CONCORRÊNCIA PÚBLICA — IDONEIDADE DOS CONCORRENTES

— A questão da idoneidade dos concorrentes é preliminar do julgamento da concorrência.

— É ilegal a preterição da proposta mais vantajosa.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Prefeitura Municipal de São Carlos *versus* Lourenço Inocentini e Filhos
Apelação cível n.º 9.529 — Relator: Sr. Desembargador
GYGES PRADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível — processo n.º 9.529, da comarca de São Carlos — entre partes, autora, apelada, a firma Lourenço Inocentini & Filhos e, ré, apelante, Municipalidade de São Carlos, recorridos os mesmos e recorrente o Juízo: Acordam os juízes da Quarta Câmara Civil do Tribunal de Alçada, unâninemente em relação à preliminar e por maioria de votos no mérito do recurso, conhecer dêste e lhe negar provimento.

A apelada, que havia contratado com a apelante a publicação dos seus atos oficiais nos anos de 1950, 1951 e 1952, tomou parte na concorrência aberta para 1953, propondo-se a efetuar o serviço por Cr$ 3.500,00 mensais, mas foi preterida por outro concorrente, a *A Cidade*, que contratou a publicação a Cr$ 6.000,00 por mês. Sentindo-se prejudicada, ajuizou a presente ação em que pede o ressarcimento dos prejuízos sofridos que estimou em Cr$ 42.000,00, com juros da mora, custas e honorários de advogado na causa a que foi dado o valor de Cr$ 60.000,00. Defendeu-se a ré sustentando que a matéria de publicação dos trabalhos, segundo o art. 101, parágrafo único da Lei estadual n.º 1, de 18 de setembro de 1947, não tem nenhuma relevância porque se devem ter em conta a freqüência, hora e intensi-

dade da circulação dos periódicos concorrentes e, ainda, que influiu na aceitação da proposta mais cara o critério da idoneidade dos preponentes, sendo afastada a autora porque não cumpriu regularmente os contratos dos anos anteriores em que a remuneração foi de Cr$ 5.000,00 mensais, inexplicàvelmente baixada para Cr$ 3.500,00, com intuito evidente de não cumprir a incumbência mal desempenhada antes pela publicação dos trabalhos em seção imprópria — ineditorial para livre — para comentários da redação ou notas à margem, da autoria de redatores desavisados, em adendo à matéria oficial, com o objetivo de estabelecer polêmica com o Poder Público Municipal.

Realizadas as provas consistentes no depoimento do Prefeito, representado pelo advogado da ré, sem exibição de mandado, e na inquirição de testemunhas da autora, foi a ação julgada procedente em parte, condenada como foi a ré a indenizar os prejuízos causados à autora, oriundos da perda da concorrência, com juros da mora, a partir da liquidação, custas e honorários de advogado, conforme se liquidar na execução do julgado. Recorreu o Juízo de ofício e apelou oportunamente a vencida, apresentando, com razões de recurso, a exposição de fato e de direito constante da defesa e o memorial apresentado por ocasião dos debates orais. A recorrida, em contra-razões, suscitou a preliminar de não conhecimento do recurso por inobservância do art. 158, ns. II e III, do Código de Processo Civil.

A turma julgadora, unânimemente, conhece do recurso voluntário, embora sem exposição dos fatos e das razões do novo pedido, porque a remissão ao articulado na defesa e ao memorial, apresentado por ocasião do julgamento em primeira instância, supre a falta alegada em contra-razões. Assim já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça na apelação n.º 47.160, de São Paulo (*Revista dos Tribunais*, vol. 188, pág. 663), e menos rigoroso já se mostrou o colendo Supremo Tribunal Federal (*Revista* citada, vol. 150, págs. 341 e seguintes — agravo de instrumento n.º 11.371, e no recurso extraordinário n.º 21.515, julgado a 14 de novembro de 1952, de que dá notícia o *Ementário* publicado no *Diário da Justiça*, da União, de 20 de abril de 1953, pág. 1.193).

No mérito, foi bem acolhida a procedência da ação, relegado o quanto para final execução do julgado. Apresentou a apelante, na sua defesa, como causa justificativa da preterição de que se queixa a apelada, a falta de idoneidade desta, e, como razão da escolha da proposta mais onerosa, outras vantagens que não apresentaria a autora, nos têrmos do artigo 101 da Lei de Organização Municipal referida, mas a prova dos autos lhe foi inteiramente contrária, certo, como ficou, ter o jornal da apelada maior número de assinantes e sair mais vêzes por semana, havendo em seu favor, ainda, a presunção de que assim realmente fôsse, pois contratou três anos seguidos a publicação dos atos oficiais da ré. Invoca esta, é certo, falta de fiel cumprimento do contrato, mas, além de nunca ter havido qualquer reclamação antes do ingresso da autora em Juízo, ficou inteiramente sem prova a justificativa da defesa.

Quanto à questão da idoneidade da concorrente, aberta, como foi, sua proposta, não mais poderia ser objeto de exame, por se tratar de preliminar do julgamento da concorrência, já ultrapassada e vencida, quando não havia possibilidade de apreciação dos fatos, principalmente se conhecidos do julgador, se existissem, ao tempo da abertura da concorrência. Êsse é o entendimento da matéria na doutrina e até mesmo na esfera administrativa (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 29, págs. 316 e seguintes).

Ilegal a preterição da proposta mais vantajosa, que foi a da apelante e permitida a apreciação da ilegalidade pelo Judiciário, até em mandado de segurança (Seabra Fagundes, parecer na *Revista dos Tribunais*, vol. 191, página 598, e *Revista de Direito Administrativo*, citada, vol. 22, pág. 369), bem dirimiu a controvérsia a sentença apelada que

fica mantida pelos seus próprios fundamentos.

Custas pela apelante.

São Paulo, 15 de março de 1955. — *L. G. Giges Prado*, Presidente e Relator. — *Francisco de Sousa Nogueira*, vencido na preliminar. — *Djalma Pinheiro Franco*, vencido. Dava provimento para julgar a ação improcedente, de acôrdo com a seguinte declaração de voto:

1. De início é de ser acentuado que o douto juiz, julgando procedente a ação, outorgou à autora aquilo que na inicial nem sequer foi pedido.

2. Esta, na verdade, pede, a final, seja "a ré condenada a indenizar-lhe os prejuízos decorrentes, que consistem, no caso, no que deixou de ganhar com a concorrência, no total de Cr$ 42.000,00, juros da mora, custas e honorários de advogado..." (fls.).

3. Dá-lhe, no entanto, a sentença uma parcela não pedida: "Tem ainda a firma autora direito a reaver o despendido com a apresentação do seu orçamento na concorrência em que foi vencedora pela Administração, que entregou o serviço a concorrente vencido nessa mesma concorrência" (fls.).

"Feita a classificação das propostas por meio de quadros e outros demonstrativos, será realizada a escolha pela autoridade competente, o que não exclui certa discrição, limitada apenas pelos têrmos dos editais e pelas disposições legais em vigor.

"Assim, a proposta mais barata, por mínima que seja a diferença, terá preferência; .....

"Mas, entre os propostas, pode acontecer que a diferença mais sensível não se caracterize no preço, mas em outra condição (Temístocles Cavalcânti, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 464).

"... o critério exclusivo para o balanço das vantagens não é o do máximo das obrigações, a que o concorrente se proponha, ou da base dos preços ou tarifas que estabeleceu. Ao contrário, cumpre à administração ponderar a exeqüibilidade das vantagens, a praticabilidade da proposta em si, sob a consideração, corrente nas transações comerciais, de se a aparente superioridade da oferta não dissimula a inferioridade do que se oferece. Esta observação de ordem prática abrange um ponto de ordem jurídica, a saber, a segurança da validez do contrato, ameaçada, em tal hipótese, pela má-fé da proposta..." (Menegale, *Direito Administrativo*, volume II, pág. 190).

4. No caso dos autos, há esta consideração a fazer: podia a autoridade declarar a inidoneidade de um dos preponentes depois de abertas as propostas, vale dizer, depois de ter sido reconhecida a sua idoneidade?

5. Em princípio, não: que fácil seria o afastamento de um licitante pela tardia proclamação dessa inidoneidade (v. a propósito, Seabra Fagundes, Parecer na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 34, pág. 398).

6. No caso, porém, a proposta da firma apelada, na concorrência para a publicação dos atos oficiais da Prefeitura de São Carlos, foi algo de estarrecer: quando em anos sucessivos ela era de um certo preço para cima, acompanhando assim a natural ascensão do custo de vida, nesta última proposta, porque um concorrente se lhe depara, o preço fixado desce para um nível inferior aos anteriores.

7. Isso, à evidência, denuncia a má-fé com que agiu a apelada — uma verdadeira concorrência desleal — para derrubar a outra firma, co-participante da concorrência. Tão assinalada má-fé que — ao invés de pretender a adjudicação do serviço (como o pretendeu aquêle cidadão que pedira o parecer de Seabra Fagundes, aliás não acolhido pelo Pretório Excelso (v. cit. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 35, página 272) ou a anulação da concorrência — o que pretendeu é que se lhe pagasse a importância correspondente à integral execução do serviço que não executou!

8. Em caso tal, bem se compreende a repulsa da autoridade administrativa à proposta. E, agora, bem se há de compreender — porque sensível deve ser o

juiz às considerações da lei moral (Ripert, *A Regra Moral*, edição de 1937, n.º 16, pág. 33) — a minha repulsa à procedência da ação.

9. Acrescente-se, porém, que, no adjudicar o serviço ao jornal *A Cidade*, usou o Prefeito Municipal da discrição que lhe outorgava o edital e a que os concorrentes expressamente se sujeitaram (fls.).

10. Na verdade, na cláusula 5.ª do edital, foi esclarecido que: "será tomada em consideração, na escolha das propostas, a tiragem diária das edições e a freqüência das publicações, devidamente comprovadas" (fls.).

11. Ora, foi verificado na espécie que maior era a tiragem de *A Cidade*, a freqüência dos jornais sendo a mesma (ambos diários) v. fls.

12. Nestas condições — se êste fator devia ser tomado em consideração, segundo a cláusula edital; isto significando dizer que o preço, só por só, não era decisivo; e se, com base nesse fator, decidiu-se a escolha de *A Cidade* — é visto que o Prefeito Municipal, assim escolhendo, não procedeu com arbítrio, em ordem a ferir qualquer direito da firma apelada, com a discrição que lhe outorgava o edital, expressamente aceito, repito, pelos concorrentes.

13. Conseqüência, pois, é que não tem a apelada direito a qualquer indenização, verdadeiro locupletamento ilícito, a meu ver, em razão da adjudicação do serviço a outrem; daí por que, discordando da egrégia maioria, dei provimento aos recursos para julgar improcedente a ação.