

---

## TSE - PROCEDIMENTOS UTILIZADOS EM LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE MODEMS Representação

---

Ministro-Relator Benjamin Zymler

Grupo I - Classe VII - Plenário

TC-013.938/2000-4

Natureza: Representação

Órgão: Tribunal Superior Eleitoral

Interessado: *Netway Datacom Comércio de Sistemas para Informática Ltda.*

*Ementa: Representação de que trata o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, formulada pela empresa Netway Datacom contra os procedimentos utilizados pelo TSE em licitação para aquisição de 900 modems. Conhecimento. Não utilização do critério previsto no art. 4º do Decreto nº 1.070/94, que prevê a desclassificação da proposta cujo preço esteja 12% acima do menor preço ofertado. Derrogação da norma regulamentar. Inaplicabilidade para os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário. Inexistência de sobrepreço na proposta vencedora. Legalidade dos procedimentos licitatórios. Improcedência da Representação. Ciência à interessada. Determinação para juntada do feito às contas do TSE relativas ao exercício de 2000.*

### RELATÓRIO

Adoto como parte do Relatório a percuciente instrução a cargo do Analista Fernando Saraiva de Magalhães, da 5ª Secretaria de Controle Externo (SECEX) endossada pelo Diretor da 1ª Divisão e pelo titular da Unidade Técnica:

*“Introdução*

*Trata-se de Representação formulada pela empresa Netway Datacom Comércio de Sistemas para Informática Ltda., estabelecida em Brasília, DF, com fundamento legal no art. 53 e seguintes da Lei 8.443 de 1992, contra ato do Presidente da Comissão Permanente de Licitação (CPL) do Tribunal Superior Eleitoral que deixou de observar, no julgamento das propostas apresentadas na concorrência TSE nº 37/2000, para aquisição de 900 (novecentos) Modems destinados à Justiça Eleitoral, ‘os preceitos e procedimentos para pré-qualificação e a classificação das propostas, que envolverá, ainda, a equivalência destas, que não apresentam preços superiores a doze por cento do menor preço dentre as propostas consideradas, em conformidade ao Decreto nº 1070, de 2 de março de 1994, em particular o disposto pelos artigos 3º e 4º desse diploma legal, que expressamente orientam procedimentos*

para a seleção das propostas para aquisição de bens e serviços de informática, licitados segundo o tipo 'técnica e preço'.

Ressalta a interessada que 'a omissão na observância do devido processo legal está acarretando vultoso prejuízo material para a administração, quando se confrontam as duas propostas habilitadas', vez que o preço unitário da proposta da empresa vencedora, Unisys Brasil Ltda., (R\$ 419,00 - quatrocentos e dezenove reais) foi superior ao seu preço (R\$ 326,00 - trezentos e vinte e seis reais) em cerca de 28 % (vinte e oito por cento).

Na explanação, a interessada apresentou planilha indicando sua pontuação nos quesitos relativos à técnica e preço e a nota final resultante, bem como da empresa vencedora do certame licitatório, Unisys Brasil Ltda. Mostra ainda a planilha que a proposta da requerente seria a vencedora da citada licitação se fossem observados os arts. 3º e 4º do Decreto 1.070/94.

Esclarece ainda a signatária 'que, no caso objeto desta representação, **não se pretendeu reivindicar direito à preferência**, até porque o bem objeto da concorrência que ambas as empresas licitantes ofertam é o mesmo, de mesmo fabricante e procedência, e de fabricação nacional'.

Por fim, 'Requer, após protocolada e admitida a presente representação, seu processamento, instrução, conhecimento e julgamento pelo Colendo Tribunal de Contas da União, para correção da ilegalidade ora apontada'.

#### Exame de Admissibilidade

Cumpre ressaltar, considerando o disposto no § 1º do art. 69 da Resolução TCU nº 136/2000, que a presente Representação atende pressupostos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno/TCU.

#### Análise

Preliminarmente, cabe informar que por meio do documento datado de 04/09/00, a empresa Netway Datacom protocolizou recurso junto ao TSE (fls. 40/46) contra o critério adotado de classificação das empresas licitantes, bem como contra o julgamento da licitação, vez que não foram levados em consideração os critérios estabelecidos no Decreto nº 1.070/94 (art. 3º e 4º) que expressamente orientam procedimentos para a seleção das propostas para aquisição de bens e serviços de informática que, necessariamente, serão licitados segundo o tipo técnica e preço.

Com fulcro no Parecer nº 369/2000 da Assessoria Jurídica da Secretaria de Administração do TSE, de 25/08/2000, a CPL informa à requerente que "não há obrigatoriedade de aplicação das disposições do Decreto nº 1.070/93, que entendemos derogados pela Emenda Constitucional nº 6/95. E não caberia adotá-lo, mesmo subsidiariamente, se assim não houver sido consignado no edital da licitação, como ocorreu no presente caso" (fls.36/38);

Em consequência do não provimento do recurso supracitado, a interessada ingressou com Representação junto ao TCU (20/09/00), conforme já informado na introdução desta instrução.

O Decreto nº 1.070/94, a que se refere a empresa, regulamenta o art. 3º, da Lei nº 8.248, de 23/10/91, a seguir transcrito, que dispõe sobre contratações de bens e serviços de informática.

Art. 3º - Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, nos termos do § 2º do art. 171 da Constituição Federal, aos produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, observada a seguinte ordem:

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;

II - bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local.

§ 1º - Na hipótese da empresa brasileira de capital nacional não vir a ser objeto desta preferência, dar-se-á aos bens e serviços fabricados no País preferência em relação aos importados, observado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º - Para o exercício desta preferência, levar-se-á em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

Por sua vez, os critérios de julgamento de propostas consignadas nos artigos 3º e 4º do Decreto nº 1.070/94, objeto da presente representação, prescrevem que:

Art. 3º - No julgamento das propostas desses bens e serviços deverão ser adotados os seguintes procedimentos:

I - determinação da pontuação técnica de cada proposta, em conformidade com critérios e parâmetros previamente estabelecidos no ato convocatório da licitação, através do somatório das multiplicações das notas dadas aos fatores prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e desempenho, em consonância com seus atributos técnicos, pelos pesos atribuídos a cada um deles, de acordo com a importância relativa desses fatores às finalidades do objeto da licitação;

II - determinação do índice técnico, mediante a divisão da pontuação técnica da proposta em exame pela de maior pontuação técnica;

III - determinação do índice de preço, mediante a divisão do menor preço proposto pelo preço da proposta em exame;

IV - multiplicação do índice técnico de cada proposta pelo fator de ponderação, que terá valor de cinco a sete, fixado previamente no edital da licitação;

V - multiplicação do índice de preço de cada proposta pelo complemento em relação a dez do valor do fator de ponderação adotado;

VI - obtenção do valor da avaliação (A) de cada proposta, pelo somatório dos valores obtidos nos incisos IV e V;

VII - pré-qualificação das propostas cujas avaliações (A) não se diferenciem em mais de seis por cento da maior delas.

§ 1º - Quando justificável, em razão da natureza do objeto licitado, o licitador poderá excluir do julgamento técnico até dois dos fatores relacionados no inciso I.

§ 2º - Os fatores estabelecidos no inciso I para atribuição de notas poderão ser subdivididos em subfatores, com valoração diversa, de acordo com suas importâncias relativas dentro de cada fator, devendo o licitador, neste caso, especificar no ato convocatório da licitação essas subdivisões e respectivos valores.

§ 3º - No julgamento de sistemas integrados, a pontuação técnica do sistema será obtida pela soma das pontuações técnicas individuais das partes componentes, ponderadas com valores previamente fixados no ato convocatório, de acordo com suas importâncias relativas dentro do sistema, mantendo-se os demais procedimentos descritos nos incisos II a VII.

§ 4º - Os valores numéricos referidos neste artigo deverão ser calculados com duas casas decimais, desprezando-se a fração remanescente.

Art. 4º - Para os efeitos do disposto no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.248/91, considerar-se-ão equivalentes as propostas pré-qualificadas, conforme o inciso VII do Art. 3º, cujos preços não sejam superiores a doze por cento do menor entre elas.

Parágrafo único. Havendo apenas uma proposta que satisfaça as condições do "caput", esta será considerada a vencedora.

Matéria semelhante já foi discutida por esta Corte de Contas quando da apreciação do TC 11.764/1999-6 (Decisão nº 456/2000-Plenário, Sessão de 31/05/2000, Ata 20/2000) que tratava de representação formulada pelo cidadão Luiz César Moretzsohn Rocha contra o edital da Concorrência nº 27/99, do TSE, para aquisição de 186.800 urnas eletrônicas, desenvolvimento de softwares, prestação de serviços de informática e fornecimento de suprimentos e de acessórios, no qual não foram incluídos, segundo o Responsável, "os critérios previstos nos arts 3º, inciso VII, 4º e 5º do Decreto nº 1.070/94, com o fito de garantir a pré-qualificação das propostas final que não se diferenciem em mais de 6% da maior delas, considerar equivalentes as propostas pré-qualificadas, cujos preços não sejam superiores a 12% do menor entre elas e, quando da adjudicação, observar o denominado "direito de preferência".

Naquela assentada, o Plenário, por meio da referida Decisão nº 456/2000, conheceu da representação, mas julgou-a improcedente. O Voto, condutor da mencionada Decisão, desenvolveu-se basicamente em torno de dois assuntos relativos à Lei 8.248/91 (art.1º e 3º) e do Decreto 1.070/94.

O primeiro assunto consistia em esclarecer a subsistência ou não, após o advento da Emenda Constitucional nº 6/95, do direito de preferência para bens e serviços de informática com tecnologia nacional ou produzidos no País com significativo valor agregado nacional.

Entendeu o Relator que a preferência outrora concedida à empresa brasileira de capital nacional foi afastada pela revogação do art. 171 da Magna Carta, em consequência desse conceito ter deixado de existir no mundo jurídico após a vigência da supracitada EC nº 6/95. A seguir, destacamos trechos do Voto do Relator que analisaram o assunto em questão:

'Antes da publicação da EC nº 6/95, era possível, em determinadas hipóteses, o afastamento do princípio da igualdade entre os licitantes. Isso porque a própria

Constituição previa expressamente tal possibilidade, como se verifica do antigo texto constitucional: “Art. 171. São consideradas: (.....) § 2º Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.’

‘Nesse contexto, foi editada a Lei nº 8.248/91, que a par de estabelecer, no retromencionado art. 3º, preferência para a empresa brasileira de capital nacional nas licitações na área de informática, previa a possibilidade de ser conferido tratamento preferencial aos bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País ou aos bens e serviços produzidos no País com significativo valor agregado local’.

Outro assunto tratado no Voto do Relator, referiu-se a analisar se o art. 3º da Lei nº 8.248/91 teria sido inteiramente revogado ou se bens e serviços de informática com tecnologia nacional ou produzidos no País com significativo valor agregado seriam objeto de ‘direito de preferência’, na forma prevista no Decreto nº 1.070/94, que regulamentou a Lei nº 8.248/91. Nesse contexto, abordou-se os procedimentos relativos à pré-qualificação e à equivalência das propostas, objeto da presente Representação.

Entendeu o Relator que tais procedimentos são insubsistentes, porque infringem o princípio da isonomia entre licitantes previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. A seguir destacamos alguns trechos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator, Benjamin Zymler, que dizem respeito a esta posição:

‘A meu ver, a interpretação que deve ser extraída do novo texto constitucional deve ponderar a norma expressa no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que determina: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’...., **‘não pode sobreviver no ordenamento jurídico brasileiro exceção à regra da isonomia dos licitantes que não derive expressamente da Lei Maior. O contrário constituiria completa subversão ao princípio da supremacia constitucional’.** (grifo nosso)

O relator prossegue sua análise transcrevendo trecho da obra de Marçal Justen: “ Não há mais fundamento constitucional para estabelecer preferência em favor de empresa brasileira. Não se admite sequer regra da preferência em função de a prestação ser produzida no Brasil. De todo o modo, observe-se que a divergência tem-se desenvolvido a propósito da aplicação de regras que são inválidas. **Mais precisamente, não se admitem as soluções contidas na Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Além disso, são totalmente indefensáveis as regras do Dec. Fed. 1.070.** (.....) Em suma, a proposta mais vantajosa não pode ser legitimada através do argumento do incentivo à indústria nacional.´ (Marçal Justen Filho - Comentários

à lei de licitações e contratos administrativos, 6ª edição, Dialética, São Paulo, pp. 82/83)". (grifo nosso)

*'Pelo exposto até o momento, este Relator, na linha esposada por Marçal Justen Filho, entende revogadas, após o advento da EC nº 6/95, todas as normas infraconstitucionais que não observam o princípio da isonomia entre os licitantes. Importante ressaltar que, antes mesmo da edição da EC nº 6/95, o Decreto nº 1.070/94 era impugnado por Celso Antônio Bandeira de Mello (vide parecer na publicação Informativo de Licitações e Contratos nº 22, Zênite, de dezembro de 1995), porque teria exorbitado do poder regulamentar e contrariado a própria norma objeto de regulamentação. A seu ver, a Lei nº 8.248/91 previa a utilização do direito de preferência, seja para a empresa brasileira de capital nacional, seja para os bens de tecnologia nacional ou de significativo valor agregado nacional, quando ocorressem condições equivalentes de "prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço" (§ 2º do art. 3º da Lei nº 8.248/91). O Decreto, em seu art. 4º, por outro lado, determinava fossem consideradas equivalentes as propostas pré-qualificadas que não apresentassem diferença de preço superior a doze por cento. Segundo Bandeira de Mello, propostas com diferença de preço de doze por cento não poderiam ser consideradas equivalentes, nem por força de Decreto. Aqui, haveria desobediência expressa a texto legal.'* (grifo nosso)

A partir da análise extensa e aprofundada do assunto o Ministro-Relator assim se manifestou: *'De todo o exposto, conclui-se não ser procedente a presente Representação, uma vez que o TSE, ao não-acatar o invocado direito de preferência, observou os mandamentos constitucionais insertos no inciso XXI do art. 37, que determinam que os procedimentos licitatórios devem observar o princípio da isonomia entre os licitante'.*

Conforme já comentado no item 3.4, o Decreto nº 1.070/94 regulamentou o art. 3º da Lei nº 8.248/91 e deu outras providências.

O Decreto nº 1.070/94, em linhas gerais, se atém a dois aspectos distintos, embora fortemente ligados entre si. Em primeiro lugar, nos dispositivos contidos no art. 3º, incisos I a VI, estabelece os procedimentos para a realização de licitações do tipo técnica e preço para a contratação de bens e serviços de informática a que se refere o § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/93. Em segundo lugar, trata do direito de preferência previsto no art. 3º da Lei nº 8.248/91, fundamentalmente no inciso VII do art. 3º - que trata de pré-qualificação de licitantes -, no artigo 4º - que estabelece critérios de equivalência entre propostas - e, finalmente, nos art. 5º e 6º, nos quais estabelece critérios de preferência para a adjudicação entre as propostas pré-qualificadas e equivalentes.

Como se vê, é no contexto do direito de preferência, que estavam inclusos os procedimentos relativos à pré-qualificação (inciso VII, art. 3º do Decreto) e à equivalência das propostas (art. 4º), ou seja, não faz sentido a adoção de tais procedimentos se não for para aplicação do referido direito, que, após a EC nº 6/95 não mais subsiste por caracterizar exceção à regra da isonomia (art. 37, inciso XXI

da CF/88), consoante entendimento esposado pelo Exmo. Ministro Benjamin Zymler, no voto que conduziu a Decisão nº 456/2000-TCU-Plenário. Assim, são contraditórios e incongruentes o pleito, da representante, no sentido de que se aplique o contido no inciso VII do art. 3º e o no art. 4º do Decreto, e a sua afirmação de que “não se pretendeu reivindicar direito à preferência”.

Analisando o procedimento licitatório em questão, observou-se que a administração do TSE, mesmo sem fazer referência ao Decreto nº 1.070/94, adotou os dispositivos insertos no referido normativo relativos à licitação do tipo técnica e preço, não o fazendo em relação àqueles concernentes ao direito de preferência.

Desta forma, entendemos como insubsistente o pleito formulado pelo representante, para que fosse observado no julgamento das propostas, o inciso VII do art. 3º (pré-qualificação das propostas) e o art. 4º (equivalência das propostas) do Decreto 1.070/94, inseridos no contexto do direito de preferência, o qual contraria o princípio da isonomia previsto no art. 37, inciso XXI, da CF/88.

#### CONCLUSÃO

Visto o acima exposto, propomos ao Tribunal de Contas da União que:

a) conheça da presente Representação, formulada nos termos do disposto no § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 213, **caput**, do Regimento Interno do TCU, e observar o disposto no § 1º do art. 69 da Resolução TCU nº 136/2000, para, no mérito, considerá-la improcedente;

b) encaminhe cópia da Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem, à interessada, empresa Netway Datacom Comércio de Sistemas para Informática. Ltda.;

c) determine a juntada do presente processo às contas do Tribunal Superior Eleitoral relativas ao exercício de 2000.”

Tendo em vista a informação do autor da presente Representação no sentido de que o preço cotado pela empresa vencedora fora 28% superior ao menor preço, determinei, em despacho de fl. 56, a realização de diligência ao TSE com objetivo de verificar a existência de eventual superfaturamento. Dessarte, determinei fossem solicitados os seguintes documentos:

a) propostas efetuadas pelas licitantes *Unisys* e *Netway*;

b) cópia da pesquisa de preço efetuada pelo TSE, a fim de verificar a conformidade das propostas com os preços praticados no mercado (art. 43, IV, da Lei nº 8.666/93);

c) deliberação da autoridade competente quanto à homologação da licitação e à adjudicação do objeto da licitação;

d) cópia do instrumento contratual firmado entre a Administração e o adjudicatário.

Além disso, autorizei a Unidade Técnica a solicitar todas as informações que julgasse necessárias para avaliar a adequação dos preços cotados pela *Unisys* com aqueles praticados no mercado.

Realizadas as diligências (fls. 57 e 180), que incluíram a planilha de julgamento das propostas técnicas, a AFCE Fernanda Marina Oga instruiu o processo às fls. 188/192 e assim se manifestou quanto ao resultado das diligências efetuadas:

*“A média dos valores relacionados é de R\$ 586,20 (quinhentos e oitenta e seis reais e vinte centavos). A empresa Unisys do Brasil Ltda. foi a vencedora da licitação com o valor de R\$ 419,00 (quatrocentos e dezenove reais).*

*Ressalte-se que, pela leitura das propostas utilizadas na pesquisa de preços, estes valores foram cotados sem a inclusão dos serviços (assistência técnica, remessa aos locais de votação nos estados e suporte de serviços), que foram solicitados na licitação.*

*Logo, consideramos normal que a proposta da Unisys na licitação tivesse um preço superior àquele utilizado na pesquisa de preços anterior à licitação (R\$ 352,81).*

*Em seguida, pela análise do relatório do Grupo de Assessoramento Técnico – GAT (fls. 181 a 187 – vol. principal), verificamos que as pontuações técnicas aferidas a cada licitante estão corretas. A diferença de 6 pontos entre a proposta da Unisys e da Netway refere-se justamente ao item ‘assistência técnica’, onde a empresa representante não pôde atender a contento aos itens solicitados, não tendo encaminhado documentação comprobatória da capacidade de assistência técnica, com carta de solidariedade, nos estados brasileiros. No restante da pontuação, as empresas obtiveram a mesma nota, por se tratar do mesmo produto.”*

Quanto aos procedimentos adotados pela comissão permanente de licitação, a instrução asseverou não ter encontrado nenhuma falta legal que pudesse comprometer o procedimento licitatório.

Assim, foi proposto pela Unidade Técnica que o Tribunal:

a) conheça da presente Representação para, no mérito, considerá-la improcedente;

b) encaminhe cópia da Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem, à Netway Datacom Comércio de Sistemas para Informática Ltda.;

c) determine a juntada do presente processo às contas do Tribunal Superior Eleitoral relativas ao exercício de 2000.

É o Relatório.

## VOTO

A presente representação, feita com base no art. 113 da Lei nº 8.666/93, visa à impugnação dos procedimentos da Comissão Permanente de Licitação que deixou de observar, no julgamento das propostas para fornecimento de 900 **modems** à justiça eleitoral, os critérios estabelecidos no Decreto nº 1.070/94.

Em que pese as percucientes instruções da Unidade Técnica, deve-se frisar que a questão ora em exame não se refere à aplicação do direito de preferência, conforme registrou o próprio autor da Representação. Mesmo porque os bens oferecidos pelos licitantes são idênticos, o que afastaria, de pronto, qualquer possibilidade de invocar direito de preferência com base em eventuais diferenças existentes entre esses mesmos bens.

A Decisão nº 456/2000 do Plenário, já mencionada pela primeira instrução da Unidade Técnica, deixou assente o entendimento desta Corte no sentido de que a Emenda Constitucional nº 6/95 revogou as normas que dispunham sobre o direito de preferência, uma vez que a Lei nº 8.248/91, em seu art. 3º, fazia expressa remissão ao revogado art. 171 da Carta Magna. Contudo, em nenhum momento aquela Decisão abordou a aplicabilidade ou não dos dispositivos pertinentes ao tipo de licitação ‘técnica e preço’, a ser observada nas contratações de bens e serviços de informática.

Deve-se analisar, sim, a aplicabilidade do Decreto nº 1.070/94 às licitações de informática nas hipóteses em que não se cogita da aplicação do direito de preferência.

Para tanto, é necessário, primeiramente, responder a três indagações:

a) o Decreto nº 1.070/94, ao estabelecer os procedimentos para a avaliação das propostas nas licitações de técnica e preço, está ou não vinculado à existência do direito de preferência, de que trata a Lei nº 8.248/91?

b) o Decreto nº 1.070/94 é constitucional e legal ou excede o poder regulamentar?

c) o Decreto nº 1.070/94 é aplicável aos Poderes Legislativo e Judiciário?

No que pertine à primeira indagação, entendo que o escopo do Decreto nº 1.070/94, mais conhecido pela sua aplicação nos casos em que o direito de preferência é invocado, estende-se a todas as licitações que envolvam bens de informática e que se submetam ao tipo técnica e preço, pelas razões que passo a discorrer.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 45, § 4º, prescreve que as contratações de bens e serviços de informática adotarão, obrigatoriamente, a licitação tipo técnica e preço, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos previstos em Decreto (nesse sentido, o art. 1º, § 3º, do Decreto nº 1.070/94, permite que nos convites não seja usada a licitação do tipo técnica e preço). Além disso, as contratações devem observar o art. 3º da Lei nº 8.248/91, que trata do direito de preferência. Ou seja, a Lei nº 8.666/93 apenas afastou eventual incompatibilidade com a Lei nº 8.248/91, impondo ao administrador o dever de aplicar conjuntamente as duas leis.

Nesse contexto, o Decreto nº 1.070/94 disciplinou as licitações para aquisição de bens de informática, que devem ser feitas por técnica e preço, conforme se depreende da leitura de seu art. 1º:

*“Art. 1º Os órgãos e as entidades da Administração Federal, direta e indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob controle direto ou indireto da União adotarão obrigatoriamente, nas contratações de bens e serviços de informática e automação, o tipo de licitação ‘técnica e preço’, ressalvadas as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade previstas na legislação, **devendo exigir dos proponentes que pretendam exercer o direito de preferência estabelecido no art. 5º deste decreto, conforme seu enquadramento nas condições especificadas no referido artigo, entre a documentação de habilitação à licitação, comprovantes de que:***

.....”

Entendo que o Decreto nº 1.070/94, a par de tratar dos critérios para aplicação do direito de preferência para os bens e serviços de informática, regulou também o tipo de licitação “técnica e preço” para fins de contratação desses bens e serviços, uma vez que a escolha do fornecedor deve observar esse tipo de licitação, de acordo com o Estatuto das Licitações. Ou seja: o Decreto nº 1.070/94 tentou integrar e regulamentar os comandos da Lei nº 8.248/91 e nº 8.666/93.

A Lei nº 8.666/93, ao tratar da matéria, não fez nenhuma remissão a ulterior regulamentação. Pelo contrário, delegou para o próprio instrumento convocatório a fixação de critérios para obtenção das notas técnicas e valoração das propostas de preços, bem assim os pesos a serem conferidos aos fatores técnica e preço.

Reza o art. 46 da Lei de Licitações:

*“Art. 46. Os tipos de licitação ‘melhor técnica’ ou ‘técnica e preço’ serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral, e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do art. anterior.*

*§ 1º Nas licitações do tipo ‘melhor técnica’ será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:*

*I – serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;*

*§ 2º Nas licitações do tipo técnica e preço será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório.*

*I – serão feitas a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;*

*II – a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.”*

Dessarte, caberia ao edital, por força de lei, definir claramente os critérios norteadores de avaliação e julgamento, que considerassem obrigatoriamente a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução.

Se é possível ao administrador fixar esses critérios em edital, com mais razão pode o Presidente da República, na esfera do Poder Executivo, definir quais os

critérios a serem utilizados, dentro das diretrizes legais, de modo a uniformizar os procedimentos administrativos. Essa uniformização é altamente salutar, pois evita que os particulares que contratam ou pretendam contratar com o Poder Público recebam tratamento desigual, pelo fato de o bem ou serviço se direcionar a esse ou aquele órgão.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra Curso de Direito Administrativo preleciona:

*“Sem estes padrões impostos na via administrativa, os órgãos e agentes administrativos guiar-se-iam por critérios díspares ao aplicarem a lei, do que resultariam tratamentos desuniformes aos administrados. A mesma lei seria executada de maneiras distintas. Donde, a expedição de regulamentos é ditada, como ao diante melhor se dirá, por exigências jurídicas inescusáveis derivadas do princípio da igualdade, firmado, entre nós, no art. 5º, **caput**, da Carta Magna.*

*Há, pois, uma razão relevantíssima que reclama juridicamente a edição de regulamentos. É, consoante se disse, a necessidade de tratar uniformemente os indivíduos, em nome do princípio da igualdade.”*

Todavia, não há como estender obrigatoriamente essa regulamentação aos demais Poderes da União, pois o legislador ordinário conferiu a prerrogativa de definir os critérios da licitação tipo técnica e preço ao administrador encarregado da elaboração do edital. O que significa dizer que o Legislativo e o Judiciário só se obrigam a seguir os preceitos do Decreto nº 1.070/94 se houver expressa previsão no edital. Caso contrário, não, pois feriria o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º da Lei nº 8.666/93).

Ademais, o art. 4º do Decreto nº 1.070/94, por regulamentar dispositivo legal revogado por emenda constitucional, deve ser considerado, igualmente, revogado, o que impossibilita sua aplicação inclusive no âmbito do Poder Executivo. A finalidade desses dispositivo era apenas a de considerar artificialmente equivalentes as propostas cujos preços não diferissem mais que 12% daquela que cotou o menor preço, como se depreende de sua leitura:

Decreto nº 1.070/94

*“Art. 4º. Para os efeitos do disposto no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.248/91, considerar-se-ão equivalentes as propostas pré-qualificadas, conforme o inciso VII do art. 3º, cujos preços não sejam superiores a doze por cento do menor entre elas.”*

À guisa de esclarecimento, transcrevo, ainda, os dispositivos legais retromencionados:

Lei nº 8.248/91

*“Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, nos termos do § 2º do art. 171 da Constituição Federal, aos produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, observada a seguinte ordem:*

.....

§ 2º Para o exercício do direito de preferência, levar-se-á em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.”

Evidente que a única razão de não se considerar as propostas cujos preços sejam superiores 12% ou mais ao menor preço repousa na equivalência exigida para a aplicação do direito de preferência, e não em critérios estabelecidos pelo Decreto para o tipo de licitação técnica e preço. Assim, em não sendo possível invocar direito de preferência – seja por considerá-lo revogado ou simplesmente inaplicável ao caso concreto – fica afastada a incidência do art. 4º do Decreto nº 1.070/94. Logo, é de concluir que, mesmo antes da promulgação da EC nº 6/95, não poderia o administrador, nas licitações para bens de informática realizadas sob o tipo técnica e preço, desclassificar as propostas em razão de seus preços nas situações fáticas onde o direito de preferência não pudesse ser invocado – como ocorre no caso presente – a menos que houvesse expressa previsão no ato convocatório.

Portanto, caso a Administração intente prestigiar o critério de preço, de forma a excluir propostas mais onerosas, deve valer-se de maior ponderação para o índice de preço. O próprio Decreto nº 1.070/94 prevê essa possibilidade. É que o fator de ponderação do índice técnico pode variar de 5 a 7. A diferença entre 10 e o fator eleito é o fator a ser aplicado ao índice de preço. Logo, o art. 3º do Decreto faculta que o edital de licitação pondere com igual intensidade (fatores de ponderação 5 e 5, respectivamente) os dois índices, conforme a conveniência da Administração.

Contudo, é de ver que, apesar da revogação do art. 4º do mencionado Decreto, não é dado ao administrador público contratar por valores exorbitantes, acima daqueles praticados no mercado. Isso porque o inciso IV do art. 43 da Lei nº 8.666/93 determina a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis com os preços de mercado ou fixados por órgão oficial competente.

Nesse sentido, determinei a realização de diligências com o fito de verificar a adequação da proposta da *Unisys* - licitante que obteve a maior pontuação global - aos preços de mercado. Com efeito, a pesquisa de mercado realizada pelo TSE (art. 43, IV, da Lei nº 8.666/93) demonstra que os preços de mercado da própria empresa *Unisys* eram inferiores àqueles cotados na licitação: R\$ 352,81 (trezentos e cinquenta e dois reais e oitenta e um centavos) e R\$ 419,00 (quatrocentos e dezenove reais), respectivamente. Essa diferença, de 19%, pode ser explicada pela inclusão dos serviços de assistência técnica exigidos na licitação, como bem observou a instrução da Analista Fernanda Marina Oga (fls. 188/192).. Por outro lado, a pesquisa de preços realizada pelo TSE revelou preços médios - que não incluíam serviços de assistência técnica - de R\$ 586,20 (quinhentos e oitenta e seis reais e vinte centavos), superiores, portanto, àquele cotado pela licitante vencedora.

Em que pese o fato de a empresa *Netway* ter formulado proposta de preço de R\$ 326,00 (trezentos e vinte e seis reais) e a *Unisys* de R\$ 419,00 (quatrocentos

e dezenove reais), os elementos constantes dos autos apontam no sentido de que essa diferença de preços resulta das características das próprias propostas técnicas. Eventualmente, seria de investigar a exequibilidade dos preços cotados pela *Netway*, o que não seria de nenhuma serventia para o presente processo.

Portanto, não restou demonstrada a existência de superfaturamento, por parte da *Unisys*, razão pela qual a presente Representação deve ser considerada, no todo, improcedente.

Por fim, cumpre informar que a nova lei de informática (Lei nº 10.176, de 11.1.2001) reintroduziu, no ordenamento jurídico, o direito de preferência, obviamente sem a antiga remissão ao revogado art. 171 da Constituição Federal. A constitucionalidade da nova norma não será examinada nesta oportunidade, uma vez que a licitação do TSE é anterior à publicação dessa lei e a presente Representação não diz respeito a direito de preferência, mas tão-somente à pertinência da aplicação do art. 4º do Decreto nº 1.070/94.

Diante do exposto, em linha de concordância com a Unidade Técnica, proponho que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Plenário.

#### DECISÃO Nº 141/2001 - TCU - PLENÁRIO<sup>1</sup>

1. Processo TC-013.938/2000-4
2. Classe de Assunto: VII – Representação de que trata o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93
3. Interessado: *Netway Datacom Comércio de Sistemas para Informática Ltda.*
4. Órgão: Tribunal Superior Eleitoral
5. Relator: Ministro-Substituto Benjamin Zymler
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: 5ª SECEX
8. Decisão: O Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
  - 8.1 conhecer da presente representação, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, para no mérito considerá-la improcedente;
  - 8.2 dar ciência desta Decisão, bem como do Relatório e voto que a fundamentam, à empresa *Netway Datacom Comércio de Sistemas para Informática Ltda.* e ao Tribunal Superior Eleitoral;
  - 8.3 determinar a juntada do presente feito às contas do Tribunal Superior Eleitoral relativas ao exercício de 2000.
9. Ata nº 09/2001 – Plenário
10. Data da Sessão: 21/03/2001 – Ordinária
11. Especificação do *quorum*:

<sup>1</sup> Publicada no DOU de 30/03/2001.

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira e o Ministro-Substituto José Antonio Barreto de Macedo.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO  
Presidente

BENJAMIN ZYMLER  
Relator