JURISPRUDÊNCIA

TC nº 9.869/97*80

Contrato - serviços de informática - licitação do tipo técnica e preço - caráter de norma geral do § 4º do art. 45, da Lei 8666/93 - falta de autorização do Conselho Municipal de Informática - Decreto 33885/93 - matéria não unânime na doutrina e na jurisprudência - ausência de prejuízo ao erário - ajuste acolhido com determinação - (m.v. - Vencido o Consº Edson Simões).

Egrégio Plenário

Em julgamento, o contrato nº 97/102 celebrado entre SPTrans e a empresa "CSM Cartões de Segurança S/A", em decorrência da Concorrência nº20/97, tendo por objeto a "prestação de serviços técnicos especializados de planejamento, desenvolvimento, implantação e execução de sistema informatizado de emissão e controle de passe escolar e fornecimento de cartões com circuito integrado sem contrato".

Destacou AUD que, para efeito de classificação e julgamento, a Origem adotou o tipo de licitação "menor preço" porque o § 4º do art. 45 da Lei 8.666/93 não é norma geral, não tendo, pois, aplicação obrigatória no âmbito do Município de São Paulo.

A A.T. Jurídica inicialmente concordou com a SPTrans, alegando, em suma, que a "União legisla genericamente sobre a matéria de licitações e contratos, sem invadir a competência constitucional dos Estados e Municípios" (fls.144).

Trouxe aos autos, naquela oportunidade, minha posição firmada nos autos do TC nº 6.270.95-13, entendendo obrigatória a adoção do tipo de licitação técnica e preço para a contratação de bens e serviços de informática, tendo em vista o caráter de norma geral do § 4º do art. 45 da Lei Licitatória Federal.

Solicitei também informação da Origem sobre a existência de autorização do Conselho Municipal de Informática, exigida no Decreto Municipal 33.885/93 e determinei a análise dos termos aditivos 1 e 2 (fls. 149).

AUD II verificou não constar do processo administrativo a autorização do Conselho Municipal de Informática e esclareceu que os Termos Aditivos 1 e 2 consubstanciam-se em respostas a questionamentos sobre o edital.

Para a Sra. Subchefe de A.T.Jurídica, acompanhada pela P.F.M., como todos os participantes do certame foram devidamente cientificados dos termos de aditamento, tais documentos não comprometeram o princípio da igualdade entre os licitantes. Reconheceu, contudo, a desobediência à norma geral contida no § 4º do art. 45 da Lei Federal 8.666/93, propondo determinação à Origem da alteração do critério de julgamento, nas futuras licitações.

S.D.G., reportando-se aos comentários de Dr. Jessé Torres Pereira Jr. que sustenta o caráter de norma geral do referido § 4º do art.45 e ante as ponderações da A.T. Jurídica, propôs ao caso, a solução dada pela 1ª Câmara desta Corte nos autos do T.C. 6.270.95-13, ou seja, rejeição do contrato com aceitação de seus efeitos.

Diante disto, requeri a intimação dos agentes responsáveis pela contratação para apresentarem defesa.

A A.T. Jurídica, demonstrando a inconsistência das razões apresentadas, concluiu ser obrigatória a adoção do tipo "técnica e preço" para a licitação em tela e, em se tratando de serviços de informática, necessária a autorização do Conselho Municipal de Informática, nos termos do Decreto Municipal 33.885/93.

Para a P.F.M., a falta de autorização prévia do CMI constituiu infringência meramente formal, e quanto à adoção do critério de julgamento de menor preço, não estando evidenciado o prejuízo ao erário ou a má-fé, o ajuste pode ser acolhido.

S.D.G. observou que o supra-referido acórdão da 1ª Câmara foi reformado em grau recursal, tendo o contrato sido acolhido e tornando-se insubsistentes as multas aplicadas. Registrou a alteração de seu posicionamento exarado nos autos do TC 72-000.584.99-92, sobre a interpretação do § 4º do art. 45 da Lei Licitatória Federal. Trouxe aos autos excelente estudo sobre "normas gerais" e concluiu a fls. 223, ser, o referido parágrafo, aplicável a Estados e Municípios, "menos porém por se tratar de norma geral de licitação, mas sim por constituir matéria inserida constitucionalmente na competência legislativa privativa da União".

É o relatório.

V O T O

Já me posicionei sobre a matéria nos autos do TC 72.006.270.95-13, nos seguintes termos:

> "É fora de dúvida que as modalidades de licitação (concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso) se submetem, por mandamento constitucional, à disciplina da União.
> Igualmente, não se discute que os tipos de licitação (menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta) também se inserem entre as normas gerais, porquanto abrangidos no conceito de modalidades licitatórias.

Este é o entendimento de Marçal Justen Filho, segundo o qual, isso significa uma "decorrência inafastável que a estrutura procedimental consagrada na Lei 8.666/93 não admite alteração pela lei local."
Mais adiante, assim se posiciona o Mestre:
"... as entidades federativas estão constrangidas a adotar os pressupostos de aplicação de cada modalidade licitatória, sejam estabelecidos em função do valor da contratação estimada, sejam fixados em função da natureza do contrato a ser firmado.
Chegando-se nesse ponto, quase toda a matéria de licitações teria de subordinar-se ao disposto na lei federal, inclusive por necessidade sistemática.
Seria possível que a lei local instituísse, por exemplo, uma licitação de preço-base, estando essa figura proscrita na lei federal ? A resposta é negativa, porquanto o conceito de "modalidade", na Constituição, abrange inclusive o tipo de licitação."
(Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", pág. 15, 3ª edição, 1994).
Ora, o diploma federal impondo regras próprias para a contratação de bens e serviços de informática, determina no § 4º do art. 45 a obrigatoriedade da adoção do tipo de licitação "técnica e preço" e, no que tange aos prazos mínimos dos atos convocatórios, que estes deverão ser de 45 (quarenta e cinco) nas concorrências e 30 (trinta) dias nas tomadas de preço (art. 21, § 2º incisos I e II, letras b da Lei nº 8.666/93).

A intenção do legislador, segundo se depreende dos citados dispositivos legais, foi disciplinar diferenciadamente a matéria relacionada com serviços de informática, e, assim, se aceito procedimento diverso do constante na lei federal, ver-se-ia frustrado imperativo constitucional, que ordena ser a União competente para editar normas gerais."

O Nobre Secretário Diretor-Geral trouxe aos autos fundamento constitucional importante para o deslinde da questão: a competência da União para legislar sobre as matérias especificadas no art. 22 é PRIVATIVA.

Ora, José Afonso da Silva, em notas de rodapé de seu "Curso de Direito Constitucional" (6ª ed.,pg.413), ponderou que, em se tratando de competência PRIVATIVA, própria da União, apenas ela ou os Estados, estes desde que autorizados por lei complementar nos termos do parágrafo único do art.22, poderão legislar sobre os assuntos relacionados nesse dispositivo.

Portanto, o § 4º do art. 45 da Lei Federal deve ser respeitado pela Administração Pública Municipal, por ser de competência PRIVATIVA da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratos (inciso XXVII do art. 22 - C.F.), entre as quais, a meu ver, insere-se o parágrafo sob análise.

Tratando-se, contudo, de matéria não unânime na doutrina e na jurisprudência, e ante a ausência de má fé dos agentes públicos e de prejuízo ao Erário, ACOLHO o ajuste. Determino à Origem, de futuro, adotar o tipo de licitação técnica e preço, nos termos do § 4º do art. 45 da Lei Licitatória Federal e respeitar o procedimento formal exigido no Decreto Municipal nº 33.885/93.

São Paulo, 08 de novembro de 2000.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Consoante se infere do conteúdo do documento encartado sob fls. dos autos, dando conta de que o objeto **contratado são serviços de informática**, entendo que o procedimento seletivo realizado com julgamento das propostas pelo critério do menor preço está eivado do vício de legalidade, por infringir ao disposto nos artigos 45 parágrafo 4º e 21 inciso III letra "b" ambos da Lei nº 8.666/93 - **com a redação conferida pela Lei nº 8.248** de 23 de outubro de 1991.

O aludido parágrafo 4º do artigo 45 dispõe que:

> 4º - **Para contratação de bens e serviços de informática**, a Administração observará o disposto no artigo 3º da Lei 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu 2º, adotando **obrigatoriamente o tipo de licitação "técnica e preço".....**

Ilegal a licitação, consequentemente ilegal o CONTRATO nº 97/102 do mesmo decorrente**.**

Conforme, com propriedade asseverou a Assessoria Técnica Jurídica, não obstante viciados os atos praticados, a vigência do ajuste já se encontra exaurida, no tempo desde 27/10/98, tendo produzido efeitos em relação a terceiros que contrataram com a Administração Pública.

Em face de todo o exposto, **JULGO IRREGULARES** a licitação e o **CONTRATO nº 97/102**, com aceitação, porém, dos efeitos pelo mesmo produzidos.

Por entender presente na espécie falta funcional dos agentes responsáveis pela prática dos aludidos atos, APLICO a cada um dos Membros da Comissão de Licitações e ao Ordenador da Despesa, à época dos fatos, a MULTA de 238 UFIR's (duzentas

e trinta e oito Unidades Fiscais de Referência), com fundamento no artigo 52, inciso II da Lei nº 9.167/80, combinado com o artigo 133 do Regimento Interno deste Tribunal.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 08 de novembro de 2000.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.009.869-97*80, do qual é Relator o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Relator, bem assim pelo voto do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, acolher o ajuste, determinando à Origem que, de futuro, adote o tipo licitação "técnica e preço", nos termos do parágrafo 4º do artigo 45 da Lei Federal nº 8.666/93, e que respeite o procedimento formal exigido no Decreto Municiapl 33.885/93.

Vencido o conselheiro EDSON SIMÕES, nos termos do voto apresentado em separado.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES - Revisor "ad hoc" e ROBERTO BRAGUIM.

Ausente o Conselheiro EURÍPEDES SALES - Revisor, por motivo justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 08 de novembro de 2000.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator