*CONCORRÊNCIA — SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — SUPERVISÃO MINISTERIAL**

— Cabe recurso, para Ministro de Estado, em concorrência pública promovida por sociedade de economia mista, em razão de portaria ministerial.

— Aplicação do princípio da supervisão ministerial, estabelecido no Decreto-lei n.º 200/67.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Processo PR n.º 5 571/79

Consultoria-Geral da República — Parece N-9, de 20 de agosto de 1979.

"Aprovo. Em 22.8.79." (Encaminhado ao Ministério das Comunicações em 23.8.79).

I. A CONSULTA

Indaga o Exmo. Sr. Ministro das Comunicações se o julgamento de licitação pela Administração indireta é ato recorrível ao Ministro a que seja vinculada.

II. O FATOS

2.1 O Ministro de Estado das Comunicações baixou a Portaria 661/75. Nela estabeleceu diretrizes da política industrial no setor de comunicações. Para por em execução alguns de seus princípios, na mesma Portaria **661/75 determinou** à Telecomunicações Brasileiras S.A. — Telebrás, que procedesse licitação "com o objetivo de selecionar a Tecnologia a ser adotada na fabricação de centrais com Controles por Programa Armazenado do tipo espacial — CPA-E, bem como escolher o fabricante", sob as condições que estabeleceu.

2.2 A Telebrás realizou a licitação ordenada pela Portaria 661/75. Regulada pelo Edital, a "Concorrência nº 1/78 — Tecnologia CPA" submeteu-se a duas etapas, a primeira para a seleção da tecnologia, e a segunda, para a do fabricante.

Na primeira fase, viram-se selecionadas três tecnologias, sem ordem de classificação: — a AXE, produzida pela LM-Ericsson — LME, — a METACONTA, pela Internacional Standard Eletric — ISEC, — e a ND-10, pela Nippon Eletric Co — NEC.

Na segunda fase, após complementação do Edital pela solicitação de informações complementares, a Telebrás decidiu-se pela classificação da LME em 1º lugar, da Isec em 2º lugar e da NEC em 3º lugar.

2.3 Não obstante, a Telebrás, nas tratativas com a LMC anteriores à adjudicação, veio a não aceitar certas condições; — por isso, convocou a Isec, segunda convocada. Entretanto, a LME recorreu desse ato ao Presidente da República, com apoio no art. 170 do Decreto-lei nº 200/67. Por proposta do próprio Ministro da pasta, a Presidência da República determinou a anulação de toda a 2.º fase da licitação, o que foi feito.

2.4 Para fins de então melhor selecionar o fabricante das referidas centrais nacionalizadas, mediante a prévia e suficiente definição do objeto da Concorrência, a Telebrás expediu segundo aditamento ao

* Veja, sobre a matéria, o parecer do Prof. Caio Tácito, publicado neste volume, pág. 332.

Edital, agora como "Pedido de Informações Complementares — PIC", dirigido às três licitantes já selecionados na primeira fase. — Na decisão dessa segunda fase, a Comissão de Licitação submeteu à Diretoria da Telebrás, que a aprovou, a classificação da Isec, associada à União de Indústrias de Produtos Eletrônicos e de Comunicações S.A. — Unipec, e também a da LME associada à Matel S/A — Participações e Administração, ambas em 1º lugar; — e a da NEC, associada à Cia. Docas de Santos-CDS, em 2º lugar. Julgada a licitação, foi adjudicado às duas associações de empresas, o objeto da 2.º fase dessa concorrência internacional.

2.5 A NEC e a CDS, associadas, recorreram da decisão da licitação pela Telebrás, ao Ministro das Comunicações.

2.6 Declara o Exmo. Sr. Ministro das Comunicações no Aviso nº 100/79, que, "preocupado com a magnitude do problema", após ouvir a Presidência da República, atende à recomendação dela, de ouvir o Consultor Geral da República.

No entender preliminar do Exmo. Sr. Ministro, a matéria desdobra-se em duas questões. A primeira, que submete nessa Consulta, a "definir-se quanto ao cabimento ou não de recursos hierárquico ou especial, para o Ministro, das decisões de licitações realizadas pelas entidades da administração indireta". O outro, "específico, concernente à própria política industrial do Governo, quanto à definição da tecnologia a adotar-se para a produção de centrais telefônicas com Controle por Programa Armazenado tipo especial CPA-E". — Nesta conformidade, solicita Parecer do Consultor Geral da República "sobre o primeiro dos pontos destacados acima, isto é, quanto à possibilidade de o Ministro de Estado, no exercício do poder de supervisão caracterizar-se ou não como instância recursal hierárquica ou especial, nas solicitações realizadas pela entidade vinculada".

III. PARECER

3.1 Entendo que, em tese, cabe no direito do licitante, recorrer ao Ministro competente, da decisão de ente da administração indireta, em concorrência pública por esta aberta, que tenha sido conduzida sob as regras do Decreto-lei nº 200/67. — No caso concreto, o direito da licitante, ao recurso, surge acrescido de outras manifestações do poder de supervisão da atividade da empresa a ele vinculada, quanto à busca, pelo Ministério, da realização das diretrizes, que traçou ao concretamento disciplinar o uso e a fabricação no País, de Centrais Públicas CPA, e ainda, ao determinar à Telebrás, a realização de concorrência com esse objetivo.

3.2 Os princípios legais da descentralização administrativa determinada pelo Decreto-lei nº 200/67, art. 10, estão presentes nesta atividade do Ministério das Comunicações conjugado à da empresa vinculada, a Telebrás. — Nele vê-se a distinção clara (art. 10, nº 1) dos dois níveis; — o de direção, cumprido pelo Ministério, e o de execução, pelo Ministério atribuído à Telebrás.

3.3 Não obstante a descentralização constituir-se em princípio fundamental da organização legal da Administração Pública (Decreto-lei nº 200/67, art. 6º, III), contudo os princípios da supervisão ministerial dão-lhe relatividade. É que o Decreto-Lei nº 200 a ela submete qualquer órgão de Administração direta ou indireta (art. 19) e, ainda, inclue na supervisão a "orientação, coordenação e controle das atividades" dos órgãos, sejam os subordinados e sejam os "vinclados", — caso dos entes da administração indireta.

Dado que, por determinação legal, o poder de supervisão estende-se a "todo e

qualquer órgão da Administração Federal direta ou indireta" (Decreto-lei nº 200/67, art. 19), e alcança pelo querer da lei, também as atividades dos órgãos "vinculados" — tem-se que a Telebrás se submete à supervisão do Ministério em que se enquadra.

3.4 No Decreto-lei nº 200/67, o interesse da unicidade administrativa foi guindado à natureza de bem jurídico tutelado. É efeito da inclusão da Supervisão Ministerial, na lei, entre os "Princípios Fundamentais" ditados para regerem a Administração Pública, sendo que a lei submeteu ao poder de supervisão, inclusive a administração indireta (art. 19) e, de modo expresso, também os órgãos vinculados (§ do art. 20). — Vê-se que a supervisão ministerial, definida como princípio fundamental e visando ao interesse superior da unicidade administrativa, com tornar-se um bem jurídico tutelado, afetou de relatividade este outro princípio, o da descentralização.

3.5 No que tange ao tema em questão, a saber, da autonomia absoluta ou não da Telebrás, e, na espécie, a da sua sujeição à supervisão ministerial, verifica-se que a Telebrás submeteu-se à supervisão ministerial. Ela cumpriu e a nível de mera execução, a concorrência pública, que lhe foi determinada pelo Ministério, e obediente às diretrizes assentes pelo mesmo Ministério vinculativo, quanto ao uso e à fabricação no País, de Centrais Públicas CPA (Portaria 661, do Ministro das Comunicações; assentou as diretrizes e ordenou à Telebrás que realizasse Concorrência).

E vê-se que a supervisão ministerial visa a assegurar essencialmente também "a harmonia com a política e a programação do Governo no setor da atuação da entidade" (Decreto-lei nº 200/67, art. 26, II).

3.6 A concorrência realizada pela Telebrás cai sob a supervisão ministerial, portanto, porque quanto a esta concorrência, a atividade de direção foi cumprida pelo Ministério na portaria 661, que lhe estabeleceu os princípios e diretrizes norteadoras, e determinou a licitação à Telebrás; e o mero nível de execução incumbiu à Telebrás, — em clara aplicação do que constitui a descentralização (Decreto-lei nº 200/61, art. 10, § 1º, "A"). — Nesta licitação, o Ministério, tendo exercido a atividade superior da direção, permanece com a atribuição legal do "controle" do órgão subordinado (Decreto-lei nº 200/67, § do art. 20), — "controle" que é uma das manifestações da incumbência da "Supervisão Ministerial", para o fim, no caso, da preservação da harmonia com a política e a programação do Governo, no setor de atuação da entidade (Decreto-lei nº 200/67, art. 26, II).

3.7 Assim, por via do exame da extensão do poder de Supervisão Ministerial, vê-se que cabe o controle da atividade vinculada, pelo Ministro. Entre os controles, compreende-se a revisão dos atos da entidade vinculada, por via de recurso ao Ministro, — não só quanto à apreciação exterior da legalidade do ato recorrido, como quanto ao mérito da sua adequação à política e à programação do Governo, em bem da unicidade da Administração Pública.

3.8 Que se examine agora o direito do licitante a recursos ao Ministro, para que aprecie a decisão da Empresa no caso do julgamento da concorrência.

Seria de examinar se a empresa em causa se encontra sempre adstrita ao procedimento legal da licitação, como regulada no Decreto-lei nº 200/67 e no Decreto nº 73 140/73. — É certo que o Decreto-lei nº 200/67, de um lado, submete às normas da licitação, apenas à Administração Direta e as Autarquias (art. 125) e, de outro lado, atribue até a Empresa Pública — (que deveria ter denominado de "Estatais") — a personalidade jurídica de direito privado (art. 5º nº II).

3.9 Não obstante, ficou ultrapassada no caso presente, esta questão preliminar, a saber, se as normas legais de licitação cons-

tantes do Decreto-lei nº 200/67 são aplicáveis à empresa Telebrás em todos os casos da efetivação por ela, de compras, obras e serviços.

3.10 Torna-se sem objeto, por efeito de dois atos administrativos, ambos com efeitos jurídicos.

O Primeiro, do Ministério das Comunicações. Ele foi quem assentou as diretrizes do objeto desta aquisição, obra e serviço; e foi quem determinou à Telebrás que a atribuição deste objeto, a terceiros, pela Administração, viesse a ser efetuada pela empresa pública Telebrás, mas obedecido o precedimento da "concorrência internacional" (sic). É o que se lê, na Portaria nº 661/75, item IV, 3. — Este ato do Ministro extinguiu a eventual legalidade de a Telebrás dispor da faculdade de selecionar, fora de "concorrência internacional", o tipo de equipamento CPA-E, a ser inicialmente usado no País. O ato do Ministro das Comunicações impôs-lhe de modo explícito, o procedimento administrativo, por ele escolhido, que designou como sendo a "concorrência internacional".

Concorrência e liberdade subjetiva na seleção constituem processos antinômicos. — No caso sob exame, o procedimento de direito público denominado "concorrência" ficou previamente determinado à Telebrás. E esta acatou a determinação, em sua condição de exeqüente subordinada, desta diretriz superior, que lhe deu o Ministro de Estado, no uso de atribuições legais.

O segundo ato de efeito jurídico está presente no Edital, tornado público pela Telebrás. Nele a própria empresa Telebrás adota a denominação legal de "licitação", para o procedimento da escolha. Portanto adotou as normas do direito positivo que regem a "Concorrência". Veja-se no Edital, o Cap. I, nº 1.1; "a presente licitação visa a"...; ainda "licitação", no Cap. II, 2.1; no Cap. V, as regras do "julgamento" completadas no IV, com as Normas do recebimento das propostas; e no mais. — O Edital consiste em oferta pública de contratar. E ainda quando, não o Direito Administrativo, mas o civil, fosse o aplicável, ter-se-ia que a proposta de contrato obriga o proponente (Cd. Civ., art. 1 080). A Telebrás, *ad argamentandum tantum*, mesmo como pessoa de direito privado, ter-se-ia no caso obrigado às normas administrativas, que regem as licitações, o Edital valendo como oferta de contratar.

3.11 Estabelecido, que as normas legais das licitações presidiram essa "Concorrência Internacional", resta agora, examinar a existência do direito dos licitantes dela, a recurso à autoridade do Ministro, no caso de decisão da Telebrás, no julgamento da Concorrência Internacional, que de fato efetuou.

O Decreto-lei nº 200/67, no art. 137, regula o recurso no julgamento de licitação. — No art. 137 assenta caber recurso "em qualquer fase da licitação", no julgamento também, obviamente. E no art. 138, faculta à autoridade imediatamente superior à que proceder à licitação, anulá-la, — ainda que por sua iniciativa, quando mais se provocada por meio de recurso.

Cabe pois o recurso já interposto, do julgamento pronunciado pela Telebrás, na Concorrência Internacional em causa, dirigido pelas licitantes ao Ministro das Comunicações.

3.12 Convém enfrentar a eficácia das normas internas da Telebrás, quanto à licitação. São regras próprias, de natureza interna, aplicáveis às atividades de iniciativas da Telebrás. — Distinto porém é o caso da licitação sob análise, que não é da iniciativa autônoma da Telebrás, mas a ela determinada pelo Ministro, como exeqüente, desdobradamente, da Portaria nº 661/75 daquele Ministério.

Esta licitação não é originária da Telebrás. É ato de mera execução, de iniciativa assim descentralizada (Decreto-lei nº

200/67, art. 10, § 1º, "A"), mas a ser cumprida sob a direção e controle do nível superior, que é o Ministro, que guarda poder de supervisão sobre esta iniciativa, pois ela foi por ele determinada à Telebrás e por ele regulada.

Quando fosse levada demasiado longe, a autonomia da Telebrás como pessoa de direito privado, ainda assim ter-se-ia que por via dos vínculos jurídicos privados, estaria ela submetida ao Ministério com o qual se vinculara em obrigação de fazer quanto à efetuação da Concorrência.

IV CONCLUSÃO

Sou de parecer que, no caso, a Telebrás efetuou concorrência pública por determinação e sob supervisão conseqüente do Ministério das Comunicações, e, do julgamento da licitação pela Telebrás, cabe recurso ao Ministro das Comunicações.

É o Parecer.

Brasília, 20 de agosto de 1979.

Clóvis Ramalhete,
Consultor-Geral da República