JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.005.849.99-92

Licitação – menor preço – editais deverão estabelecer critérios para atribuições de notas para cálculo da média ponderada – norma geral de licitação – matéria relativa a informática – competência legislativa da União – obediência cogente pelo Município de São Paulo – art. 45, § 4º da Lei Federal nº 8666/93

RELATÓRIO

Exmo. Sr. Consº Relator

Após esta Secretaria-Diretoria Geral ter considerado aplicável a Estados e Municípios o art. 45, § 4º da Lei Federal nº 8.666/93, por se tratar de norma geral de licitação e por constituir matéria relativa a informática, inserida constitucionalmente na competência legislativa privativa da União (fls. 33/38), Vossa Excelência determinou apuração quanto a eventual posicionamento específico desta Corte de Contas, relativamente ao tema.

Juntados aos autos os precedentes de fls. 50/102 e 104/109, foi oficiada a Procuradoria Geral do Município, por sugestão da Procuradoria da Fazenda, a fim de que, ciente do dissídio de interpretação suscitado no presente processo, se manifestasse quanto às seguintes indagações:

a) o art. 45, § 4º da Lei Federal nº 8.666/93 tem a natureza de norma geral, sendo pois de obediência cogente pelo Município de São Paulo?

b) o que são bens e serviços de informática, ou seja, é possível defini-los com critérios objetivos?

c) os prazos previstos na Lei 13.278/02 derrogaram o prazo previsto na lei federal de licitação para a licitação dos bens e produtos em referência?

A Procuradoria Geral do Município, quanto à questão elencada no item "a" da inicial, respondeu afirmativamente. Embora entendendo de observância obrigatória o art. 45, § 4º da Lei Federal nº 8.666/93, por ser norma geral, asseverou que a exceção à licitação de técnica e preço, prevista no dispositivo legal, deve ser editada pelo Executivo municipal, e não federal, e portanto há de prevalecer o previsto no art. 3º do Decreto Municipal nº 41.591/02, com a redação dada pelo Decreto nº 41.863/02, ficando permitida a adoção do tipo de licitação de menor preço para a contratação de bens e serviços de informática que tenham especificações usuais de mercado.

Asseverou ainda a PGM que as especificações usuais de mercado — das que se deduz a resposta à questão "b" inaugural, relativa ao que são bens e serviços de informática e quais os critérios objetivos para defini-los — somente poderiam ser estabelecidas no caso concreto, tendo em vista a impossibilidade jurídica de os conceitos "especificações usuais do mercado", e "bens e serviços comuns", serem delimitados ou restringidos através de um

regulamento. Só a análise técnica da hipótese concreta poderá responder se este ou aquele bem, este ou aquele serviço é de informática e se, em dado momento, possuem ou não, especificações usuais de mercado.

Por fim, no tocante à última questão suscitada, foi a PGM de parecer que a Lei Municipal estabeleceu apenas prazos mínimos de publicidade para divulgação de certames licitatórios sem distinguir os tipos de julgamento. A Lei Federal, ao contrário, estabelece prazos diferentes dependendo do tipo de licitação, de tal sorte que, para o tipo menor preço, os prazos de concorrência e tomada de preços são idênticos aos previstos na Lei Municipal. Assim, e considerando que o convite comporta apenas o tipo de menor preço, a questão surge apenas com relação às concorrências e tomadas de preços com critério de julgamento por técnica e preço, hipóteses em que há de aplicar-se a Lei Federal, face o disposto no art. 1º da Lei Municipal nº 13.278/02 (fls. 121/132).

O Secretário de Negócios Jurídicos, por seu turno, ouvida a sua Assessoria Técnica e Jurídica, entendeu que o art. 45, § 4º da Lei 8666/93 é norma de caráter geral, regulamentada pelo Decreto Federal nº 1.070/94, que há de ser seguido obrigatoriamente pelo Município. Contudo, posicionou-se no sentido de que o tipo "técnica e preço" somente será obrigatório, nas licitações de informática, para serviços de natureza predominantemente intelectual, excluindo-se portanto os produtos disponíveis no mercado. No que se refere aos prazos dos certames tipo técnica e preço, concluiu o Secretário de Negócios Jurídicos que deverão obedecer ao disposto na Lei Federal, vez que a Lei Municipal não contém regras específicas a esse respeito (fls. 133/147).

A AT Jurídica, na esteira da posição da PGM manifestou-se no sentido de que o art. 45, § 4º da Lei Federal nº 8.666/93 é norma geral, que deverá ser observada pelo Município de São Paulo, exceto nas hipóteses de contratação de bens e serviços de informática que tenham especificações usuais de mercado, conforme disposição contida no parágrafo único do art. 3º do Decreto nº 41.591/02, com a redação dada pelo Decreto nº 41.863/02. Quanto aos prazos de publicidade para divulgação dos certames licitatórios, sustentou impor-se a observância dos prazos mínimos estabelecidos pela Lei Federal (fls. 151/153).

A PFM posicionou-se destacando assertivas constantes dos autos, da seguinte forma:

a) o artigo 45 § 4º da Lei Federal n.º 8666/93 é norma geral, de observância obrigatória pelo Município de São Paulo, o qual deverá adotar o tipo de licitação técnica e preço, exceto nas hipóteses de contratação de bens e serviços de informática que tenham especificações usuais de mercado, as quais, a teor do disposto no parágrafo único, do artigo 3º do Decreto nº 41.591/02, com a redação conferida pelo Decreto n.º 41.863/02, poderão ser licitadas pelo menor preço.

b) quanto à efetiva diferenciação com relação a bens e serviços de informática, com especificações usuais de mercado, ou não, somente a análise técnica da hipótese concreta poderá promovê-la. Daí comungarmos com o entendimento dos eméritos administrativistas, no sentido de que, repita-se, somente será obrigatório, nas licitações de informática, o tipo técnica e preço, quando agregar-se serviços de natureza predominantemente intelectual, excluindo-se portanto os produtos disponíveis no mercado, mas sim programa com complexidade tecnológica, portanto de cunho intelectual.

c) não tendo a Lei Municipal disciplinado o prazo de publicidade nas concorrências e tomadas de preços por técnica e preço, aplicam-se, s.m.j. os prazos mínimos do Estatuto Federal 45 e 30 dias, respectivamente (fl. 155/156).

É a síntese do processado, até o momento.

Como leciona a doutrina, a Lei 8.666/93 deu preferência à licitação do tipo de menor preço, que é a regra geral, enquanto que os outros tipos têm sua utilização condicionada a determinados contratos e dependentes de autorização especiais (Adilson Abreu Dallani, Aspectos Jurídicos da Licitação, Ed. Saraiva, 1997, p. 143; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, Ed. Atlas, 1999, p. 288; Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª Ed., Dialética, 2000, pág. 455).

Leciona Hely Lopes Meirelles:

> *"Na licitação de menor preço que a Administração procura é, simplesmente, a vantagem econômica da obra, do serviço, da compra. A licitação de menor preço é a comum; os demais tipos atendem a casos especiais da Administração. É usual na contratação de obras singelas, de serviços que dispensam especialização, na compra de materiais e gêneros padronizados. Nesse tipo de licitação o menor preço é fator decisivo do julgamento, por mínima que seja a diferença".* (Licitação e Contrato Administraitvo – 13ª Ed., Malheiros Editores, 2002, p. 146) (grifo nosso)

A seguir, coloca o autor um exemplo concreto:

> *"É de fácil entendimento, por exemplo, que na aquisição de tijolos convencionais ou de cimento comum não há razão para prevalecer a qualidade sobre o menor preço, porque esses materiais são padronizados e não apresentam diferença substancial entre as várias marcas existentes, de igual utilização e rendimento. Diversa, entretanto, é a compra de um sistema de computação, que varia, fundamentalmente, na sua capacidade de memória, no seu rendimento e na sua manutenção, justificando-se plenamente a escolha pela superioridade técnica e operativa do equipamento, desde que esteja nos limites de preço fixado no edital".* (op. cit .p. 147, grifo nosso)

As licitações de melhor técnica, ou de técnica e preço, portanto, somente se justificam em casos excepcionais, em que a necessidade administrativa envolva alguma característica especial ou peculiar, que não possa ser atendida por meio de produtos ou serviços padronizados, habituais no mercado. A Lei Federal nº 8.666/93 relaciona apenas três ordens de hipóteses para tais tipos licitatórios excepcionais: a) serviços de natureza predominantemente intelectual (art. 46, "caput"); b) contratação de bens e serviços de informática (art. 45, § 4º), c) fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto, dependentes de tecnologia nitidamente sofisticadas (Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 83; Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 11ª Edição, Malheiros Editores, 1999, p. 431).

Dispõe o § 4º do art. 45 da Lei 8.666/93, quanto aos bens e serviços de informática:

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

Contudo, é preciso ter em conta que à época da edição da Lei 8.666/93 e das lições de Hely Lopes Meirelles acima transcritas, os produtos de informática eram ainda incipientes e não padronizados.

Assim, no tocante a essa previsão legal, razão assiste à Marçal Justen, quando afirma, "in verbis":

> *"O § 4º do art. 45 reflete um estágio inicial da evolução tecnológica, em que a inovação se traduzia na ausência de bens e serviços padronizados. O dispositivo perdeu (se é que algum dia o teve) sua razão de ser. Com a evolução e o progresso, os bens e serviços de informática inseriram-se no processo de produção em massa. Perderam sua especificidade. Isso significa que tal como se passa com a maior parte dos produtos, os bens e serviços de informática podem ser distinguidos em duas categorias fundamentais. Há os padronizados, disponíveis facilmente no mercado, e há os dotados de preculiaridades e especificidades.*
>
> *Assim, é perfeitamente possível encontrar-se equipamentos de informática à venda em supermercados e lojas não especializadas. Ali também se vendem os chamados "softwares de prateleira": programas com perfil não diferenciado, comercializados em massa e que podem ser facilmente instalados e operados.*
>
> *Ora, é evidente que essa espécie de bens e serviços não demanda licitação de técnica e preço*". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10ª Ed., 2004, p. 351).

Nesse sentido, já se posicionou a jurisprudência do STJ, conforme voto vencedor constante do RE 260.955-MA, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Neto, julgado em 27.05.03:

> *"Com efeito, o legislador erigiu o mencionado tipo de técnica e preço como obrigatório para os serviços de informática em virtude do caráter especializado dos mesmos, que via de regra, pode importar em diferenciações de qualidade e desempenho, com reflexos nos preços.*
>
> *O Legislador, ao submeter a contratação de bens e serviços de informática obrigatoriamente ao tipo de licitação técnica e preço, objetivou apenas a peculiaridade que existe na compra de bens e serviços específicos do setor e não a totalidade dos que são utilizados na área de informática, pois muitos deles não têm qualquer característica especial que justifique o tratamento extraordinário, sendo comuns a vários setores da Administração indistintamente.*
>
> *Adotou-se solução conveniente para a Administração Pública, pois, sem abandonar a avaliação do menor preço, preservando o interesse do erário, levou em conta também que os bens e serviços de informática são fabricados com tecnologia avançada e material eletrônico sofisticado, nos quais a*

qualidade e o rendimento de cada item devem ser analisados cuidadosamente. Daí incluir-se o critério de avaliação técnica, a ser ponderado juntamente com o preço de cada oferta.

Mas a cautela evidentemente não se estende à prestação de serviços comuns. Nestes casos, prevalece a regra geral, da realização de licitação do tipo "menor preço", adequadamente utilizada pelo Estado do Maranhão ao efetuar a Licitação nº 084/96". (ILC, Zênite, junho/03, nº 112, p. 533):

Em face do exposto, na esteira da doutrina e jurisprudência pátrias, entendo que o § 4º do art. 45 da Lei 8.666/93 dever ser interpretado no sentido de que a licitação de técnica e preço não se justifica para a contratação de itens padronizados de informática, habituais no mercado, que possam ser fornecidos por mais de uma empresa.

Bem interpretou a matéria, portanto, o parágrafo único do art. 3º do Decreto Municipal nº 41.591/02, com a redação conferida pelo Decreto nº 41.863/02 quando estabeleceu:

"Parágrafo único – Fica permitida, à luz do disposto no § 4º do art. 45 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei Federal nº 8.883, de junho de 1994, a adoção do tipo de licitação de menor preço para a contratação de bens e serviços de informática que tenham especificações usuais de mercado, qualquer que seja o valor total estimado do ajuste, atendidas as demais condições previstas neste Decreto."

Observo que tal Decreto Municipal, em verdade, visa apenas disciplinar e orientar o modo de agir dos órgãos administrativos de âmbito municipal em face do dispositivo legal federal, de obediência obrigatória.

Não corresponde, pois, o Decreto Municipal referido, ao "Decreto do Poder Executivo", previsto no art. 45, § 4º da Lei Federal nº 8.666/93, *"in fine"*. Tal "Decreto do Poder Executivo", que possibilitaria a adoção de outro tipo licitatório que não a "técnica e preço", seria, a meu ver, inconstitucional, porque iria além do previsto no art. 84, inciso IV, da Constituição da Republica.

De acordo com a melhor doutrina, o Poder Legislativo não pode delegar ao Poder Executivo a criação de regras jurídicas que limitem ou alterem as regras legais. O regulamento executivo pode especificar, tão somente, comandos já abrigados virtualmente na lei, compreendidos na abrangência de seus preceptivos (cf. Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, 2ª Ed., 1973, Tomo III, pp. 312/313; Celso Antonio Bandeira de Mello, op. cit. pp. 246 e segs.; Roque Antonio Carraza, Curso de Direito Constitucional Tributário, 9ª Ed., Malheiros, 1997, p. 225; Seabra Faundes, O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 5ª Ed., Forense, 1979, p. 24).

Não admite o direito pátrio os regulamentos denominados "delegados" ou "autorizados", que desenvolvem a lei, acrescentado-lhe elementos que inovem a ordem jurídica (cf. Pinto Ferreira, Comentários à Constituição Brasileira, Ed. Saraiva, 1992, v.3,p.553). Diógenes Gasparini é taxativo a respeito da matéria:

"Os regulamentos delegados, também chamados autorizados ou habilitados, são editados pelas autoridades competentes, em atendimento a uma norma legal, para prover matéria reservada à lei.

> *Com essa autorização, vê-se, há uma ampliação da atribuição regulamentar, limitada, porém, à matéria e aos termos fixados na delegação. Ultrapassados esses contornos, o regulamento será ilegal. O nosso sistema, advirta-se, não acolhe essa espécie de regulamento, em face do que dissemos anteriormente."* (Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 1993, p. 111).

Adoto, consequentemente, a doutrina de Marcos Jurena Villela Souto, no sentido de que o Dec. nº 1.070/94, no que tange ao art. 45, § 4º da Lei 8.666/93, só se aplica à Administração Federal. Interessante o seu posicionamento:

> *"Remarque-se, por oportuno, que o permissivo do art. 45, § 4º, com sua última redação, não foi para a edição de um decreto regulamentador, o que seria desnecessário, posto que o Poder Regulamentador independe de previsão em lei, sendo implícito ao exercício da função de direção superior da Administração — CF, art. 84, II e IV. Portanto, o decreto poderia ser um ato administrativo individual; a real intenção da norma seria submeter ao grau hierárquico superior as hipóteses de exceção à regra, com motivação casuística"* (A Informática na Lei de Licitações, BLC, novembro de 1994, 11/532).

O Tribunal de Contas Estadual, com orientação análoga, já decidiu no sentido de que *"a tecnologia da informática está em estágio avançado de domínio dos usuários, que permite ao administrador especificar adequadamente seu órgão, e assim o fazendo, ter perfeitamente caracterizado o que precisa, de forma que lhe possibilite a aquisição pelo menor preço"* (TC 12.752/026/96, DOE/SP 26/11/96, apud Citadini, Antonio Roque, Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas, Max Limonad, 1997, p. 314).

Por esses motivos, entendo, acompanhando a PGM (divergentemente de Maria Sylvia Zanella Di Pietro), que não está a Administração do Município de São Paulo, no que se refere ao art. 45, § 4º da Lei Federal 8.666/93, adstrita ao Decreto Federal nº 1.070/94, mas apenas ao Decreto Municipal nº 41.591/02, de caráter interpretativo e organizativo, e não complementar à lei.

Os critérios para a caracterização de bens e serviços de informática com especificações usuais de mercado devem ser examinados diante do caso concreto, tal como restou ementado pela PGM, sob nº 10.166 (cf. fls. 128. No mesmo sentido, cf. Vera Scarpinella, Temas de Direito Administrativo, Malheiros Ed., 2003, p. 85; Marcia Pelegrini, Pregão – O conceito de Bens e Serviços Comuns, BLC, junho 2003, nº 6, p. 399).

Saliento a possibilidade de se utilizar como parâmetro, para efeito de caracterização de bens e serviços de informática padronizados, com especificações usuais de mercado, as hipóteses em que a licitação sob a modalidade pregão é admitida, (por exemplo, conforme o TC 2.151.02-83, DOM 2/04/04, p. 108), por ter objeto reconhecido como bens e serviços comuns, nos termos da legislação específica.

Por fim, acolho as conclusões unânimes precedentes quanto aos prazos de publicidade.

Em síntese, pois, em resposta às indagações da PFM, na esteira do posicionamento conclusivo da PGM, manifesto-me no sentido de que:

a) o art. 45, § 4º da Lei Federal nº 8.666/93 é obrigatório para Estados e Municípios, por se tratar de norma geral de licitação e por constituir matéria de competência legislativa privativa da União. Permite-se a adoção do tipo de licitação de menor preço para a contratação de bens e serviços de informática que tenham especificações usuais de mercado, nos termos do art. 3º, parágrafo único do Decreto Municipal nº 41.591/02, com a redação conferida pelo Decreto Municipal nº 41.863/02.

b) os critérios para a caracterização de bens e serviços de informática usuais de mercado deverão ser examinados diante do caso concreto, sendo possível utilizar-se, como parâmetro, as hipóteses em que é admitida a licitação sob a modalidade pregão para a contratação desses mesmos bens e serviços.

c) não tendo a Lei Municipal disciplinado o prazo de publicidade nas concorrências e tomadas de preço por técnica e preço, aplicam-se os prazos mínimos do Estatuto Federal: 45 e 30 dias, respectivamente.

À consideração de Vossa Excelência.

São Paulo, 07 de julho de 2004.

JOÃO ALBERTO GUEDES
Secretário-Diretor Geral