CONCORRÊNCIA PÚBLICA — CLÁUSULAS DO EDITAL — IGUALDADE ENTRE CONCORRENTES

— É nula a cláusula de edital de concorrência pública de caráter discriminatório, destinada a afastar determinado concorrente.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Recorrentes: Universidade do Recife e União Federal
Recurso de mandado de segurança n.º 1.629 — Relator: Sr. Ministro ELMANO CRUZ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança n.º 1.629, de Pernambuco:

Acordam os Juízes do Tribunal Federal de Recursos, em Tribunal Pleno e por maioria de votos, em negar provimento ao que foi interposto, para o fim de confirmar a decisão concessiva da segurança, tudo nos têrmos dos votos constantes das notas taquigráficas em anexo e que dêste ficam fazendo parte integrante. Custas *ex-lege*.

Rio, 23 de outubro de 1952 — *Ministro Sampaio Costa*, Presidente. — *Ministro Elmano Cruz*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Elmano Cruz — O caso em tela é o seguinte: numa concorrência para execução de serviços na Universidade do Recife a Sociedade Construtora de Obras Públicas Ltda., viu-se impedida de concorrer com os demais candidatos à execução das obras pelo fato de constar, do edital de concorrência, cláusula que impunha a qualquer dos concorrentes a obrigação de jamais ter entrado em juízo contra a Universidade, com qualquer espécie de ação.

Inconformada com esta cláusula que a seu ver extravazava as normas gerais de contabilidade pública, impetrou a Sociedade Construtora mandado de segurança ao Juiz de Direito da Comarca do Recife, que lhe concedeu a ordem, por sentença que se encontra nestes autos a fls. 72/76, cuja parte decisória vou ler ao Tribunal, dispensando-me de ler a parte expositiva porque há dois advogados das partes presentes: (lê).

Dessa decisão, proferida aos 25 de janeiro de 1952, recorreram seu prolator, de ofício, e o Reitor da Universidade, tendo sido o recurso contra-arrazoado, achando-se presentes os advogados do recorrente e da recorrida.

Neste Tribunal, diz a Subprocuradoria Geral da República o seguinte: (lê).

E' o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Elmano Cruz (Relator) — Sr. Presidente, confirmo a sentença de primeira instância que concedeu a segurança impetrada.

Tenho para mim que a cláusula posta pelo Magnífico Reitor da Universidade do Recife, no edital de concorrência, letra "k", aberra e extravaza de todos os preceitos de direito administrativo, relativamente às concorrências públicas: a invocação feita pelo Juiz do art. 141, § 4.º, da Constituição tem pertinência. Se por êsse artigo nenhuma lesão de direito individual poderá deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário e, se pelo fato de ter recorrido ao Poder Judiciário se vê a concorrente privada, posteriormente, de ser admitida a concorrência pública, evidentemente, puniu-se, por via indireta, quem usou para defesa de um direito de meio assegurado pela Constituição.

De modo que, o art. 141, § 4.º, da Constituição, assegurando a qualquer um reclamar ao Poder Judiciário contra ato que considera prejudicial a seus interêsses, não permite uma punição contra êsse litigante.

Noutro caso, no mandado de segurança n.º 934 já julgado, teria a Sociedade Construtora pleiteado sua classificação em primeiro lugar na concorrência com o afastamento dos outros concorrentes, ou classificada com vantagens sôbre elas. Êsse mandado foi bem denegado porque não poderia o Tribunal entrar no merecimento da própria concorrência para verificar se havia vantagem em prol desta ou daquela concorrência ou se os preços unitários seriam, ou não os melhores ou as especificações as mais convenientes. Por isso, o Tribunal, com meu voto, negou aquêle mandado de segurança.

Punir-se a Sociedade Construtora vedando-lhe o acesso, em igualdade de condições, com os demais competidores pelo só fato de já ter litigado contra a Universidade não é ato compatível com a posição de Magnífico Reitor de uma Universidade brasileira. Há um direito líquido e certo a amparar, qual o de ser a referida Sociedade admitida a concorrência e entre as normas gerais previstas no art. 745 do Código de Contabilidade não se pode incluir esta proibição de recorrer ao judiciário. Ai daqueles que, tendo contra si um ato do Reitor da Universidade recorressem ao Judiciário ainda que se tratasse de mandado de segurança que pressupõe direito líquido e certo, ou, pelo menos julga quem o impetra, estar amparado por êsse direito.

Há uma nuance curiosa na cláusula proibitiva pois esta se refere exclusivamente a demanda no fôro do Recife, o que vale dizer, se tivesse havido demanda em outro qualquer fôro poderia a parte concorrer.

Para mim, é de todo em todo inadmissível que de uma concorrência pública destinada a escolha do melhor executor de qualquer obra pública, se exclua — dentre os que a ela acorram — aquêle que teve, anteriormente, contra a Universidade e União, conjuntamente, uma ação judicial, principalmente mandado de segurança em que se pede o reconhecimento de um direito líquido e certo.

O ato do Magnífico Reitor foi pois corrigido em boa hora pelo Juiz da Comarca do Recife e o ato do Juiz para mim, é de ser mantido, e eu o mantenho.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Macedo Ludolf — Sr. Presidente, o mandado de segurança, como é notòriamente sabido, tem sua eficácia em campo jurídico muito limitado, e é preciso que o Tribunal, realmente, se oriente, cada vez mais, no sentido de confinar bem o uso dessa medida jurídica de ordem excepcional.

Sentimos, em nosso meio, a tendência para o abuso em relação ao uso do remédio de que se trata.

No caso presente, a discussão, através dos brilhantes debates feridos, se reduz, em última análise, a um aspecto, digamos assim, de fato, ou seja, a situação de idoneidade ou inidoneidade de uma determinada firma para inscrever-se em certa concorrência pública.

O assunto, por sua relevância, tem largo destaque no Código de Contabilidade Pública, onde se estabelece que esta condição de idoneidade deve ser prèviamente aferida pelo administrador, no sentido de se admitir, ou não, que determinado interessado possa concorrer a serviço público sob regime de contrato.

Ora, Sr. Presidente, se o escopo da medida posta em Juízo é êsse de se considerar que o Reitor da Universidade do Recife teria se excedido nas exigências referentes à inscrição na concorrência pública, chego ao ponto, que é principal, a que me referi, ou seja, que a situação de idoneidade ou inidoneidade é questão de fato, e cabe ser invocada pela Administração no uso de seu poder discricionário. A circunstância de haver uma vedação, de referência indeterminada a concorrentes que

estejam, ou não, litigando contra a Universidade, parece-me não ferir qualquer direito pessoal expresso em lei.

Até agora, não vi qualquer demonstração, *data venia* do eminente Relator, que me convença dessa lesão de direito que se procura debater.

Dês que a Administração deve ter o poder de apreciação, em têrmos que não possam sofrer contrôle do Judiciário, porque é uma faculdade inerente à jurisdição dela, não vejo como se admitir o emprêgo de mandado de segurança, que só pode ser objeto de decisão através de situação jurídica líquida e certa. Essa liquidez e certeza não encontro na hipótese.

Assim, Sr. Presidente, *data venia*, reportando-me às considerações que vinha fazendo de que tudo se resume numa questão de fato, de apreciação sôbre a qualidade da pessoa que concorre, isto é, o aspetco de idoneidade, quer me parecer que não é possível subsistir a medida concedida. Neste caso, no meu modo de ver, o Poder Judiciário estaria indo além das raias que lhe competem, estaria invadindo o campo de ação do Poder Administrativo em matéria que lhe é privativa e não pode ser objeto de qualquer contrôle ou apreciação.

Com essas considerações, Sr. Presidente, voto no sentido de dar provimento ao recurso.

Entendo, sobretudo, que a medida é inidônea e que, sob tal aspecto prejudicial, então, não chegará nunca a prosperar.

VOTO

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Nego provimento ao recurso. O edital define exclusão que a lei e o direito não admitem.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo — Dou provimento ao recurso, para cassar o *writ*. Sempre entendi que as condições do edital de oferta, nos casos de concorrência pública, são formulados pela Administração. E' o que deflui da leitura do Código de Contabilidade Pública. E' a lição dos tratadistas. Recaredo Fernandes de Velasco, por exemplo, em *Los Contratos Administrativos*, ressalta que o *pliego de condiciones* fica ao nuto do Administrador. Em cada oferta, é o Administrador quem formula as condições econômicas, técnicas, jurídicas e outras que entender precisas para impedir prejuízos ao Erário. Só distinções ominosas, distinções vedadas por lei, possibilitam reclamo do pretendente à concorrência. Distinção que tal não ocorre na situação tipo dos autos. O item K da cláusula 2.ª do edital de fls. 17 está assim redigido:

Nada mais natural do que fugir a contratos de empreitada com pessoas ou sociedades construtoras envolvidas em litígios por causa de obras que hajam empreitado. Qualquer particular pode tomar êsse alvitre, essa precaução. Por que a Administração Pública está impedida de fazê-lo, de salvaguardar os altíssimos interêsses por que responde, de precatar, os dinheiros de impostos que a população paga? Basta ver que o edital impugnado foi redigido numa Universidade cujo Reitor, Professor Joaquim Inácio de Almeida Amazonas, é um varão dotado de qualidades preclaras, de alta sagacidade, de atributos morais e intelectuais que o consagram. Basta ver que êsse edital mereceu o plácito unânime de uma congregação de homens de notável saber jurídico (fls. 40 e 42). E basta ver que o próprio impugnante no item K, cláusula 2.ª do edital, o próprio impetrante, ora recorrido, já mereceu de um Governador de Alagoas, faz pouco, esta portaria, transcrita a fls. 34:

"O Governador do Estado de Alagoas, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o que consta do processo número 1.061-49, da Secretaria do Govêrno, resolve declarar a inidoneidaode da Sociedade Construtora de Obras Públicas Ltda. (SCOP), cujo sócio-gerente é Lisanel de Melo Mota, para que produza

os efeitos legais, sem prejuízo dos demais procedimentos e pronunciamentos de direito. — Maceió, 18 de agôsto de 1949".

E' o que posso dizer nesse momento como apoio ao voto do Ministro Ludolf e razão de ser da minha discordância com os demais colegas.

VOTO

O Sr. Ministro Alfredo Bernardes — Sr. Presidente, mantenho a decisão recorrida, esclarecendo, no entanto, que meu voto não implica em proibição à Universidade de, apurando no regime próprio as várias fases da concordata, excluir a firma recorrida pelo mesmo motivo ora alegado.

VOTO

O Sr. Ministro Cândido Lobo — Senhor Presidente. O Código de Contabilidade, no art. 741, § 6.º, estabelece: (lê). E no art. 750: (lê). Logo, estabeleceu a idoneidade como preliminar, como função precípua das concorrências e também a possibilidade de os concorrentes reclamarem contra a exclusão ou inclusão de qualquer concorrente na lista de idoneidade, em função dêsses dois dispositivos. Estabeleceu êsse mesmo Código, no art. 745, letra *d*: (lê).

Ora, Sr. Presidente, a meu vêr, é preciso separar as duas situações: a da idoneidade e a dos requisitos. No caso, estou entre aquêles que não reconhecem como falta de idoneidade o fato de alguém ter proposto uma ação. Podia essa ação ser julgada improcedente, diz-se-á, por ter perdido a parte a ação que propôs? Repito, tornar-se-á ela inidônea? Evidentemente, não. Se tivesse sido julgada procedente a ação contra essa Universidade, diante da cláusula do edital não podiam concorrer, porque a cláusula diz:

"Prova de não ter, nem ter tido, em juízo contencioso da sede do seu domicílio, nem do da capital do Estado de Pernambuco, ação ou processo de qualquer natureza, em que seja parte, inclusive mandados de segurança ou outros, mesmo de natureza administrativa, em que seja requerente, relativa à construção de que tenha sido encarregado ou a que se tenha proposto".

Podia ser julgada a ação procedente, quer dizer, a idoneidade ter sido vitoriosa na ação. Seria inidoneidade do concorrente? Também não. Se a Universidade tivesse perdido a ação contra êsse homem, também seria motivo para inidoneidade? Também não. Pelo contrário, seria provado que essa firma teria razão, tanto que propôs a ação e ganhou. A meu ver, improcede a separação dos dois itens estabelecidos na letra *d*, inidoneidade e requisito. A situação está dentro destas duas partes, isto é, poderia êsse edital exigir êsse requisito? Não. Essa prova de idoneidade e êsse requisito de não ter havido ação contra a Universidade e, daí, concluo; é legal êsse requisito e possível de constar de um edital? A meu ver, e *data venia*, a situação tem que ser examinada assim.

Sr. Presidente, infelizmente, eu não posso acompanhar o voto dos Srs. Ministros Macedo Ludolf e Cunha Melo, porque entendo, como o Sr. Ministro Alfredo Bernardes, que a situação do mandado de segurança seria claramente configurada, concretizada, não por esta simples ameaça, porque, por enquanto, estamos face a face com uma ameaça, não havendo um fato concreto positivo. Essa firma ainda não foi excluída da concorrência. Ela concorrerá. Será excluída, vamos admitir, por lhe faltar não idoneidade, mas êsse requisito, para verificar se êsse requisito é daqueles que afetam a idoneidade do concorrente.

Diante do exposto, Sr. Presidente, estou em gênero, número e caso com o voto final do Sr. Ministro Alfredo Bernardes. Isto não impede, absolutamente, que examinemos oportunamente, e dentro das próprias regras estabelecidas ao processo do mandado de segurança, a situação jurídica dessa firma. São estas as razões que me levam a manter a decisão.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria de votos, contra os dos Srs. Ministros Macedo Ludolf e Djalma da Cunha Melo, negaram provimento ao recurso. O Sr. Ministro Mourão Russel votou de acôrdo com o Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Ministro J. J. de Queirós. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sampaio Costa.