

A exigência de amostras e protótipos de bens de informática na fase de habilitação

The requirement of samples and prototypes of computer assets during the qualification stage of a bidding process

João Luiz Francalacci Rocha¹

RESUMO

A proposta desse artigo é discorrer sobre a exigência de amostras e protótipos de bens de informática (TI), na fase de habilitação de um certame licitatório. Tal prática tem sido alvo de representações, algumas vezes sob o enfoque de “antecipação do objeto”, em alusão à exigência de uma pré-habilitação da licitante.

Palavras-Chave: Licitação. Amostras. Protótipos. Bens de Informática. TI.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to discuss the requirement of samples and prototypes of computer assets (IT) during the qualification stage of a bidding process. This practice has been the subject of legal representations, sometimes under the title of “anticipation of the object”, in allusion to the requirement for a pre-qualification of bidders.

Keywords: Open bidding. Samples. Prototypes. Computer assets. IT.

¹ Bacharel em Direito, Letras e Computação. Mestre em Ciências da Computação. Especialista em Direito Público. Servidor público do Estado de Santa Catarina. E-mail: jrocha@tce.sc.gov.br

1 INTRODUÇÃO

A A seção II do capítulo II da Lei 8.666/1993, Lei Nacional de Licitações (LNL), trata da fase de habilitação. Nessa seção estão expressas exigências que os interessados precisam cumprir para habilitarem-se ao certame licitatório. Os requisitos elencados pelo artigo 27 da citada Lei são: habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira, além do cumprimento do inciso XXXIII do artigo 7º da atual Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB), requisito esse incluído pela Lei nº 9.854/99 e considerado pela doutrina como inconstitucional. Seguindo o diploma legal, as Cortes de Contas do país têm reiterado o entendimento de que a Administração Pública, na fase de habilitação, deve observar as previsões dos artigos 28 a 31 da Lei de Licitações, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Ao se abordar a questão da exigência de amostras na fase de habilitação faz-se necessário comentar os requisitos legais para se contratar com o poder público, discorrer sobre o caráter da exigência constante no art. 28 da LNL e demonstrar os momentos distintos de ocorrência da fase de habilitação nas modalidades tradicionais da Lei 8.666/93 e da modalidade pregão, criada pela Lei 10.520/02.

2 REQUISITOS LEGAIS

Tal qual a Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2001, Código Civil (CC), que estabelece algumas restrições para prática de atos da vida civil, o legislador preocupou-se em redigir dispositivo na LNL que exigisse documentos que comprove estarem os licitantes aptos a exercer atividades de caráter civil e comercial. Dessa forma, tenta-se afastar da Administração Pública os licitantes inaptos. O artigo 28 da Lei 8.666/93, por exemplo, traz algumas restrições que tentam evitar a frustração do procedimento licitatório:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devi-

damente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir. (BRASIL, 1993).

[...]

O fato de a Lei 8.666/93 reiterar expressamente algumas restrições presentes no Código Civil deixa claro que a Administração só terá relações contratuais mediante comprovação de existência e de capacidade jurídica dos licitantes, o que proporciona benefícios para a Administração Pública, pois haverá a impossibilidade de participação no certame, por exemplo, de sociedades não personificadas (arts. 986 a 996 do Código Civil). Marçal Justen Filho ensina que a Administração deve observar às condições estabelecidas pela Lei de Licitações:

A prova da habilitação jurídica corresponde à comprovação de existência, da capacidade de fato e da regular disponibilidade para exercício das faculdades jurídicas. Somente pode formular proposta aquele que possa validamente contratar. As regras sobre o assunto não são de Direito Administrativo, mas de Direito Civil e Comercial. Não existe discricionariedade para a Administração Pública estabelecer, no caso concreto, regras específicas acerca da habilitação jurídica. Mais precisamente, a Administração deverá acolher a disciplina própria acerca dos requisitos de capacidade jurídica e de fato, dispostas em cada ramo do Direito. (MARÇAL, 2009).

Além da capacidade e existência no mundo jurídico, a Lei também exige que o licitante esteja em dia com as obrigações fiscais. Essa exigência decorre do artigo 29 da Lei 8.666/93, que se reproduz a seguir:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). (BRASIL, 1993).

[...]

A regularidade fiscal é, na verdade, uma exigência constitucional e está insculpida no art. 195, §3º da CRFB, o qual versa:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. (BRASIL, 1988).

[...]

Bem verdade que essa exigência aparenta um meio de cobrança indireto por parte do Estado. Entretanto, está a licitante impedida de contratar tão somente com a Administração Pública. Dessa forma, sustenta-se o entendimento de que não há uma vedação absoluta da atividade empresarial. Com base nessa linha de pensamento, o STF, através das súmulas nº 70, 323 e 547, decidiu que a simples limitação – a de não poder contratar com o Poder Público em caso irregularidade fiscal – não é inconstitucional. A doutrina de Márcio dos Santos Barros convence acerca dessa tese:

De certa forma, trata-se de exigência que visa à cobrança de tributos daqueles que se encontram em situação irregular com o

fisco. Possui base constitucional (art. 195, §3º) e não veda, em termos absolutos, o exercício da atividade empresarial, pois só impede a contratação com a Administração (as Súmulas nº 70 e 323 do STF estabelecem ser inadmissível a interdição de estabelecimentos e a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para a cobrança de tributos). Cabe lembrar que a maioria das legislações tributárias das esferas de Governo também estabelece o impedimento de a Administração contratar terceiros em situação irregular com o fisco. (BARROS, 2005).

Importante esclarecer que o dispositivo exige a “regularidade” e que essa não pode ser confundida com “quitação” dos débitos. Dessa forma, quitação implica a inexistência de débitos; regularidade tolera a existência de débitos que estejam sob controle do credor.

3 EXIGÊNCIA DE CARÁTER DOCUMENTAL

Muito embora a natureza das exigências do elenco previsto nos artigos 28 a 31 da LNL tenha caráter documental, há casos em que a Administração Pública incide no erro em exigir, na fase de habilitação, para as modalidades tradicionais de licitação, amostra do objeto licitado. Entretanto, o que a Administração pode exigir está restrito ao previsto na Lei de Licitações.

Por qualificação técnica pode-se entender como o conjunto de requisitos técnicos reunidos pela licitante, indispensáveis para a conclusão do objeto que será licitado. Sobre esse tema, o Prof. José Cretella Junior esclarece os limites que se pautam na lei:

Limitar-se-á a *documentação relativa à qualificação técnica* a:
a) registro ou inscrição na entidade profissional competente; b) comprovação de aptidão para desempenho da atividade; c) comprovação fornecida pelo órgão licitante; e d) prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso. (CRETELLA JUNIOR, 2006, grifos do autor).

Para licitações na área de informática, especificamente, o que mais se observa é exigir cópia do sistema licitado por parte de cada licitante ou

amostra de algum equipamento. Essa prática de a Administração exigir uma pré-habilitação de todos os licitantes, não encontra amparo legal, haja vista o art. 30, inciso II, da LNL, obstar exigências de caráter não documental para comprovação de aptidão no fornecimento de bens.

Aliás, a prática de exigência de amostras e protótipos na fase de habilitação tem sido condenada reiteradamente pelas Cortes de Contas. O TCU, por exemplo, no acórdão 346/2002 e decisões 85/2002, 1237/2002 e 288/1996, deliberou sobre o tema. Transcreve-se, a seguir, parte da decisão 288/1996:

[...] 1.1. observe rigorosamente as fases de licitação previstas na Lei nº 8.666/93 (alterada pela de nº 8.883/94), evitando inserir nos instrumentos convocatórios **cláusulas restritivas ao caráter competitivo do certame** (art. 3º, § 1º, incisos I e II), **como a exigência de amostra na fase de habilitação**, inclusive nas licitações dos tipos “melhor técnica” e “técnica e preço”, vez que não está autorizada pelo Estatuto das Licitações, além de violar o **caráter sigiloso** da competição; [...] (BRASIL, 1996, grifo nosso).

Como visto, a exigência não prevista em lei pode contribuir para restringir o caráter competitivo do certame. Claro que a Administração tem o direito de realizar avaliações sobre o produto ofertado pelas licitantes – verificar se esses produtos realmente contemplam o exigido no edital. Porém, é prudente a Administração realizar essas avaliações no momento oportuno – que no caso é aquele que não cause prejuízo à competição. Por isso, há a preocupação em se limitar exigências de amostras ou protótipos apenas na fase de classificação das propostas, desde que essas exigências estejam disciplinadas e detalhadas no edital.

A sistemática da habilitação, para uma corrente majoritária, torna-se inflexível com a atual redação do dispositivo legal das licitações. Essa sistemática vale para as modalidades tradicionais. Quanto ao pregão, porém, outras considerações são necessárias.

Em tempo, cabe esclarecer que o caráter sigiloso a que se refere o corpo da decisão 288/1996 do TCU, acima citada, está relacionado ao conhecimento do resultado das propostas técnicas antes da abertura dos envelopes, já que se teria prévio acesso às amostras. Tal conduta resulta em violação do sigilo da informação, cuja infração está prevista no art. 94 da Lei de Licitações:

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa. (BRASIL, 1993).

Tratando-se de sistemas da área de TI, essa violação não se confunde com o argumento de possível quebra de sigilo comercial, não incomum em representações, quando os representantes alegam que a entrega de uma cópia do sistema poderia pôr em risco o segredo comercial da licitante, sem a garantia de haver qualquer benefício em contrapartida. Nesse último caso, o suposto acesso ao sigilo comercial seria feito com a posse dos códigos fontes e demais componentes dos sistemas.

Para se analisar um argumento dessa natureza, é necessária certa cautela. Primeiramente, se o que está sendo fornecido é uma cópia dos executáveis dos sistemas (cópia de demonstração), o acesso ao segredo comercial torna-se mais difícil, porquanto seriam necessários a habilidade e conhecimento de um usuário sofisticado para extrair tais informações por meio de engenharia reversa. Porém, se o que se pede é o fornecimento de cópia dos sistemas com seus códigos fontes, como no caso da maioria dos sistemas voltados para a WEB, a possibilidade de se extrair tais informações é maior.

4 HABILITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO

O pregão, que é regulado pela Lei nº 10.520/02, possui um regime de habilitação diferenciado. Isso porque a referida lei confere discricionariedade à Administração quanto aos documentos a serem exigidos. Nas palavras do ilustre Doutor Joel de Menezes Niebuhr, difere-se o regime de habilitação do pregão, visto que:

[...] a Lei nº 10.520/02 roga à discricionariedade da Administração a definição dos documentos prestantes a comprovar tais aspectos da habilitação, pois é ela quem os determina no instrumento convocatório. Com isso, a Administração não está obrigada a exigir, no instrumento convocatório, todos os documentos listados nos artigos 28, 30 e 31 da Lei nº 8.666/93. Ela tem a competência para filtrar quais os documentos são pertinentes, podendo, por corolário, exigí-los todos, dispensar alguns ou acrescentar outros. (NIEBHUR, 2008).

Mesmo para a modalidade pregão, o assunto da exigência de amostras não se encontra pacificado. Para Niebuhr, por exemplo, é lícito que a Administração Pública requeira amostras e protótipos. O autor nos ensina os aspectos presentes na exigência de amostras e protótipos na modalidade pregão:

Dessa sorte, partindo do pressuposto de que a antecipação das amostras não causa prejuízo ao interesse público nem a terceiros, é de se reputá-la lícita. Agregue-se que tal procedimento não é contrário à lei e, em contrapartida, encontra amparo em vários princípios informadores da Administração Pública, entre os quais os da eficiência, finalidade, economicidade e celeridade. Com ele também a Administração não faz exigência nova, não pressuposta em lei, porque as amostras seriam requeridas de qualquer maneira, antes ou depois da sessão. (NIEBHUR, 2006).

Sob essa ótica, a razão para em um diploma legal ser lícito exigir amostras e em outro não, reside no fato de que, além de não haver expresso impedimento na Lei nº 10.520/02, tal procedimento não traz prejuízo ao interesse público e é compatível com a celeridade do pregão, característica típica da inversão de fases, onde o julgamento antecede à habilitação. Dessa forma é natural que o exame das amostras se dê na fase de habilitação. Após a classificação da proposta vencedora, as amostras poderão ser exibidas e conferidas, sempre de acordo com o que foi especificado no edital. O Mestre Carlos Pinto Coelho Motta dá importante lição acerca do exame da habilitação no pregão:

Somente após a etapa referente à competição dos preços a habilitação do vencedor será efetivamente verificada, mediante a abertura e o exame da regularidade dos documentos correspondentes. É outra característica distintiva do pregão – a *inversão das fases*, priorizando-se a fase comercial (classificação de propostas). (COELHO MOTTA, 2008, grifos do autor).

A doutrina de Sidney Bittencourt reconhece a controvérsia que o assunto demanda. O autor conclui pela possibilidade do exame de amostras tanto no pregão presencial, como no eletrônico:

[...] como o pregão é norteado pelo princípio da sumariedade e da agilidade - notadamente o de forma eletrônica -, há ca-

bal demonstração que a ideia de se produzir exames prévios acerca da qualidade (amostras) significaria a possibilidade de instauração de um contencioso que demandaria morosidade. Todavia, ainda sim, entendemos que, em casos excepcionálísimos, poderá, mesmo no pregão, e até mesmo no eletrônico, a Administração entender que o exame de amostras é necessário. (BITTENCOURT, 2010).

Rodrigo Vissotto Junkes, em artigo publicado, diverge no sentido da impossibilidade de exigência de amostras para o pregão realizado na forma eletrônica:

A apresentação de amostras não pode ser feita de forma eletrônica. Pela sua própria natureza de não pertencer ao mundo virtual, impõe a necessidade de que o seu processamento ocorra no mundo real. (JUNKES in ILC – Informativo de Licitações e Contratos, revista Zênite, 2008).

Em se tratando de licitação em área de TI, discorda-se desse posicionamento. Isso porque existe “fisicamente” a possibilidade do envio de amostra, na forma eletrônica, por parte dos licitantes, mesmo os mais distantes. Por exemplo, se o objeto que está sendo licitado é um sistema, o licitante pode submeter uma versão de demonstração junto com sua proposta. Certamente, para que isso seja possível os meios apropriados devem estar à disposição dos interessados, tais como: conexão à Internet de boa qualidade; sistema do pregoeiro preparado para receber as amostras; compatibilidade entre as plataformas operacionais envolvidas, entre outras condições.

O referido autor também se posiciona quanto à oportunidade de apresentação das amostras. Junkes assevera que a amostra deve ser apresentada pelo licitante que tenha a proposta temporariamente em primeiro lugar:

Nesse sentido, não parece afrontoso à ordem jurídica definir que as amostras deverão ser apresentadas apenas pelo licitante que teve a sua proposta escrita, examinada e aprovada, e que seja tida provisoriamente como a mais vantajosa. (JUNKES in ILC – Informativo de Licitações e Contratos, revista Zênite, 2008).

A opinião do autor baseia-se nas jurisprudências do Tribunal de Contas da União e que dão ao controverso assunto, um rumo cada vez mais con-

solidado. O TCU deliberou sobre o tema em acórdãos, como: 1.182/2007-P, 1.634/2007-P, 1.113/2008-P. A seguir, reproduz-se o acórdão 1.113/2008-P:

[...]

9.2.1. Limite-se a exigir a apresentação de amostras ou protótipos dos bens a serem adquiridos ao licitante provisoriamente em primeiro lugar, nos termos dos incisos XII e XIII do art. 4º da Lei n.º 10.520/2002 c/c art. 30 da Lei n.º 8.666/1993, observando, no instrumento convocatório, os princípios da publicidade dos atos, da transparência, do contraditório e da ampla defesa; (BRASIL, 2008).

Certamente, a ideia de exigir a amostra apenas do licitante que detém temporariamente o primeiro lugar é a que mais agrada. Assim, não aprovada a amostra pela Administração (fundamentada e na forma do edital), parte-se para análise da amostra do próximo colocado.

Por fim, quanto ao pregão, uma observação se faz necessária: o agente público deve respeitar e observar se o objeto licitado encaixa-se no conceito de bem ou serviço comum. Sem propósito de se aprofundar na questão, o conceito de “comum” é, de acordo com a lei, imposto pelo próprio mercado. O ilustre Prof. e atual Subprocurador-Geral do MPU junto ao TCU, Doutor Lucas Rocha Furtado, resgata a definição que o legislador quis dar a “bem e serviço comum”:

Nos termos do art. 1º da Lei n.º 10.520/2002, o pregão somente pode ser utilizado para a contratação de bens ou de serviços comuns. Estes são definidos pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei do Pregão como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”. (FURTADO, 2007).

Salienta-se que o gestor público, aquele que trata das questões relativas ao instrumento convocatório, não realiza essa tarefa isoladamente. Considerando-se a variedade de bens e serviços a serem licitados e as diversas áreas de concentração é mais do que aconselhável que a análise do bem ou serviço comum seja realizada por um especialista na área em questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para as licitações tradicionais a exigência de amostras na fase de habilitação de um certame não possui amparo legal e é uma prática condenada pelas Cortes de Contas do país. Especificamente nas licitações da área de Tecnologia de Informação, há casos em que a Administração exige uma cópia de demonstração do sistema a ser licitado. Conforme dito, para as modalidades tradicionais, se a Administração exige as amostras na fase de habilitação, o faz de forma irregular.

Quanto ao pregão, a exigência de amostras não encontra óbice legal e como o julgamento – por consequência de uma característica dessa modalidade: a inversão de fases – precede à habilitação, essa exigência não pode ser encarada como uma pré-habilitação da licitante, se exigida do licitante provisoriamente vencedor. Em respeito aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e seu corolário, o princípio do julgamento objetivo, deve a Administração ater-se ao edital e atender fielmente todos os requisitos especificados para a efetiva avaliação das amostras.

REFERÊNCIAS

BARROS, Márcio dos Santos. **Comentários sobre licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2005.

BITTENCOURT, Sidney. **Pregão Eletrônico**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Forum, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. EC 64, de 4.2.2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contra-

tos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm > . Acesso em: 14 jun. 2010.

BRASIL. **DC-0288-19/96-P**. TCU. Auditoria Especial. BACEN. Área de licitação e contrato. Restrição ao caráter competitivo. Alteração contratual como fuga a processo licitatório. Prorrogação de contrato de prestação de serviços de limpeza, com dispensa de licitação. Ministro Relator: Iram Saraiva, 1996.

BRASIL. **AC-1113-22/08-P**. TCU. Representação. Licitação. Pregão presencial. Suspensão cautelar do certame. Oitiva. Exigência de apresentação de amostras antes da fase de julgamento. Ilegalidade. Possível restrição à competitividade do certame. Conhecimento. Representação prejudicada ante a perda de objeto. Determinações corretivas. Ministro Relator: André Luís, 2008.

COELHO MOTTA, Carlos Pinto. **Eficácia nas Licitações e contratos**. 11ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CRETELLA JUNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUNKES, Rodrigo Vissotto. **A exigência de amostras no pregão eletrônico**. ILC – Informativo de Licitações e Contratos. Revista Zênite, Ano XV, nº 177. Nov. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13ª Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4ª edição. Curitiba: Zênite, 2006.

_____, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008.