LICITAÇÃO — MINISTÉRIO DO EXÉRCITO — SUPERFATURAMENTO

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Processo nº 25.465/91

Trata-se de Inspeção Especial, realizada no Departamento Geral de Serviços do Ministério do Exército, para examinar o procedimento licitatório iniciado com a Concorrência nº 07/91-DGS-DMI, para compra de fardamento e material de cama e banho.

A inspeção, embasada no disposto na Resolução TCU nº 206/80, alterada pela de nº 213/83, foi deferida em Despacho da Insigne presidência, homologado em 23.10.91 pelo egrégio Plenário, e teve origem em Representação formulada pela zelosa 3ª IGCE, à vista de notícias veiculadas pela imprensa sobre possível superfaturamento de preços, quando da aquisição do material de intendência objeto da referida licitação, publicada no *DOU* de 8.8.91.

A diligente equipe que procedeu à análise dos fatos conclui que:

1 — os recursos orçamentários previstos, inferiores a Cr$ 70 bilhões, são insuficientes para atender às despesas da licitação, cujo menor preço cotado atinge Cr$ 146 bilhões. Essa disparidade, certamente, resultará na redução de quantidades superiores aos 25% previstos no art. 26 do edital e no art. 55, § 1º do Decreto-lei 2.300/86 (item 2, fl. 15);

2 — o DGS não realizou pesquisa de mercado para enquadrar a modalidade de licitação, apenas tomou preços cotados em licitação de 1990 (05/90 — DMI), atualizando-os pelo índice 4,6003 utilizado para reajuste do orçamento. "Essa medida cômoda pode ter sido o marco inicial de outras falhas que surgiram naturalmente no processo licitatório" (item 4, fl. 15.1);

3 — o princípio da competitividade, previsto no art. 3º, § 1º, I, pode ter sido comprometido, com o pequeno prazo de divulgação de detalhes técnicos que, obrigatoriamente, deveriam constar do Edital, mas não o foram. Também com a exigência de coresponsável, assumindo responsabilidade de terceiros, figura não prevista na lei (item 9, fl. 15.2 e Anexo J);

4 — os índices aleatórios de inflação embutidos nas peças cotadas, comprovadas por pareceres remetidos pelo DGS e por planilhas de custo, foram provocados pela ausência de previsão de reajuste no Edital, como permite a legislação em vigor. O próprio DGS previu esse reajuste na concorrência nº 05/90-DMI, realizada no ano passado com o mesmo objetivo. Deixou, porém, de adotá-la em 1991 (item 7.3, fls. e 15.3 a 15.4).

5 — a exigência de preço único, independentemente do total de entrega, torna impossível a distinção entre o que é de fato preço e o que corresponde a frete (item 15.5 fl. 7.4);

6 — o recebimento de dados para habilitação e de propostas de preços, em datas distintas, permite que os licitantes infiram quais serão os concorrentes que serão habilitados e possibilita o direcionamento de preços (item 15.6);

7 — a superestimativa de quantidades dos artigos licitados, além das necessidades, é fator inibidor da participação de empresas que não apresentaram propostas por se acharem com baixa capacidade para atender às condições do Edital superestimado.

Assim concluindo, a equipe assinala falhas suficientes para tornar nula a competição já que ilegalidade houve na inobservância do art. 38, inciso II, e parágrafo único; na violação do princípio da publicidade, previsto no art. 3º; bem como da disposição do § 1º, item I, do mesmo artigo; no desrespeito ao contido no art. 55, § 1º; e na exorbitância da enumeração taxativa do art. 25, tudo do Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, o Decreto-lei nº 2.300/86.

A sua proposta de mérito é no sentido de que o Tribunal:

"I — fixe prazo para que o DGS do Ministério do Exército adote as providências necessárias com vistas ao exato cumprimento da Lei (art. 71, inciso IX, da CF), significando, no caso, a anulação da Concorrência nº 07/91-DGS/DMI, conforme previsto no art. 39 do Decreto-lei nº 2.300/86; e

II — com vistas a aprimorar futuros procedimentos licitatórios, que sejam expedidas recomendações ao mesmo órgão no sentido de:

a) definir a modalidade de licitação com base em pesquisa de mercado;

b) estabelecer as quantidades a serem licitadas baseadas nas reais necessidades da organização e compatíveis com as previsões orçamentárias;

c) fazer com que o Edital contenha objeto claro, com todos os detalhes técnicos e especificações necessários e bastantes para a cotação de preço;

d) não incluir exigências não previstas no art. 25 do Decreto-lei nº 2.300/86, tais como a relativa ao co-responsável;

e) nas compras para entregas futuras, a exemplo da presente licitação, faça incluir no edital cláusula de reajustamento de preço."

A Sra. Inspetora-Geral, substituta, salientando que os atos administrativos, decorrentes da licitação em causa, ainda não se concretizaram, porque esta ainda não foi homologada, acata, por inteiro, as propostas formuladas pela Equipe de inspeção.

O douto Procurador-Geral, Prof. Francisco de Salles Mourão Branco, em abalizado pronunciamento de fls., deixa assente o poder-dever, haurido da Lei Maior, que tem esta Corte de conhecer e de se pronunciar em matéria suscetível de gerar despesas para a Administração, como a da espécie versada nestes autos.

Com o brilho costumeiro, S. Exa. reforça as ponderações da instrução com prestimosos comentários à legislação vigente e citações de renomados tratadistas, corroborando a indiscutível inadequação de procedimentos verificada na licitação *in comento*.

Em síntese, o Sr. Procurador-Geral, mesmo afirmando que "Do exame atento dos autos não se dessume procedimento que afete o substrato ético que norteia a moralidade da ação administrativa", não se deparando "efetivamente, com propósito deliberado de conspurcar o princípio da licitação", constata da análise dos autos que:

— redunda não devidamente observado o disposto nos arts. 3º § 1º, item I, e 32, inciso I, do Decreto-lei nº 2.300/86, vez que resulta desatendida a igualdade, hoje corroborada em nível constitucional pelo inciso XXI, do art. 37 e pelo inciso III, do art. 19, da Carta Magna e que encontra grande referencial na Jurisprudência (itens 12 e 13);

— não foi observado o art. 32, IV, do Decreto-lei nº 2.300, que prevê "quando for o caso" — e este é o caso, segundo Sua Exa. — o estabelecimento, no Edital, das condições de reajustamento de preço. O fato, interligado à questão do prazo limite fixado para cumprimento do contrato, considerado excessivo, provocou a superestimativa de preços (item 17);

— houve inobservância da regra do art. 13, do Decreto-lei 2.300, pela qual a Administração só pode comprar individualizando o objeto e tendo recursos suficientes para honrar o pagamento. A escassez de disponibilidade de recursos inviabiliza a compra, nos termos da Lei 4.320/64, e sua redução contraria o art. 55, § 1º, do Estatuto das Licitações (item 22);

— não consta dos autos tenha sido observado o prescrito no parágrafo único, do art. 31, do Decreto-lei 2.300, que faz submeter ao exame prévio dos órgãos competentes da Advocacia Consultiva da União as minutas dos editais de licitação (item 24).

Após essas considerações, o ilustre Representante do Ministério Público manifesta-se "no sentido de que seja assinado prazo para que o órgão militar adote as providências necessárias ao exato cumprimento da Lei, nos termos do permissivo constitucional pertinente (cf. C.F., art. 71 — IX), sem prejuízo de serem formuladas as recomen-

dações alvitradas no Relatório de Inspeção (cf. fls. 245-46), a par daquelas resultantes das observações aqui expendidas".

Sugere ainda transmitir-se o teor da decisão proferida na espécie à S. Exa. o ilustre Titular da Pasta do Exército, ao eminente Procurador-Geral da Justiça Militar e ao Secretário de Coordenação da Defesa dos Direitos Individuais e dos Interesses Difusos — SECODID, em atenção aos expedientes endereçados a este Tribunal.

A Secretaria de Economia e Finanças do Ministério do Exército realizou Auditoria Especial na licitação em exame e também concluiu que a cláusula inserta no Edital, vedando a possibilidade de reajuste dos preços a serem contratados, induziu as empresas licitantes a embutirem nos preços ofertados taxas de inflação aleatórias que chegaram a 267%.

O sobrepreço elevou a previsão inicial de Cr$ 70 bilhões para Cr$ 146 bilhões, inviabilizando a compra.

Afirmam os auditores que "o estabelecimento no art. 8º do edital, de preços fixos e irreajustáveis, impossibilitando a aplicação do índice setorial de custos pactuado, criou oportunidade para que as empresas projetassem, aleatoriamente, índices inflacionários".

Como solução para o impasse, os auditores propuseram a aplicação do art. 80, das Instruções Gerais IG 12-02, aprovadas pela Portaria Ministerial nº 1.224/88. Para isto, seria efetuado pelo DGS, através de Comissão Específica, o levantamento dos preços-base dos artigos licitados e consultadas, por escrito, as empresas vencedoras sobre a possibilidade da redução dos preços constantes de suas propostas, sob pena da não contratação ou da revogação do processo licitatório.

Isto aconteceria após o despacho homologatório, dando validade à licitação e consagrando como válido o preço vencedor que, no caso presente, está visivelmente alterado por componentes inflacionários.

É o relatório.

VOTO

Em 31.7.91, o Departamento Geral de Serviços do Ministério do Exército formou Comissão de Licitação para aquisição de Material de Intendência (fardamento e roupa de cama e banho), com vistas à incorporação da tropa em 1992.

O *Diário Oficial* dos dias 7, 8 e 9 de agosto publicou os avisos da Concorrência, que tomou o nº 07/91 — DGS-DMI, sendo cumpridas as fases licitatórias e respeitados os prazos do edital, tanto para inscrição e habilitação, como em relação às propostas de preços.

Ao analisar-se o Edital, resultou comprovada a inobservância do art. 25, do Decreto-lei 2.300/86, que não prevê a exigência do co-responsável, afetando o princípio da igualdade. O mesmo princípio é descumprido quando o Edital definiu a compra de 114 itens e o DGS afirma a intenção de comprar apenas 60, superestimando os requisitos de capital mínimo e capacidade técnica, o que deixa de fora prováveis licitantes de pequeno porte.

Também o princípio da igualdade, de obediência exigida no mesmo art. 3º, cai por terra quando a divulgação de detalhes técnicos dos produtos se deu a apenas uma semana da entrega das propostas. O procedimento viola também o contido no art. 32, inciso I, que exige clareza na descrição do objeto, e o disposto no art. 35, que prevê simultaneidade na entrega dos envelopes de documentação e de propostas de preço.

Não foi observado também o contido no parágrafo único, do art. 31, do Decreto lei 2.300, que determina o exame prévio, pelo órgão da Advocacia Consultiva da União, das minutas do edital de licitação.

O Edital contém, no seu art. 8º, a vedação de reajustamento de preços e a exigência da cotação de preço único para cada artigo, na quantidade total prevista, independentemente do local de entrega.

Esse dispositivo, que não permite a cotação do preço sem a inclusão de frete, mesmo quando este não ocorrer ou for de pe-

quena expressão, aliado ao elastecido prazo provável para efetivação do pagamento e à impossibilidade de inclusão de cláusula contratual de reajuste, induziu os licitantes a projetarem, aleatoriamente, componentes inflacionários nos preços.

As propostas, mesmo as que apresentaram menor preço, contiveram preços excessivos e inexeqüíveis para o Ministério do Exército, que não dispõe de crédito para cobrir a despesa licitada, nos preços considerados vencedores.

Nesse caso, a Comissão teria que considerar desclassificadas as propostas, nos termos do art. 38, item II e adotar as providências previstas no seu parágrafo único.

A Comissão considerou habilitadas 51 empresas, das quais 35 saíram vencedoras para o fornecimento de 114 itens, objeto da licitação.

O Departamento Geral de Serviços, para enquadrar a modalidade licitatória, não realizou pesquisa de preços, limitando-se a atualizar os valores colhidos na concorrência nº 05/90-DMI, já prescrita, pelo coeficiente 5,6003, usado como índice de correção do orçamento.

Embora o sistema registro de preços ainda não esteja regulamentado por decreto, como previsto no § 3º do art. 14, do Decreto-lei 2.300/86, é prática usual e necessária a pesquisa de preços, para permitir o enquadramento do certame, por modalidade, e para se ter um parâmetro comparativo na análise das propostas, podendo inclusive ser solicitada à Receita Federal.

Seria oportuno e urgente que o Governo regulamentasse o registro de preços, tal como previsto no § 3º, do art. 14, do Decreto-lei nº 2.300/86, preocupação essa já manifestada pelo Tribunal em recomendação formulada em Sessão de 27.3.91, através de voto do eminente Ministro Carlos Átila.

Com o cálculo efetuado, sem referida pesquisa, o DGS estimou a necessidade de recursos para compra do fardamento em .... Cr$ 70 bilhões e solicitou ao DOU/MEFP a abertura do crédito orçamentário. Ocorre que a Comissão de Licitação considerou vencedoras do certame propostas que superaram o valor de Cr$ 146 bilhões.

Esse fato inviabiliza a compra, pois não é permitido o gasto público sem a existência de crédito orçamentário. A vedação está contida no art. 60 da Lei nº 4.320/64 e convalidada na Constituição Federal, art. 167, II e § 1º, bem como no art. 13, do Decreto-lei nº 2.300/86, ao dispor que nenhuma compra será feita sem a indicação dos recursos financeiros para seu pagamento.

O Ministério do Exército obteve para essa compra o descontingenciamento de cerca de Cr$ 5 bilhões e espera a abertura de crédito que complete Cr$ 70 bilhões e fração. Não pode, pois, adquirir material de intendência no valor de mais de Cr$ 146 bilhões.

A licitação nº 07/91-DGS-DMI, embora já julgadas as propostas vencedoras, ainda não foi homologada pela autoridade competente. Nem poderá sê-lo nas condições postas, com fixação da despesa em montante superior à previsão de recursos.

Resta adequar as condições licitadas aos recursos previstos, na conformidade do art. 55, § 1º, do Decreto-lei nº 2.300/86, ou agir como preceituado no art. 38, item II, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Outra hipótese aventada é a proposta nas conclusões da Auditoria Especial realizada pela Secretaria de Economia e Finanças do Ministério do Exército que, constatando e reconhecendo o excesso de valor proposto em relação aos recursos existentes, sugere a aplicação do art. 80 e seus parágrafos, das Instruções Gerais para realização de Licitações e Contratos no Ministério do Exército (IG 12-02).

Referido dispositivo reza que, após homologada a licitação, quando da contratação da compra, for verificado preço corrente inferior ao licitado, será consultado o vencedor sobre a possibilidade de este reduzir o preço ao patamar de mercado.

Se o licitante aceitar a redução, o contrato será firmado com o novo preço. Se recusada a proposta, porém, o Exército poderá ou revogar a licitação ou aceitar os

preços licitados, mesmo que excessivos, dependendo da conveniência administrativa.

Diz Hely Lopes Meirelles que "Esse — concedido ao vencedor após a homologação — direito confere ao adjudicatário não só a faculdade de contratar o objeto licitado, como a de impedir a contratação com terceiros ou de obter a indenização dos prejuízos causados pela conduta ilícita da Administração".

Com mais veemência, se pode inferir que o licitante, após homologado o certame em que foi vencedor, tem o direito de manter os preços oferecidos e já aceitos pela Administração. Nessa ótica, inócua seria a aplicação do art. 80 da IG 12-02, para o fim de reduzir os preços da licitação *in comento*.

Em verdade, o alto valor das propostas de menor preço, ultrapassando a mais otimista previsão de créditos do DGS, contém uma excessiva e aleatória previsão inflacionária.

Na Auditoria Especial do Controle Interno, constatou-se um acréscimo ao preço corrente, variando entre 20% e 267%, para itens e empresas diferentes. Esse mesmo estudo, procedido pela Equipe de Inspeção do Tribunal, chegou a valores postados entre 99% e 387%. A análise baseou-se em planilhas de custos fornecidas ao Departamento de Abastecimento e Preço — DAP/MEFP pelas empresas licitantes.

Para essa projeção aleatória de inflação muito contribuíram as condições impostas no Edital, onde se estabeleceram prazos muito dilatados (cerca de 6 meses) para cumprimento do contrato, sem atentar para o alerta do Decreto nº 30, de 7.2.91, onde o prazo é considerado um fator que pode influenciar o custo final do objeto licitado.

Também não foram obedecidos os permissivos legais para reajustamento de preços contratados, como previsto no art. 32, IV, do Decreto-lei nº 2.300/86 e, agora, permitido pela Portaria MEFP nº 429/91, baseada na lei nº 8.178/91, exatamente para evitar a projeção inflacionária nos preços de bens e serviços, em conformidade com a política econômica do Governo.

Essa desatenção à realidade legal forjou a combinação de grandes prazos com a vedação de reajuste contratual contida no Edital, induzindo os preços à projeção inflacionária, que acabou por inviabilizar a contratação da compra pretendida, por insuficiência de crédito orçamentário, face ao vulto da despesa licitada.

A constatação caracteriza a figura do preço excessivo prevista no Estatuto das Licitações, e que tem procedimento jurídico-administrativo específico, como se vê dos arts. 14, § 1º, 22, item IX, e 38, inciso II e parágrafo único.

O preço excessivo ocorre quando a proposta é superior ao preço de mercado ou ultrapassa o preço registrado, o qual, por sua vez, baseia-se no preço de mercado (arts. 14, § 1º e 22, IX).

Uma vez caracterizado "preços excessivos ou manifestamente inexeqüíveis", como é o caso presente, as propostas *serão desclassificadas* (art. 38, II). Veja-se que isto é uma imposição da lei, que ainda não foi cumprida pelo DGS. Se todas as propostas forem desclassificadas por preço excessivo, terá surgido o chamado "desinteresse pela licitação", que permite à Administração fixar aos licitantes o prazo de 8 dias úteis para apresentação de outras propostas com preços compatíveis, segundo o art. 38, parágrafo único. Se não surgirem propostas escoimadas da cláusula impugnada, a Administração poderá contratar diretamente com quem ofereça o preço corrente, nas mesmas condições do edital (art. 22, inciso IX).

Na impossibilidade de se obter o crédito, resta providenciar-se a redução do gasto. Mesmo porque o valor de Cr$ 146 bilhões contém comprovada parcela inflacionária, calculada de forma aleatória, que não pode prosperar em virtude da política econômica do Governo.

O caminho viável para possibilitar a compra é baixar o seu preço ao patamar corrente de mercado, sem ferir as normas reguladoras da espécie.

A sugestão da Auditoria Especial para esse fim é aplicar o disposto no art. 80, §§ 1º e 2º da IG — 12-02, promovendo pesquisa de preço e consultando os licitantes sobre a possibilidade e disposição para baixarem os preços já aceitos.

Assim, resta como conduta aplicável a utilização, pura e simples, do disposto no art. 38 do Decreto-lei nº 2.300/86 que, aliás, já deveria ter sido adotada, ante a clara constatação, pela Equipe de Inspeção do Tribunal e pela Auditoria Especial do Exército, dos preços majorados.

A aplicação da norma contida no art. 38 do referido Estatuto, considerando desclassificadas as propostas de preços excessivos ou inexeqüíveis, antes da homologação do certame, mantém a validade do procedimento licitatório, permitindo a efetivação da compra de quem ofertar o preço corrente, e correto, nas mesmas condições do Edital.

De tudo isso resulta claro que o Ministério do Exército necessita adquirir o enxoval que, por força de lei, a União deve fornecer a cabos e soldados de seu contingente, mas não dispõe de recursos suficientes para fazê-lo.

O atraso na liberação desses recursos financeiros acaba por provocar obstáculos aos órgãos de intendência, que se deparam com dificuldades de mercado e preço para providenciar, a tempo hábil, os estoques de fardamento indispensáveis à incorporação que ocorre anualmente.

Houvesse agilidade na liberação desses recursos e talvez o problema ora enfocado não estivesse ocorrendo.

A este Tribunal, entretanto, na sua centenária missão, cabe conhecer e analisar, em profundidade, cada ato de gestão que possa acarretar a geração de gastos para o Erário.

No caso presente, não se consumou ainda o processo licitatório e o Tribunal já está agindo na sua atribuição preventiva e concomitante, didática e saneadora, buscando colaborar para que os fatos não fujam das leis e dos regulamentos.

De fato, a Concorrência nº 07/91-DGS/DMI não se concretizou porque não chegou a receber o despacho homologatório.

Não se pode desconhecer as peculiaridades e especificidades do Exército Nacional, mas também não podemos descumprir deveres inalienáveis da nossa função de Juízes de Contas que, ao longo de um século, têm prestado relevantes e insubstituíveis serviços ao Erário e ao povo brasileiro.

Os procedimentos iniciais, como convocação, habilitação e julgamento, já realizados e que são a preparação jurídico-administrativa para a efetivação da compra pretendida, hão de se adequar às normas regulamentares para que o negócio se concretize com parcimônia, correção e justiça.

Assim sendo, em face de todo o exposto e acolhendo o mérito dos pareceres emitidos nos autos, voto por que o Tribunal assine o prazo de 10 (dez) dias ao DGS para adotar as providências necessárias a adaptar o procedimento licitatório consubstanciado na Concorrência nº 07/91 — DGS/DMI, à conformidade dos dispositivos legais que regem a espécie, nos termos do inciso IX do art. 71 da Constituição Federal, adotando, neste caso, a decisão que ora submeto à aprovação do egrégio Plenário.

É o voto.

Sala das Sessões, em 21 de novembro de 1991. — *Fernando Gonçalves*, Ministro Relator.

Processo TC — 025.465/91-0
Representação

PARECER

Estes autos decorrem de Representação formulada, em 21.10.91 (cf. fl. 1), pela zelosa 3ª IGCE, à vista de notícia veiculada pela imprensa sobre "possível superfaturamento de preços quando da aquisição, pela Diretoria de Material de Intendência do Ministério do Exército, de uniformes e roupas de cama e banho, objeto da Concorrência nº 007/91-A, publicada no *DOU* de 8.8.91".

II

2. Na Sessão de 23.10.91 (cf. Ata nº 49/91), o Colendo Plenário homologou o v. despacho de 21 anterior, da I. Presidência, que havia autorizado, *ad referendum*, a realização de Inspeção Especial na referida unidade militar, com fundamento na Resolução TCU nº 206-80, alterada pela de nº 213-83.

3. Em alentada análise dos fatos noticiados, a diligente Equipe de Inspeção apresenta o Relatório de 08 do mês em curso, às fls. 236/246, propondo, em conclusão, *verbis:*

"I — que seja fixado prazo para que o DGS do Ministério do Exército adote as providências necessárias com vistas ao exato cumprimento da lei (art. 71, inciso IX, da CF), significando, no caso, a anulação da Concorrência nº 07/91-DGS/DMI, conforme previsto no art. 39 do Decreto-lei nº 2.300/86;

II — com vistas a aprimorar futuros procedimentos licitatórios, que sejam expedidas recomendações ao mesmo órgão no sentido de:

a) definir a modalidade de licitação com base em pesquisa de mercado;

b) estabelecer as quantidades a serem licitadas baseadas nas reais necessidades da organização e compatíveis com as previsões orçamentárias;

c) fazer com que o Edital contenha objeto claro, com todos os detalhes técnicos e especificações necessários e bastantes para a cotação de preço;

d) não incluir exigências não previstas no art. 25 do Decreto-lei nº 2.300/86, tais como a relativa ao co-responsável;

e) nas compras para entregas futuras, a exemplo da presente licitação, faça incluir no edital cláusula de reajustamento de preço."

4. Em seu parecer, de 11 do mês em curso, a zelosa Terceira Inspetoria Geral, não sem ressalvar "não ter sido ultimado o processo licitatório e diante do permissivo constitucional (art. 71, incisos IX e X)", preconiza a acolhida da proposição retrotranscrita, alvitrando, ainda, a oportuna juntada destes autos às contas respectivas, para exame em conjunto e em confronto.

III

5. Somos distinguidos com a audiência solicitada, mediante o v. despacho de fl. 250, pelo eminente Ministro Relator Fernando Gonçalves, que ressalta "a urgência de que se reveste a matéria, tendo em vista as repercussões alcançadas, em âmbito nacional e até internacional".

IV

6. Conforme se verifica dos autos, tanto o Relatório de Inspeção como o parecer da IGCE apresentam unânime entendimento quanto à forma de solucionar a questão posta na espécie, visando a anulação da Concorrência nº 07/91-DGS/DMI, com apelo à regra do art. 39 do Decreto-lei nº 2.300/86.

7. O fundamento invocado para a medida preconizada tem a motivá-lo a ilegalidade, que a instrução do processo detecta ao ser observado o disposto no art. 38, inciso II e parágrafo único, do citado Decreto-lei nº 2.300; ao ser violado o princípio da publicidade previsto no art. 3º do mesmo Estatuto Jurídico, ao ser desrespeitado o disposto no art. 55, § 1º, do mesmo diploma; ao ser contrariada a mesma disposição em seu art. 3º, § 1º, item I, e, finalmente, ao exorbitar, o Edital, a enumeração taxativa do art. 25 do citado Estatuto.

V

8. Do exame atento dos autos não se dessume procedimento que afete o substituto ético que norteia a moralidade da ação administrativa. Não se depara, efetivamente, com propósito deliberado de conspurcar o princípio da licitação, afigurando-se-nos, antes, que o Administrador age movido dentro de uma certa concep-

ção, que se lhe parece conduzir a uma situação mais vantajosa para a Administração.

9. Em suma, não havendo evidências de procedimento doloso no feito, resulta mais adequado convir em que o gestor da coisa pública buscou a aplicação da norma jurídica dentro de determinada compreensão da realidade (complexa, sem dúvida) que envolve a operação visada no indigitado certame licitatório.

VI

10. Cabe a este Tribunal, no entanto, o controle da legalidade da despesa pública que resulta dos contratos administrativos e demais instrumentos regidos pelo Estatuto Jurídico em comento — controle esse que tem o condão, até, de prevenir a despesa que não se afeiçoe à lei, através da relevante ampliação da jurisdição da Egrégia Corte de Contas, desde que lhe foi outorgado —, em contrapartida da abolição do sistema de registro *a priori* de atos e contratos administrativos — o poder de inspeção e auditoria, assentado no inciso IV do art. 71 do texto constitucional.

11. Assim é que nas forças de sua competência, haurida da Lei Maior, este Tribunal tem o poder-dever de conhecer e de se pronunciar em matéria, como a da espécie dos autos, suscetível de acarretar despesas para a Administração. E o faz imbuído da expressiva posição institucional que ocupa no plano do nosso sistema de direito positivo, em que "não guarda relação de dependência com qualquer dos Poderes do Estado", consoante realçado por antigo e eminente Ministro desta Corte, o jurista Ewald S. Pinheiro, oportunamente citado pelo não menos eminente Doutor Saulo Ramos, quando na titularidade da Consultoria Geral da República subscrevia a substanciosa Exposição de Motivos nº 02, aprovada em 21.11.86 (*in DO* de 25.11.86), pela qual submetia à consideração do Sr. Presidente da República o Projeto de Decreto-lei, que viria a se converter no Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, que nos reclama, agora, especial atenção, por suas implicações neste feito.

VII

12. Dentro dessa ótica, restrita, assim, ao campo do Direito, que diz com a aplicação da norma jurídica, forçoso é convir que se torna, com efeito, discutível a observância, *in casu*, do disposto no art. 3º Decreto-lei nº 2.300/86, uma vez que, inclusive, ante o que é enfatizado no Relatório de Inspeção (cf. subitens 8.1 e 13.2.1.1), resulta desatendida a igualdade, hoje, segundo observa Carlos Pinto Coelho Motta, "corroborada em nível constitucional pelo inciso XXI do art. 37 e pelo inciso III do art. 19 da Carta Magna, encontrando grande referencial na jurisprudência" (*in Licitação e Contrato Administrativo*, Ed. Lê, 1990, p. 46).

13. Demais disso, assiste razão à Equipe de Inspeção quanto vê no art. 37 do Edital uma "medida prejudicial ao princípio da competitividade", pelas razões que se expõem no Relatório (cf. fl. 239, subitens 9.1 e 9.2). Daí que redunda não devidamente observado o disposto nos arts. 3º, § 1º, item I, e 32, inciso I.

VIII

14. Outro ponto de cardeal importância que merece a acurada análise da Equipe de Inspeção concerne à questão dos prazos referentes à validade das Propostas e ao cumprimento do Contrato, que se interliga com a questão dos preços, sendo que sob este aspecto ganha relevo, ainda, a omissão de cláusula de reajustamento dos preços — o que obviaria o inconveniente de ser embutida a projeção da inflação futura nos custos, além de contrariar a política econômica do governo, consoante assinala, com propriedade, o Relatório de Inspeção (cf. itens 7 e subitens 7.1 a 7.3 e subitem 13.2.2.1).

15. De efeito, a par de se viabilizar o pagamento de "preços excessivamente infla-

cionados", na hipótese aventada pela Equipe de Inspeção (cf. subitem 7.2.1), o prazo-limite de 210 dias entre a entrega das Propostas e o cumprimento do Contrato afigura-se-nos, também a nós, excessivo, contribuindo, decerto, juntamente, com a questionada cláusula posta no art. 8º do Edital (preço único, fixo e irreajustável, para cada artigo, na quantidade total prevista em cada relação, independentemente dos locais de entrega), para o fato bem anotado no subitem 13.2.1.1 do Relatório de Inspeção, onde se adverte que "a quantidade dos artigos a serem adquiridos na licitação foi superestimada" (...), ficando "também superestimados o capital exigido, a comprovação da capacidade técnica e o custo dos insumos".

16. No respeitante a este aspecto atinente ao prazo, que o legislador exige que conste do Edital (cf. Decreto-lei nº 2.300, art. 32-II), vale notar que entre os exemplos de abusos cometidos pela Administração, arrolados por Ivan Barbosa Rigolin, em excelente artigo sobre vícios de editais citado por Carlos Pinto Coelho Motta na obra supramencionada (cf. p. 74/75), avulta o "prazo de validade da proposta, ilegal ou positivamente irrazoável (em razão da subida inflacionária)". Outrossim, cumpre atentar para o disposto no art. 4º do Decreto nº 30, de 7.2.1991, considerado o prazo como um dos fatores que podem influenciar o custo final do objeto licitado, razão a mais para que se fixem critérios objetivos para a sua aplicação.

17. A propósito dos preços tornados excessivos, em razão da orientação que presidiu o questionado procedimento editalício, partilhamos das restrições postas no Relatório de Inspeção (cf. subitem 13.2.2.1), máxime quando o Estatuto Jurídico prevê, "quando for o caso" — e parece-nos que é o caso neste processo — que se estabeleçam no Edital, a par das condições de pagamento, também as de reajustamento de preços (cf. Decreto-lei nº 2.300, art. 32-IV).

18. Para tanto, vem em socorro do Administrador a Lei nº 8.178, de 1.3.91, que estabelece regras sobre preços, prevendo, em seu art. 3º — IV, que o Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento poderá expedir instruções relativas à renegociação dos contratos, visando preservar seu equilíbrio econômico-financeiro. Em decorrência disso, foi editada a Portaria MEFP nº 429, de 3.6.91, que, em seu art. 1º, suspendeu, a partir de 1.5.91, a vedação do reajuste de preços dos contratos de que trata o art. 4º da citada Lei nº 8.178/91.

19. Daí que não seria necessário valer-se o Administrador do expediente de incluir a inflação projetada no custo do produto, bastando observar os preços verificáveis em pesquisa de mercado, em que pese reconhecermos que o critério adotado de atualizar em janeiro de 1991 os preços cotados na Concorrência nº 05/90-OMI, pelo índice de correção do orçamento de 4,6003 então vigente, tem sua razão de ser, inclusive porque revela o cuidado do Administrador de seguir uma diretriz comum em termos administrativo-orçamentários. Todavia, não parece ser a solução mais favorável ao Erário, consoante demonstra a instrução do processo.

20. Cumpre estar atento para este ponto de maior relevância, com vistas à estrita observância do disposto no art. 38, inciso II e parágrafo único, do Estatuto em comento, pois que é deferido à Administração não só desclassificar as Propostas com preços excessivos ou manifestamente inexeqüíveis, mas, ainda, quando todas elas forem desclassificadas, fixar aos licitantes o prazo de 8 dias úteis para apresentação de outras escoimadas das causas referidas nesse artigo. Em seus prestimosos "Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos", Raul Armando Mendes observa:

"A Administração, diante dos preços ofertados, confronta-os com os correntes no mercado, para ver se são superiores. Mas a Administração há de estabelecer um critério, para aferir essa superioridade, que não há de ser qualquer uma, pois uma diferença mínima, e para mais, não é suficiente a abandonar-se a licitação e fazer a contratação direta, com comprometimento da moral do administrador. Todavia, constante que o

preço é mesmo superior, em despacho devidamente fundamentado, contrata diretamente com quem oferece preços razoáveis e de valor não superior aos do registro de preços." (Cf. *op. cit.*, p. 65/66).

21. Importa ressaltar, sob esse aspecto, a importância de se confrontarem os preços ofertados com os correntes no mercado, sendo lícito, inclusive, ao Administrador solicitar junto à Receita Federal o levantamento de preços, praticados pelas empresas participantes da licitação à época do certame, acompanhando-o de cópia de notas fiscais que comprovem esses preços — o que enseja um ajuizamento mais adequado acerca do nível dos preços licitados.

IX

22. Questão de igual relevo, que se destaca na espécie, pertine à inobservância, *in casu*, da regra do art. 13 do Decreto-lei nº 2.300, pela qual "a Administração só pode comprar individualizando o objeto e tendo recursos suficientes para honrar o pagamento" (*in Comentários* de Raul A. Mendes, p. 40). A escassez de disponibilidades de recursos resulta manifesta da declaração do DGS referida no subitem 13.2.1., contrariando o preceituado no art. 55, § 1º, do Decreto-lei nº 2.300.

23. Tanto o art. 6º como o art. 13 do Estatuto das Licitações cuidam do "poder de gasto que deve orientar todo ordenador de despesa", enfatiza Carlos Pinto Coelho Motta, na obra supracitada (cf. p. 50). Eis um princípio consagrado na Lei nº 4.320-64 (cf. art. 60) e convalidado na Constituição Federal (cf. art. 167 — II e § 1º). O festejado autor observa, ainda, que o preceito do art. 6º é reforçado pelo art. 13, "que exige, anteriormente à compra, 'a caracterização do objeto e a indicação dos recursos financeiros para seu pagamento', e pelo art. 31, que fixa um roteiro para o processo administrativo antecedente ao procedimento licitatório". Adverte, por fim, que a Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 8.211/91, art. 4º) confirma naturalmente este ordenamento, ao inadmitir que se fixem despesas sem que estejam definidas as fontes de recursos correspondentes.

X

24. Por derradeiro, não consta dos autos tenha sido observado, *in specie*, o prescrito no parágrafo único do art. 31 do Decreto-lei nº 2.300, que faz submeter ao exame prévio dos órgãos competentes da Advocacia Consultiva da União as minutas dos editais de licitação.

XI

25. Eis, em breve resenha, o panorama que nos oferece a espécie dos autos, em que se delineiam infringências a dispositivos do Estatuto das Licitações, cabendo, em tal circunstância, a solução prevista no art. 71, inciso IX da Lei Maior.

26. Assim sendo, e malgrado reconhecermos a elevação que impregna os esclarecimentos prestados pelo Sr. Ministro de Estado do Exército, bem assim as ponderáveis considerações constantes de sua Exposição à Comissão de Defesa Nacional (cf. Volume I, em anexo), se bem que — impende frisar — esses arrazoados não enfrentam as questões de impugnação suscitadas nestes autos, uma vez que produzidos quando tais questões ainda lhe eram — e ainda são — desconhecidas, manifestamo-nos no sentido de que seja assinado prazo para que o órgão militar adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, nos termos do permissivo constitucional pertinente (cf. C.F., art. 71 — IX), sem prejuízo de serem formuladas as recomendações alvitradas no Relatório de Inspeção (cf. fls. 245-46), a par daquelas resultantes das observações aqui expendidas.

27. Poderá, ainda, o colendo Plenário mandar transmitir o teor da decisão proferida na espécie a S. Exa. o ilustre Titular da Pasta do Exército, bem assim ao eminente Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Milton Menezes Costa Filho, e, de igual modo, ao não menos eminente Subprocurador-

Geral da República, Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, DD. Secretário de Coordenação da Defesa dos Direitos Individuais e dos Interesses Difusos — SECODID, em atenção aos expedientes endereçados a este Tribunal (cf. docs. de fls. 218-9 e 220, e fls. 1-4 do anexo Volume I).

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

DECISÃO Nº 366/91 — PLENÁRIO

01. Processo nº TC — 025.465/91-0

02. Classe e Assunto: Classe III — Relatório de Inspeção Especial realizada no Departamento Geral de Serviços — DGS, para examinar procedimento licitatório para compra de material de intendência (fardamento e roupa de cama e banho) consubstanciado na Concorrência nº 07/91 — DGS/DMI.

03. Responsável: Gen. Ex. Iris Lustosa de Oliveira.

04. Unidade: Departamento Geral de Serviços.

Vinculação: Ministério do Exército.

05. Relator: Ministro Fernando Gonçalves.

06. Repr. do Ministério Público: Dr. Francisco de Salles Mourão Branco.

07. Órgão de Instrução: 3ª IGCE.

08. Órgão de Deliberação: Plenário.

09. Decisão: O Tribunal de Contas da União, reunido em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator e acolhendo o mérito dos pareceres, decide:

I — com fulcro no inciso IX, do art. 71, da Constituição Federal, assinar o prazo de 10 (dez) dias para que o Departamento Geral de Serviços do Ministério do Exército adote as providências necessárias ao exato cumprimento da Lei, no que concerne a prazos e preços da Concorrência nº 07/91 — DGS/DMI.

II — com vistas a aprimorar futuros procedimentos licitatórios, recomendar ao mesmo DGS no sentido de:

a) nas compras para entregas futuras, quando for o caso, fazer incluir no edital cláusula de reajustamento de preço, como previsto no art. 32, IV do Decreto-lei nº 2.300/86 e permitido pela Lei 8.178/91, c/c a Portaria MEPF nº 429/91;

b) estabelecer as quantidades a serem licitadas baseadas nas reais necessidades da organização e compatíveis com os recursos financeiros previstos para seu pagamento, nos termos do art. 13, do Decreto-lei nº 2.300/86;

c) fazer com que o Edital contenha objeto claro, com todos os detalhes técnicos e especificações necessários e bastantes para a cotação de preço, nos termos dos arts. 13 e 32, I, do Decreto-lei nº 2.300/86;

d) não incluir exigências não previstas no art. 25 do Decreto-lei nº 2.300/86, tais como a relativa ao co-responsável;

e) submeter as minutas dos editais de licitação à Consultoria Jurídica do Ministério, nos termos do parágrafo único, do art. 31, do Decreto-lei nº 2.300/86;

f) observar os precisos termos do art. 55, § 1º, do Decreto-lei nº 2.300/86, quando se fizerem necessárias alterações, para mais ou para menos, no objeto licitado.

III — transmitir o inteiro teor da presente Decisão ao Exmo. Sr. Ministro de Estado do Exército e aos Exmos. Srs. Procurador-Geral da Justiça Militar e Subprocurador-Geral da República, DD. Secretário de Coordenação da Defesa dos Direitos Individuais e dos Interesses Difusos, estes dois últimos em razão de suas solicitações;

IV — reiterar à Secretaria de Administração Federal — SAF a recomendação no sentido de promover, com urgência, a regulamentação do sistema de registro de preços, como previsto no § 3º, do art. 14, do Decreto-lei nº 2.300/86, já formulada em Sessão de 27.3.91 (Anexo XVII da Ata nº 12/91); e

V — juntar, oportunamente, o presente processo às contas respectivas, para exame em conjunto e em confronto.

10. Data da Sessão: 21.11.91. *Adhemar Paladini Ghisi,* Presidente. *Fernando Gonçalves,* Ministro Relator.