TOMADA DE PREÇOS – EDITAL – CLAUSULA DISCRIMINATÓRIA

– Não importando em discriminação entre licitantes, é válido o edital de tomada de preços.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

DECISÃO

Relator, Ministro Iberê Gilson:

O Tribunal resolveu dar provimento a recurso interposto pela Direção-Geral do Departamento Federal de Contas, para o fim de tornar sem efeito a decisão de 6 de outubro último, no caso, conforme conclusão do voto do Sr. Relator que constitui o anexo — I da presente ata. O Parecer do Ministério Público, na espécie integra o anexo — II desta ata. Foram votos vencidos os dos Srs. Ministros Wagner Estelita e Amaral Freire, que negavam provimento ao recurso (P. 21.626-67).

Nada mais havendo a tratar foi encerrada a Sessão que, em parte foi presidida pelo Ministro Vergniaud Wanderley, e, para constar lavrou-se a presente ata que vai, ao final, assinada pelo Sr. Ministro-Presidente. Eu, Sebastião Afonso, Secretário das Sessões, a subscrevi. — *Freitas Cavalcanti*, Ministro-Presidente.

ANEXO I À ATA Nº 101-67

O voto do Sr. Ministro Iberê Gilson no processo de denúncia número 24.626, referido no final da ata número 101-67, da qual faz parte integrante é do seguinte teor:

VOTO

Em carta datada de 6 de julho do corrente ano (fls. 1), a firma Indeletron, Indústria Eletrônica S. A., anexando cópia do protesto formulado ao Departamento Federal de Compras (fls. 2 e 3), solicitou providências dêste Egrégio Tribunal contra a inclusão, feita pelo aludido Departamento, no Edital nº 1.217-E, de cláusula que a reclamante considerava discriminatória.

2. O processo foi informado pela Diretoria competente (fls. 4 e 5) e distribuído, em 18 de agôsto, ao ilustre Ministro Vítor Amaral Freire, que, em 15 de setembro, proferiu minucioso voto (fls. 7 a 9), aprovado em Sessão da mesma data no qual propôs o acolhimento da denúncia e providências de ordem interna e externa destinadas a instrução do processo, bem como a posterior remessa do mesmo ao Ministério Público junto a esta Casa.

3. Cumpridas as diligências e com o parecer do douto Procurador (fls. 11 a 20), voltou o processo, em 25 de setembro, ao Ministro Relator, que em 6 de outubro, expendeu longo e brilhante voto a respeito da questão (fls. 21 a 23), aprovado pelo Plenário desta Côrte, em sua Sessão do mesmo dia.

4. Em seu voto, o preclaro Ministro Vítor Amaral Freire fêz um histórico pormenorizado das providências tomadas, concluindo — em face da percuciente análise que procedeu dos fatos como se apresentavam nas peças, então constantes do processado pela

anulação da licitação e cancelamento da encomenda feita, dentro do prazo de cinco dias, e pelo não recebimento do material.

5. A decisão do Tribunal foi transmitida ao Departamento Federal de Compras por intermédio da Delegada desta Côrte junto àquele Departamento (fls. 25). Cientificado da decisão, o Diretor-Geral do Departamento em referência interpôs recurso (fls. 28 a 35), instruído com numerosos anexos (fls. 36 a 130), o qual foi informada e remetido a êste Tribunal pela Delegada referida (fls. 131 e 132). O Ministério Público, pela palavra autorizada de seu Chefe, o eminente Procurador Dr. Luís Otávio Gallotti, expendeu seu parecer (fls. 133 a 138).

6. Antes de entrarmos no mérito da questão apreciando o recurso interposto, é de nosso indeclinável dever evidenciar — visto que merecedores de destaque — os fatos seguintes:

— A Delegada dêste Tribunal junto ao Departamento Federal de Compras deu desempenho eficiente e elogiável à missão que lhe foi confiada, comportando-se dentro das lindes demarcatórias da delegação de competência que lhe foi outorgada; e

— Em momento algum, a qualquer das pessoas que funcionaram no processo ocorreu a menor suspeita da existência de qualquer ação ou propósito que não guardasse perfeita concordância com os princípios morais disciplinadores da licitação e de nenhuma peça do processado consta o mais leve indício nesse sentido; conclusão a que também chegou o douto Procurador (fls. 136).

7. O telex nº 495, de 13 de setembro, junto por cópia a fls. 11, descreve a missão dada a nossa Delegada em referência, estabelecendo o prazo máximo de 3 (três) dias para remessa do relatório, o qual, via telex, consta de fls. 12 e comprova a dedicação e a competência de sua autora e o acêrto e a eficiência com que se houve na execução da tarefa que lhe foi atribuída.

8. As exigências estabelecidas pela Agência Nacional e pelo Departamento Federal de Compras visaram tão sòmente ao estabelecimento de quesito que comprovasse, por via da capacidade técnica a tradição, consoante o entendimento que alcançaram do disposto no artigo 131 do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, tradição que, em seu entender é mais que necessária em fornecimentos de materiais da natureza dos licitados.

9. Com o recurso interposto pelo Departamento Federal de Compras, dois fatos essenciais ao julgamento da questão foram trazidos, pela vez primeira, ao conhecimento desta Côrte de Contas:

— A prova de que a cláusula contestada do Edital nº 1.217-E não restringia a um único concorrente a participação na licitação; e

— O esclarecimento de que o Edital nº 1.217-E não se referia a uma concorrência e, sim, a uma tomada de preços.

10. Afirma o Departamento Federal de Compras, em seu recurso (fls. 33), que "ao chamamento poderiam ter comparecido tranqüilamente" 6 (seis) firmas que enumera, entre as quais a reclamante. O aludido Departamento anexa (fôlhas 38) fotocópia de carta expedida pelo Instituto Nacional do Pinho à Indeletron Indústria Eletrônica S. A., declarando que a citada firma, como vencedora da Concorrência Pública realizada em 3 de julho de 1962, forneceu àquele Instituto, em junho de 1963, transceptores em SSB (single side and band) modêlo 100-4, num total de 16 unidades. A tal respeito, o douto Procurador declara (fôlhas 137): "Entrando no mérito do recurso, vemos que a pedra de toque das razões está na surpreendente revelação de que a INDELETRON (que, em 1966, fôra desclassificada de concorrência por não ha-

ver apresentado comprovante de três anos de fornecimento, e que agora reclama sua exclusão por não possuir os quatro anos exigidos), na realidade, já em 1963, fornecia equipamento semelhante, ao Instituto Nacional do Pinho".

11. Nos precisos têrmos do artigo 127 do Decreto-lei número 200 são modalidades de licitação: a concorrência, a tomada de preços e o convite. O mesmo artigo, em seu parágrafo 3°, define a tomada de preços como a "modalidade de licitação entre interessados prèviamente registrados, observada a necessária habilitação".

12. Ao nosso ver, o conceito de discriminação é variável, tendo-se em vista aquelas três modalidades de licitação. Na concorrência, êle é mais amplo, porque se admite a participação de qualquer licitante através de convocação da maior amplitude; na tomada de preços, êle é menos amplo pois a licitação é feita apenas entre os interessados prèviamente registrados; finalmente, no convite, o conceito ainda é mais restrito, porque o convite pode ser dirigido a três interessados tão-sòmente (art. 127 parágrafos 1°, 3° e 4°, do Decreto-lei número 200).

13. Na hipótese, em se tratando de uma tomada de preços, é de se considerar a informação do Departamento Federal de Compras em seu recurso (fls. 32 e 33), de que "no ramo, e, com condições técnicas e também com a experiência exigida, estão inscritas no Registro de Fornecedores do Govêrno" 6 (seis) firmas expressamente indicadas, "existindo, ainda, outras que embora não inscritas, poderiam habilitar-se e concorrer como a AJ Eletrônica S. A., com mais de 10 anos de atividades no ramo".

14. A cláusula "a" do Edital número 1.217-E pode conduzir a uma discriminação, devendo, assim, ser examinada, em cada caso, em face dos elementos e informações submetidos a êste Tribunal. Na espécie, tal discriminação inexiste mas o Poder Público deve evitar que cláusulas dêsse tipo, capazes de importar em discriminação ou de parecer configurá-la, constem dos processos de licitação.

15. Diante do exposto e em face dos novos esclarecimentos trazidos ao conhecimento desta Côrte de Contas, somos pelo provimento do recurso para o fim de tornar sem efeito a veneranda decisão tomada na Sessão de 6 de outubro último, por entender que não se configurou qualquer discriminação capaz de afetar a licitude da tomada de preços.

Sala das Sessões, 21 de novembro de 1967. — *Iberê Gilson*, Relator.

ANEXO — II À ATA N° 101-67

O Parecer do Ministério Público no processo de denúncia n° 21.626, julgado na Sessão de 21-11-67 e referido no final da ata n° 101-67, é o seguinte:

PARECER

Através da r. decisão de fls. 24, houve por bem o Egrégio Tribunal instaurar inspeção, junto ao Departamento Federal de Compras do Ministério da Fazenda, com vistas à apuração de irregularidade consistente na inserção de cláusula comprometedora do caráter competitivo de licitação.

II

A cláusula em questão restringia o comparecimento aos licitantes capazes de comprovar "*experiência de fabricação de equipamento de S. S. B. de pelo menos quatro anos*" e era seguida da exigência de haver o interessado efetuado "instalações de rêde de mais de 20 estações", além de possuir "no mínimo três filiais em território nacional".

III

No relatório de inspeção, transcreveu-se trecho de expediente da autoridade que requisitou o fornecimento, Sr. Os-

mar Válter, Chefe do Serviço de Radiodifusão da Agência Nacional informando:

"...que a Divisão Técnica da Agência Nacional reconhece que embora havendo várias firmas no Brasil fabricantes de equipamentos de telecomunicações, não atingem as mesmas os padrões técnicos exigidos,

que a única forma de evitar a concorrência dessas firmas seria a seleção rigorosa,

que, em outubro de 1965, adquiriu material da firma impetrante INDELETRON, o qual só ficou em condições de funcionamento após várias modificações feitas pela Divisão Técnica da Agência Nacional." (fls. 12).

IV

Diante disso, concluiu a Sra. Delegada do Tribunal junto ao Departamento Federal de Compras:

"Da informação do Sr. Osmar Válter (item 7 do presente Relatório), infere-se que realmente, houve a intenção de selecionar as firmas. Deveria ficar legalmente comprovado o motivo que o levou e ao Sr. Hélio Ribeiro Válter a solicitarem a inclusão na cláusula do Edital.

Na verdade, a firma INDELETRON não se habilitou à licitação, mas não o poderia fazer por lhe faltarem condições dentro das exigências do edital" (fls. 12).

V

Sucede, ainda, que o *Diário Oficial* da União, Seção I, Parte II, de 8-9-66, p. 2.539, publicara edital de concorrência, para fornecimento de equipamento semelhante, ao Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis, onde se exigia, *segundo a 7ª condição, item a,* a apresentação de *"comprovante de que já forneça equipamentos de radiocomunicações, em S.S.B., há mais de três anos".*

Pela ata de abertura das propostas, no *Diário Oficial* da Guanabara, de 13-10-66, p. 16.512, verifica-se que compareceram três emprêsas, tendo sido única classificada a IMBELSA e desclassificadas a BYINGTON e a INDELETRON *"em virtude de não comprovação do item a, da condição 7ª".*

VI

Em face das circunstâncias apontadas, emitimos parecer a fls. 18-21, sustentando a nulidade da limitação por infringência do princípio da universalidade e pela limitação das possibilidades normais de competição (art. 4º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965).

VII

Em sessão de 6 de outubro corrente, o Egrégio Tribunal deu pela ilegalidade da condição do edital, determinado ao Departamento Federal de Compras fôsse anulada a tomada de preços e cancelada a encomenda.

VIII

Antes de entrar no mérito do recurso articulado pelo Sr. Diretor do Departamento Federal de Compras, cumpre esclarecer dois pontos de ordem preliminar, abordados na referida peça.

IX

O primeiro ponto a clarear diz respeito a alegação do Diretor Recorrente, de que teria a decisão do Tribunal ferido o princípio da "ampla defesa".

Não podemos, em absoluto, concordar com essa assertiva visto não se revestir o processo de caráter contencioso ou disciplinar que ensejasse o recebimento de defesa.

A decisão recorrida corresponde no sistema da Constituição de 1967, aos

freqüentes julgados em que, na vigência da de 1946, recusou o Tribunal registro a contratos ou a ordens de pagamento, com fundamento em nulidade do pegão, sem que nunca, em tais oportunidades, se houvesse cogitado de abrir prazo para defesa ou reclamado contra a falta dessa providência.

X

O segundo aspecto a elucidar e o relativo a alegação contida no recurso, de que a emprêsa signatária da denúncia apresentara reclamação extemporânea, tendo-se conduzido maliciosamente em todo o episódio.

Indispensável fixar que a atuação da Côrte de Contas, na espécie, não se apresenta com a feição de uma segunda instância no processo de apuração da concorrência, restrita ao exame de direitos individuais das emprêsas participantes.

O papel da denunciante se resumiu, no caso, ao de convocar a atenção do Tribunal para o exame de um edital considerado discriminatório.

Êsse exame que, também de ofício, competia à Côrte de Contas, é feito com vistas à verificação objetiva do processo de licitação, em seu conjunto, contemplados o interêsse público e o dano potencial de tôda a indústria, o qual compreende não apenas o da INDELETRON, mas, para exemplificar, o das "várias firmas no Brasil, fabricantes do equipamento de telecomunicações" cuja exclusão foi preconizada pelo Sr. Chefe do Serviço de Radiodifusão da Agência Nacional (item III, supra).

No exame impessoal da regularidade da tomada de preços, procurou também situar-se nosso parecer de fls. 18-20, que se fundou na apreciação da cláusula impugnada, entrando, com as Repartições interessadas, em divergência relativa à interpretação de texto legal e à aplicação de princípio doutrinário, sem que daí adviesse, é bom frisar, qualquer conceito desabonador, no plano moral ou funcional, às dignas autoridades da Agência Nacional ou ao honrado Sr. Diretor do Departamento Federal de Compras.

XI

Entrando no mérito do recurso, vemos que, a pedra de toque das razões está na surpreendente revelação de que a INDELETRON (que, em 1966, fôra desclassificada de concorrência por não haver apresentado comprovante de três anos de fornecimento e que agora reclama sua exclusão por não possuir os quatro anos exigidos), na realidade, já em 1963, fornecia equipamento semelhante, ao Instituto Nacional do Pinho.

Dissemos "surpreendente" não sòmente tendo em conta a conduta da INDELETRON, como sobretudo em vista da informação do Sr. Chefe do Serviço de Radiofusão da Agência Nacional que, ao justificar a inserção da cláusula, invocou, como vimos, a necessidade de serem eliminados vários fabricantes de produtos considerados insatisfatórios, citando, a propósito, nominalmente, a INDELETRON (item III, acima).

XII

A prevalência de uma ou outra dessas versões oficiais, ou a eventual conciliação de ambas (em têrmos que não conseguimos alcançar), não afeta a convicção manifestada em nosso parecer anterior e fundada no exame objetivo da cláusula, em si.

O recorrente insiste na necessidade do estabelecimento de exigências rigorosas a respeito das características técnicas de qualidade e rendimento do equipamento, mas a verdade é que ao invés de concentrar o rigor na definição dessas características de *seleção do material*, empregou-o numa discriminação *entre fabricantes*, instituindo requisito capaz de afastar uma considerável área de concorrentes, independentemente da qualificação do aparelhamento produzido.

XIII

Enumera o Diretor recorrente, a fl. 6, além da IMBELSA e de INDELETRON, quatro outras emprêsas que, segundo informa, teriam podido licitar.

Mas é de notar que, entre as quatro, figura a BYINGTON, desclassificada, em 1966, da concorrência promovida pelo DNPVN, justamente por não haver comprovado três anos de experiência.

Junta, ainda o Sr. Diretor cartas fornecidas por duas companhias, declarando possuirem a antiguidade exigida, mas uma delas, a AJ ELETRÔNICA, não está arrolada na lista das que poderiam concorrer, talvez por não preencher o requisito também impôsto no edital, de possuir o mínimo três filiais.

A carta restante é da ELETROBRAS, cujo papel timbrado também não acusa mais de dois estabelecimentos e que se apresente como intermediária da COLLINS, do Texas U.S.A.

XIV

Como se vê, as razões do Departamento Federal de Compras estão longe de ilidir nossa conclusão de que o pregão, ao invés de *selecionar o equipamento, discriminou entre fornecedores*, restringindo, assim, gravemente, a área da competição e comprometendo a *generalidade da licitação.*

Em face do exposto, nosso parecer é pela mantença da r. decisão que deu pela nulidade da tomada de preços.

Procuradoria, 24 de outubro de 1967. — *Luís Otávio Gallotti*, Procurador.