Tribunal de Contas da União

Proc. nº 24.572/90

ANEXO I DA ATA Nº 29, DE 19.6.1991
(Sessão Ordinária do Plenário)

CONSULTA, APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 2.300/86

Relator, *Ministro Luciano Brandão Alves de Souza*

Processo nº 024.572/90-0

Consulente: Secretário de Controle Interno do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento

Representante do Ministério Público: Dr. Francisco de Salles Mourão Branco

Órgãos de instrução: 7ª Inspetoria Geral de Controle Externo e Saudi

Assunto

Consulta formulada a este Tribunal pelo Sr. Secretário de Controle Interno do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, sobre: "a) a real abrangência do disposto no art. 51, § 1º, do DL nº 2.300/

86; e b) a necessidade de se repetir ou não a licitação na modalidade convite (art. 20, § 3º, do DL nº 2.300/86), quando não acudirem ao certame no mínimo três interessados do ramo."

Decisão

O Tribunal Pleno, ao adotar as conclusões do Relator, Ministro Luciano Brandão Alves de Souza (fls. 23 a 27 do processo), de acordo com o parecer da Secretaria de Auditoria — Saudi, acolhido integralmente pelo representante do Ministério Público, resolveu, ante todas as razões expostas:

I — conhecer da presente consulta, para que se lhe dê as respostas abaixo:

a) a publicação resumida do instrumento de contrato, ou de seus aditamentos, no Diário Oficial da União, a que se refere o art. 51, § 1º, do DL nº 2.300/86, é obrigatória não só em relação ao "termo de contrato", como também em referência aos demais instrumentos hábeis previstos no art. 52, *caput*, do mesmo texto básico, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus;

b) para a regularidade da licitação na modalidade *convite* é imprescindível que se apresentem, no mínimo três licitantes devidamente qualificados. Não se obtendo esse número legal de propostas aptas à seleção, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, de modo a se garantir, nesse aspecto, a legitimidade do certame.

II — tendo em vista o caráter normativo desta Deliberação, mandar transmitir cópia do relatório e voto aos órgãos dos sistemas de controle Interno dos três Poderes da União, com vistas ao exercício de suas competências, inclusive para fins de orientação junto às unidades supervisionadas ou vinculadas; e

III — a título de colaboração, mandar enviar cópia das mesmas peças, bem como dos pareceres da Saudi e do Ministério Público, ao titular da Secretaria da Administração Federal, objetivando possíveis estudos naquele âmbito, no sentido de identificar a oportunidade e conveniência da adoção de providências de ordem legislativa visando à alteração do DL nº 2.300/86, de forma a que, em nome da racionalização administrativa e da economia ou simplificação processual, o referido estatuto venha a prever limites razoáveis de valores abaixo dos quais seria facultativa a publicação resumida, no DOU, dos instrumentos contratuais firmados pela Administração Pública."

Na oportunidade, todos os Ministros presentes, bem como o representante do Ministério Público e, em conclusão, o Presidente, Ministro Adhemar Paladini Ghisi, congratularam-se, pelo relatório e voto submetidos à consideração do Plenário, com o Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, que agradeceu a todos pelo apoio recebido.

TC-024.572/90-0

Consulta formulada pelo Sr. Secretário de Controle Interno do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, relativamente à aplicação de dispositivos do DL nº 2.300/86.

Relatório

Aprecia-se consulta formulada pelo titular da Ciset/MEFP, envolvendo as duas seguintes questões:

a) quanto à real abrangência do disposto no art. 51, § 1º, do DL nº 2.300/86; e

b) sobre a necessidade de se repetir ou não a licitação na modalidade convite (art. 20, § 3º, do DL nº 2.300/86), quando não acudirem ao certame no mínimo três interessados do ramo.

2. Após afirmar que ambas as indagações têm ensejado interpretações divergentes entre os doutrinadores, a autoridade consulente expõe seu ponto de vista a respeito dos dois temas, inclinando-se por:

a) "admitir, como facultativa, a publicação resumida dos demais instrumentos de ajuste, que não os pactuados por meio de termo de contrato". Invoca, além das disposições dos arts. 50, 51 e 52 do DL nº 2.300/86, "os aspectos administrativo e eco-

nômico que a matéria encerra", e ainda os propósitos de desregulamentação que animam as atuais ações governamentais; e

b) ter como prescindível a repetição do convite, "quando ao seu chamamento não comparecerem no mínimo três interessados do ramo, cabendo ao gestor avaliar, sobre a oportunidade e conveniência de sua repetição". Isto, tendo em vista o que dispõe o art. 20, § 3º, do DL nº 2.300/86, e considerando os efeitos positivos da racionalização administrativa e da simplificação processual.

3. Manifestaram-se sobre a consulta a unidade técnica competente (7ª IGCE — fls. 4/7) e, a nosso pedido, o órgão especializado da Casa (Saudi — fls. 10/16) e o Ministério Público junto ao TCU (parecer do Prof. Francisco de Salles Mourão Branco — fls. 17/21).

É o Relatório.

Voto

Registre-se, desde logo, a questão preliminar suscitada pela douta Procuradoria Geral quanto ao conhecimento ou não do expediente que deu origem a estes autos. Lembra a decisão proferida pelo Tribunal, na Sessão de 27 de março p.p. (TC-001.565/91-5), ao apreciar consulta formulada pela Ciset/Minfra, quando foi baixada orientação definitiva sobre a exigência da fiel observância do Regimento Interno da Corte, na formalização de documentos do gênero.

2. No caso em pauta, como bem acentua o Sr. Procurador-Geral, a exemplo daquela consulta que ensejou a supracitada orientação (de 27.03.91), sobejam razões para que se conheça da correspondência originária da Ciset/MEFP, não obstante a ausência de certos requisitos regimentais. Mesmo porque tanto as perguntas do consulente quanto a instrução do feito ocorreram em época anterior a esse derradeiro e normativo posicionamento do TCU sobre a espécie.

3. Trata-se aqui de matéria altamente relevante, com reflexo em toda a Administração Pública, interessando, em conseqüência, aos sistemas de controle interno dos três Poderes da União, aos quais compete constitucionalmente, dentre outras atribuições, "comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal" (cf. art. 74-II da CF). Destaque-se igualmente sua função de orientadores das unidades que lhes são subordinadas, com vistas à aplicação regular e à utilização racional dos recursos e bens públicos.

II

4. Passando ao exame de mérito dos quesitos formulados pela Ciset/MEFP, perfilhamos o ponto de vista sustentado pela Secretaria de Auditoria — Saudi, através do excelente parecer de fls. 10/16, da lavra do Analista João Batista Macário. Suas conclusões foram integralmente abonadas, não só pelo titular da referida unidade técnica (Saudi), como também pelo Sr. Representante do Ministério Público. A justeza dos argumentos oferecidos em prol da intervenção expressa nos pareceres nos induz a aderir no todo à resposta alvitrada às fls. 15/16.

III

5. No tocante à primeira questão, não é demais ressaltar que a publicidade dos atos da Administração Pública constitui, por imposição constitucional, requisito essencial à sua plena validade e eficácia (cf. art. 37 da CF).

6. Consoante assinalado pelo Prof. Mourão Branco, "impõe-se dar o justo enfoque à expressão genérica de contrato utilizada pelo legislador na regra cujo alcance se busca precisar (cf. DL nº 2.300, art. 51, § 1º), sob pena de sobrelevar-se a forma em detrimento do conteúdo".

7. Efetivamente, o salutar princípio da publicidade — norteador da gestão pública — não teria sua primazia resguardada caso prosperasse a interpretação oferecida pela Ciset/MEFP para o citado dispositivo (art.

51, § 1º), no sentido de restringir ao "termo de contrato" a obrigatoriedade de divulgação ali prevista.

8. Só para argumentar, vale dizer que a prevalência de tal entendimento ensejaria a não publicação de contratações da maior relevância, independentemente de seu valor, a exemplo das pactuações relativas a compras, com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica. É que, como se sabe, em face do disposto no art. 52, § 4º, do estatuto em referência, nessas aquisições é dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição por outros instrumentos, tais como: carta contrato, nota de empenho, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

9. É claro que, a título de racionalização administrativa e economia/simplificação processual, conforme bem-avisadamente pondera a Saudi, seria bem-vinda a adoção, pelo órgão competente, de providência de ordem legal visando à revisão do DL nº 2.300/86, de modo a se fixarem limites razoáveis abaixo dos quais ter-se-ia por facultativa a publicação, no DOU, dos resumos dos instrumentos contratuais, como aliás previa a legislação outrora vigente (Decretos n.os 73.140/73 e 78.382/76 e Lei nº 6.946/81).

IV

10. No concernente à segunda dúvida, o Sr. Procurador-Geral, a fl. 20, empresta à questão à configuração que ela inegavelmente comporta. Diz Sua Excelência, com habitual propriedade, que, "em se tratando da modalidade convite, urge a sua repetição quando o mesmo (convite) não se perfaz, quer porque os convidados não correspondem quer por não provarem ser interessados, como prescreve a lei e presume a repartição, uma vez que se exige dos habilitandos serem idôneos, para que a não apresentação da proposta se caracterize como desinteresse pela licitação".

11. Cita, a propósito, o imprescindível magistério do saudoso Professor Hely Lopes Meirelles, *in Licitação e Contrato Administrativo*. Ed. RT, 1987, 7ª ed. p. 80:

"Como no convite é a própria administração que escolhe os participantes, não se há de computar os inidôneos, convidados para fazer número na licitação."

12. E, comentando ainda essa matéria, diz o emérito administrativista:

"Só é válido o convite quando se apresentam, no mínimo, três licitantes qualificados, isto é, em condições de contratar com a administração. Se forem desqualificados não se contarão como licitantes, devendo renovar-se o convite a outros possíveis interessados, para que se obtenha o número legal de propostas em condições de apreciação e escolha pela administração" (*op. cit.*, p. 86).

V

13. Ante todo o exposto, acompanhando o parecer da Secretaria de Auditoria — Saudi, acolhido integralmente pelo Ministério Público, voto por que o Tribunal de Contas da União adote a seguinte Decisão:

I — que se conheça da presente consulta, para que se lhe dê as respostas abaixo:

a) a publicação resumida do instrumento de contrato, ou de seus aditamentos, no Diário Oficial da União, a que se refere o art. 51, § 1º, do DL nº 2.300/86, é obrigatória não só em relação ao "termo de contrato", como também em referência aos demais instrumentos hábeis previstos no art. 52, *caput*, do mesmo texto básico, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus;

b) para a regularidade da licitação na modalidade convite é imprescindível que se apresentem, no mínimo, três licitantes devidamente qualificados. Não se obtendo esse número legal de propostas aptas à seleção, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, de modo a se garantir, nesse aspecto, a legitimidade do certame.

II — tendo em vista o caráter normativo desta deliberação, seja transmitida cópia deste relatório e voto aos órgãos dos sistemas de controle interno dos três Poderes da

União, com vistas ao exercício de suas competências, inclusive para fins de orientação junto às unidades supervisionadas ou vinculadas; e

III — a título de colaboração, seja enviada cópia das mesmas peças, bem como dos pareceres da Saudi e do Ministério Público, ao titular da Secretaria da Administração Federal, objetivando possíveis estudos naquele âmbito, no sentido de identificar a oportunidade e conveniência da adoção de providências de ordem legislativa visando à alteração do DL nº 2.300/86, de forma que, em nome da racionalização administrativa e da economia ou simplificação processual, o referido estatuto venha a prever limites razoáveis de valores abaixo dos quais seria facultativa a publicação resumida, no *DOU*, dos instrumentos contratuais firmados pela Administração Pública.

Sala das Sessões, em 19 de junho de 1991. — *Luciano Brandão Alves de Souza*, Ministro Relator.

Pro. TC-024/572/90-0

Consulta

PARECER

Originam-se os autos de consulta formulada pela Secretaria de Controle Interno do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, por meio do Ofício Ciset/MEFP nº 2.909, de 11-12-1990, às fls., envolvendo dúvidas, de um lado, "quanto à real abrangência do normativo constante do art. 51, § 1º, do Decreto nº 2.300, de 21.11.1986", e de outro lado, sobre a "necessidade de se repetir ou não a licitação na modalidade convite, quando não acudirem ao processo licitatório no mínimo três interessados do ramo".

2. Não sem revelar a hesitação dos doutrinadores a respeito de ambas as questões, a autoridade consulente toma posição diante das mesmas, adiantando o seu pensamento ao propósito: inclina-se, de um lado, por "admitir, como facultativa, a publicação resumida dos demais instrumentos de ajuste que não os pactuados por meio de termo de contrato", e, de outro, invoca "os aspectos administrativo e econômico que a matéria encerra" e, ainda, os propósitos de desregulamentação que animam as ações governamentais, tendo como prescindível a repetição do convite, "quando ao seu chamamento não comparecerem no mínimo três interessados do ramo, cabendo ao gestor avaliar sobre a oportunidade e conveniência de sua repetição".

II

3. Instruindo a espécie, a zelosa 7ª IGCE opina no sentido de que este Tribunal conheça da consulta, para respondê-la nos seguintes termos, *verbis*:

"a) a publicação resumida do instrumento de contrato, a que se refere o § 1º do art. 51 do Decreto-lei nº 2.300/86 e alterações posteriores, é obrigatória apenas aos termos de contratos e seus aditamentos, ainda que sem ônus;

b) sempre que se configure a modalidade de licitação referida no § 3º do art. 20 do Decreto-lei nº 2.300/86, basta a remessa de carta-convite a três interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos pela unidade administrativa, embora nada impeça que o administrador, no interesse público, amplie o número de concorrentes."

4. Instada a se manifestar no processo, por força do v. despacho do eminente Ministro Relator Luciano Brandão Alves de Souza, à fl. 9, a não menos zelosa Saudi faz judiciosa análise das questões no parecer do Sr. Diretor da 2ª Divisão, Dr. João B. Macário (cf. fls. 10/16), com o endosso do Sr. Secretário, concluindo por preconizar *verbis*:

"I — seja firmado o seguinte entendimento a respeito da matéria objeto da presente consulta:

a) a obrigatoriedade de publicação resumida de contrato, a que se refere o § 1º do art. 51 do Decreto-lei nº 2.300/86, atinge a todos aqueles instrumentos de ajuste previstos no *caput* do art. 52 do Decreto-lei nº

2.300/86, independentemente de valor, ainda que sem ônus, e não só ao 'termo de contrato';

b) quando, no CONVITE, não se verificar o mínimo de três proponentes em perfeitas condições de concorrer à licitação, inclusive na fase de julgamento, deverá ser ampliado o elenco de convidados, de modo a se garantir a obtenção do citado quantitativo mínimo de licitantes, cujas propostas reúnam 'condições de apreciação e escolha pela administração' (Hely Lopes Meirelles — item 28 deste);

II — seja respondido ao consulente nos termos da Proposta de item I, acima;

III — seja dado conhecimento aos órgãos a seguir indicados, caso acolhida a Proposta de item I:

a) à Secretaria da Fazenda Nacional, para que, na qualidade de órgão central do Sistema de controle interno, informe aos demais órgãos setoriais do controle interno, para que os mesmos orientem os órgãos e entidades sob sua jurisdição, quanto ao entendimento ora firmado;

b) à Secretaria da Administração Federal, para que, no uso de sua competência, e se entender oportuno, adote providências no sentido de proceder à necessária revisão do Decreto-lei nº 2.300/86, de modo a contemplar a hipótese de se dispensar a publicação, no *DOU*, dos instrumentos contratuais cujos valores não ultrapassem limites como os referidos no item 18 *retro*, remetendo-lhe cópia deste parecer e da decisão que sobreviver a respeito, para conhecimento das razões que motivaram a presente sugestão."

III

5. Os autos são presentes a esta Procuradoria, mediante a honrosa audiência do já mencionado e eminente Relator do feito.

IV

6. Questão preliminar cabe levantar-se quanto ao conhecimento da presente consulta, em virtude da orientação deste Tribunal firmada nos fundamentados conceitos e considerações que o eminente Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira suscitou ao apreciar o processo TC-001.565/91-5, referente a consulta da Ciset do Ministério da Infra-Estrutura (cf. Sessão de 27-3-1991, Anexo II da Ata nº 12/91). Além do teor mesmo das consultas, distinguem-se as hipóteses em cotejo quanto ao destinatário da consulta, que no precedente invocado era a 9ª IGCE e não a I. Presidência deste Tribunal, como ocorre *in casu*.

7. Naquela assentada (Sessão de 27.3.91), com efeito, aventávamos a oportunidade de o colendo Plenário traçar diretriz sobre o assunto, a fim de se obviarem os inconvenientes de consultas oriundas do controle interno, "no tocante à inteligência a ser dada a dispositivos legais pertinentes à administração orçamentária e financeira". Evocávamos, a respeito, o princípio consagrado na Súmula TCU nº 111, afeiçoado, por sinal, à missão constitucional do mesmo controle interno.

V

8. Em que pese a diretriz encarecida haver sido adotada pela egrégia Corte na referida assentada, pensamos que poder-se-á argüir, no caso concreto, as mesmas razões que induziram ao conhecimento daquela consulta, inclusive em atenção à audiência do eminente Relator, que propiciou as manifestações dos órgãos deste Tribunal constantes dos autos.

9. Eis por que, sem embargo de enaltecermos a orientação ditada pelo colendo Plenário, quanto à preliminar em causa, pronunciamo-nos no sentido de que se conheça da presente consulta, para que se lhe dê a resposta alvitrada pela Saudi, cujas razões e conclusões merecem acolhida pela justeza de argumentação e reta interpretação dos preceitos em comento.

VI

10. Não será demasia enfatizar que a publicidade dos atos da Administração Pú-

blica é elevada pela Constituição em nível de requisito essencial à sua validade, eficácia e moralidade (cf. CF, art. 37).

11. Sob pena de sobrelevar-se a forma em detrimento do conteúdo, consoante bem-avisadamente pondera a Saudi, impõe-se dar o justo enfoque à expressão genérica de contrato utilizada pelo legislador na regra cujo alcance se busca precisar (cf. DL nº 2.300, art. 51, § 1º).

12. Por oportuno, acolhemos a lição de Raul Armando Marques (*in Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. RT, 1988, p. 16), a respeito da primazia que deve ser dada à publicidade dos atos administrativos, quando salienta:

"A publicidade, pois, é da essência do procedimento licitatório, obviamente com exceção quanto ao conteúdo das propostas até à abertura dos envelopes da documentação e das propostas. A publicidade assegura efeitos externos, propicia o conhecimento e o controle dos interessados diretos, e do povo em geral, que poderão valer-se do remédio jurídico judicial próprio — ação popular — quando forem lesados bens ou valores públicos (Lei nº 4.717/65, art. 1º)."

13. E vale o arremate que a propósito desse aspecto relevante da questão licitatória faz o mencionado jurista na mesma obra (cf. p. 139):

"Qualquer contrato, em resumo, deve ser publicado, não importando o seu valor, ainda que não tenha nenhum".

14. No concernente à segunda indagação posta pela Ciset/MEFP, cumpre observar que o legislador de 1986 prescinde da repetição da licitação, na hipótese de, não tendo os interessados acudido à anterior, "esta não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração", quando, então, hão de ser mantidas as condições preestabelecidas (cf. DL nº 2.300/86, art. 22-VI).

15. Acreditamos, no entanto, que, em se tratando da modalidade convite, urge a sua repetição quando o mesmo (convite) não se perfaz, quer porque os convidados não correspondem quer por não provarem ser interessados, como prescreve a lei e presume a repartição, uma vez que se exige dos habilitandos serem idôneos, para que a não apresentação da proposta se caracterize como desinteresse pela licitação. A esse respeito da idoneidade dos participantes, pondera o saudoso e imprescindível Hely Lopes Meirelles, com propriedade, aliás, citado também pela Saudi:

"Como no convite é a própria Administração que escolhe os participantes, não se há de computar os inidôneos, convidados para fazer número na licitação" (*in Licitação e Contrato Administrativo*, Ed. RT, 1987, 7ª ed., p. 80).

VII

16. Por derradeiro, impende salientar que o Programa Nacional de Desregulamentação, instituído pelo Decreto nº 99.179, de 15.3.1990, cujos propósitos são realçados na presente consulta, tem, entre seus escopos, o fortalecimento da iniciativa privada, com redução da interferência do Estado naquela atividade econômica que não lhe concerne precipuamente. Em decorrência da filosofia desregulamentadora, é de compreender-se que qualquer supressão de procedimentos administrativos que vise a limitar a publicidade dos atos do Poder Público e a oportunidade de competição na área dos contratos administrativos parece contrariar essa política. Daí justificar-se a repetição do convite na hipótese acenada na presente consulta.

VIII

17. Estas são algumas considerações que nos fazem abonar a proposição da Saudi, no caso de se conhecer do expediente de fls. 1/3.

Procuradoria, em 13 de maio de 1991. — *Francisco de Salles Mourão Branco*, Procurador-Geral.