

Nos termos do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e suas alterações, estão previstos os princípios norteadores dos certames licitatórios, destacando-se entre eles o princípio da isonomia, bem como a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Assim, o estabelecimento nos editais de cláusulas ou condições que possam comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame, estabelecendo preferências ou distinções entre os licitantes é considerado conduta vedada ao agente público responsável pela sua elaboração e divulgação.

Isto porque todo e qualquer tratamento discriminatório são atos que demonstram arbitrariedade, além de afrontar de forma brutal, não somente o princípio da isonomia, como os princípios da impessoalidade, moralidade e probidade. Daí porque a Lei os proíbe expressamente.

Neste sentido, ensina Marçal Justen Filho¹ que:

O ato convocatório somente pode conter discriminações que se refiram à “proposta vantajosa”. Quando define o “objeto da licitação”, estabelece concomitantemente os limites para qualquer discriminação. Assim, o ato convocatório viola o princípio da isonomia quando:

- a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação;*
- b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração;*
- c) impõe requisitos desproporcionados como necessidades da futura contratação;*
- d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais.*

Ou seja, toda e qualquer exigência ou condição que denote favorecimento pessoal, não tenha uma finalidade específica e relacionada ao objeto a ser licitado e, portanto, fuja da finalidade precípua do certame licitatório – que é estabelecer competitividade imparcial

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 2005.

e mais vantajosa à Administração Pública – deve ser considerada restritiva à competitividade.

Isto porque, como prossegue o brilhante autor, *a invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (“...o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”)*.

E, portanto, a constatação de condições restritivas à competitividade acarretará, como consequência, a nulidade absoluta do ato convocatório, e, conseqüentemente, de todos os atos praticados subseqüentemente.

Assim, mister destacar que a exigência constante do presente edital, no seguinte sentido: *“BIOS desenvolvida pelo mesmo fabricante do equipamento, ou, este deve ter direito (copyright) sobre essa BIOS, não sendo aceitas soluções em regime de OEM ou customizadas”* não pode permanecer, sob pena de invalidação de todo o certame.

Isto porque o BIOS (*Basic Input Output System*) é um software que é executado na placa mãe e tem como principais funções: a “inicialização” e a administração dos recursos desta placa mãe.

Existem poucas empresas no mundo (há duas que são mais conhecidas) que desenvolvem este programa e o fornecem para os fabricantes de placa mãe, que, por sua vez, fornecem o conjunto “placa mãe + BIOS” aos fabricantes de microcomputadores.

Tecnicamente, portanto, tem-se como primeira conclusão que é mais importante, então, **o BIOS ser compatível com a placa mãe**, do que ser de autoria do fabricante do microcomputador que o utiliza.

O outro ponto a ser considerado é que, se existe preocupação com os eventuais reparos ou melhorias no BIOS, ter o *Copyright* (que significa, tão somente, propriedade) não difere em nada do regime OEM, exceto pela questão formal da posse.

Nada garante que a dependência não continua com o desenvolvedor original, o que é reconhecidamente o que ocorre neste caso. Ou seja, a comprovação de que uma empresa possui o Copyright do seu BIOS não assegura que ela tem a capacidade de fazer as alterações que venham a ser necessárias. O mesmo vale em relação a desempenho, onde a posse do BIOS (ou mesmo o desenvolvimento direto, caso acontecesse) não garante uma maior velocidade de processamento.

Neste diapasão, pede-se vênica para destacar que o Tribunal de Contas da União tem entendimento pacífico no sentido de determinar a anulação da exigência de que o BIOS (Basic Input Output System) deveria ser desenvolvido pelo próprio fabricante do equipamento, uma vez que este tipo de exigência implica restrição ao caráter competitivo dos certames licitatórios, como consta de Acórdão proferido no processo TC-009.510/2006-4.

Anote-se, mais, que o próprio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo houve por bem determinar que fosse eliminada de edital exigência nos moldes da ora questionada, por reconhecer estar a mesma eivada de ilegalidade (Doc. anexo).

Desta feita, faz-se necessário o presente questionamento, no afã de serem sanadas as irregularidades apontadas.