do Decreto devem sempre ser interpretados e limitados em consonância com a Constituição, a Lei de Licitações e as demais leis aplicáveis.

<sup>67</sup> Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência, conforme os seguintes arestos:  
*"AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE CANOAS. O caráter restritivo não inquina, por si só, de invalidade a cláusula. Considera-se licita a imposição de condições rigorosas no edital, desde que relevantes ao objeto específico do certame, e necessárias para atender o interesse público, como deflui, por interpretação inversa do artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93. RECURSO DESPROVIDO."* (TJ/RJ, A.I. nº 70020057014, 21ª Câmara Cível, Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 22/08/2007). Do voto condutor de tal acórdão se extrai o seguinte excerto: "*O PABX já existente é da marca ERICSSON. Portanto, para a sua ampliação deve ser mantido o mesmo equipamento.*

*Ilá razão, pois, para a especificação feita no edital, podendo, no entanto, prova em contrário evidenciar que outro fabricante atende às mesmas especificações."*

*"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA. ALEGAÇÃO DE DIRECIONAMENTO DO CERTAME. DESCABIMENTO.*

*A constante evolução tecnológica dos equipamentos de informática amplia consideravelmente a discricionariedade da Administração para especificar os produtos desejados para a prestação de serviços públicos, não cabendo ao Judiciário proceder a juízo técnico da opção por um ou outro equipamento.*

*Assim, eventual alegação de direcionamento da licitação para aquisição de determinada marca ou modelo de equipamento de informática deve ser demonstrado por prova técnica suficiente e inquestionável no sentido do referido direcionamento, e da existência de diferentes produtos que atendem ao mesmo objetivo específico, fato não demonstrado no caso em exame.*

*Prova dos autos a indicar que as opções da Administração seguiram especificações técnicas, sem implicar em direcionamento do certame, tanto que diferentes empresas concorrentes restaram habilitadas indicando produtos de diferentes marcas que atendiam as especificações do Edital.*

*Inexistência de direito líquido e certo em favor da impetrante. Segurança denegada. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.*" (TJ/RS, A.C. nº 70018038380, 01ª Câmara Cível, Rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick, j. 25/04/2007).

*"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. BANCO CENTRAL DO BRASIL. SOLUÇÃO INTEGRADA DE GESTÃO EMPRESARIAL. SISTEMA ERP – ENTERPRISE RESOURCE PLANNING. EXISTÊNCIA DE OUTROS MODELOS DE SOLUÇÃO INTEGRADA NO MERCADO. SOLUÇÃO COMPOSTA E MODELO "MELHORES-DO-GÊNERO". QUESTÃO AFETA À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. LEGALIDADE DA OPÇÃO REALIZADA PELO ADMINISTRADOR. PROVA DO MENOR CUSTO DE IMPLANTAÇÃO E MANUTENÇÃO DO SISTEMA ERP. INFORMAÇÕES DA ÁREA TÉCNICA QUE DEMONSTRAM AS VANTAGENS QUE SERÃO AUFERIDAS PELA AUTARQUIA COM A AQUISIÇÃO DO ERP. OBJETO LICITADO COMPOSTO POR TREZE LOTES. FRACIONAMENTO. INVIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICA. RISCO À IMPLANTAÇÃO E AO PLENO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA. ART. 23, § 1º DA LEI 8.666/93. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. LOTES DE "AQUISIÇÃO FACULTATIVA". LEGALIDADE QUESTIONÁVEL. QUESTÃO QUE PREJUDICA SOMENTE AS EMPRESAS HABILITADAS NO CERTAME. SITUAÇÃO EM QUE NÃO SE ENQUADRA A AGRAVANTE. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DAS LICITANTES HABILITADAS. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO DA AGRAVANTE.*

*1. A Concorrência DEMAP nº 01/2003, promovida pelo Banco Central do Brasil – BACEN, tem por objeto a aquisição de uma Solução Integrada de Gestão Empresarial, especificamente um sistema ERP – Enterprise Resource Planning, ou Planejamento de Recursos da Empresa, o qual constitui um único programa composto por diversos módulos de funcionalidades que se destinam a gerir as diversas operações da autarquia, tais como recursos humanos, patrimônio, finanças, contabilidade, dentre outros.*

*2. A escolha pelo sistema ERP, em detrimento de outros modelos de solução integrada tais como o best-of-breed, ou "melhores-do-gênero", e a solução composta, encontra-se dentro do âmbito da discricionariedade da Administração Pública, cabendo ao Poder Judiciário tão-somente averiguar a conformidade da decisão do administrador aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa.*

*3. Afigura-se legal a opção pelo sistema ERP, na medida em que as provas colacionadas aos autos demonstram que o modelo "melhores-do-gênero", por ser constituído pelos melhores programas para cada uma das funcionalidades da solução integrada, possui custo demasiadamente alto, bem como a agravante não logrou demonstrar quais as vantagens da solução composta ou mesmo os eventuais prejuízos que a Administração sofrerá com a aquisição do ERP.*

*4. As informações prestadas pela área técnica da autarquia, anteriormente à deflagração do processo licitatório, apontam os diversos benefícios que serão auferidos pelo BACEN com a compra do ERP, o qual por ser um produto pronto, acabado e testado, cujos módulos são plenamente integrados (o que é chamado de "integração nativa") possui menor custo de implantação e manutenção, conformando-se aos princípios da economicidade e eficiência (art. 3º, caput, da Lei 8.666/93 e art. 37, caput, da CF).*

*5. Não se afigurando técnica e economicamente viável o fracionamento do objeto, devem os 13 (treze) lotes constantes do instrumento convocatório ser fornecidos por um único licitante, de forma a evitar possíveis danos à integridade da solução integrada, garantindo a perfeita implantação e o pleno funcionamento do sistema, medida que não se afigura contrária ao artigo 23, § 1º, da Lei 8.666/93; antes, atende às disposições da referida norma.*

*6. Embora seja de questionável legalidade a previsão no instrumento convocatório de lotes de "aquisição facultativa", a relevância dos argumentos quanto ao não-fracionamento do objeto licitado, por se tratar de um produto único, conduzem à conclusão de que a ausência no Edital de disposições acerca do tempo da compra progressiva de alguns dos itens dos lotes licitados somente prejudicará as empresas habilitadas no certame, situação na qual não se enquadra a agravante que não possui, por essa razão, interesse jurídico para discutir essa questão em juízo.*

*7. Tendo em vista a inabilitação da agravante pela Comissão Especial de Licitação, fato que não constitui objeto da controvérsia, carece, igualmente, de interesse jurídico para questionar em juízo a qualificação econômico-financeira das licitantes habilitadas no certame.*

*8. Agravo de instrumento improvido." (TRF-1ª Região, A.I. nº 2004.01.00.013311-6, 05ª Turma, Rel. Dcs. Selene Maria de Almeida, j. 18/10/2004).*



Por essa razão é que mesmo em casos que não se faça necessária prévia licitação para a contratação, como, por exemplo, no caso de um bem ou direito cedido gratuitamente para a Administração Pública, mostra-se relevante a realização prévia dos estudos e do planejamento, vez que aquilo que o Poder Público venha a receber graciosamente pode não se apresentar, no final, como a alternativa mais econômica, gerando-lhe vultosas despesas (e.g., com insumos ou serviços de implantação ou manutenção).

Sob a lógica dos efeitos que a opção por uma espécie de produto ou serviço pode acarretar, a Lei de Licitações estabelece o princípio da padronização<sup>68</sup>, conforme artigos 11 e 15, inciso I<sup>69</sup>. Segundo tal princípio, cabe à Administração Pública adotar um padrão de produtos ou serviços a serem por ela adquiridos, na perspectiva de que tal padronização lhe será vantajosa. E tal padronização orientará os negócios futuros a serem celebrados por aquela entidade pública<sup>70</sup>.

A escolha de um dado padrão, segundo o entendimento de Marçal Justen Filho e de Diógenes Gasparini<sup>71</sup>, deve se dar por processo administrativo prévio à licitação, em que se realizem os estudos pertinentes e se dê oportunidade de participação a todos os interessados, analisando-se as alternativas de padronização disponíveis no mercado, procurando-se identificar a que seja mais vantajosa em vista da demanda futura do ente estatal<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> "O princípio da padronização impõe que as compras de materiais, equipamentos e gêneros de uso comum na Administração se realizem mediante especificações uniformes que, dentre outras coisas, busquem compatibilizar a técnica com o desempenho e igualar as condições de manutenção e assistência técnica, como prescreve o art. 15, I, da Lei 8.666, de 1993." (Hely Lopes Meirelles. Licitação..., p. 82).

<sup>69</sup> "Art. 11. As obras e serviços destinados aos mesmos fins terão projetos padronizados por tipos, categorias ou classes, exceto quando o projeto-padrão não atender às condições peculiares do local ou às exigências específicas do empreendimento."

"Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;"

<sup>70</sup> Marçal Justen Filho leciona: "A padronização aplica-se não apenas a uma compra específica, especialmente quando se trate de bem de vida útil continuada. Ao selecionar o fornecedor para produtos não consumíveis, a Administração deverá ter em vista produtos semelhantes que já integram o patrimônio público, como também deverá prever futuras aquisições. Somente assim a padronização produzirá os efeitos desejados, consistentes na redução de custos de manutenção, simplificação de mão-de-obra etc." (op. cit., p. 184).

<sup>71</sup> "A padronização, por todas essas razões, deve ser objeto de competente processo administrativo, aberto e instruído com toda a transparência possível e conduzido por uma comissão de alto nível, chamada de comissão de padronização. Tudo o que for importante para a entidade ver-se convencida da necessidade de padronização para comprovar a vantagem da estandardização – estudos, laudos, perícias, pareceres técnicos, atestados, relatórios de experiências e testemunhos – deve fazer parte da instrução desse processo. É essencial que a instrução também contenha amplas informações sobre os produtos existentes no mercado, de modo a se poder comparar as vantagens e desvantagens de cada um em face dos demais, do interesse público e do desejado pela Administração Pública." (Direito Administrativo. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 395).

<sup>72</sup> "A padronização deve ser desenvolvida com absoluta transparência, com consulta aos vários fornecedores e/ou competidores no mercado, demonstrando-se as vantagens e desvantagens de cada marca, para, ao

Segundo Marçal Justen Filho, a "*decisão pela padronização e a escolha de um certo produto (projeto ou tecnologia etc) deverão ser devidamente motivadas, tendo por critério fundamental a vantagem para a Administração. Trata-se de vantagem em sentido concreto e definido. Deverá avaliar-se o benefício econômico direto e as vantagens indiretas provenientes da padronização.*"<sup>73</sup>.

Acrescenta o aludido autor que a padronização adotada deve ser revista de tempos em tempos, podendo, de qualquer modo, ser revogada pela Administração sempre que constatar alteração nas circunstâncias que a levaram a adotá-la. Mesmo porque tem o efeito negativo de restringir a competitividade, pois ao orientar as contratações futuras, eliminará a possibilidade de participação daqueles que não forneçam bens ou serviços do padrão escolhido. Dessa forma poderá acarretar o aumento nos preços cobrados.

Dentre os benefícios relacionados à padronização, cita-se: (i) facilitação das posteriores contratações que se realizarão de acordo com as linhas predeterminadas; (ii) desnecessidade de novos treinamentos dos servidores; e (iii) igualdade nas providências de conservação e manutenção<sup>74</sup>.

Especificamente no que diz respeito a programas de computador, alude-se a: (i) ganhos de escala com o aumento do volume adquirido e com a contratação de um único fornecedor para a prestação dos serviços de treinamento, suporte técnico e manutenção; (ii) compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho; e (iv) desnecessidade de substituição reiterada de programas, com a perda dos investimentos anteriormente realizados<sup>75</sup>.

Há de se considerar, com base no que constatado acima a respeito das questões de compatibilidade, que a padronização pode decorrer não apenas de uma decisão prévia do órgão público – a forma própria e desejada de sua realização –, mas também como um efeito de contratações prévias já realizadas pelo ente administrativo, que acabam por criar uma padronização de fato, estabelecida pelo uso<sup>76</sup>.

---

*final, fixar-se a padronização, com publicação no Diário Oficial para produção de efeitos externos (inclusive o de propiciar a impugnação do ato que por ela decidir).*

*Como a padronização pode vir a criar óbices à participação dos particulares nos procedimentos licitatórios, restringindo, sobretudo, a competitividade dos certames, indispensável se assegurar o direito de defesa aos interessados que se verão excluídos do direito de licitar, evitando a criação de uma indesejável reserva de mercado para determinados fornecedores, totalmente desconforme com o ordenamento jurídico pátrio."* (Flávio Amaral Garcia. Licitações e Contratos Administrativos, op. cit., p.17).

<sup>73</sup> Op. cit., p. 186.

<sup>74</sup> Marçal Justen Filho, op. cit., p. 185.

<sup>75</sup> Raphael Lobato Collet Janny Teixeira, op. cit., p. 49.

<sup>76</sup> Raphael Lobato Collet Janny Teixeira, op. cit., p. 50.

Em todo caso, a existência de padronização não obriga a Administração Pública a obter bem ou serviço padronizado quando este não atenda as necessidades públicas ou deixe de representar a contratação mais vantajosa<sup>77</sup>, sendo-lhe permitido, nesses casos, licitar o fornecimento de bem ou prestação de serviço fora do padrão adotado, fazendo-o justificadamente<sup>78</sup>.

Uma vez que se tenha definido o objeto a ser licitado, deve o mesmo ser especificado de forma objetiva para que seja levado a conhecimento dos interessados<sup>79</sup>. Em caso de obras e serviços, a discriminação dos elementos do objeto licitado se dá em instrumento denominado projeto básico<sup>80</sup>. Não se prevê a sua necessidade para

---

<sup>77</sup> "A padronização atende pela necessidade de compatibilização entre os bens existentes e os que vierem a ser adquiridos.

*Seria imperdoável que a Administração adquirisse bens incompatíveis com o sistema que funciona e opera corretamente.*

*Em nome da padronização, não deve, contudo, a Administração, em compras futuras, insistir na aquisição de bens que vêm demonstrando insuficiência técnica.*

*Neste caso é preferível que incorpore novos bens, mais modernos e eficientes, em prejuízo daqueles obsoletos e vetustos que comprometem a eficiência do serviço público.*

*Por isso é que, como deve prestar os melhores serviços aos administrados, obriga-se a Administração a organizar os mais capacitados sistemas prestacionais, mediante a aquisição de modernos equipamentos.*

*Naturalmente, em cada compra, há uma particularidade que precisa ser considerada, segundo a natureza do serviço para cuja execução se destina o bem a ser adquirido.*

*Descarta-se a invocação do princípio da economicidade quando inibitivo ao processo de modernização administrativa, porque seria absurdo que a Administração fizesse subsistir a presença de bens e equipamentos superados e não mais adequados para acudir às necessidades do serviço público." (Luis Carlos Alcoforado, op. cit., p. 87).*

<sup>78</sup> Marçal Justen Filho, op. cit., p. 170.

<sup>79</sup> Jessé Torres Pereira Júnior, frente às complexidades que muitas vezes se apresentam em licitações para a aquisição de bens e serviços de informática, defende seja adotada a figura do "pré-edital", que sem caracterizar o instrumento convocatório efetivo, permite aos interessados participarem da definição do objeto do certame apresentando informações a respeito das soluções disponíveis no mercado. "O 'pré-edital' não corresponde a nome *juris* definido na legislação, mas com ela se harmoniza. Trata-se de alternativa da Administração para apurar a realidade atualizada do mercado, com o fim de elaborar projeto básico e edital exequíveis, na medida em que respeitam os padrões, limites e disponibilidades do mercado. Nada mais é, portanto, do que medida que se insere no dever de elaborar o projeto básico e anexá-lo ao edital. Colhem-se elementos, em igualdade de condições porque decorrentes de chamamento público universal, entre todas as empresas que se interessam pela matéria, sem delas exigir o preenchimento de qualquer requisito, salvo o de observar o prazo demarcado para o oferecimento de sugestões.

*Tanto o 'pré-edital' quanto as sugestões que suscita constituem peças que se devem entranhar nos autos do processo administrativo da licitação (art. 38, XI), posto que justificam as opções da Administração por tais ou quais especificações e soluções técnicas, que, incorporadas no projeto básico anexo ao edital, determinarão ou condicionarão as exigências que os licitantes deverão atender na apresentação de documentos de habilitação ou na formulação de suas propostas técnicas ou de preço" (op. cit., pp. 31 e 32).*

<sup>80</sup> "Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

*IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:*

contratos de aquisições, o que, contudo, não significa que seja dispensável a precisa indicação de todas as características do bem a ser adquirido. Tal indicação deverá ser realizada no instrumento convocatório, conforme determina o artigo 15, parágrafo 7º da Lei de Licitações<sup>81</sup>. Adotando-se licitação pela modalidade de pregão, alude a regulamentação a outro instrumento: o termo referenciado. A Lei do Pregão, aliás, no seu artigo 3º, inciso III, determina que na fase preparatória do pregão, "*a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição*".

## **6. A questão das preferências com relação à determinada tecnologia, padrão ou produto**

Questiona-se, assim, se seria lícito ao órgão licitador, em licitações envolvendo programas de computador, estabelecer preferências com relação a certo produto, solução, tecnologia ou padrão, até mesmo especificando-os como objeto do certame, com a indicação de sua marca.

De início, há de se esclarecer que a noção de preferência nesse caso estaria relacionada à predeterminação de uma vantagem competitiva para certa tecnologia, padrão ou produto em face de outros. A dimensão atribuída a tal vantagem pode ser menor se disser respeito a um critério de julgamento técnico ou de desempate das propostas e pode ser maior caso restrinja-se o objeto do certame a apenas tal tecnologia, padrão ou produto, excluindo-se os demais.

- 
- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
  - b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
  - c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
  - d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
  - e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
  - f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;"

<sup>81</sup> "É intuitivo, não fora o preceptivo comando da lei, que somente o projeto básico pronto e acabado é capaz, a um só tempo, de corresponder às necessidades da Administração e de indicar aos licitantes o conteúdo das propostas aptas a atendê-las. Por isto não se instaura validamente uma licitação de obra ou serviços, entre eles os de informática, sem a existência do pertinente objeto básico.

Se a licitação cingir-se à compra de equipamentos ou insumos, não envolvendo a prestação de serviços, ao projeto básico corresponderá 'a adequada caracterização de seu objeto', a que se refere o art. 14 da Lei nº 8.666/93. A Lei nº 9.468/98, ao acrescentar o §7º ao art. 23 da Lei nº 8.666/93, repercutiu intensamente sobre licitações cujo objeto seja a compra de bens de informática. A lei nova permite a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação desde que os bens sejam de natureza divisível e que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo" (Jessé Torres Pereira Júnior, op. cit., p. 14).

Examinando inicialmente a última hipótese, em princípio, a resposta seria negativa, eis que tal especificação importaria restrição à competitividade do processo, eliminando a possibilidade de participação de fornecedores de outros produtos, soluções, tecnologias ou padrões. A regra geral é a de que o objeto do certame seja definido apenas com as características e elementos do bem ou serviço que sejam essenciais para o atendimento das necessidades públicas a serem satisfeitas com a contratação, ensejando a participação de fornecedores de todos os diferentes produtos, soluções, tecnologias e padrões que atendam a tais exigências.

A indicação de marca, aliás, encontra vedação expressa na Lei de Licitações no seu artigo 7º, parágrafo quinto, artigo 15, parágrafo sétimo, inciso I, e artigo 25, inciso I<sup>82</sup>.

No entanto, havendo no caso concreto comprovação da existência de vantagens técnicas ou econômicas na delimitação do objeto a apenas certo produto, solução, tecnologia ou padrão, conforme apuradas em estudos técnicos e econômicos idôneos, e de acordo com planejamento do órgão público, inclusive adotando-se o princípio da padronização, admite-se tal restrição da competitividade na exata medida em que sejam necessárias para a obtenção de tais vantagens (que os demais produtos, soluções, tecnologias ou padrões não poderiam proporcionar)<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> "Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

§5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório."

"Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

§7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;"

"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;"

<sup>83</sup> A esse respeito, Jessé Torres Pereira Júnior destaca decisão do TCU: "Segue-se a parte dispositiva da decisão da Corte: '... determinar... que: em futuras licitações que incluam em seu objeto a aquisição de microcomputadores ou estações de trabalho, obedeça os termos do art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, no sentido de não mais exigir, no tocante às especificações do componente unidade central de processamento, que os mesmos sejam de determinado fabricante, em razão da existência de competitividade no mercado atual dos microprocessadores, salvo quando se tratar de atendimento aos imperativos de uniformização ou padronização, decorrente de processo regular, em que estejam, nos termos da lei, asseguradas e formalizadas as vantagens econômicas, técnicas ou administrativas da marca ou do produto selecionado; observe os termos do art. 40, inciso I, da Lei nº 8.666/93, de forma que, nos editais convocatórios que divulgue, o objeto da licitação seja descrito de forma sucinta e clara, evitando, assim, interpretações equivocadas, como a ocorrida nos presentes autos' (Decisão nº 584/ Plenário, rel. Ministro Humberto

O mesmo se diga se houver plena comprovação de que somente determinado produto, solução, tecnologia ou padrão seja capaz de atender as necessidades legítimas do ente licitador.

Nesses casos, aceita-se a especificação da marca na medida em que seja utilizada exclusivamente como forma de identificação do objeto a ser obtido, fundando-se a escolha em critérios técnicos e econômicos relativos a esse objeto. O que não se admite é a escolha imotivada fundada simplesmente na força da marca, por influências publicitárias ou pela reputação agregada ao signo distintivo em razão de esforços de marketing. Veda-se, assim, a escolha baseada na marca, não a indicação da marca como resultado de uma escolha justificada por razões técnicas e econômicas<sup>84</sup>.

---

*Guimarães Souto. DOU de 14.09.99, págs. 137-138)*" (op. cit., p. 30). Para Hely Lopes Meirelles: "*Também não é discriminatória a solicitação específica de determinado produto, licitado apenas para se obter o menor preço entre seus revendedores, desde que a exclusão de similares se justifique por interesse público comprovado pela Administração licitadora.*" (Licitação..., p. 44). No mesmo sentido é o posicionamento de Diogenes Gasparini: "*A eleição de marca ou a adoção de estander próprio somente pode acontecer mediante prévia e devida justificativa, lastreada em estudos, laudos, perícias e pareceres técnicos, em que as vantagens para o interesse público fiquem clara e sobejamente demonstradas, sob pena de caracterizar fraude ao princípio da licitação.*" (op. cit., p. 395).

<sup>84</sup> "*Se apenas um determinado bem atende às necessidades do órgão ou entidade pública, inexistente qualquer óbice legal a expressa indicação da marca. É óbvio que esta possibilidade somente é viável diante de uma justificativa técnica sólida, calcada em parâmetros estritamente objetivos, devendo ser afastado qualquer tipo de motivação genérica e subjetiva, o que certamente viciaria qualquer contratação.*

*A escolha de uma marca se traduz em uma exceção, razão pela qual deve sempre ser baseada em justificativas detalhadas e que atendam aos princípios da motivação e da transparência dos atos administrativos.*" (Flávio Amaral Garcia, op. cit., pp. 15/16).

*"Em se tratando de compras públicas, é vedada em regra a indicação de uma marca, salvo se houver uma justificativa técnica devidamente motivada que embase esta decisão.*" (idem, p. 29).

Diogenes Gasparini indica os casos que ensejariam a indicação de certa marca, todos com o necessário suporte no interesse público: "*De sorte que a eleição de uma marca é sempre válida quando se deseja: a) dar continuidade a um dado serviço ou obra em que um produto de certa marca já foi empregado; b) introduzir a padronização de bem na atividade pública; c) manter a padronização; d) atender às necessidades específicas do serviço ou obra que só podem ser satisfeitas com vantagem com produto de certa marca.*" (op. cit., p. 397).

Nesse sentido se pronuncia a jurisprudência:

*"LICITAÇÃO - Cláusula do edital, para aquisição de veículos por parte da Municipalidade, que indicou expressamente determinada marca - Ilegalidade - Violação do princípio da impessoalidade dos atos administrativos, viciando o concurso - Segurança liminarmente concedida no efeito ativo do agravo para suspender a licitação - Recurso provido.*" (TJ/SP, A.I. nº 328.031-5/1-00, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Jo Tatsumi, j. 06/11/2003).

*"APELAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. REFERÊNCIA À MARCA. PADRONIZAÇÃO. NECESSIDADE DE ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO. INEXISTÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DETALHADA DA VANTAGEM CONCRETA, DO BENEFÍCIO ECONÔMICO DIRETO E DAS VANTAGENS INDIRETAS. Não é cabível que o edital da licitação faça referência à determinada marca quando, mesmo sem esta, perfeitamente possível a especificação do objeto licitado. Se é certo que a padronização dos equipamentos possa trazer vantagens para a Administração Pública, não menos exato é que a referência a determinada marca no edital da licitação pode, por outro lado, causar prejuízos, tendo em vista a diminuição do número de participantes e, conseqüentemente, da competição entre estes. Com efeito, não se pode afirmar, de antemão, que a padronização irá ser sempre benéfica ou ser sempre prejudicial ao interesse público, de*

modo que tão somente diante do caso concreto é que se poderá encontrar solução para este conflito. Caso a Administração decida optar pela padronização deverá expor suficientemente os motivos que a levarão a tomar tal decisão, demonstrando detalhadamente a vantagem concreta, o benefício econômico direto e as vantagens indiretas." (TJ/RS, A.C. nº 70021975206, 02ª Câmara Cível, Rel. Des. Arno Werlang, j. 03/09/2008).

"Apelação Cível - Administrativo - Licitação - Sentença que denegou a segurança - Recurso voluntário da impetrante - Desprovidimento de rigor - Entrega do objeto licitado (cartuchos de tinta para impressora) diverso da especificação do edital que não foi impugnado no momento oportuno - Inviabilidade - Edital que constitui a peça reguladora do procedimento licitatório — Impetrante que deve observar as regras constantes no edital — Havendo recomendação de utilização de produtos originais para não danificar equipamento, não se está ferindo o princípio da isonomia ao limitar a licitação à marca do equipamento - Ademais, tal imposição levaria a tratamento desigual, posto que outros licitantes foram desclassificados por apresentarem produtos 'compatíveis com a impressora', e não "originais de fábrica", como exigido - Inexistência de qualquer ofensa ao disposto no art. 15 da Lei nº 8.666/93 -Precedentes desta C. Corte de Justiça - Sentença mantida - Recurso voluntário desprovido." (TJ/SP, A.C. nº 994.06.106280-0, 06ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Sidney Romano dos Reis, j. 21/06/2010).

"REEXAME NECESSÁRIO, MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PROPOSTA DESCLASSIFICADA. AUSÊNCIA DA INDICAÇÃO DA MARCA DO PRODUTO LICITADO. REQUISITO INEXIGÍVEL. O legislador expressamente vedou que a Administração indique a marca do produto que pretende licitar – 'salvo nos casos em que for tecnicamente justificável'. Em reexame, sentença confirmada, ordem concedida." (TJ/MG, Reexame Necessário nº 1.0089.07.001746-5/001, 03ª Câmara Cível, Rel. Des. Albergaria Costa, j. 29/01/2009).

"APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. LICITAÇÃO. REFERÊNCIA A MARCA. NECESSIDADE DE ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO. INEXISTÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DETALHADA DA VANTAGEM CONCRETA, DO BENEFÍCIO ECONÔMICO DIRETO E DAS VANTAGENS INDIRETAS.

1) Não é extra petita a sentença que anula a licitação, quando, não obstante pedido apenas a suspensão do procedimento licitatório, este continua, apesar de judicialmente determinada a suspensão certame, uma vez que a anulação, nesse caso, decorre diretamente da realização do ato em desobediência à decisão judicial que determinara a suspensão do procedimento.

2) Não é cabível que o edital da licitação faça referência à determinada marca quando, mesmo sem esta, perfeitamente possível a especificação do objeto licitado.

3) Se é certo que a padronização dos equipamentos possa trazer vantagens para a Administração Pública, como redução de custos com a manutenção e com o treinamento dos trabalhadores, não menos exato é que a referência a determinada marca no edital da licitação pode, por outro lado, causar prejuízos, tendo em vista a diminuição do número de participantes e, conseqüentemente, da competição entre estes. Com efeito, não se pode afirmar, de antemão, que a padronização irá ser sempre benéfica ou ser sempre prejudicial ao interesse público, de modo que tão somente diante do caso concreto é que se poderá encontrar solução para este conflito. Caso a Administração decida optar pela padronização deverá expor suficientemente os motivos que a levarão a tomar tal decisão, demonstrando detalhadamente a vantagem concreta, o benefício econômico direto e as vantagens indiretas.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO." (TJ/RS, A.C. nº 70021642087, 02ª Câmara Cível, Rel. Des. Arno Werlang, j. 21/05/2008).

"Mandado de Segurança - Edital de licitação -Aplicação de penalidade em procedimento administrativo - Não vislumbrada ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório uma vez que foi a apelante notificada para apresentar defesa prévia - Compras - A indicação da marca no edital de licitação pode ocorrer em casos em que há justa causa - Produtos da apelante que não condiziam com as especificações do edital - Recurso desprovido." (TJ/SP, A.C. nº 994.06.155588-1, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Maria Laura de Assis Moura Tavares, j. 09/08/2010).

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INEXECUÇÃO CONTRATUAL. SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO. NECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA DA ADMINISTRAÇÃO. ESPECIFICAÇÃO DE MARCA. JUSTIFICAÇÃO TÉCNICA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE MULTA. LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE. AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

(...)



Tratando do assunto, Marçal Justen Filho aduz:

*"O que se veda é a preferência subjetiva e arbitrária por um produto, fundada exclusivamente na marca. Não há infringência quando se elege um produto (serviço etc.) em virtude de qualidades específicas, utilizando-se sua marca apenas como instrumento de identificação. No caso, não há preferência pela marca, mas pelo objeto. A marca é, tão-somente, o meio pelo qual se individualiza o objeto que se escolheu."*<sup>85</sup>

Insta ressaltar que o Tribunal de Contas da União já proferiu decisões no sentido de aceitar excepcionalmente a eleição de produtos com a indicação de sua marca na área de tecnologia de informação. No entendimento do TCU, faz-se necessário, para tanto, que se tenha realizado estudo prévio e minucioso, por meio do qual reste demonstrado que referida opção específica seja mais vantajosa em termos técnicos e econômicos à Administração Pública. Por vezes, aliás, o TCU tem admitido a indicação de certa marca como padrão mínimo de qualidade de forma a se permitir a participação no certame de interessados que forneçam produtos que sejam similares àquele designado pela marca indicada no instrumento convocatório. Esse último entendimento do TCU é passível de críticas diante das dificuldades em se estabelecer de forma objetiva

---

*5. O legislador proíbe apenas a especificação arbitrária e imotivada da marca do produto, para evitar que o administrador se valha desse expediente para burlar ilegitimamente os princípios que norteiam a licitação. Por outro lado, é óbvio que na hipótese em que se revele indispensável a indicação da marca, notadamente quando se tratar de produto submetido a processo de padronização, pode o administrador motivadamente apontar a marca e modelo pretendido, sob pena de não se atender o interesse público. (...)" (TRF-5ª Região, A.C. nº 372902, 02ª Turma, Rel. Des. Fed. Leonardo Resende Martins, j. 22/09/2009).*

*"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. LEGALIDADE. PRINCIPIO DA PADRONIZAÇÃO. POSSIBILIDADE.*

*1. O mandamento constitucional referente à observância ao procedimento licitatório não é absoluto. A inexigibilidade de licitação encontra previsão expressa no Estatuto das Licitações. Pode o administrador, mediante justificativa técnica para a preferência, optar por marcas, características e especificações exclusivas. Atendimento ao princípio da padronização. A UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA (UFU), não poderia ignorar os benefícios da padronização de seus equipamentos, a utilização de um padrão de arquitetura homogêneo de redes de computação; a trafegabilidade dos dados; a linguagem em que desenvolvidas suas aplicações; etc. Focou-se na preservação e aproveitamento dos investimentos realizados até aquele momento na rede corporativa (fls. 90). Preocupou-se em preservar-se o patrimônio público.*

*2. Se nos anos de 1995 e 1997 — ocasião em que o padrão tecnológico da área de informática ostentava realidade diversa da hodierna — o Centro de Processamento de Dados da UFU era completamente equipado com produtos da IBM, acertada sua decisão em continuar a utilizar equipamentos desta fabricante. Caso contrário, haveria o risco de colapso no funcionamento tanto administrativo quanto acadêmico-científico da instituição.*

*3. Em 1995, eram bastantes tímidos, se comparados a hoje, os compartilhamentos entre workstations. Os serviços de correios eletrônicos eram incipientes. O programa Windows acabava de nascer. Nessa ocasião, a comutatividade entre computadores, exigia equipamentos em tudo análogos, sob pena de perda de dados.*

*4. Agravo provido." (TRF-1ª Região, A.I. nº 1999.01.00.075945-4, 03ª Turma, Rel. Juíza Vânia de Moraes, j. 31/01/2006).*

<sup>85</sup> Op. cit., pp. 186/187.

critérios para se apurar a similaridade entre tais produtos, criando embaraços à ampla competitividade do certame. Nessas hipóteses, deveria o ente licitador, de outro modo, especificar no edital quais seriam as características e funcionalidades do produto designado por certa marca que o teriam levado a ser designado como padrão, evitando citar a marca<sup>86</sup>.

Em exame de denúncia apresentada com relação a certo órgão público, entendeu o TCU que em tese poderia tal órgão realizar procedimento licitatório tendo por objeto o fornecimento de certo programa de determinada marca ("Microsoft Office"), sob o fundamento de que a plataforma Microsoft já vinha sendo utilizada por mais de dez anos por aquele órgão, de sorte que a migração total e imediata para outra plataforma (de software livre) comprometeria os sistemas em operação, bem como os investimentos anteriormente realizados. Todavia, ressaltou que referidas circunstâncias que poderiam autorizar a indicação de marca no edital da licitação deveriam ser cabalmente demonstradas por meio de decisão administrativa devidamente fundamentada que apontasse de forma circunstanciada as vantagens técnicas e econômicas que seriam auferidas, o que não teria sido realizado satisfatoriamente no caso. Destaca-se, a esse respeito, parte do voto do Ministro Relator Valmir Campelo: "*5. A indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, desde que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração. 6. É certo que a migração do Microsoft Office para o OpenOffice, software livre equivalente ao produto da Microsoft, resultará em uma redução de custos com software. Todavia, apesar de não ser um profundo conhecedor em matéria de informática, entendo que essa migração há de ser gradual, a fim de se evitar o risco de comprometimento dos sistemas hoje em operação e a preservação dos investimentos já realizados na plataforma Microsoft. 7. Por conseguinte, a impossibilidade de uma migração total e imediata para o software livre; a busca por padronização e economia de escala, pois a rede da Receita Federal usa a plataforma Microsoft há mais de dez anos; os investimentos já realizados e os prováveis novos gastos em treinamento e equipamentos, na hipótese da utilização de nova plataforma, podem, em conjunto com um planejamento de acordo com a demanda do órgão e planilhas comparativas de preços e prazos, vir a justificar a indicação de marca"* (Acórdão 747/2008 – Plenário; DOU 25/04/2008)<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> Marçal Justen Filho, op. cit., p. 219.

<sup>87</sup> Também vale ressaltar decisão do TCU em que se admitiu que fosse indicada num certame certa marca de cartuchos para impressoras sob a justificativa de preservação da garantia das impressoras anteriormente adquiridas pelo órgão, concluindo-se o seguinte: "*Admite-se como legal cláusula editalícia que exija que suprimentos e/ou peças de reposição de equipamentos de informática sejam da mesma marca dos equipamentos originais, quando esses se encontrarem no prazo de garantia e os termos da garantia expressamente consignarem que ela não cobrirá defeitos ocasionados pela utilização de suprimentos e/ou*

Permite-se, desse modo, a especificação do objeto licitado de forma a abranger apenas certo produto, solução, tecnologia ou padrão desde que e na medida em que tal restrição à competitividade se justifique por benefícios técnicos e econômicos indicados em decisão administrativa devidamente motivada, fundada em estudos e planejamento prévios.

Nessa seara, ressalta-se a importância da motivação da decisão administrativa, de forma a legitimar a restrição e a permitir o seu controle. A esse respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em monografia dedicada à discricionariedade administrativa, aponta o papel de destaque que desempenha a motivação com relação ao ato discricionário:

*"É imprescindível, para avaliação da razoabilidade, conhecer os motivos que levaram a Administração a adotar determinada medida (objeto de ato administrativo) para alcançar a finalidade que decorre implícita e explicitamente da lei. Daí a necessidade de motivação. Não se exige fórmula sacramental para a motivação; o que se entende necessário é que fiquem documentados, de algum modo, os motivos para posterior apreciação, seja pela própria Administração, seja pelos demais Poderes do Estado, nos limites de suas competências constitucionais.*

*A motivação é necessária tanto para verificação da existência ou veracidade dos motivos invocados, como para verificação da adequação entre os motivos e o resultado obtido.*

(...)

*É pela motivação que se verifica se o ato decorre da vontade pessoal e arbitrária da autoridade administrativa e se observou a regra da proporcionalidade e da adequação entre meios e fins."<sup>88</sup>*

Tamanha é a importância da motivação que hoje foi erigida à categoria de princípio orientador de todos os atos administrativos<sup>89</sup>. A exposição dos motivos além de

---

*peças de outras marcas"* (Acórdão 860/2011 – Plenário; DOU 13/04/2011; Ministro Relator Ubiratan Aguiar).

<sup>88</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 207.

<sup>89</sup> Mesmo que não tenha sido erigido no Brasil a princípio constitucional explícito, o princípio da motivação tem natureza constitucional na medida em que é uma decorrência necessária de outros princípios presentes na Constituição, conforme nota Odete Medauar: *"A ausência de previsão expressa, na Constituição Federal ou em qualquer outro texto, não elide a exigência de motivar, pois esta encontra respaldo na característica democrática do Estado brasileiro (art. 1º da CF), no princípio da publicidade (art. 37, caput) e, tratando-se de atuações processualizadas, na garantia do contraditório (inc. LV do art. 5.º)." (op. cit., p. 143).*

*"O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito das suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em*

representar medida democrática e legitimadora da atuação estatal, permite à sociedade controle a atividade administrativa. E isso se faz com a aplicação da teoria dos motivos determinantes, pela qual a higidez do ato administrativo fica sujeita à veracidade e à adequabilidade dos fatos indicados na motivação<sup>90</sup>. Por isso é que poderá ser invalidado certame com objeto restrito a produto de certa marca caso as vantagens apontadas como justificadoras da limitação não sejam verdadeiras ou não sejam exclusivas do produto escolhido previamente.

Há de se considerar a possibilidade de determinado produto, solução, tecnologia ou padrão apresentar características técnicas que sejam mais vantajosas ao interesse público a ser tutelado por meio da contratação, mas que não representem uma causa suficiente para a restrição do certame. Nesses casos, certa vantagem competitiva poderá ser concedida de maneira indireta, reflexa, a tal produto, solução tecnologia ou padrão por meio da previsão de critério de julgamento das propostas que privilegie tais características. Obviamente que o critério deverá manter uma relação de adequação com o interesse a ser tutelado, deverá ser objetivo, não se admitindo subjetividade, e vir previsto no edital em conjunto com os demais quesitos técnicos a serem utilizados para a avaliação das propostas.

Uma vez que o fator de julgamento pode trazer implicações no que diz respeito à isonomia, aponta Marçal Justen Filho a existência de vício sempre que houver adoção de critério impertinente ou desproporcional:

---

*qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.*" (Maria Sylvania Zanella Di Pietro. Direito Administrativo..., p. 82).

*"Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado."* (idem, p. 213).

*"Da motivação dos atos integrantes da licitação. Trata-se de princípio geral do direito administrativo a que a lei 8.666/93 dá especial relevo, ao exigir reiteradamente que as decisões sejam acompanhadas de exposição de motivos que as justifiquem."* (Carlos Ari Sundfeld, op. cit., p. 24).

*"Atos da licitação desacompanhados de exposição de motivos são inválidos, devendo ser anulados, independentemente de, quanto ao fundo, estarem em conformidade com a lei e o edital. Isso porque a motivação é indispensável para permitir o eficiente questionamento da validade do ato."* (idem, p. 26).

<sup>90</sup> *"Na matéria, deve-se ressaltar ainda a elaboração da chamada teoria dos motivos determinantes. Segundo essa teoria, os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente. Isso significa, na prática, que a inexistência dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar."* (Odete Medauar, op. cit., pp. 143/144). *"Ainda relacionada com o motivo, há a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros."* (Maria Sylvania Zanella Di Pietro. Direito Administrativo..., p. 213).

*"O vício configurar-se-á se o fator eleito for desnecessário ou inadequado à satisfação dos interesses da coletividade. O desvio não residirá na existência de um interessado em melhores condições do que os demais para executar satisfatoriamente o contrato; o vício consistirá em que as 'melhores' condições apresentadas pelo particular não representam vantagem para os interesses da coletividade. Esse cotejo (entre fator de julgamento e o interesse concreto da Administração) não importa invasão de 'mérito' do ato administrativo. Sujeita-se ao controle jurisdicional porque caracterizável como desvio de poder. Admite revisão sob o ângulo da ofensa aos princípios da isonomia e da moralidade e da impessoalidade administrativa.*

*Trata-se, como já apontado acima, da observância do princípio da proporcionalidade. O critério de julgamento tem de refletir a solução mais satisfatória para a realização dos valores protegidos pelo Direito. Não há cabimento de eleger-se como vitoriosa uma proposta sob o fundamento de retratar uma vantagem, na medida em que tal vantagem seja inútil para o Estado. Idêntica conclusão se põe quando a vantagem corresponde a um custo desproporcional. Ou seja, uma avaliação de custo-benefício desfigura a existência de uma efetiva vantagem, pois as decorrências negativas nela entranhadas são superiores às positivas."<sup>91</sup>*

Faz-se também referência às já mencionadas preferências legais, destinadas a satisfação de outros interesses públicos que não aquele direto e imediato, incidente sobre bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e a bens e serviços produzidos de acordo com PPB conforme disciplina da Lei nº 8.248/91, bem assim à potencial margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras conforme prevista na Lei nº 8.666/93. No mesmo sentido, no caso de empate de propostas, prevê a Lei de Licitações a preferência por bens e serviços: (i) produzidos no País; (ii) produzidos ou prestados por empresas brasileiras; e (iii) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Isto posto, verifica-se que toda e qualquer preferência estampada em procedimentos licitatórios representa uma restrição à isonomia e à ampla competitividade do certame, podendo ser admitida desde que seja definida previamente no instrumento convocatório de forma objetiva, proporcione vantagens econômicas e técnicas de interesse público devidamente explicitadas por meio de decisão motivada e fundamentada, e não extrapole o necessário para a obtenção de tais vantagens, respeitando o princípio da razoabilidade.

---

<sup>91</sup> Marçal Justen Filho, op. cit., p. 613.

## 7. Definição da Espécie Contratual

Além de se determinar quais são os requisitos e as exigências com relação ao bem da vida que se pretende obter a fim de satisfazer as necessidades públicas apuradas, cabe ao órgão licitador determinar qual a espécie contratual a ser adotada, bem assim os seus termos e condições contratuais mínimos<sup>92</sup>. Nessa seara, entende-se reservada competência discricionária ao administrador público para tomar tais decisões. Novamente, entretanto, deve prevalecer a finalidade de interesse público e a adequação e proporcionalidade entre os meios adotados e os fins almejados.

Ressalta-se, de início, que a Lei de Licitações não previu extenso rol de espécies contratuais ao tratar dos procedimentos licitatórios. Isso, entretanto, não veda que outros contratos sejam licitados e celebrados pela Administração Pública, ainda que não tenham recebido tratamento legal específico, o que é o caso de grande parte dos contratos envolvendo a área de tecnologia de informação<sup>93</sup>.

Com relação a programas de computador, dentre as inúmeras possibilidades de negócios<sup>94</sup>, destacam-se os contratos de cessão de titularidade, de licença de uso e de prestação de serviços. Isso sem olvidar a possibilidade da conjugação de diversas espécies contratuais formando contratos novos, mais complexos<sup>95</sup>.

Grande parte das questões envolvendo contratos tendo o software por objeto decorre do fato de ser ele uma criação intelectual protegida por direitos autorais, mas dotado de evidente caráter utilitário e vasto campo de aplicação prática. Prova disso é que apesar de sua ampla comercialização, na maioria das vezes o software (mormente o de

---

<sup>92</sup> "O edital, ademais de definir a natureza e a dimensão das prestações a serem vertidas pelo futuro contratado, deve delinear o regime do contrato, o que fará, seja através de cláusulas específicas, seja através da anexa minuta do instrumento contratual." (Carlos Ari Sunfeld, op. cit., p. 103).

<sup>93</sup> Marçal Justen Filho, op. cit., p. 135.

<sup>94</sup> "A comercialização de programas de computador, no Brasil, é efetuada através de contrato de licença, como acontece em qualquer país do mundo. Apesar da suposição de liberdade, são guardadas as restrições legais quando o artigo 9º, da Lei 9.609/98, dispõe que: O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença.

*O contrato de cessão e da licença de direitos, em relação aos programas prontos, não são os únicos. Há, também, a contratação de desenvolvimento de sistemas sob medida, manutenção, distribuição ou revenda que estão nos direitos de comercialização e também os serviços prestados com o uso do software.*" (Elizabeth Dias Kanthack Pereira. Proteção Jurídica do Software no Brasil. Curitiba: Juruá Editora, 2009, pp. 153/154).

<sup>95</sup> "Particularmente no setor da informática, acentua-se esse fenômeno da coligação contratual. São celebrados vários contratos, que se acham interligados por uma única operação econômica. O objetivo poderá ser, por exemplo, a simples aquisição de um computador pessoal ou a informatização de determinada área da empresa, mas tal finalidade se fragmenta em contratos de compra e venda de equipamentos, de licença de programas, de assistência técnica, de financiamento e assim por diante." (Newton De Lucca. Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 76).

"prateleira") não é objeto de contrato de compra e venda, mas sim de licenciamento, sujeito a direitos e obrigações específicas.

De fato, a figura que mais se aproximaria da compra e venda seria o contrato de cessão de titularidade, por meio do qual o titular dos direitos autorais sobre o programa de computador, na qualidade de cedente, cede e transfere esses seus direitos para a outra parte, na qualidade de cessionária, entregando-lhe inclusive o código-fonte e toda a documentação técnica associada<sup>96</sup>. Como resultado, o cessionário se torna o titular dos direitos autorais sobre o programa de computador, remanescendo ao cedente apenas "*o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação*", direitos morais inalienáveis previstos no artigo 2º, parágrafo primeiro, da Lei do Software.

Tal espécie de contrato, de forma geral, não apresenta vantagens relevantes para nenhuma das partes envolvidas sob uma perspectiva de custo-benefício (mormente em se tratando de software de "prateleira"). Ao cedente normalmente não é atraente na medida em que o privaria da contínua exploração econômica do programa, e até mesmo da possibilidade de usá-lo, caso não obtenha autorização do cessionário para tanto. Ademais, ficaria impedido de usar o código do software no desenvolvimento de novos programas, sob pena de violação dos direitos autorais transferidos ao cessionário. Em razão das perdas que a cessão dos direitos patrimoniais sobre o software traria para o cedente, provavelmente o valor da contraprestação por ele exigido seria elevado quando comparado ao preço de mera licença de uso, de forma a desestimular as pretensões do potencial cessionário. Além disso, o universo dos detentores de direitos autorais sobre certa espécie de software dispostos a alienar tais direitos tende a ser mais restrito do que daqueles que somente intencionem licenciar o direito de uso, outro motivo para os preços sejam maiores, e causa de limitação do número de soluções oferecidas à Administração no certame.

A aquisição de direitos autorais sobre programa de computador tende a demandar, assim, um relevante investimento por parte do cessionário. Não só os valores referentes à cessão propriamente dita, mas também aqueles a serem despendidos com manutenção e aprimoramento do programa sobre o qual o cessionário terá exclusividade. Isso porque não compartilhará com terceiros os custos para desenvolver atualizações para o programa e treinar e manter equipe para a prestação de serviços relacionados como o faria o cedente caso adotado o modelo de licenciamento. Em tempos de evoluções

---

<sup>96</sup> "*Apesar de não ser muito freqüente, há negociação de venda de software, com a tradição total da propriedade, ocorrendo a entrega do Código Fonte e indicações técnicas concernentes ao programa. O mais freqüente ocorre quando é cedido o uso, através do código objeto, fixado em um meio físico.*" (Elizabeth Dias Kanthack Pereira, op. cit., p. 156).



tecnológicas tão aceleradas, o considerável investimento na aquisição dos direitos autorais incidentes sobre um programa de computador por um ente que não deverá explorá-lo economicamente pode representar um grande ônus e uma vinculação a um bem que em pouco tempo poderá cair na obsolescência.

Desse modo, por mais que em princípio não haja vedações para que a Administração Pública celebre contrato pelo qual lhe sejam transferidos direitos autorais sobre programa de computador, parecem ser estreitas as hipóteses em que tal medida esteja de acordo com o interesse público, notadamente em razão de uma análise de custo-benefício.

À primeira vista, a obtenção dos direitos autorais sobre determinado programa de computador só se justificaria caso houvesse interesse da Administração em usufruir tais direitos em sua integralidade, extraíndo daí vantagens técnicas e econômicas, sendo certo que na maioria dos casos o interesse do ente público reside apenas no simples uso do software para certas finalidades. A título ilustrativo, e por meio de uma analogia imperfeita e exagerada, seria como a Administração Pública adquirir uma sala de cinema comercial apenas para o único e exclusivo fim de dar treinamento para alguns de seus servidores por meio da exibição de certos documentários, assumindo o ente estatal todas as despesas referentes à manutenção e a atualização do cinema. A mesma finalidade seria atendida de forma mais econômica e eficiente com o aluguel esporádico da sala ou mesmo com a aquisição de ingressos para aquelas sessões em que os servidores compareceriam, de forma que os custos com a sala suportados pelo seu proprietário sejam compartilhados com todos os demais usuários.

Em um exercício elucubrativo, poder-se-ia até imaginar a necessidade de obtenção pela Administração Pública, com urgência e exclusividade, de certo programa sensível à segurança nacional ou necessário a garantir o sigilo de informações dos cidadãos ou contribuintes, não sendo suficiente a simples obtenção de licença de uso e não havendo tempo hábil para a execução de serviços de desenvolvimento de software sob encomenda.

Assim, fora raras e justificadas exceções, e considerando-se ainda que não se trata de prática usual de mercado, não parece viável a celebração de contrato de cessão definitiva de direitos autorais sobre software para a Administração Pública, vislumbrando-se um descompasso da medida com o interesse público, havendo risco de caracterizar-se desvio de finalidade ou violação ao princípio da proporcionalidade.



Fato é que a licença de uso constitui o mais utilizado contrato tendo por objeto a comercialização de programas de computador<sup>97</sup>. A própria Lei do Software, em seu artigo 9º, estabelece que "o uso dos programas de computador no país será objeto de contrato de licença". E para Newton de Lucca, o "mais característico dos contratos sobre programa de computador é, sem dúvida, a licença de uso"<sup>98</sup>. De acordo com Luiz Augusto Azevedo Sette, o "contrato de licença de uso é a forma mais comum de comercialização dos programas de computador"<sup>99</sup>.

O contrato de licença nada mais é do que o instrumento em que se materializa a autorização do titular dos direitos autorais para que o licenciado possa, nos termos especificados, utilizar o programa de computador. Dentre os termos e condições usualmente adotados em tais contratos incluem-se cláusulas regulando o número de cópias autorizadas do programa, a extensão do uso permitido, podendo inclusive restar previsto o direito de sublicenciamento, delimitações de responsabilidades e de garantia, preço e vigência, além da eventual previsão de certos serviços auxiliares prestados pelo licenciante ou por outrem que lhe faça as vezes, serviços estes relacionados à customização, implantação, manutenção, assistência técnica e treinamento.

Tratando do assunto, Newton de Lucca traça os contornos do contrato de licença nos seguintes termos:

*"Por ele, o titular dos direitos de exploração de um programa autoriza sua utilização por parte de outra pessoa, mediante o pagamento de uma retribuição, conservando para si a propriedade do programa. O objeto da licença de uso dos programas de computador é constituído pelos direitos de uso e não pela disposição do bem. O conteúdo desse contrato, portanto, esgota-se nessa autorização para uso do programa, sem que, por nenhuma regra geral, seja transferido algum outro direito."*<sup>100</sup>.

De fato, a indústria do software tradicionalmente adota modelo de negócio fundado no contrato de licença. Os investimentos no desenvolvimento de diversos programas, inclusive aqueles mal sucedidos, têm retorno por meio da receita obtida com as licenças de uso de programas bem sucedidos concedidas a uma multiplicidade de

<sup>97</sup> "Está no próprio conteúdo ou na própria definição jurídica do bem imaterial, denominado Programa de Computador, objeto de Direitos Autorais, o seu licenciamento para uso, como forma de expressão econômica.

São bastante raros (mais não impossíveis) os casos de venda de software, com transmissão total da propriedade e entrega do Código Fonte e especificações técnicas, em geral, do Programa. Comumente é cedido o uso, em Código Objeto (programa em linguagem de máquina), gravado em um meio físico, de outras ou mais cópias, as quais, conforme é comum definir, não podem ser usadas simultaneamente. Algumas vezes para cada cópias cedida (licenciada) identifica-se a CPU hospedeira." (Tarcísio Queiroz Cerqueira. Software Direito Autoral e Contratos. Rio de Janeiro: Polar, 1993, p. 85).

<sup>98</sup> Op. cit., p. 69.

<sup>99</sup> Op. cit., p. 619.

<sup>100</sup> Op. cit., pp. 69/70.

usuários. Quanto mais vasto for o universo de usuários (e de concorrentes), menores tenderão a ser, em princípio, os valores cobrados a título de contraprestação, de forma que o mecanismo de licenciamento pode vir a ser mais vantajoso para os usuários quando comparado com outros contratos de comercialização do software<sup>101</sup>.

Considerando que, via de regra, para a Administração Pública a utilidade do software se restringe ao seu uso, dado o caráter instrumental dos programas de computador, o contrato de licença na maioria dos casos revela-se adequado e suficiente para atender a necessidade pública que enseja a demanda pelo software. Na qualidade de licenciada, a Administração assume o papel de consumidora da solução fornecida pelo licenciante, a quem, dentro do seu ramo de atividade empresarial, interessará realizar correções, aprimoramentos, melhorias e atualizações no programa licenciado, permitindo ao ente estatal concentrar esforços e recursos na consecução das suas atribuições definidas na Constituição e na lei.

Uma vez que o software representa o produto comercializado pelo licenciante não só para o ente estatal como também para outros atuais e prospectivos clientes, tem o licenciante o interesse e o ônus de sempre buscar aprimorá-lo tecnicamente, principalmente num ambiente de constantes evoluções tecnológicas, sob pena de seu produto tornar-se obsoleto, ou, ao menos, perder mercado para a concorrência.

Desse modo, representando uma alternativa econômica e tecnicamente mais vantajosa, sendo por si só capaz de atender às necessidades estatais na generalidade dos casos, considera-se que a obtenção de software por meio de contrato de licença representa, de regra, solução em maior consonância com o interesse público do que a proporcionada por contrato de cessão de direitos autorais.

---

<sup>101</sup> "A principal vantagem de um software padronizado reside no fato de encontrar-se imediatamente disponível ao usuário; o longo período de tempo associado à feitura de um programa individualizado não existe. Caso, além disso, o software venha sendo comercializado há muito tempo, a maioria dos erros já deve ter sido descoberta e solucionada, o que diminui a possibilidade de contratemplos no seu funcionamento. O preço de um software padronizado é muito menor do que aquele que teria de ser pago se se viesse a encomendar um software personalizado. A documentação explicativa, ou seja – os manuais do usuário, dessa espécie de programa pode ser lida antes do ato de compra. Quanto melhor for essa documentação, mais o fabricante do software aumentará a margem de lucro com sua venda; e quanto menos tempo ele gastar com o serviço de assistência técnica, maiores serão suas perspectivas de lucro. As principais desvantagens dos programas de computador padronizados estão associadas à sua própria natureza massificada. Em virtude de serem projetados para satisfazer as necessidades de um número elevado de usuários, eles podem não ir ao encontro das necessidades específicas e personalizadas de usuários mais exigentes. Se o funcionamento de um software padronizado se tornar insuficiente para atender às necessidades do seu usuário, ele pode ser ajustado. Esse processo de ajuste, se for muito sofisticado, pode redundar na elaboração de um software personalizado." (Roberto Chacon de Albuquerque, op. cit., pp. 39/40).

Acerca dos contratos de prestação de serviços, podem tais ajustes assumir diversos contornos e objetos, tais como: treinamento, implantação<sup>102</sup>, assistência técnica, suporte, manutenção, customização<sup>103</sup>, desenvolvimento ou encomenda, e mesmo o que veio a se chamar de software como serviço (da origem, em língua inglesa, *software as a service* ou *SaaS*).

Desses serviços listados em caráter não exaustivo, os de treinamento, implantação, assistência técnica, suporte, manutenção e customização podem ser considerados serviços de apoio, que pressupõe a obtenção do software pelo Estado por outros ajustes.

Por meio do contrato de desenvolvimento, de outra forma, o contratante encomenda a criação ou programação de determinado software ao contratado, conforme determinadas especificações. Trata-se de instrumento relevante para casos em que se faz conveniente e oportuna a obtenção pela Administração Pública de software feito sob medida em vista de certas particularidades e para objetivos específicos, especialmente aqueles que caracterizem funções próprias de entes estatais, não havendo alternativas no mercado que proporcionem o mesmo custo-benefício.

Nos contratos de desenvolvimento os direitos autorais sobre o programa pertencerão ao contratante, salvo disposição contratual em contrário, conforme artigo 4º, *caput*, da Lei do Software<sup>104</sup>. Sendo os direitos autorais de titularidade estatal, tem o ente público o poder de reproduzir e modificar o programa para que seja amoldado, aprimorado e usado de forma a melhor se adequar ao interesse público. Mesmo nessa hipótese, contudo, pode não ser do interesse da Administração deter os direitos autorais sobre o programa desenvolvido, ficando sob a titularidade do desenvolvedor, o que, de regra, proporcionaria uma redução no preço pago pelo Poder Público. Assim, não é porque se trata de contrato de desenvolvimento que a Administração Pública necessariamente avocará a si a titularidade do software.

---

<sup>102</sup> "O contrato de consultoria e implantação de software pode ter por objeto apenas a prestação dos serviços de consultoria em si, que 'são serviços de apoio e orientação prestados com a finalidade de se ver implantado programa de computador', ou ser cumulado com a implantação direta do programa, ou seja, 'serviços que tem por objetivo tornar o software operacional no equipamento de computação do usuário final'." (Wilson Furtado e Cristine Schreiter Furtado. *Dos Contratos e Obrigações de Software*. São Paulo: Iglu Editora, 2004, p. 91).

<sup>103</sup> "Por 'customizações' entende-se o 'desenvolvimento de funcionalidades nos módulos do programa de computador licenciado, com a finalidade de atender necessidades específicas do usuário final'." (Wilson Furtado e Cristine Schreiter Furtado, op. cit., p. 109).

<sup>104</sup> "O objeto de tal contratação é o estudo e o desenvolvimento de um programa especialmente destinado a satisfazer uma exigência específica do solicitante.

*Alguém tecnicamente qualificado – que tanto pode ser um prestador de serviço autônomo quanto uma empresa especializada no desenvolvimento de programação informática – elabora um programa sob medida (tailor-made), assumindo essa contratação, na maioria das vezes, as características próprias de uma obrigação de resultado.*" (Newton De Lucca, op. cit., pp. 72/73).



Caso haja software no mercado capaz de satisfazer as necessidades da Administração e a ela sendo suficiente o uso proporcionado por mera licença, não se justificaria a celebração de contrato de encomenda, mesmo se o programa disponível no mercado deva ser adaptado ou customizado para atender aos anseios do ente público, desde que na espécie os custos de tal adaptação ou customização não sejam tão expressivos em comparação com os envolvidos no desenvolvimento de um novo programa.

Vale notar que a evolução tecnológica além de criar e aperfeiçoar funcionalidades digitais também traz repercussões para os próprios negócios jurídicos envolvendo tecnologia da informação. Tal fenômeno não passou despercebido a Marçal Justen Filho, que da seguinte maneira o descreveu: "*a evolução da Tecnologia da Informação é muito intensa. Isso significa que soluções adotadas num certo momento tornam-se superadas em pequeno espaço de tempo. Essa dinâmica se reflete no campo jurídico. Algumas práticas licitatórias e contratuais poderiam ser legítimas em determinada circunstância, em virtude das características do conhecimento e dos equipamentos. Porém, a rápida evolução tecnológica poderá alterar a situação em curto espaço de tempo.*"<sup>105</sup>.

Exemplo corrente dessa alteração se refere ao software como serviço (SaaS), potencializado pela chamada computação em nuvem. Trata-se de negócio em que serviços são prestados para o tomador com a utilização de programas de computador, mas de maneira que tais programas permaneçam nos servidores da empresa prestadora, beneficiando-se remotamente de suas funcionalidades a empresa tomadora. Toda a responsabilidade, os custos e os ônus pela manutenção, ajustamentos e aprimoramentos dos programas ficam a cargo do prestador dos serviços, não se fazendo necessária, via de regra, licença de uso ou transferência do software para a beneficiária.

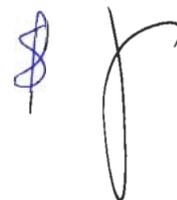
Diante do dinamismo do universo da Tecnologia da Informação, não devem ser estabelecidas fórmulas absolutas de preferências predeterminadas por certas espécies e conteúdos contratuais. Em face das necessidades de cada caso concreto e do estado da arte tecnológico é que se deve apurar qual a opção que representa a melhor relação custo-benefício sob a perspectiva do interesse público. Conforme sintetiza Marçal Justen Filho, "*não é possível legitimar certa solução prática simplesmente invocando adoção de conduta similar no passado.*"<sup>106</sup>.

## 8. Instrumento Convocatório

Uma vez definido o objeto da licitação, tanto no que toca à identificação do bem da vida quanto à espécie e ao conteúdo contratuais, nos termos do artigo 40, inciso I, da Lei de Licitações, cumpre que tal definição seja fielmente retratada no instrumento

<sup>105</sup> Op. cit., p. 94.

<sup>106</sup> Op. cit., p. 94.



convocatório do certame – o edital<sup>107</sup>, o qual, ademais, deverá conter diversos outros elementos previstos em lei, inclusive todos os critérios objetivos que pautarão a avaliação da proposta mais vantajosa<sup>108</sup>.

Isso porque é por meio do edital que a Administração torna pública a sua intenção de contratar, consubstanciando, conforme doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, oferta formulada pela Administração e dirigida a toda a coletividade. E os interessados que se adequarem aos requisitos mínimos fixados no edital podem apresentar suas propostas, aceitando por esse modo a oferta contida no instrumento convocatório<sup>109</sup>.

De fato, o processo licitatório e a possível futura contratação ficam integralmente vinculados ao conteúdo do edital. Reconhece-se, inclusive, um princípio da vinculação ao instrumento convocatório<sup>110</sup>. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

*"O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, está consignado no art. 41 da Lei 8.666."*<sup>111</sup>

<sup>107</sup> Faz-se a ressalva que nem sempre o instrumento convocatório de licitação pública assume o nome de edital. Não obstante a distinção, serão os termos aqui usados indistintamente.

<sup>108</sup> Dispõe o artigo 3º do já aludido Decreto nº 7.174/2010:

*"Art. 3º Além dos requisitos dispostos na legislação vigente, nas aquisições de bens de informática e automação, o instrumento convocatório deverá conter, obrigatoriamente:*

*I - as normas e especificações técnicas a serem consideradas na licitação;*

*II - as exigências, na fase de habilitação, de certificações emitidas por instituições públicas ou privadas credenciadas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Inmetro, que atestem, conforme regulamentação específica, a adequação dos seguintes requisitos:*

*a) segurança para o usuário e instalações;*

*b) compatibilidade eletromagnética; e*

*c) consumo de energia;*

*III - exigência contratual de comprovação da origem dos bens importados oferecidos pelos licitantes e da quitação dos tributos de importação a eles referentes, que deve ser apresentada no momento da entrega do objeto, sob pena de rescisão contratual e multa; e*

*IV - as ferramentas de aferição de desempenho que serão utilizadas pela administração para medir o desempenho dos bens ofertados, quando for o caso."*

<sup>109</sup> Direito Administrativo..., p. 357.

<sup>110</sup> *"A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora."* (Hely Lopes Meirelles. Licitação..., p. 51).

*"A vinculação ao instrumento convocatório cumpre triplo objetivo. De um lado, aferra a Administração ao Direito, na medida em que a sujeita ao respeito de seus próprios atos. De outro, impede a criação de etapas ad hoc ou a eleição, depois de iniciado o procedimento, de critérios de habilitação ou julgamento destinados a privilegiar licitantes. Por fim, evita surpresas para estes, que podem formular suas propostas com inteira ciência do que deles pretende o licitador. Após o início da licitação, a única surpresa para os licitantes deve ser quanto ao conteúdo das propostas de seus concorrentes."* (Carlos Ari Sundfeld, op. cit., p. 21).

<sup>111</sup> Curso..., p. 542.



Caracterizando-se certa competência discricionária do administrador com relação às escolhas do objeto, do contrato, das exigências e critérios a serem adotados – discricionariedade esta que não significa arbítrio, inclusive sendo delimitada por condicionantes fáticos e jurídicos do caso concreto – entende-se que tal liberdade desaparece com a publicação do instrumento convocatório, de forma que toda a atividade administrativa futura ficará vinculada ao que constar do edital. Daí se dizer que o edital é a lei interna da licitação<sup>112</sup>.

Uma vez que podem ser diversos os negócios envolvendo programas de computador, torna-se imprescindível, assim, a precisa identificação da espécie contratual a ser adotada, especialmente no que tange ao conteúdo e a extensão dos direitos a serem conferidos ao ente público com relação ao programa de computador.

Caso não haja tal exposição clara e completa do conteúdo do negócio licitado, haverá causa de nulidade do certame, vez que estarão violados os princípios da igualdade dos licitantes e da publicidade, conforme Súmula 177 do TCU:

*"Súmula 177 do TCU: A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada em uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão."*

Tratando da descrição do objeto da licitação no edital, comenta Marçal Justen Filho:

*"A descrição do objeto da licitação contida no edital não pode deixar margem a qualquer dúvida nem admite complementação a posteriori. Entre a opção de uma descrição sucinta e uma descrição minuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública: tem de escolher a descrição completa e minuciosa. Certamente, a descrição deve ser clara. No caso, 'sucinto' não é sinônimo de 'obscuro'. Se a descrição do objeto da licitação não for completa e perfeita, haverá nulidade, nos termos adiante apontados."<sup>113</sup>*

---

<sup>112</sup> "O edital constitui-se no documento fundamental da licitação. Habitualmente se afirma, em observação feliz, que é a sua 'lei interna'. Com efeito, abaixo da legislação pertinente à matéria, é o edital que estabelece as regras específicas para cada licitação. A Administração fica estritamente vinculada às normas e condições nele estabelecidas, das quais não se pode afastar (art. 41)." (Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso..., p. 589).

<sup>113</sup> Op. cit., p. 538.

Ora, falhas na descrição do objeto da licitação representam um descompasso entre a vontade da Administração Pública e a forma pela qual a mesma foi exteriorizada no instrumento convocatório, e geram dificuldades de compreensão nos potenciais interessados, desencorajando-os de participar do certame ou mesmo dando ensejo à apresentação de propostas formuladas com base em assunções diferentes a respeito das prestações a serem entregues ao ente estatal. Por isso que nessas hipóteses se conclui haver violação aos princípios da publicidade e da isonomia, inclusive por embaraço à plena competitividade<sup>114</sup>.

Não sendo o caso de nulidade, qualquer falta de clareza ou omissão do edital acarretará uma interpretação restritiva das disposições atinentes aos direitos a serem conferidos para o ente público com relação ao programa de computador licitado. Isso porque nos termos dos artigos 4º e 49, inciso VI, da Lei de Direitos Autorais, na ausência de especificação, os negócios jurídicos envolvendo direitos autorais interpretam-se restritivamente. Havendo dúvidas a respeito das modalidades de utilização autorizadas, entende-se permitidas somente aquelas indispensáveis para a finalidade do contrato. Não é outra a interpretação que advém da leitura dos aludidos dispositivos legais, que seguem abaixo transcritos:

*"Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais."*

*"Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:*

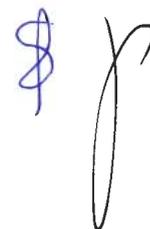
*(...)*

*VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato."*

Assim, a Administração Pública deve se preocupar em elaborar o edital de forma clara e completa, tomando todos os cuidados para que não contenha vícios que possam acarretar a nulidade do certame ou mesmo prejuízos para a posterior contratação. Uma vez que sejam identificados vícios no instrumento convocatório tornado público, não

---

<sup>114</sup> "Podem ser mencionados os seguintes vícios ensejadores de nulidade do edital: a) indicação defeituosa do objeto ou delimitação incorreta do universo de propostas – por ser imprecisa e obscura a identificação do objeto, impedindo seu exato reconhecimento, ou por inadequada especificação dele. Isto ocorrerá quando a especificação for insuficiente, tornando incotejáveis as propostas, ou quando for excessiva, de molde a alijar discriminatoriamente concorrentes em benefício de alguns e de algum interessado. Nestes últimos casos haverá defeito na delimitação do universo de propostas admissíveis." (Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso..., p. 591).



se admite seja posteriormente alterado para o saneamento de tais problemas, sendo necessária a sua invalidação e a publicação de um novo instrumento.

## 9. Fornecimento de Código-Fonte

Por vezes a Administração Pública promove licitações para a aquisição de licença de uso de programas de computador incluindo no objeto do certame, conforme especificado no instrumento convocatório, a exigência do fornecimento do código-fonte.

A criação de um programa de computador se perfaz por um processo que tem por principal atividade a programação propriamente dita, por meio da qual programadores utilizando certa linguagem de programação, escrevem as instruções destinadas ao computador em forma legível para o homem, ou como aduz a lei, em linguagem natural. Esse conjunto organizado de instruções é o chamado código-fonte<sup>115</sup>. Tal código não é, contudo, diretamente executável pelo computador, de modo que se faz necessária sua tradução ou compilação em linguagem própria da máquina - em código binário, ininteligível pelo homem. O resultado dessa compilação ou tradução é o chamado código-objeto. Ambos, código-fonte e código objeto, constituem programa de computador e como tal são protegidos<sup>116</sup>, representando apenas dois tipos de linguagens diversas em que o mesmo conjunto de instruções é expresso<sup>117</sup>.

Para que um usuário possa executar o programa no seu equipamento usufruindo de todas as suas funcionalidades, via de regra, necessita apenas do código-objeto. Não é por outro motivo que tradicionalmente nos licenciamentos de software é disponibilizada apenas tal versão do programa, sem que com isso seja causado qualquer prejuízo ou transtorno para o licenciado.

O titular dos direitos sobre o programa, aliás, com o intuito de salvaguardar o objeto de seu direito, costuma manter o código-fonte em sigilo, não o divulgando a terceiros sem que haja estrita necessidade. É que o código-fonte, por se encontrar redigido em linguagem de programação legível pelo homem, franqueia acesso à essência, ao âmago do software, possibilitando materialmente àquele que o detiver, conhecer, alterar ou mesmo reproduzir em todo ou em parte aquilo que seria o projeto, a fórmula do

<sup>115</sup> Manoel Joaquim Pereira dos Santos: "O código fonte, sendo composto por um conjunto de símbolos e de regras de semântica e sintaxe, contém uma descrição dos procedimentos lógicos empregados e constitui essencialmente um instrumento de comunicação da forma e do conteúdo do programa aos técnicos especializados nessa área." (op. cit., p. 39).

<sup>116</sup> Não obstante também estejam incluídos no conceito tradicional de software, o suporte físico em que o programa de computador é fixado e a documentação que o acompanha (e.g., manuais, livros) não são protegidos como programa de computador, podendo receber tutela sob outras qualificações jurídicas, ainda que de natureza autoral.

<sup>117</sup> Manoel Joaquim Pereira dos Santos, op. cit., p. 193.



programa<sup>118</sup>. Não é por outro motivo, aliás, que se revela comum os titulares de programas protegerem o código-fonte como segredo de negócio ("*trade secret*"), admitindo sua divulgação de forma restritiva e excepcional, na medida em que seja imprescindível, vedando contratualmente ao máximo sua divulgação a terceiros<sup>119</sup>.

De forma didática, Ricardo Luis Lorenzetti expõe a importância da questão: "*o código-fonte é o núcleo formal do programa e quem o possui pode alterar de qualquer modo, interligar e multiplicar o programa e, por isso, as empresas de software sempre se mantiveram reticentes quanto à entrega do código-fonte ao licenciário de um programa de microcomputador*"<sup>120</sup>. Não é por outro motivo que Wilson Furtado e Cristine Schreiter Furtado afirmam que "*o licenciamento de código-fonte é exceção e como tal deve ser tratado*"<sup>121</sup>.

Diante da resistência das empresas do ramo de software em disponibilizar o código-fonte, ao menos duas seriam as consequências que a exigência de tal fornecimento causaria em um certame: (i) a diminuição da competitividade, inclusive porque há empresas que distribuem licenças de uso, mas não têm poderes para fornecer o código-fonte, e (ii) o aumento no preço das propostas<sup>122</sup>, em razão do valor do código-fonte,

---

<sup>118</sup> A técnica da engenharia reversa destina-se justamente a, partindo do código-objeto, obter-se o código-fonte. A despeito da controvérsia existente a respeito da sua legalidade, entende-se que tal prática violaria os direitos de autor do titular do software vez que importaria a criação de uma cópia não autorizada do programa (cf. Manoel Joaquim Pereira dos Santos, op. cit., p. 411 e seguintes).

<sup>119</sup> A tutela do código-fonte como segredo de negócio apresenta vantagens para o titular do programa de computador na medida em que não tem prazo de vigência e permite a proteção de elementos do programa que não são objeto de direito autoral. Por outro lado, representa uma forma de proteção de fato e não de direito, haja vista que terceiros que a ele venham a ter acesso de forma lícita não podem ser impedidos de usar o seu conteúdo (caso não seja de outra forma protegido). Um dos requisitos para a caracterização do segredo de negócio consiste no fato de seu titular cercar-se de cuidados visando manter o sigilo. Uma vez que venha o código-fonte a ser disponibilizado sem maiores cuidados por parte de seu titular, não poderá ser considerado segredo de negócio. A respeito da proteção do segredo de negócio, ver Georges Charles Fischer. *Trade Secret Protection in Brazil*. In *Latin American Law & Business Report*, 30/06/98, disponível em [http://www.fischerforster.com.br/midia/pdf/20090326161920\\_TradeSecretProtectioninBrazil.pdf](http://www.fischerforster.com.br/midia/pdf/20090326161920_TradeSecretProtectioninBrazil.pdf). "*O segredo de negócio está inserido no âmbito contratual, no qual predomina a autonomia da vontade das partes. Como não há restrições no ordenamento jurídico, ele é admitido para a proteção do software. O segredo de negócio constitui uma informação técnica e empresarial, de caráter confidencial e particular. Não precisa ser registrado num órgão público. Tem prazo indeterminado, vigorando enquanto terceiros não conseguirem obter o mesmo produto ou processo. Deve haver interesse econômico na manutenção do segredo.*" (Roberto Chacon de Albuquerque, op. cit., p. 235).

<sup>120</sup> *Apud* Newton de Lucca, op. cit., p. 87.

<sup>121</sup> Op. cit., p. 81.

<sup>122</sup> TCU - Acórdão 1462/2010 - Plenário – Ministro Relator Marcos Bemquerer, do qual se destaca o seguinte excerto:

"5.14. Com relação ao código fonte e as pretensões do DEC, é importante esclarecer que aquisição do código fonte deve ser justificada, uma vez que há um custo relevante relacionado. Quando se quer adquirir os códigos fonte de um software, paga-se por isso, o custo acaba sendo incluído no produto licitação. A obtenção do código fonte com a transferência da tecnologia permite expandir a quantidade de licenças sem custo adicional.

(...)

do menor número de participantes, e das implicações e riscos que o fornecimento do código-fonte geraria para o seu titular. Aliás, além do encarecimento das propostas, possivelmente também ocorreria um rebaixamento técnico das soluções apresentadas, vez que os titulares de programas bem-sucedidos seriam mais resistentes em arcar com os riscos envolvidos no fornecimento, na medida em que poderiam continuar a explorar economicamente seu ativo com outros usuários, sem disponibilizar o código-fonte e sem preocupações de que o mesmo seja usado de forma não autorizada.

Outros efeitos negativos se verificariam no tocante às obrigações e responsabilidades que seriam assumidas pela Administração<sup>123</sup>, principalmente com relação à guarda e sigilo do código-fonte recebido, de modo a evitar que por sua culpa viesse a cair nas mãos de terceiros, causando perdas e danos para o titular do programa e gerando a decorrente obrigação estatal de indenizá-lo. Ademais, também arcaria com custos relativos ao gerenciamento do código-fonte recebido, inclusive no que diz respeito a auditorias das versões, correções e atualizações ("*updates*") que viessem a ser disponibilizados pelo fornecedor.

Assim é que eventuais economias que a obtenção do código-fonte venha a ensejar para a Administração podem ser inferiores aos gastos adicionais assumidos, de forma a não justificar, sob o aspecto econômico, a exigência do seu fornecimento.

Nesse cenário, para que seja admissível a exigência do código-fonte, faz-se necessário que haja razões efetivas e relevantes no caso concreto que justifiquem tais perdas a serem experimentadas no certame. Não é porque o acesso ao código-fonte tem a potencialidade de representar uma vantagem para a Administração que se poderia admitir seja ele exigido em toda e qualquer hipótese, sujeitando-se a Administração e o procedimento licitatório a todos os efeitos prejudiciais de tal demanda. Novamente aqui a análise deve ser de custo-benefício, dentro de uma relação de proporcionalidade, tendo em vista as particularidades do caso concreto.

Os principais problemas que surgem da não disponibilização do código-fonte advêm da criação de certa relação de dependência entre a Administração e o titular do programa de computador, de sorte que para a realização de qualquer ato com relação

---

5.16. Portanto, se o DEC pretende ter acesso aos códigos fonte do produto licitado, conforme afirma o chefe da AETI do DEC, não apenas nos casos de descontinuidade do produto ou encerramento das atividades do fabricante (item 6.1.5 do termo de referência), deve justificar, uma vez que há impacto no preço do produto. Lembramos que a customização da solução licitada não necessita da exigência de fornecimento dos citados códigos. (...)"

<sup>123</sup> "Para o licenciado as responsabilidades consistem em: (i) proteger o código-fonte como se proprietário dele fosse; (ii) não permitir que estranhos à contratação e terceiros não autorizados pelo licenciante, incluindo-se como terceiros qualquer empresa pertencente ou ligada ao seu grupo econômico, venha a ter acesso ao código-fonte; (iii) não utilizar o código-fonte além dos limites permitidos pelo contrato." (Wilson Furtado e Cristine Schreiter Furtado, op. cit., pp. 83/84).



ao software que demande o conhecimento e o acesso ao código-fonte torne-se imprescindível a participação do titular do programa. Ressalte-se que para o uso normal do programa não se faz necessário o código-fonte. Parte dos serviços de apoio relacionados ao software também pode ser executada sem tal versão do programa, como, por exemplo, os serviços de treinamento.

Outros serviços, como por exemplo os de atualização, manutenção e assistência técnica, podem não ser plenamente exequíveis somente com a disponibilização da versão objeto do software. Assumindo-se que para a prestação desses serviços que importem alteração no programa faz-se necessário o acesso ao código-fonte, ninguém mais a não ser o seu titular (ou aqueles por ele habilitados) poderia prover o serviço, de forma que sempre ficaria a Administração compelida a contratá-lo. Não havendo competitividade, sequer se faria necessária licitação, o que poderia levar ao aumento dos preços cobrados pelo prestador do serviço.

Estabelecendo tal diferenciação, já decidiu o TCU num mesmo processo no sentido de admitir a dispensa da licitação para a execução de serviços de suporte técnico, mas não para os de assessoria técnica especializada, por entender que para os últimos não se faria necessário o acesso ao código-fonte<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> Acórdão 789/2006 - Primeira Câmara – Ministro Relator Guilherme Palmeira, do qual se destacam as seguintes passagens:

"57. Análise: no caso específico em tela, o Acórdão determinou a suspensão na renovação do contrato em função dos serviços de suporte técnico e assessoria técnica especializada, os quais poderiam ser licitados. Verificamos que os serviços de suporte técnico trazem uma especificidade pois seguem a própria licença de uso do recurso e requerem a abertura do código fonte, fatores que justificam a impossibilidade de competição. De acordo com o sítio da Oracle do Brasil (<http://www.oracle.com/support/collateral/supportservicesoverview.pdf>), os serviços de suporte técnico envolvem: Atualizações de Software, 'Incident Support Package', 'Incident Server SupportPackage', Suporte Estendido e Manutenção de Suporte Estendido ('Extended Maintenance Support' - EMS)

58. No entanto, no caso da assessoria técnica especializada, não há a necessidade da abertura do 'código-fonte'. No próprio recurso da Oracle, há a descrição de que 'a prestação de serviços de suporte técnico objeto da contratação depende da possibilidade de acesso ao 'código-fonte' dos softwares ORACLE'. Em nenhum momento há a afirmação de que os serviços da Assessoria Técnica Especializada devem ser realizados com o acesso ao 'código-fonte'.

59. Uma descrição dos serviços de Assessoria Técnica Especializada (fls. 152/153 - Vol. 01) se encontra nos autos, a qual transcrevemos a seguir:

'Os serviços de apoio técnico especializado estarão divididos em categorias de acordo com o nível de complexidade, duração e característica de cada atividade. A descrição das atividades de cada uma das categorias encontra-se abaixo:

a) Considera-se Assessoria Nível I a prestação de serviços inerentes a apoio a migração e adequação de aplicações, tais como: apoio no desenvolvimento de rotinas utilizando ferramentas e linguagens de programação da Oracle (PL/SQL, Forms, Reports, etc.); apoio a atividades relacionadas com a manutenção corretiva e evolutiva de sistemas desenvolvidos com ferramentas Oracle.

b) Considera-se Assessoria Nível II a prestação de serviços inerentes a migração e adequação de aplicações, tais como: apoio ao desenvolvimento de rotinas e aplicativos utilizando ferramentas Oracle tais como Discoverer, Designer, WebDB; apoio na criação e manutenção de tabelas de aplicações; atividades relacionadas com a manutenção corretiva e evolutiva de sistemas desenvolvidos com ferramentas Oracle.

Além disso, em caso de falência, de descontinuidade ou de descumprimento contratual do titular do programa, do ponto de vista fático, não teria a quem a Administração Pública recorrer para a execução dos serviços no lugar de tal titular, o que poderia levar à eventual perda de valor do software.

O TCU, aliás, já endossou procedimento licitatório em que se exigia o fornecimento pelo participante de declaração do titular dos direitos sobre o software licitado por meio da qual se obrigava a fornecer o código-fonte e demais documentação técnica do

---

*c) Considera-se Assessoria Nível III os serviços de apoio na elaboração, revisão, verificação, preparação e implementação de modelos de negócios de menor complexidade, instalação e customização de produtos Oracle relacionados ao desenvolvimento de aplicações, apoio no planejamento e execução de migrações de dados e versões de produtos, apoio no planejamento e execução de programas de testes de aplicações, implementação dos padrões já definidos de interface, apoio ao gerenciamento de bases de dados Oracle.*

*d) Considera-se Assessoria Nível IV a prestação de serviços de: orientação aos serviços de definição de padrões de interface, orientação aos serviços de administração de bases de dados locais ou remotas, opções especiais do Banco de Dados Oracle (Intermedia, 'Workflow', 'Internet File System', 'Fine-Grained access control', 'Java Storage Procedures'), ferramentas de monitoração do banco de dados, instalação e customização de banco de dados, apoio no uso de ferramentas Oracle para linguagem JAVA ('Jdeveloper - Java Server Pages', 'Enterprise Java Beans', BC4J ('Business Components for Java') e outros produtos e ferramentas que compõe o ambiente ORACLE. Aplica-se também a modelagem de dados de maior abrangência e complexidade, análise de alternativas de soluções aplicadas aos negócios.*

*e) Considera-se Assessoria Nível V, a prestação de serviços de: 'tuning' do banco de dados e de aplicações, projeto e dimensionamento de capacidades e facilidades, liderança de equipes específicas, monitorando continuamente as tarefas estabelecidas, executando o controle da qualidade de sua execução, especificação e modelagem de processos/funções: o apoio em alto grau de especialização em ferramentas ou ambientes específicos, tais como, Oracle Parallel Server, Oracle Spatial; atividades que requeiram conhecimentos de negócio para a execução de reuniões de levantamentos, JAD e elaboração de modelos de negócios a partir de eventos e/ou processos; modelagem de dados multidimensional e orientada a objetos.*

*f) Considera-se Assessoria Nível VI, a prestação de serviços de: gerenciamento de projetos, orientação na definição de metodologia para desenvolvimento e implementação de aplicações, apoio na definição de arquitetura do ambiente como um todo e no planejamento de capacidade, integração da gerência de vários projetos através da visão corporativa do Sistema de Informação'.*

*60. Em consulta técnica informal com a Secretaria da Tecnologia de Informação (SETEC) do TCU, houve a informação de que todos os serviços de Assessoria Técnica Especializada descritos não são exclusivos de fornecimento pela Oracle. Segundo a SETEC, os itens 'a', 'b', 'c' e 'f' poderiam ser prestados por qualquer empresa especializada ou consultores certificados pela Oracle. Os itens 'd' e 'e' poderiam ser executados pelos parceiros comerciais da Oracle do Brasil. Tal contratação por inexigibilidade não é justificável pela ausência de possibilidade de competição.*

*61. Tais serviços, no caso do Tribunal de Contas da União, são prestados por várias empresas de informática. Não há como justificar a contratação de 6.480 horas-homem estimadas por R\$ 898.320,00 (oitocentos e noventa e oito mil, trezentos e vinte reais) - fls. 155 (Anexo I). Tais serviços são perfeitamente licitáveis por haver empresas e consultores no mercado.*

*(...)*

*Por fim, com respeito à contratação direta do serviço de suporte técnico e assessoria técnica especializada, no âmbito do Contrato 5.111/02, anuo ao entendimento manifestado pela SERUR no sentido de que somente os serviços que exigem o acesso ao código-fonte podem ser considerados como de competição inviável, o que não é o caso dos serviços de assessoria técnica especializada, conforme descritos nos autos, e que não fazem referência ao mencionado código para sua realização."*

programa em caso de descontinuidade do mesmo ou de encerramento de suas atividades<sup>125</sup>.

Certo é que tais motivos serão mais relevantes nos casos em que o programa desempenhe função de sensível importância para o ente público, sendo o acesso ao código-fonte efetivamente imprescindível para a manutenção do software e não existindo uma pluralidade de empresas habilitadas a prestar o serviço. Aliás, deve-se também ponderar se o fornecimento do código-fonte seria capaz de eliminar essas dificuldades, vez que ainda com esse acesso disponibilizado pode ser que não existam outras empresas que tenham condições de executar o serviço com a presteza e a qualidade necessárias, sobretudo em virtude de eventual complexidade que apresente o software e que torne difícil ou demorada a compreensão de seu funcionamento.

De outra sorte, o acesso ao código-fonte pode justificar-se na medida em que se faça necessário para o conhecimento do funcionamento do programa com o objetivo de controle e fiscalização da sua segurança e das funções por ele desempenhadas, inclusive para fins de se apurar se corresponde à especificação do objeto licitado. Tal controle aprofundado que demande o conhecimento do código-fonte não é, contudo, sempre imprescindível. Faz-se necessário mormente nos casos em que o programa deva desempenhar funções sensíveis e complexas, que, por exemplo, representem atribuições estatais sujeitas a regramento específico.

O exame deve se dar em vista do caso concreto. Não obstante, talvez em certas hipóteses haja uma predisposição para se identificar grande utilidade no fornecimento do código-fonte, como no caso de sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos, definidos pelo artigo 6º, inciso XIX, da Lei de Licitações

---

<sup>125</sup> Acórdão 1462/2010 - Plenário – Ministro Relator Marcos Bemquerer, destacando-se o seguinte trecho do voto do relator:

"28. Combinando-se os subitens acima descritos, e tendo por base, ainda, a declaração do Chefe da Assessoria Especial em Tecnologia da Informação (fl. 519, vol. 2), fica evidenciado que a intenção do DEC é que, em caso de descontinuidade ou de encerramento das operações da fabricante do software, a licitante, que não seja a fabricante da solução, fique obrigada a fornecer a documentação técnica, e, ainda, os códigos fonte do software.

29. Entende o órgão que: "Como não há software livre que corresponda às necessidades do DEC, este software que será adquirido deve permitir ao DEC que faça sua manutenção, alteração, adaptação, atualização, etc., de forma a não ficar vinculado à empresa fornecedora." (fl. 519, vol. 2).

30. De fato, é louvável a Administração se precaver da indesejável situação de se tornar refém de determinada empresa da qual adquiriu software em função de não deter os seus códigos fonte para efetuar eventuais adaptações (customização), ou, ainda, para dar continuidade às atividades em caso de solução de impossibilidade no fornecimento do produto.

(....)

39. Em conclusão, no caso específico de que se cuida nestes autos, a exigência da declaração do fabricante pode ser considerada, de forma excepcional, justificada frente à necessidade de preservação das atividades de órgão militar no trato de informações essenciais ao desempenho de sua missão, que envolve a construção de diversos empreendimentos por todo o País."

como "bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à administração pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade".

Ressalte-se que não basta a exigência no edital da entrega do código-fonte ao ente público para que possa ser utilizado. O simples fato do contratado entregar à Administração tal código não importa que caia em domínio público. Uma vez que o código-fonte também é objeto de direito autoral, revela-se imprescindível que também o seu uso seja disciplinado, adotando-se no contrato cláusulas definidoras de responsabilidades, confidencialidade<sup>126</sup>, prazos, usos permitidos, dentre outras disposições, devendo-se inclusive atentar para a eventual previsão de que terceiros contratados pela Administração possam vir a ter acesso ao código-fonte para fins da realização de serviços, se o caso<sup>127</sup>.

Os fins para os quais o órgão público poderá se valer do código-fonte deverão estar delimitados no edital, em atendimento aos princípios da igualdade, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório. Aqui também se não houver definição suficiente a respeito dos usos do código-fonte, corre-se o risco de que nenhum venha a ser permitido por força dos artigos 4º e 49, inciso VI, da Lei de Direitos Autorais.

Em atenção ao princípio da proporcionalidade, a exigência do fornecimento do código-fonte deve se limitar ao que seja necessário para o atendimento daquelas necessidades que autorizaram o órgão público a tê-lo demandado. Assim, caso se entenda suficiente que seja disponibilizado durante certo prazo limitado a determinado número de servidores públicos especializados para que, assumindo obrigações de confidencialidade a respeito de eventuais conhecimentos que venham a extrair do programa, atestem que as funcionalidades do software correspondem ao que dele se esperava, não parece ser razoável a exigência de que seja fornecido de forma mais ampla, permitindo-se que dele se faça qualquer uso para quaisquer fins. O mesmo se diga a respeito de programas em que a disponibilização de partes de seu código-fonte já seria suficiente para a satisfação daquelas necessidades, de forma a não se justificar a exigência do seu fornecimento integral.

<sup>126</sup> Não há de se olvidar da necessidade de prever-se no contrato medidas para a preservação da confidencialidade do código-fonte, inclusive da manutenção do mesmo como segredo de negócio do seu titular.

<sup>127</sup> "Sendo assim, quem quiser alterar licitamente programas de computador, sob qualquer forma, tem de obter autorização do respectivo titular de direitos. A tradução do software para uma linguagem mais evoluída ou para linguagem de máquina também exige autorização. Toda versão derivada de um programa na qual sua linguagem original for o resultado da transcrição de uma linguagem de computação ou código para outra linguagem de computação ou código requer a autorização do respectivo titular de direitos." (Roberto Chacon de Albuquerque, op. cit., p. 165).



Ademais, a obtenção do código-fonte, por si só, pode não representar a possibilidade do usuário de efetivamente exercer na sua plenitude os direitos que pretende adquirir. Isso porque a complexidade do programa pode exigir, para sua devida compreensão, o acesso ao código-fonte comentado e à documentação técnica acessória, tal como "*memorial descritivo, especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia*". Não é à toa que o fornecimento de tal rol de documentos está previsto como requisito para que o contrato de transferência de tecnologia do programa de computador seja passível de registro, de acordo com o artigo 11 da Lei do Software.

#### 10. Contrato de *Escrow*

Uma possível alternativa de resolução a problemas relacionados ao fornecimento do código-fonte em contratações estatais seria a adoção em conjunto do contrato de *escrow*<sup>128</sup>, ou contrato de depósito fiduciário, como o denomina Newton de Lucca<sup>129</sup>.

Considerando-se a modalidade de tal negócio que tenha o código-fonte como objeto, trata-se de contrato atípico, acessório ao contrato de licença, de inspiração nas práticas norte-americanas, por meio do qual o titular do programa de computador entrega em custódia (ou caução) o código-fonte a um terceiro – o agente fiduciário (ou depositário) – o qual se obriga a guardar o bem depositado, em caráter sigiloso e sem dele fazer uso, até que ocorra um dos eventos previamente estipulados, que normalmente serão: (i) o término de certo prazo estabelecido – ensejando a obrigação do agente fiduciário de restituir o código-fonte ao titular do programa de computador; ou (ii) a ocorrência de um fato determinado que gere a obrigação do agente de entregar o código-fonte para o usuário (o qual na temática em apreço seria o ente administrativo).

A definição dos fatos que levariam à entrega do código-fonte ao Estado se daria no bojo do contrato de *escrow* e poderia abarcar as hipóteses em que o acesso ao código-fonte se faria necessário para a Administração, tais como o descumprimento comprovado de certas obrigações assumidas pelo titular do programa no contrato de licença; a sua recusa ou a prestação defeituosa de serviços de manutenção ou alteração do software; e a falência ou dissolução indevida de tal empresa ou, ainda, o surgimento de dúvida fundada a respeito da adequação, consistência ou segurança de certas

---

<sup>128</sup> Sob essa denominação, aliás, generaliza-se uma espécie de negócio por meio do qual as partes resolvem depositar bens de valor com o intuito de assegurar declarações, garantias, responsabilidades ou obrigações que a titular de tais bens tenha constituído em favor da outra parte (cf. Silmara Bega Nogueira. Contrato de *Escrow*: Como garantia de acesso ao código-fonte. Dissertação de mestrado apresentada na Universidade de São Paulo em 2004, p. 68).

<sup>129</sup> Op. cit., p. 86.



funcionalidades do programa. No contrato também deveriam restar previstas as formas pelas quais se comprovaria a ocorrência de tais fatos.

É comum que tal contrato contenha, dentre outras, cláusulas prevendo: (i) a descrição do código-fonte (inclusive da documentação técnica acessória); (ii) a obrigação do licenciante de depositar atualizações, correções, modificações ou novas versões sempre que forem desenvolvidas; e (iii) instrumentos de averiguação para que se apure a completude e a atualidade do programa depositado.

Com a adoção de tal espécie contratual, que obrigatoriamente deveria vir estipulada no edital da licitação de aquisição de licenças, se conciliaria os interesses do titular e do licenciado (Administração Pública) do software, de forma a preservar-se o sigilo em favor do licenciante e garantir-se ao licenciado o seu uso nos casos pré-definidos. Conforme reconhece Newton de Lucca:

*"Com efeito, por parte do usuário do programa, podem ocorrer determinadas situações em razão das quais passa a ser absolutamente fundamental, para ele, dispor do código-fonte a fim de que possa, relativamente ao programa cedido, mantê-lo, alterá-lo e desenvolvê-lo em sua interatividade com os demais programas do computador.*

*Tal ocorrerá, por exemplo, se falir a empresa titular do programa ou se ela interromper a manutenção contratada, seja por que razão for, como se ocorrer a mudança de seu objeto social.*

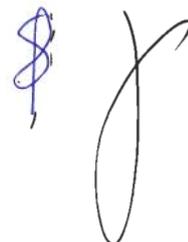
*De parte da empresa titular dos direitos de propriedade intelectual sobre o programa, não há interesse na cessão do código-fonte ao usuário, pois este poderia, eventualmente, fazer uso indevido dele seja desenvolvendo-o para outros fins, seja comercializando-o com terceiros.*

*O contrato de escrow, assim, preenche inegavelmente a função de conciliar os legítimos interesses das partes contratantes, tanto do usuário do programa cedido quanto da empresa titular dos direitos sobre esse programa, (...)."<sup>130</sup>*

De forma geral, assim, desde que adotado com cláusulas que assegurem a satisfação das necessidades públicas de forma adequada e proporcional, pode o contrato de *escrow* representar uma solução eficiente para endereçar os problemas de disponibilização do código-fonte.

---

<sup>130</sup> Op. cit., pp. 90/91.



## 11. Código Aberto ou Software Livre

Questão de importância corrente diz respeito àqueles programas com relação aos quais seus titulares, ao licenciá-los, abrem mão do sigilo sobre parte ou a integralidade do código-fonte.

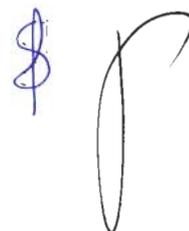
Nessa seara, distinguem-se dois modelos básicos pelos quais se faz tal licenciamento. Em primeiro lugar, aquelas licenças tradicionais, mas com a peculiaridade de por meio delas disponibilizar-se, por algum motivo especial, o código-fonte (ainda que de forma parcial) por decisão de seu titular; e em segundo, o modelo de licenciamento que se convencionou chamar de código aberto (*open source*) ou software livre (*free software*).

Considera-se software livre aquele cujo licenciamento garante ao licenciado quatro liberdades: (i) a de obter e usar o programa; (ii) a de ter acesso ao código-fonte, estudá-lo e adaptá-lo de acordo com sua conveniência; (iii) a de copiar e compartilhar o programa; e (iv) a de modificar e redistribuir o programa modificado para a comunidade em geral.

Tal modelo de licenciamento foi estabelecido pela *Free Software Foundation*, como uma forma de se contrapor ao esquema tradicional de licenças, no qual se privilegia o monopólio do controle da tecnologia pelo titular do software. A idéia de fundo é que haja o compartilhamento geral da tecnologia, que acabaria por propiciar a criação de uma comunidade de indivíduos que passariam a contribuir para o aprimoramento do programa, somando esforços múltiplos para corrigir suas falhas e acrescentar-lhe funcionalidades, garantindo-se a todos a possibilidade de usufruir uns do resultado do trabalho dos outros.

Nota-se que o que qualifica e diferencia o software livre é a forma pela qual se dá seu licenciamento, não deixando de configurar programa de computador da mesma forma que os softwares licenciados da forma tradicional, que passaram a ser conhecidos como proprietários. Sobre ambos incidem direitos de propriedade intelectual, tal qual previstos na Lei do Software.

Insta esclarecer que o conceito de software livre e o conteúdo mínimo de seu licenciamento não estão definidos em lei, sendo uma criação do mercado. Assim, software livre não significa que sua licença seja gratuita, por mais que uma das formas de licenciamento padronizados mais utilizada – a chamada GLP (*General Public License* – Licença Pública Geral) – estabeleça a vedação à cobrança da licença, mas não de quaisquer outros serviços correlatos. De acordo com esse modelo de licenças, ademais, programas que tenham sido desenvolvidos ou alterados (derivações) sob uma licença GLP somente poderão ser distribuídos também sob uma licença GLP (o



chamado *copyleft*), de forma que o seu criador não poderá cobrar por tal licença, o que não significa, contudo, que esteja ele obrigado a redistribuir tal software derivado.

Com relação à Administração Pública, as vantagens de obter programas de computador sob uma licença de software livre podem parecer, num primeiro momento, evidentes, principalmente pelo fato de lhe ser facultado o acesso ao código-fonte sem as dificuldades existentes na generalidade dos casos envolvendo software proprietário<sup>131</sup>, bem assim pela sua potencialidade de gerar menores custos. Os defensores do software livre, aliás, apontam diversas outras vantagens gerais proporcionadas por tal modelo de licenciamento, que tocariam ao atendimento de outros interesses como os referentes à democratização do conhecimento informático, da inclusão digital, do desenvolvimento nacional, da publicidade, etc.

Ocorre que, por mais que a forma de licenciamento do software livre seja em princípio mais vantajosa para a Administração do que a do software proprietário, isso não importa afirmar que exista essa mesma relação de vantajosidade no que diz respeito aos programas objeto das licenças. Um programa licenciado como software proprietário poderá caracterizar alternativa mais vantajosa para a Administração do que outro licenciado como software livre em virtude, por exemplo, das diferenças técnicas entre eles ou mesmo em razão de custos de implantação e customização<sup>132</sup>.

Em razão de tal fato, não se justificaria o estabelecimento de uma preferência absoluta e *a priori* pelo software livre que gere a impossibilidade generalizada de participação em licitações públicas de fornecedores de programas pelo modelo proprietário. Tal medida representaria uma afronta injustificada aos princípios da isonomia e da competitividade que orientam a licitação pública.

Certo é que, possuindo o software livre vantagens intrínsecas no seu modelo de licenciamento, quando comparado ao software proprietário (i.e., as quatro liberdades), parte com aparente vantagem na disputa pela contratação estatal. Isso, por si só, deve ser considerado pelo Estado como um fator a favorecer a competitividade e a possibilidade de se apresentarem propostas mais vantajosas se no processo licitatório forem considerados tanto programas livres quanto proprietários, vez que os titulares destes para tornarem-se competitivos se verão forçados a tornar suas propostas mais atrativas para a Administração.

---

<sup>131</sup> Ressalvando-se os casos em que o titular do software proprietário resolva disponibilizar o código-fonte.

<sup>132</sup> "Todo programa de computador é o resultado de um processo de desenvolvimento tecnológico no qual se concentram insumos científicos e humanos. Como cada software deve executar uma tarefa num computador, é natural que eles sejam valorados de acordo com critérios de qualidade estabelecidos pela indústria informática e pelo mercado. Eles avaliarão a eficiência tecnológica de cada produto disponível ao analisarem numa relação de custo benefício em que medida determinado software é capaz de melhor racionalizar o trabalho que vinha sendo realizado até então conforme técnicas mais tradicionais." (Roberto Chacon de Albuquerque, op. cit., p. 47).

A handwritten symbol resembling a dollar sign (\$) is followed by a large, stylized signature or flourish.

Cumpra-se notar, contudo, certa tendência observada nos diferentes níveis federativos brasileiros de introduzir uma preferência normativa pelo software livre, discriminando-se o proprietário. Em um desses casos, ajuizou-se ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal contra lei estadual do Rio Grande do Sul que havia estipulado preferência de tal espécie. Em julgamento cautelar, reconheceu o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da lei e determinou a sua suspensão por questões atinentes à incompetência do estado para legislar sobre a matéria, bem assim por entender que a preferência causaria o estreitamento indevido dos certames de forma generalizada, sem que se observassem as necessidades e peculiaridades de cada caso concreto, o que se faria necessário inclusive ao se considerar a grande rapidez com que a tecnologia evolui.

Nos dizeres de Celso Antonio Bandeira de Mello:

*"Deveras, é simplesmente um contrasenso pretender decidir por via geral, de maneira uniforme, uma questão que só pode ser resolvida em vista das circunstâncias concretas, ou seja perante as necessidades específicas que estejam por ser acudidas pelo Poder Público nas diversas oportunidades suscitadas pela conveniência de obtenção de 'software'."*<sup>133</sup>

Em linha com tais ensinamentos, nota-se que tais preferências poderiam acabar por limitar a competência discricionária do administrador para definir, em cada caso concreto, qual a melhor alternativa em benefício do interesse público<sup>134</sup>, bem assim dispensaria o órgão licitador de apresentar os motivos pelos quais em cada certame se faria mais vantajoso técnica e economicamente restringir a competitividade ou conferir tratamento privilegiado aos softwares livres.

De todo modo, por trás da questão, trava-se caloroso debate ideológico. Como a criação do software livre se deu como antítese do software proprietário, seus defensores não raro compartilham a crença de que não mais deveria subsistir proteção

<sup>133</sup> Parecer..., p. 13.

<sup>134</sup> "Essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo. Em tal hipótese, executa a lei vinculadamente, quanto aos elementos que ela discrimina, e discricionariamente, quanto aos aspectos que ela admite opção." (Hely Lopes Meirelles. Direito..., p. 124).

"O que pretendemos acentuar é que, por sua própria natureza, a fim de poder acompanhar a movimentação incessante da vida, mutável a cada instante, a Administração precisa de campo livre para intervir, reclamando flexibilidade constante, amplo campo em que possa decidir-se com relativa liberdade, por esta ou aquela solução, conforme o exijam as circunstâncias, de acordo com o que se denomina tecnicamente de oportunidade e conveniência." (José Cretella Júnior. O 'Desvio...', p. 50).



autoral sobre programas de computador. Por conseguinte, posicionam-se no mais das vezes em favor de uma preferência absoluta do Estado pelo software livre. Argumentam que tal forma de licenciamento serve para atingir outros fins de interesse público que não somente aqueles a serem diretamente satisfeitos por meio da compra pública.

Defensores da modalidade tradicional de software proprietário, por outro lado, colocam-se em geral contrários a esse regime de preferências absolutas, e apontam dificuldades em se prever a utilização do software livre como instrumento de políticas públicas na medida em que os objetivos que por intermédio dele se procuraria alcançar caracterizariam conceitos jurídicos indeterminados, de difícil caracterização fática, inexistindo uma correlação segura entre o uso do software livre e a consecução de tais benefícios na prática. Citam, por exemplo, pesquisa realizada pelo IDC e recentemente divulgada pela ABES dando conta que a despeito dos enormes investimentos feitos pelo Estado nos últimos anos no modelo do software livre, este representou em 2010 apenas 2,95% do mercado de tecnologia da informação no país<sup>135</sup>, levantando questionamentos a respeito de seu potencial como indutor de desenvolvimento.

Fato é que o Governo tem desempenhado papel fundamental para o custeio do software livre, configurando seu principal agente consumidor. A esse respeito, aliás, surgem dúvidas no tocante à sustentabilidade prática desse modelo de negócio e, via de consequência, da legitimidade dos respectivos investimentos estatais<sup>136</sup>.

A saída para o impasse é o exame da questão em cada caso concreto, não admitindo generalizações. Nas hipóteses em que efetivamente haja interesse público na adoção de software livre, deve o Estado preferir tal modelo, justificando sua escolha por meio de decisão devidamente motivada e amparada nos elementos concretos do caso. Em outros casos, deve prevalecer o princípio da isonomia e da ampla competitividade, permitindo-se que concorram em cada certame programas livres e proprietários.

Assim é que se entende mais consentânea com os princípios e regras que regem as licitações públicas e as compras governamentais a neutralidade no tocante à escolha da forma de licenciamento a ser adotado. Somente em cada caso será possível avaliar de

---

<sup>135</sup> Conforme notícia obtida em 06 de julho de 2011 em:  
[http://olhardigital.uol.com.br/negocios/digital\\_news/noticias/software\\_livre\\_responde\\_por\\_menos\\_de\\_3\\_do\\_mercado\\_brasileiro](http://olhardigital.uol.com.br/negocios/digital_news/noticias/software_livre_responde_por_menos_de_3_do_mercado_brasileiro).

<sup>136</sup> Há quem entenda ser sustentável na generalidade dos casos apenas o modelo de negócio tradicional, eis que *"A proteção jurídica do software é de grande importância. Só haverá fluxo contínuo de investimentos dirigidos ao desenvolvimento de programas de computador, caso os fabricantes sintam que os recursos e o tempo a serem gastos com sua produção terão retorno. Desde que se garanta aos fabricantes que seus concorrentes precisarão desenvolver de maneira independente a tecnologia necessária para produzir bens similares aos seus e que a pirataria não receberá o beneplácito do direito, eles visualizarão condições para recuperar seus investimentos."* (Roberto Chacon de Albuquerque, op. cit., p. 48).



modo adequado qual o modelo de negócio mais apropriado para o atendimento das necessidades públicas, em respeito aos princípios da economicidade e da eficiência, considerando-se, dentre outros aspectos: (i) os custos pertinentes não só ao licenciamento, mas também à implantação e a customização do programa de computador<sup>137</sup>; (ii) as questões de compatibilidade e interoperabilidade com eventuais sistemas de que já disponha a Administração ou que planeje adquirir; (iii) os elementos técnicos dos programas disponibilizados no mercado e (iv) os usos a serem efetuados, inclusive no que toca à capacidade do ente estatal de usufruir das supostas vantagens que seriam proporcionadas pelo software livre.

## 12. Exigência de fornecimentos gratuitos

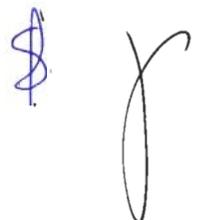
Identificam-se casos em que em licitações para a aquisição de equipamentos de informática, exige-se no edital que o fornecedor se obrigue a fornecer programas de computador e prestar serviços de forma gratuita, ou sem ônus adicionais para o Estado.

Preliminarmente, nota-se que tais licitações abrangem objetos distintos, a saber: a compra de um equipamento de informática, a licença de programas de computador e a prestação de serviços. Regra geral, nessas hipóteses, deve-se parcelar a licitação de forma que haja um certame para cada objeto a ser contratado, permitindo-se à Administração selecionar a proposta mais vantajosa para cada contratação, assegurando-se, ademais, maior competitividade, vez seria franqueada a participação daqueles interessados que tenham por atividade o fornecimento de apenas um dos objetos licitados.

O parcelamento da licitação não deve ser efetuado, todavia, caso seja prejudicial por representar comprometimento técnico ou acarretar perda de economia de escala. Isso porque, por vezes a conjunção das partes licitadas compõe uma unicidade técnica do objeto de forma a que seu partilhamento traduza desvantagem irrazoável para os fins da satisfação do interesse público. Exemplo típico é a compra de um carro, que deve ter por objeto o veículo como um todo, por mais que seja possível a aquisição de suas partes isoladamente. Do ponto de vista econômico, não se deve proceder ao parcelamento nas hipóteses em que isso possa representar um aumento no custo total a ser suportado pela Administração por conta da perda de benefícios decorrentes da economia de escala. Em certa medida, por essa lógica é que o preço unitário em

---

<sup>137</sup> "É muito importante se destacar que os valores monetários envolvidos na implantação do programa de computador, em especial, dos softwares voltados à gestão empresarial, envolvem importâncias superiores a duas ou três vezes o valor despendido com a licença de uso do programa. Como de exemplificação, um contrato de licença de uso do programa cujo valor atinja R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), aproximadamente, pode ter sua implantação orçada em valor superior a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais)." (Wilson Furtado e Cristine Schreiter Furtado, op. cit., p. 90).



compras no atacado é inferior ao preço unitário em compras em varejo<sup>138</sup>. Nos casos em que não for viável o parcelamento do objeto, entende-se que deve ser mantida a unicidade, desde que justificada por decisão devidamente motivada<sup>139</sup>.

Assim é que o artigo 23, parágrafo primeiro da Lei de Licitações estabelece que: "*As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.*"

A esse respeito, ademais, o TCU editou a Súmula 247, abaixo transcrita:

*"É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade."*

No caso de bens e serviços de informática, por vezes admite-se que a aquisição se refira a um conjunto de programas interligados – a assim chamada "solução" –, ou mesmo a equipamentos em que já venham embarcados certos programas básicos (como o sistema operacional), ou ainda que sejam entabulados negócios que incluam

---

<sup>138</sup> A esse respeito, comenta Marçal Justen Filho: "*A obrigatoriedade do fracionamento respeita limites de ordem técnica e econômica. Não se admite o fracionamento quando isso não for viável ou, mesmo, recomendável. O fracionamento em lotes deve respeitar a integralidade qualitativa do objeto a ser executado. Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas e que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatória. Se a Administração necessitar adquirir um veículo, não teria sentido licitar a compra por partes (pneus, chassis, motor etc.). Mas seria possível realizar a compra fracionada de uma pluralidade de veículos. Em suma, o impedimento de ordem técnica significa que a unidade do objeto a ser executado não pode ser destruída através do fracionamento. Já o impedimento de ordem econômica se relaciona com o risco de o fracionamento aumentar o preço unitário a ser pago pela Administração. Em uma economia de escala, o aumento de quantitativos produz a redução de preços. Por isso, não teria cabimento a Administração fracionar as contratações se isso acarretar aumento de seus custos.*" (op. cit., p. 277).

<sup>139</sup> "9.1.4. nos casos de processos licitatórios relativos à TI cujo objeto demonstre-se técnica e economicamente divisível, proceda a licitação e a contratação separada dos serviços, utilizando-se do parcelamento, da adjudicação por itens ou de outros mecanismos (permissão de consórcios ou subcontratações) como a forma de obter o melhor preço entre os licitantes, de acordo com o previsto nos arts. 15, inciso IV, e 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93, apresentando justificativas pormenorizadas caso julgue inviável efetuar a contratação em separado dos objetos distintos da licitação;" (TCU - Acórdão 265/2010 – Plenário – Ministro Relator Raimundo Carreiro).

serviços acessórios de implantação, customização, treinamento e assistência técnica<sup>140</sup>. Em outras hipóteses, porém, do ponto de vista técnico e econômico não se justifica um único certame para a obtenção de uma pluralidade de bens, serviços e direitos<sup>141</sup>.

O que não se pode conceber é que se preveja o fornecimento gratuito de licenças ou da prestação de serviços como manobra para evitar o parcelamento do objeto licitado, fabricando-se vantagem econômica artificial para o fim de justificar a unicidade do certame. Uma vez que haja viabilidade técnica e econômica de parcelamento, deve o objeto licitado ser cindido.

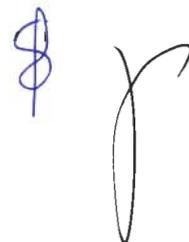
De outro modo, em se tratando de adoção legítima de licitação única para o fornecimento de equipamento, licenças de uso de software e para a prestação de serviços, não se verificaria qualquer utilidade na restrição do preço unitário de parte de tais objetos de forma a se criar uma aparência de gratuidade.

Isso porque, nesses casos poderá se estipular que as propostas devam ser formuladas por preço global, que abranja todas as prestações que compõem o objeto licitado. Por conseguinte, não haveria relevância, para os fins da escolha da proposta mais vantajosa, em se exigir que o preço unitário de certas prestações seja zero.

Além de ser desnecessária sob a perspectiva do interesse público, tal exigência confere certo tom de irrealidade ao certame, se considerada a necessidade de indicação dos preços unitários. Isso porque as prestações supostamente gratuitas de fato não o serão.

<sup>140</sup> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. SUSPENSÃO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA nº 001/2005 DIANTE DA FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO PELO NÃO FRACIONAMENTO DO OBJETO DO CERTAME. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Além de garantir a proposta mais vantajosa para a Administração, a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia. Na Lei 8.666/93 o princípio da impessoalidade está inserido também no § 1º, I e II, do artigo 3º, que proíbe, nas condições editalícias, qualquer tipo de discriminação que frustre o caráter competitivo do certame. 2. Na hipótese dos autos, entretanto, não há comprovação no sentido de que o não fracionamento do objeto do certame compromete o caráter competitivo da licitação, haja vista que não existem itens independentes a serem contratados, mas, sim, um único item que representa uma solução de Tecnologia da Informação, que envolva, de forma integrada, equipamentos e serviços necessários ao bom funcionamento do Departamento de Promoção Comercial (DPR) e da Agência Brasileira de Cooperação (ABC) do Ministério das Relações Exteriores. 3. Assim, se a Administração pretende a contratação de um serviço de forma global, para atender a seus interesses, expondo os motivos dessa integração, colocando-se à disposição para dirimir eventuais dúvidas, proporcionando, inclusive, a participação de consórcio de empresas na licitação, não há que se falar em limitação da concorrência. 4. Agravo de Instrumento desprovido." (TRF-1ª Região, A.I. nº 2005.01.00.041198-9, 06ª Turma, Rel. Juiz Carlos Augusto Pires Brandão, j. 23/10/2006).

<sup>141</sup> A guisa de exemplo: "Nos termos do art. 23, §1º, da Lei 8.666/93, a contratação de sistema informatizado e dos correspondentes serviços continuados de manutenção pós-garantia devem ser licitados ou adjudicados de forma separada, sempre que esse parcelamento for viável técnica e economicamente e os dois objetos admitirem fornecedores distintos" (TCU - Acórdão 1491/2009 – Plenário – Ministro Relator Raimundo Carreiro).



Não se nega que o interesse dos particulares em contratarem com o Estado tem caráter empresarial, e não de caridade. Logo, os custos referentes ao fornecimento das supostas prestações gratuitas serão considerados na composição do preço da prestação onerosa. Na hipótese em apreço, cria-se uma ilusão de gratuidade, vez que o preço da licença do programa e da prestação dos serviços estará incluído no preço do fornecimento do equipamento<sup>142</sup>.

Apreciando caso análogo, em certa licitação com objeto amplo em que o órgão licitador exigia a entrega de equipamentos em comodato (contrato gratuito), já decidiu o TCU no sentido de declarar que não se podia falar de fato em comodato, vez que havia previsão de contraprestação a ser recebida pelo fornecedor em razão da contratação<sup>143</sup>.

Mesmo que assim não fosse, não convém à Administração Pública exigir que algo lhe seja concedido de forma gratuita quando há custos e encargos associados. A esse respeito deve-se ter em mente que a própria Lei de Licitações determina que devem ser rejeitadas propostas que não sejam sérias e exequíveis. Caso contrário, corre-se o risco da execução de eventual contrato vir a ser futuramente prejudicada em razão das condições a que se submeteu o contratado<sup>144</sup>.

<sup>142</sup> Em caso análogo já decidiu o Judiciário que deve o concorrente ter ciência dos custos a serem por ele incorridos para que possa considerá-los na sua proposta. "*Licitação - Edital que atribui ao concorrente vencedor o ônus de arcar com a implantação de sistema tecnológico, sem permitir abatimento dos custos - Administração, contudo, que não apresentou estimativa dos gastos necessários, verificando-se ofensa ao disposto no artigo 40, § 2º, II, da Lei n. 8.666/93 - Segurança concedida parcialmente para que o edital seja completado com as informações indispensáveis ao conhecimento dos licitantes - inexistência de recursos voluntários - Sentença mantida em sede de reexame necessário.*" (TJ/SP, A.C. nº 841.576.5/9, 02ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Corrêa Vianna, j. 27/01/2009).

<sup>143</sup> "*Por conseguinte, afasto também do caso a hipótese de aplicação do instituto do comodato. Consoante a disposição do art. 579 do Código Civil: "O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto." Ocorre que, consoante os próprios esclarecimentos apresentados pelo MDS, os custos das centrais de PABX serão repassados pelas licitantes às suas planilhas de custos finais, não havendo que se falar, portanto, em gratuidade desses serviços.*" (TCU - Acórdão 1591/2005 - Plenário - Ministro Relator Guilherme Palmeira).

<sup>144</sup> "*A proposta tem que observar o preço justo, principalmente exequível, razão por que causa repulsa a apresentação de preços simbólicos, irrisórios ou zero. Certame licitatório não é cenário circense, onde se premia o irrealismo. Compete ao licitante elaborar sua proposta, contemplando todos os custos relacionados à satisfação do objeto licitatório, sem olvidar o lucro, sem o qual a proposta estaria ofertando uma vantagem indevida.*" (Luis Carlos Alcoforado, op. cit., p. 265).

"*Ademais, a proposta de valor mais baixo nem sempre é exequível pelo licitante, o que, nos contratos de execução futura ou continuada, conduz a graves prejuízos para o Estado. Realmente, se o contratado não puder cumprir o prometido, das duas, uma: ou paralisará a execução, deixando desatendido o interesse público a meio caminho; ou, por via de influências indevidas (aditamentos contratuais, aceitação de material de má qualidade, etc.), buscará compensar a perda inicial com 'vantagens' de outra ordem.*" (Carlos Ari Sundfeld, op. cit., p. 149).

"*Em suma: o menor preço é não o numericamente inferior, mas o que, sendo-o, ao mesmo tempo apresenta-se como justo, porque compatível com o do mercado, e exequível, por permitir a fiel e integral execução do objeto contratado.*" (idem, p. 150).

Assim é que, não há fundamentos para a exigência de gratuidade na prestação de serviço ou no fornecimento de licenças em licitações destinadas à aquisição de equipamentos de informática. Desse modo, configurando exigência impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, não deve ser admitida, inclusive por poder restringir a competitividade do certame.

Ademais, pode gerar efeitos práticos adversos tanto para os concorrentes quanto para a Administração Pública, os quais ficam evidentes, por exemplo, ao se examinar a questão na perspectiva tributária. Sob o pressuposto de que o vencedor do certame não poderá cobrar valores pelo licenciamento de programas e pela prestação de certos serviços, o valor total do contrato será cobrado a título de venda do equipamento de informática, aplicando-se os tributos referentes a tal operação. Ocorre que os tributos sobre o licenciamento de software e a prestação de serviços incidem mesmo nas operações ditas gratuitas, geralmente levando-se em conta o valor de mercado de tais operações. Dessa forma, além de recolher os tributos incidentes sobre a venda do equipamento, cujo preço englobaria os valores referentes ao licenciamento do software e a prestação de serviços, o contratado se veria forçado a recolher tributos também por estas outras operações tidas como gratuitas. Tal situação, além de poder causar incerteza e insegurança nos potenciais participantes do certame, poderá também acarretar aumento no valor das propostas.

Reconhecendo a potencialidade de casos dessa estirpe gerarem restrição à competitividade do certame, leciona José Torres Pereira Junior:

*"Outro exemplo singular de aplicação do princípio da competitividade extrai-se do acórdão nº 240/96, em que a 1ª Câmara do TCU, rel. o Min. Homero Santos, entendeu que também compromete o caráter competitivo do certame exigência de vantagem que o edital formule aos licitantes em aparente benefício para a Administração, porém de modo a afastar concorrentes.*

(...)

*Escorreita a decisão do Tribunal de Controle – que aplicou multa ao Reitor da Universidade –, na medida em que, 'em que pese as alegações da referida Entidade de que tal fato não comprometeu a competitividade entre os participantes, não foi isso que se viu na prática, uma vez que somente uma empresa efetivamente apresentou proposta', sendo de presumir-se que obrigação de fazer cessões e doações de equipamentos afugentou da disputa outras fornecedoras do ramo (DOU de 12.07.96, pág. 12.971)."*<sup>145</sup>

---

<sup>145</sup> Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 5ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 58/59.

Conclui-se, assim, que tendo em vista que todo e qualquer produto e serviço a ser fornecido gera custos para o seu fornecedor, a exigência de bens ou serviços gratuitos em licitação pública além de retirar a transparência, tem o efeito de limitar a competitividade do certame, razão pela qual torna a licitação maculada por ilegalidade.

### **13. Manutenção, alterações e fornecimento pelo Estado de software licitado**

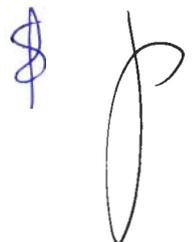
Por fim, examina-se em que circunstâncias poderia o Estado, com relação a determinado programa de computador obtido por meio de licitação pública: (i) transferir, ceder ou licenciar o uso para terceiros, inclusive outros entes públicos nacionais ou internacionais; (ii) permitir o seu uso público; (iii) ceder a sua utilização para outros órgãos da mesma pessoa jurídica de direito público; e (iii) executar por si só serviços de alteração e manutenção.

A Administração Pública terá com relação aos programas de computador os direitos que lhe forem conferidos no contrato administrativo firmado com o particular, direitos estes que, via de regra, decorrerão do certame que precedeu a contratação (i.e., dos termos do instrumento de convocação e da proposta vencedora). Nestas circunstâncias, só poderá a Administração Pública ceder, transferir ou licenciar o uso do programa de computador para terceiros, na medida em que estes direitos lhe tenham sido concedidos pelo detentor destes direitos.

No mesmo sentido e estritamente do ponto de vista do direito administrativo, a questão da licitude de a Administração Pública permitir o uso público de determinado programa de computador obtido através de licitação é de equacionamento razoavelmente simples: será lícito desde que o instrumento contratual pelo qual o Estado adquiriu direitos sobre o programa de computador assim permita. Neste caso, estará evidenciado o interesse da Administração Pública em implementar política pública neste sentido. No âmbito da Administração Pública Federal, inclusive, a disponibilização de determinados programas de computador ao público encontra-se regulamentada (e.g., Instrução Normativa nº 01, de 17 de janeiro de 2011).

Esclareça-se que questionamentos a respeito da legalidade e legitimidade, acerto ou desacerto da cessão ou licenciamento pela Administração Pública de programas de computador, bem assim de sua disponibilização para uso público, inclusive no que toca a eventuais implicações de direito econômico, financeiro ou concorrencial não são objeto do presente estudo.

De qualquer modo, note-se que os diferentes órgãos de um mesmo ente público são, a rigor, a mesma pessoa jurídica de direito público, de modo que, via de regra, não há impedimento para que um ou outro órgão se utilize do software licitado, respeitados os limites constantes do respectivo contrato (e.g., número de usuários e outros).



Cabe observar, por fim, que uma vez que a Administração Pública esteja técnica e juridicamente habilitada (i.e., não infrinja direitos de terceiros), nada a impediria, caso entendesse conveniente e oportuno, de executar ela própria os serviços de manutenção e alteração do software objeto do certame – a chamada execução direta (artigo 10, inciso VII da Lei de Licitações) -, não se vendo obrigada a contratar a prestação desses serviços de terceiros. Insta destacar, entretanto, que a prévia obtenção do código-fonte e dos direitos de utilizá-lo podem se fazer necessários para a execução de tais serviços.

#### 14. Resposta aos Quesitos

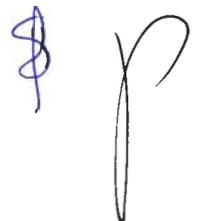
Ante o acima exposto, passamos a responder sucintamente os quesitos específicos que nos foram submetidos:

1. *Pode o Estado, ao licitar a obtenção de direitos relacionados a programas de computador, estabelecer preferências com relação à determinada tecnologia, padrão ou produto? Em que medida?*

Regra geral não é permitido ao Estado estabelecer em licitações públicas vantagens competitivas para bens e serviços de certa tecnologia, padrão ou para certo produto. Isso porque a criação de preferências atenta contra o princípio da isonomia e restringe a competitividade do certame limitando o universo dos participantes, podendo, por consequência, proporcionar ao ente estatal propostas contratuais economicamente menos vantajosas.

Nada obstante, a preferência por certa tecnologia, padrão ou produto pode ser excepcionalmente admitida no caso concreto desde que por via indireta ou reflexa, em razão e na medida de vantagens técnicas e econômicas que apresentem para a satisfação das necessidades de interesse público que motivaram a contratação. A preferência não poderá ter razões subjetivas ou estranhas ao interesse público, devendo pautar-se, dentre outros, pelos princípios da economicidade, eficiência e proporcionalidade. Deverá vir consubstanciada em decisão administrativa motivada, que tenha fundamento em estudos técnicos e econômicos e que esteja de acordo com o planejamento adotado. Ademais, todas as exigências e critérios que materializem tal preferência deverão ser objetivos e constar de forma clara e completa do instrumento convocatório.

Dentro de critério de razoabilidade e sem que importem sacrifício dos princípios da isonomia e da obtenção de proposta mais vantajosa, também se admitem certas preferências no certame para o atendimento de outras finalidades estatais de cunho constitucional além daquelas que diretamente legitimam a contratação, hipóteses em que as licitações públicas são empregadas como instrumento de políticas públicas. Esse



é o caso (i) das preferências legais por bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e bens e serviços produzidos de acordo com Processo Produtivo Básico (artigo 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991); (ii) da possibilidade de estabelecimento de margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, que pode ser maior caso resultem de "*desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País*" (artigo 3º, parágrafos 5º e 7º da Lei de Licitações); (iii) da possibilidade de licitações restritas a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e produzidos de acordo com o PPB no caso de contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação considerados estratégicos (artigo 3º, parágrafo 12 da Lei de Licitações); e (iv) da preferência, em caso de empate, por propostas que digam respeito a bens e serviços: produzidos no País, produzidos ou prestados por empresas brasileiras, e produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País (parágrafo 2º do mesmo artigo).

2. *Pode o Estado licitar a obtenção de direitos relacionados a programa de computador, tecnologia ou solução específica, inclusive indicando no edital seu nome comercial? Em que circunstâncias?*

A rigor, admitindo-se que programas de computador, tecnologias e soluções diversas podem atender satisfatoriamente as necessidades públicas que ensejam a contratação objeto da licitação, não há de se permitir que o objeto do certame fique restrito a apenas uma espécie de programa, tecnologia ou solução, sob pena de violação ao princípio da isonomia e do seu desdobramento, a ampla competitividade, criando óbice para o atendimento da finalidade de obtenção da proposta mais vantajosa. Dentre aquelas propostas suficientes para o atendimento das necessidades públicas, a apuração daquela que será a mais vantajosa técnica e economicamente deverá ser efetuada na fase de julgamento, pressupondo a participação de todos os interessados que formulem tais propostas. Dessa forma, não seria lícito a restrição prévia a tal ampla participação.

No caso concreto, entretanto, com fundamento em estudos prévios técnicos e econômicos, em consonância com o planejamento adotado pelo órgão público, e por meio de decisão administrativa devidamente fundamentada, pode-se admitir que em havendo vantagens econômicas e técnicas para que a contratação administrativa recaia por um certo programa de computador, tecnologia ou solução específica, restrinja-se o objeto do certame a tal programa de computador, tecnologia ou solução específica, na medida de tais vantagens. Tal restrição poderá se dar, inclusive, por aplicação do princípio da padronização, não se dispensando, de todo modo, a constatação das vantagens que serão obtidas que compensarão as limitações do certame.



Em tais hipóteses, reconhece-se a possibilidade de indicação de marcas no instrumento convocatório, desde que utilizadas apenas como modo de identificação do programa, tecnologia ou solução que no caso concreto apresente a vantajosidade necessária para sua especificação. Veda-se a utilização de marca como critério de escolha, sob influência de pressões mercadológicas ou de marketing, mas não como indicação de uma escolha fundamentada e motivada.

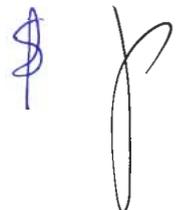
Adotando postura questionável, admite o TCU por vezes que se faça a indicação de marca de produto de forma a que o mesmo sirva de parâmetro mínimo técnico ou de qualidade do bem a ser oferecido, de forma a se aceitarem propostas de fornecimento do bem da marca indicada ou similares. Tal solução, entretanto, traz dificuldades no tocante aos critérios objetivos de apuração dessa suposta similaridade, podendo ensejar a restrição indevida do certame. A forma mais adequada de lidar com a situação seria a indicação dos padrões mínimos técnicos ou de qualidade no instrumento convocatório ao invés da indicação de certa marca de produto.

*3. Tendo em vista que programas de computador podem ser objeto de diversos atos jurídicos (e.g., cessão, licença de uso, prestação de serviços), cada qual com implicações próprias, deve constar expressamente do edital a especificação dos direitos a serem adquiridos pelo ente estatal, inclusive quanto a seus limites? Quais as implicações da omissão ou da falta de clareza quanto a referidos direitos e/ou quanto ao seu alcance e extensão?*

Em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da publicidade, de forma a evitar potenciais restrições à ampla competitividade do certame, deve o edital especificar com clareza e completude o objeto licitado, incluindo a indicação dos direitos a serem adquiridos pelo ente estatal, a extensão e o alcance dos mesmos. A omissão ou falta de clareza em tal especificação gera a nulidade do certame. Uma vez que os programas de computador são objeto de direitos autorais, mesmo que não se reconheça no caso, vício suficiente para ensejar a nulidade do processo licitatório, eventual contrato que dele resulte deverá ser interpretado restritivamente no que diz respeito aos direitos de uso conferidos ao ente público, notadamente àqueles não especificados no edital ou cuja especificação não tenha se dado com clareza.

*4. É lícito ao Estado exigir no edital o fornecimento do código-fonte de programa de computador? Quais as implicações de tal exigência, inclusive no que diz respeito aos direitos que o Estado possuirá caso receba o código-fonte exigido?*

Mesmo que o modo comum de comercialização de software contemple apenas a entrega do código-objeto, é lícito ao Estado exigir em licitação pública o fornecimento do código-fonte de programa de computador desde que (e na medida em que) haja no caso concreto (i) necessidade pública que legitime tal demanda, (ii) prévia análise da



relação custo-benefício; e (iii) atendimento ao princípio da razoabilidade. Tratando-se de exigência que restringirá a competitividade do certame, deve vir precedida de decisão administrativa devidamente motivada, que aponte tais razões de ordem pública e as vantagens a serem obtidas.

Tendo em vista que o código-fonte também é objeto de direitos autorais e os usos que dele podem ser feitos são diversos daqueles do código-objeto, não basta ao ente público prever a necessidade de seu fornecimento para que fique autorizado a utilizá-lo. Para tanto, faz-se necessário especificar os termos e condições do uso que poderá fazer, haja vista, inclusive, a circunstância de que negócios envolvendo direitos autorais são interpretados restritivamente.

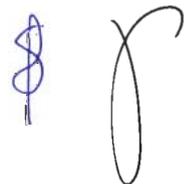
5. *É lícito ao Estado exigir no edital a cessão/transferência da titularidade sobre o programa de computador? Em que circunstâncias? Quais seriam as implicações no que diz respeito aos direitos do particular sobre referido programa de computador?*

Uma das formas previstas no ordenamento para a comercialização do programa de computador consiste na cessão dos direitos autorais de seu titular para terceiro, por mais que não seja a forma mais usualmente adotada. Em princípio, assim, é lícito ao Estado promover licitação pública com vistas a celebrar contrato com tal objeto, desde que haja razões de interesse público a justificar os custos superiores e a maior restrição competitiva envolvidas no negócio. Novamente, faz-se necessário que a opção por essa espécie contratual se expresse em decisão administrativa devidamente motivada, apontando-se as correspondentes necessidades e vantagens existentes no caso concreto.

Como resultado da cessão, passaria o ente público a ser o titular exclusivo dos direitos autorais sobre o programa, sua documentação técnica e código-fonte, de forma a que o seu titular antecedente deixasse de possuir qualquer direito patrimonial sobre o mesmo, ficando impedido até mesmo de usá-lo sem a autorização estatal.

6. *Há interesse público na exigência pelo Estado licitador do fornecimento de código-fonte de programa de computador e/ou a cessão/transferência de sua titularidade? Em que circunstâncias?*

Pode haver interesse público na obtenção do código-fonte pelo Estado nos casos em que haja justificativa suficiente para não se submeter a uma relação de dependência com o titular do programa de computador, de forma a que tenha maior liberdade para executar, diretamente ou por intermédio de terceiros, serviços de manutenção e alteração do software ou outros que demandem o acesso ao código-fonte, bem assim para auditar e constatar se o código licitado obedece todos os padrões e especificações indicados no certame, inclusive no que toca à sua estabilidade e segurança. Há de se ter em vista, porém, que a exigência do código-fonte trará efeitos adversos ao certame,



proporcionando restrição da competitividade, aumento no preço das propostas e possível redução do nível técnico dos programas ofertados, bem assim trazendo ao Estado maiores obrigações e responsabilidades no que toca à guarda, gerenciamento e o sigilo de tal versão do software. Desse modo, deve-se ponderar caso a caso se os benefícios proporcionados pelo código-fonte, tendo em vista a relevância da necessidade pública que clama o seu fornecimento, justificam os efeitos adversos que a exigência gerará, fazendo-se uma análise de custo-benefício sob o viés do princípio da razoabilidade.

Acerca da cessão de titularidade do software, por representar o negócio de maior amplitude no que toca à obtenção de direitos sobre programas de computador, aparentemente poucos seriam os casos em que haveria efetivo interesse público na sua celebração, sobretudo porque, diante do seu papel instrumental, o grande valor do software encontra-se no seu uso, para o qual o ente administrativo poderia tornar-se habilitado por meio de mero contrato de licença de uso. De todo modo, em casos excepcionais pode haver interesse público na aquisição/obtenção de titularidade dos direitos autorais sobre o software.

Tratando-se da exigência de código-fonte ou da obtenção da titularidade dos direitos sobre o software, a existência de interesse público que legitime a opção adotada deverá ser apurada caso a caso, sendo sempre necessária a expedição de decisão administrativa devidamente motivada apontando as razões das exigências e os benefícios a serem alcançados.

*7. Há circunstâncias em que a exigência, em licitação pública, do fornecimento de código-fonte de programa de computador e/ou da cessão/transfêrencia de sua titularidade poderá ser considerada abusiva e/ou em descompasso com o ordenamento jurídico? Em que circunstâncias e sob que aspectos?*

Por mais que em tema de contratações públicas haja considerável espaço para competência discricionária da Administração Pública, todas as decisões tomadas nessa seara devem (i) ser pautadas estritamente em função do interesse público; e (ii) ser devidamente motivadas e respeitar o princípio da razoabilidade, inclusive no que toca à adequação e a proporção entre meios e fins. Assim, nos casos em que não haja necessidade pública a ensejar a exigência do código-fonte ou da cessão dos direitos autorais sobre o software, sendo possível a adoção de medida menos onerosa capaz de satisfazer o interesse estatal sobre o software (e.g., por meio de licença de uso com fornecimento do código-objeto), pode restar caracterizada exigência desproporcional, que restringe indevidamente a competitividade do certame e não proporciona a proposta mais vantajosa para a Administração.

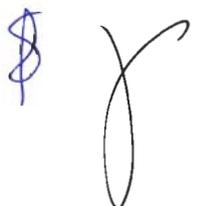
Há de se notar que a mera disponibilização no mercado de software aberto ou software livre (ou mesmo de software proprietário com código-fonte divulgado) não é causa de interesse público para a exigência no certame de fornecimento do código-fonte. Por mais que a oferta de programas de computador sob tais formas de licenciamento possa a primeira vista parecer mais benéfica para a Administração, não significa que o software assim licenciado seja tecnicamente melhor ou mais adequado para a satisfação das necessidades públicas que ensejam o processo de contratação. Ademais, é incerto que, na prática, tais formas de licenciamento necessariamente representem uma forma efetiva de se alcançar outros objetivos de interesse público que não aqueles a serem atendidos de forma direta e imediata pelo uso do programa (e.g., desenvolvimento nacional sustentável, disseminação do conhecimento informático). Tal análise deve se dar caso a caso, justificando-se exigências de fornecimento de software livre ou aberto mediante decisão administrativa devidamente motivada, mesmo porque importará restrição à competitividade do certame. Nesse tocante, não convém que se instituem preferências prévias e gerais, mas sim que se mantenha neutralidade quanto à forma de licenciamento a ser adotada, deixando-se eventual exigência de licenciamento mais restritivo à competitividade condicionada à prévia apuração da conveniência e oportunidade da medida em cada caso concreto.

8. *Ao exigir o Estado, em licitação pública, o fornecimento de código-fonte de determinado programa de computador, este deverá discriminar no edital a finalidade para a qual poderá utilizar o código-fonte?*

Assim como a versão objeto de um programa, o código-fonte também é objeto de direitos autorais. Desse modo, todo e qualquer uso que o Estado pretenda dele fazer deve estar discriminado no edital. Vale destacar, ademais, que de acordo com legislação autoral, os direitos concedidos devem ser interpretados restritivamente.

9. *Existem alternativas para o atendimento do interesse do Estado que não importem a exigência de fornecimento do código-fonte? Em que medida o depósito em caução do código-fonte em instituição especializada ("escrow") seria uma dessas alternativas?*

O contrato de *escrow* pode representar um instrumento satisfatório para o atendimento dos anseios estatais nos casos em que se justifica o acesso ao código-fonte do programa licenciado. Por meio de tal contrato, o titular do programa deposita em caução o código-fonte perante terceiro, que, por sua vez, obriga-se, no caso de ocorrerem certas hipóteses predeterminadas, a entregar tal versão do programa para o licenciado. Assim, ao se estipular quais seriam as hipóteses que ensejariam o fornecimento do código-fonte para a Administração Pública, deve-se incluir aquelas em que o Estado teria interesse razoável em a ele ter acesso. Dessa forma, ficariam assegurados os interesses legítimos do titular do programa em se manter a



confidencialidade do código-fonte e também os interesses legítimos da Administração em acessá-lo em certos eventos.

*10. Em que circunstâncias pode o Estado promover alterações e manutenção do programa de computador adquirido em licitação?*

Uma vez que a Administração Pública esteja técnica e juridicamente (i.e., não infrinja direitos de terceiros) habilitada, nada a impediria, caso entendesse conveniente e oportuno, de executar ela própria os serviços de manutenção e alteração do software objeto do certame – a chamada execução direta (artigo 10, inciso VII da Lei de Licitações) -, não se vendo obrigada a contratar a prestação desses serviços de terceiros. Insta destacar, entretanto, que a prévia obtenção do código-fonte e dos direitos de utilizá-lo podem se fazer necessários para a execução de tais serviços.

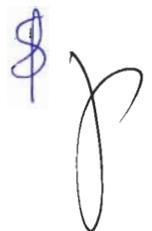
*11. Em que circunstâncias pode o Estado, a título oneroso ou gratuito, transferir, ceder ou licenciar o uso para terceiros, inclusive outros entes públicos nacionais ou internacionais, de determinado programa de computador objeto de licitação pública? É lícito ao Estado ceder a utilização do programa de computador para outros órgãos da mesma pessoa jurídica de direito público?*

A Administração Pública terá com relação aos programas de computador os direitos que lhe forem conferidos no contrato administrativo firmado com o particular, direitos estes que, via de regra, decorrerão do certame que precedeu a contratação (i.e., dos termos do instrumento de convocação e da proposta vencedora). Nestas circunstâncias, só poderá a Administração Pública ceder, transferir ou licenciar o uso do programa de computador para terceiros, na medida em que estes direitos lhe tenham sido expressamente concedidos pelo detentor destes direitos.

Esclareça-se que questionamentos a respeito da legalidade e legitimidade ou no tocante ao acerto ou desacerto a respeito da cessão ou licenciamento pela Administração Pública de programas de computador, inclusive no que toca a eventuais implicações de direito econômico, financeiro ou concorrencial não são objeto do presente estudo.

Os diferentes órgãos de um mesmo ente público são a rigor, a mesma pessoa jurídica de direito público, de modo que, via de regra, não há impedimento para que um ou outro órgão se utilize do software licitado, respeitados os limites constantes do respectivo contrato (e.g., número de usuários e outros).

*12. É lícito ao Estado disponibilizar ou permitir o uso público de determinado programa de computador licitado?*



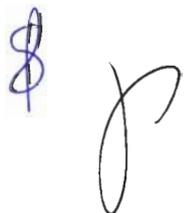
Estritamente do ponto de vista do direito administrativo, a questão da licitude de a Administração Pública permitir o uso público de determinado programa de computador obtido através de licitação é de equacionamento razoavelmente simples: será lícito desde que o instrumento contratual pelo qual o Estado adquiriu direitos sobre o programa de computador assim permita. Neste caso, estará evidenciado o interesse da Administração Pública em implementar política pública neste sentido. No âmbito da Administração Pública Federal, inclusive, a disponibilização de determinados programas de computador ao público encontra-se regulamentada (e.g., Instrução Normativa nº 01, de 17 de janeiro de 2011).

*13. Sob o ponto de vista do interesse público, seria vantajosa licitação de programas de computador tendo por objeto a aquisição de licença(s) de uso em contraposição à transferência de sua titularidade?*

Na generalidade dos casos, a obtenção de licenças de uso de programa de computador representará medida mais consentânea com o interesse público, sobretudo por que: (i) trata-se do modo mais usual de comercialização de software, de forma a ensejar maior competitividade no certame; (ii) não importa a exclusividade de uso e permite ao titular que continue a explorar o programa licenciando-o a terceiros, ensejando a formulação de propostas mais baratas; e (iii) é negócio por meio do qual se obtém o direito de uso do programa, o que caracteriza a grande utilidade do software, sendo, portanto, em geral, suficiente para a satisfação das necessidades instrumentais da Administração Pública. Ressalte-se, ademais, que o conteúdo da licença pode variar em razão da necessidade pública que leve ao interesse na obtenção do software. Nesse sentido, poderia até mesmo prever o uso por prazo indeterminado de cópias ilimitadas do programa pela mesma pessoa jurídica de direito público. Mesmo nesse caso, o valor da licença provavelmente seria inferior ao preço da aquisição da titularidade dos direitos sobre o software, mormente em se tratando de software de prateleira.

*14. A exigência de fornecimento gracioso de programas de computador ou serviços na licitação para compra de equipamentos é lícita? Em que medida esta exigência não atenderia ao interesse público?*

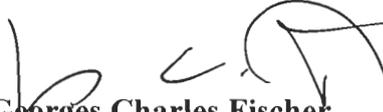
Via de regra, não é tecnicamente correta a adoção de processo licitatório contendo uma pluralidade de objetos com a exigência de que parte destes seja prestada de forma gratuita pelo contratado. Isso porque, na realidade, tais prestações não serão de fato gratuitas, já que o preço a elas correspondente será acrescido ao preço das demais prestações, de forma a compor o preço global da proposta. Ademais, tendo em vista que vigora a regra segundo a qual o objeto licitado deve ser parcelado em tantos certames quantos forem técnica e economicamente viáveis, sem prejuízos de economia de escala, não pode tal expediente servir como mecanismo para, artificialmente, justificar o não fracionamento. Assim, tendo em vista que representa uma exigência

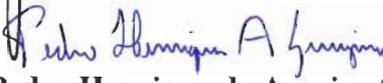
A handwritten symbol resembling a dollar sign (\$) is positioned above a large, stylized signature or flourish.

sem fundamentos e despropositada, podendo afastar interessados do certame, em princípio não deve ser considerada regular, podendo causar a nulidade do procedimento licitatório.

Esse é o nosso parecer, salvo melhor juízo.

São Paulo, 19 de agosto de 2011.

  
**Georges Charles Fischer**

  
**Pedro Henrique de Araripe Sucupira**