CONCORRÊNCIA PÚBLICA — IDONEIDADE DO CANDIDATO — EXCLUSÃO — COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

— Não é privativo da Comissão de Concorrência Pública o exame da idoneidade dos candidatos, que poderá ser feito, a "posteriori", em grau de recurso.

— O Presidente da República tem competência implícita para, em última instância, decidir de tudo quanto interessa à administração da coisa pública.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Oscar Ribeiro da Silva Jordão *versus* União Federal
Apelação Cível n.º 4.482 — Relator: Sr. Ministro AGUIAR DIAS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 4.482, do Distrito Federal, em que é apelante Oscar Ribeiro da Silva Jordão e apelada a União Federal:

Acordam os Juízes do Tribunal Federal de Recursos, na 2.ª Turma, por maioria de votos, em negar provimento à apelação, interposta, para confirmar, como confirmam, a decisão recorrida, tudo nos têrmos dos votos constantes das notas taquigráficas em anexo, que

dêste ficam fazendo parte integrante.

Custas *ex-lege*.

Rio, 15-12-54. — *Alfredo Bernardes*, Presidente. — *Elmano Cruz*, Relator p/o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aguiar Dias — Em erudita inicial Oscar Ribeiro da Silva Jordão pediu a citação da União Federal, para responder aos têrmos da presente ação ordinária, em que alega:

a) que concorreu à concessão para exploração do Serviço de Loteria Federal e que a Comissão, depois de ultrapassar a fase preparatória de julgamento da capacidade e idoneidade dos candidatos e admitir o autor à hasta pública, passou a abrir as propostas, tirando o primeiro lugar o autor, que, por fôrça de lei, tinha que ser automàticamente o adjudicatário;

b) que certo concorrente, classificado em terceiro lugar, não havendo sido bem sorteado na impugnação que fizera à admissão do autor, apresentou uma reclamação ao Exmo. Sr. Presidente da República, que opinou pela procedência da reclamação, do que resultou ser o autor excluído da concorrência, após abertas as propostas e haver o autor obtido o primeiro lugar;

c) que essa exclusão constitui um excesso de poder, não só por não caber reapreciar a admissão, após ultrapassado o momento processual próprio, como implicar uma avocação inautorizada em lei;

d) que, aliás, as alegações de terceiro reclamante eram absolutamente falsas, como provam os documentos públicos acostados à inicial (fls. 21 a 29) e os produzidos posteriormente (fls. 161 a 230);

e) que, assim pede a condenação da ré a pagar-lhe perdas e danos, honorários de advogado, juros da mora e custas.

Contestação da União Federal a fls. 39 a 43, em que pleiteia a improcedência da ação, sustentando que boa razão houve para a reclusão do autor, em face da representação contra êle formulada pelo terceiro colocado, que demonstrou não ter êle moral ilibada, nem ser financeiramente idôneo, como bem demonstrado no parecer do Dr. Procurador Geral da República (produzido a fls. 108 a 116). E que a respeito o Poder Público nada mais fêz do que usar da faculdade legal de recusar um candidato, sendo de notar que quem pode o mais evidentemente pode o menos, e é sabido que o Poder Público podia até recusar todos os candidatos e seu ato não é passível de revisão pretoriana. Por último, não estando a Administração obrigada a firmar o contrato e não o havendo firmado com o autor, êste nenhum direito tem a receber por perdas e danos, por isso que não chegou a lavrar-se contrato e a lei, doutrina e jurisprudência são unânimes ao proclamarem que é lícita a atitude do Poder Público ao recusar-se a contratar com um determinado licitante.

A contestação veio instruída com o documento de fls. 44 e seguintes (cópias de peças administrativas). Falou o autor a fls. 119 e seguintes, produzindo novos documentos, sôbre os quais se pronunciou a ré a fls. 232 a 233.

A sentença julgou improcedente a ação, numa curiosa marcha-à-ré nas premissas que aventurara através do despacho saneador. Tem-se nítida impressão de que uma foi a mão que lavrou aquêle despacho e outra a que exarou a sentença. Como quer que seja, cumpre ver quando andou acertado e quando errou o prolator dessas duas peças tão chocantes entre si.

O autor apelou e seu recurso foi contrarrazoado. A douta Subprocuradoria opina a fls. 344, em erudito parecer, pela confirmação.

E' o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aguiar Dias (Relator) — Em alguns sistemas legais (belga, tedesco, austríaco), a apreciação da idoneidade dos concorrentes é fase posterior à abertura das propostas; noutras, como o nosso *Código de Contabilidade Pública* (Regulamento bai-

xado com o Decreto n.º 15.783, de 1922, art. 741), o francês e o italiano, é fase que, *obrigatòriamente, antecede à abertura das propostas.*

A comissão exerce ao propósito atribuição *julgadora* e, por isto, a jurisprudência (ver Conselho de Estado Italiano, decisão de 2 de abril de 1940, n.º 172, (VI), no *Fôro Administrativo*, 1940, I. I. 176), não admite impugnação sôbre o mérito da decisão que admite a idoneidade do candidato. O recente e especializado Antônio Cianflone, à pág. 251 de *L'appalto di opere pubbliche*, Milão, 1950, recita: *Il provvedimento sull-ammissione é insindicabile e non é in alcun modo impugnabile. Esso viene adottato prima dell' inizio della gara* (os grifos são meus).

Daí, decorrem várias conseqüências, uma vez compreendendo-se êsse "insindicável" em forma restritiva (o que favorece, no caso, à ré), isto é, como querendo significar que a apreciação da comissão é soberana no que tange à apreciação dos fatos, do mérito pròpriamente dito, excluída, apenas, a matéria de legalidade da decisão, que ficará como censurável. Numa inteligência ampliativa do mencionado "insindicável", até mesmo o ponto da legalidade da decisão, êle estaria coberto (o que desfavoreceria a ré, na hipótese). E' de admitir-se, porém, que a inteligência restritiva é que deve prosperar. Mas, aí e de pronto surge uma conseqüência inafastável, qual a de que qualquer julgamento que a Comissão proferir (sôbre reclamação formulada por um concorrente sôbre a inclusão de outro na lista de idoneidade), sòmente poderá sofrer impugnação sôbre vício de legalidade ou de forma e não sôbre a bondade do julgamento sôbre as provas e, muito menos, em processo de revisão após abertura das propostas, o que de frente fere o art. 741 do citado Regulamento de Contabilidade Pública, que é expresso ao comandar "... a questão da idoneidade dos proponentes será examinada e julgada prèviamente antes de abertas as propostas". Qualquer recurso seria apenas de legalidade e teria que ser deduzido em tempo útil e *perante a própria Comissão*, para evitar que se ferisse a lei (citado art. 741) e que se chegasse à situação anormal dos autos, em que a Comissão rejeitou a reclamação do outro concorrente e êste em tempo útil não aduziu recurso perante a Comissão, que abriu as propostas, as julgou e adjudicou o ramo ao autor, que, após e inesperadamente, sem sua audiência, viu um recurso serôdio e inidôneo triunfar, acarretando a sua exclusão.

A Comissão, ao julgar a idoneidade do candidato, exerceu atividade de índole discricionária, dentro da sua competência legal. Ora, *contra o mérito* dessa decisão não cabia recurso hierárquico, que apenas poderia apreciar qualquer vício de incompetência, de forma ou de ilegalidade, respeito ao fim. É lição pertinente de Rafael Bielsa (pág. 310, letra *d*, do volume IV do *Derecho Administrativo*, edição de 1947), exemplificando com hipótese idêntica à dos autos (*Apreciación de las condiciones de un candidato*). O especializado Georges Péquignot (pág. 215 de *Théorie Générale du Contrat Administratif, Paris*, 1945), ensina... *le bureau d'adjudication est juge, sons réserve du contrôle juridictionel de ses décisions, de la question de savoir si les candidats remplissent les conditions exigées.* Ao propósito, em nota 71, cita vários acórdãos nesse sentido. E observe-se: contôle *jurisdicional* e não de simples poder hierárquico...

O Exmo. Sr. Presidente da República foi levado a êrro, por isso que não foi advertido sôbre matéria processual de direito público administrativo. O parecer aprovado por sua Excia. não ventilou o assunto, que era de capital importância: o referido parecer (ver fls. 109), foi expresso dizendo que não se deferia na preliminar da competência do Exmo. Sr. Presidente da República, o qual, por isso mesmo, ficou desprevenido e aprovou um parecer que repousava sôbre mérito de julgamento, que não mais se podia questionar e que não só poderia, no máximo, ser encarado sôbre o ângulo da legalidade e nunca sôbre o de mera apreciação de prova.

O que acima se aduziu é motivo mais do que suficiente, pelo direito público sabido, para a procedência da presente ação. Mas, houvesse necessidade de reapreciar as provas julgadas boas pela Comissão de Concorrência, e, ainda assim, a ação seria procedente, porquanto o julgamento da referida Comissão foi assaz arrazoado e surgiria sobranceiro à crítica do parecer, não obstante êste aprovado por ato presidencial.

Em primeiro lugar, haveria que realçar que o ponto referente às apólices não tinha o relêvo pretendido pelo parecer. Essas apólices *não se destinavam à caução definitiva, que teria que ser outra* (ver condições duodécima e décima terceira do Edital, a fls. 21). Tratava-se, nada mais, nada menos, do que mera exigência para a inscrição e que os editais exigem, apenas, para que o candidato demonstre que se inscreveu sèriamente e não *locandi animo*, mas que perde a razão de ser a sua expressão com adjudicação, porque então essa garantia provisória desaparece para dar lugar à caução contratual (ver Miguel Angel Bercaitz, pág. 271, de *Teoria General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, 1952). Aliás, a lei não considera nula de pleno direito a aquisição de títulos ao portador por intermédio de procurador e o documento unilateral passado por Banco, como na hipótese, já foi tido em certo caso (ver acórdão em embargos à apelação cível n.º 3.525, à pág. 1.611 do apenso ao *Diário da Justiça* de 6-9-1946) como documentos assaz para provar a propriedade.

O próprio parecer (fls. 114), honestamente, reconheceu que o documento valia *uma presunção de propriedade.*

Não quer, em direito, presunção significar dispensa de prova? Ou, ao menos, inversão da carga probatória? Como, pois, exigir outra prova, do autor, quando está coberto por uma presunção?

Respeito às demais acusações feitas ao autor, êle — uma a uma — as destruiu, por documentos passados por autoridades verídicas e demonstrativas estaduais, dentro das respectivas competências (ver documentos de fls. 200 e seguintes) e a Constituição federal, em seu art. 31, inciso IV, é expressa recitando que é vedado recusar fé aos documentos públicos.

Meros informes "oficiosos", em que se baseou o parecer e o ato presidencial, não bastam para destruir o que atestaram, em razão do seu ofício, as autoridades estaduais. Não teria o Exmo. Sr. Presidente da República aprovado o parecer se ao autor houvesse sido dado oportunidade de falar sôbre as levianas acusações que terceiro articulara, houvesse sido permitido ao autor replicar ou contraminutar o "recurso" inominado que o terceiro fizera e as provas — passadas por autoridades públicas dentro da competência legal exclusiva — destruiriam o engenho maledicente. Ficava o ato da exclusão (como ficou) viciado de excesso de poder, sabido que "o poder de exclusão de concorrentes é um poder vinculado", como enfàticamente ensina Marcelo Caetano (pág. 504 de *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, 1947).

Concluindo: quer pelo fundamento formal, quer pelo de apreciação de prova, a ação é de manifesta procedência e deve o autor receber aquela indenização.

A êsse respeito, permito-me transcrever, como insuperável ensinamento, a opinião do exímio Seabra Fagundes, em parecer acostado aos autos:

"Inválido o ato administrativo, em conseqüência do qual se negou ao proponente a idoneidade moral e financeira para concorrer, da sua ilegitimidade decorre, necessàriamente, a responsabilidade patrimonial da Administração. E' que o ato ilícito administrativo (ou "o ato ilícito do representante do poder público", como lembra Clóvis, *Código Civil Comentado*, 1927, vol. I, págs. 207), expresso na prática de medida ou fato contrário à lei, tanto quanto o procedimento ilícito na órbita civil, dá lugar a reparações. Não importam as colorações ou os aspectos que revista. Basta que lese direito subjetivo de alguém.

Já o advertia Amaro Cavalcânti, na sua obra pioneira e hoje clássica, buscando vencer as resistências da reação com o apêlo a princípio vetusto e universal:

"No próprio direito antigo já estavam consagrados os bons preceitos, que são a razão e a vida do próprio direito: *Honeste vivere, alterum non loedere, suum cuique tribuere.*

Fazer o que é lícito ou legal, — não ofender a outrem —, dar, a cada um o que é seu; eis aí os preceitos do direito, que cumpre a todos observar, quer se trate de pessoa particular quer de pessoa pública. E nada obsta dizer: *Qui suo jure utitur neminem loedit*: porque no uso do mais incontestável direito, como é, por exemplo, o direito de legítima defesa, se pode lesar o direito objetivo de outrem, e daí a necessidade de prestar-lhe uma reparação, ainda que sòmente limitada..."

E, depois de ponderar que sòmente a responsabilidade plena é compatível com "o Estado democrático moderno, o qual é essencialmente um sujeito de direito", admite, como únicas exceções a ela, as que "a sua lei fundamental lhe reconhece", para concluir:

"Fora disto, porém, a sua responsabilidade deve ser a regra, como se diria de qualquer outra pessoa, física ou jurídica" (*Da Responsabilidade Civil do Estado*, 1905, págs. 267-268).

Desde a data longínqua, em que escreveu o consagrado jurista, até os nossos dias, as opiniões se multiplicam nesse sentido. Por isto, na obra de um dos mais recentes e reputados especialistas na matéria, se documenta, através de síntese da evolução do instituto da responsabilidade patrimonial do Estado, a tendência a superar, neste domínio, com as teorias da falta do serviço e do risco administrativo, as limitações a que se atém o reconhecimento da responsabilidade, no setor do direito privado, pela teoria da culpa (Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, 2.ª edição, vol. II, págs. 172-195).

E, hoje, está no direito constitucional escrito que o dever do Estado, de indenizar as lesões causadas a terceiros, depende, tão-sòmente, da ocorrência do dano (Constituição federal, art. 194; justificação de voto do Deputado Mário Masagão, perante a Assembléia Constituinte, em José Duarte, *A Constituição Brasileira de 1946*, ed. de 1947, vol. III, págs. 353-354). A noção de culpa, a que se reportavam as Constituições anteriores (1891, art. 82; 1934, art. 171; 1937, art. 158), é chamada, apenas, a reger a responsabilidade subsidiária do agente (art. 194, parágrafo único).

Pretende-se argumentar, por vêzes, no que concerne às concorrências públicas, que inexiste direito, por parte do proponente melhor classificado, ao adjudicamento e, conseqüentemente, não há cogitar de lesão patrimonial uma vez barrado êle na sua pretensão. Parte-se, para isto, de uma concepção privatística do instituto. Identificado o processo da concorrência com o dos contratos regidos pelo direito privado, exclui-se a vinculação da Administração pública por se não configurar no edital uma proposta, e sim, mero convite a propor.

Não se atenta, sob a influência dos critérios clássicos da teoria dos contratos, em que aí se trata de processo preliminar da escolha de um dos contratantes pelo outro, como fenômeno específico e típico do Direito Público, oriundo de circunstâncias especiais e visando a fins específicos.

A melhor doutrina do Direito Administrativo não ratifica aquêle critério de interpretação, tendo a Administração pública por comprometida em face do licitante melhor classificado. Variam, é certo, os ângulos sob os quais cada autor encara o assunto, mas há convergência no sentido da solução. Oviedo sintetisa neste período, o seu ponto de vista sôbre a concorrência pública:

E' um chamamento geral e indeterminado que faz a Administração, comprometendo-se a adjudicar a obra ou o serviço à pessoa ou entidade que faça a proposta mais vantajosa.

Na concorrência a Administração carece da faculdade de designar a pessoa que com ela há de contratar. Forçosamente há-de fazê-lo com a que ofe-

reça as maiores vantagens" (*Derecho Administrativo*, 1951, págs. 171).

Velasco Calvo vê no edital uma oferta, à qual aquiesce o melhor licitante (*Resumen de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, 2.ª edição, vol. II, págs. 340-341).

Portanto, mesmo em face da concepção privatística, tem a Administração como obrigada, ao fim da licitação, perante o concorrente de melhores condições.

Tratadista italiano dos mais reputados — o Professor Guido Zanobini — fixa o contraste entre a deliberação do particular interessado na prestação de serviço de outrem, o qual contrata *com uma completa liberdade de escolha*, e a do administrador, adstrito, por lei, a normas restritivas da capacidade de escolher, e conclui que, no plano administrativo, "o contrato é adjudicar ao melhor ofertante" (*Corso de Diritto Amministrativo*, 1948, vol. IV, pág. 329).

Peremptório é Bielsa, para quem a adjudicação "recairá, necessàriamente, na proposta mais conveniente", só se admitindo, fora disso, a frustração total da concorrência por desistir a Administração, afinal, de realizar a obra ou serviço (*Derecho Administrativo*, 3.ª edição, vol. I, pág. 463).

Duez e Debeyre, em obra das mais recentes sôbre o Direito Administrativo de França, são incisivos quando se reportam à concorrência como uma fase da elaboração dos contratos, em geral realizados pela Administração:

"Por êsse processo se retira aos agentes administrativos a livre escolha do contratante, impondo-se-lhes formalidades que conduzem a determinação forçada do fornecedor".

E acentuam, ainda, que vige, no particular, o princípio da "atribuição automática do contrato ao mais baixo preço" (*Traité de Droit Administratif*, 1952, págs. 897 e 899).

Igual ponto de vista exprime também André de Laubadére, no seu *Traité Elementaire de Droit Administratif*, de edição aliás posterior (1953) a do livro de Duez e Debeyre. Para êle a concorrência "repousa sôbre o princípio da atribuição automática:

O automatismo da decisão de adjudicação é absoluto: relacionados os proponentes, as propostas são abertas e classificadas na ordem dos preços oferecidos. E', obrigatòriamente, proclamado adjudicatário o proponente cuja oferta é mais favorável à Administração" (pág. 430).

Entre os que escreveram antes dêles basta referir dois dos mais conceituados administrativistas franceses, que, também, assinalaram a submissão da Administração pública ao melhor preço:

"Em seguida a certa publicidade vários empreiteiros se apresentam, fazem ofertas quanto ao preço do trabalho a executar e entram em concorrência.

O contrato é então adjudicado àquele que oferece preços mais baixos. A Administração já não é livre de escolher aquêle com o qual ela quer firmar o contrato: é obrigada a contratar com aquêle dentre os empreiteiros em concorrência que tenha feito as ofertas de preço mais vantajosas" (Bonnard, obr. cit., pág. 471).

"Dizer que um contrato deve celebrar-se por adjudicação, significa que os agentes administrativos competentes para concluir os contratos não elegem, livremente, a pessoa (indivíduo ou sociedade) com a qual vão contratar. A sua competência a êste respeito está travada. Devem concluir o contrato com aquêle que, em igualdade de situação com os demais, oferece as *melhores condições de preço*" (Jèze, obr. e vol. cits., n.º 72).

Parecerá, talvez, que essas opiniões nada significam, diante do ponto de vista assente, na França, de que a Administração não está obrigada perante o licitante vencedor, a adjudicar-lhe a obra, o serviço, etc. (Berthèlemy, *Droit Administratif*, 1933, pg. 727; Hauriou, *Droit Administratif*, 10.ª edição, pág. 746; Jèze, obr. e vol. cits., págs. 113-115; Walline, obr. cit., pág. 521).

Tal, entretanto, não ocorre, pois êsse critério não implica em banir o princípio basilar e essencial da preferência do licitante de melhor proposta. O que

êle significa é, tão-sòmente, que a Administração pode desistir de dar em adjudicação, apesar de ultimada a concorrência, o fornecimento, a obra, ou o serviço, para cuja prestação ela foi aberta. O que significa é que ela pode ter por nenhum o concurso realizado.

E' a mesma possibilidade de anulação que em nosso país admite o Código de Contabilidade (art. 51, § 4.º), embora lá não se exija, como sucede aqui, que o despacho anulatório assente em justa causa e seja motivado. À Administração não se reconhece nem a possibilidade de violar, no processo da concorrência, qualquer das regras que o disciplinam, nem a de preterir, em favor de um outro, o licitante de preço melhor (Jèze, obr. e vol. cits., págs. 102-103; Berthèlemy, obr. cit., pág. 726; Bonnard, obr. cit., págs. 474-475).

E' que assim demonstra-o, sem sombra de dúvida, a atual jurisprudência do Conselho de Estado.

Com efeito. Depois de ter entendido que a concorrência se realizava no só interêsse da Administração, donde carecer, quem quer que fôsse, de interêsse para atacar-lhe as irregularidades, êsse mundialmente famoso tribunal administrativo evoluiu para o ponto de vista de que ela também se instaura no interêsse dos administrados. Abre-lhes ensejo de cooperar na realização das finalidades estatais, e lhas permite usufruir, em contrapartida, determinadas vantagens econômicas.

Dentro dessa nova orientação os arestos se têm sucedido, *provendo-se recursos por excessos de poder*, para anular concorrências processadas com infração das normas que as devem reger ou *recursos de plena jurisdição* para fazer indenizar aos prejudicados (inclusive danos morais), segundo a casuística do direito local (Jèze, obr. e vol. cits., págs. 123-139; Duez - Debeyre, obr. cit., págs. 903-904).

Entre os pedidos julgados procedentes, estão aquêles em que o indivíduo é excluído da concorrência por um êrro de apreciação da autoridade, ou por motivos políticos (21-3-1890 e 4-8-1909, Jèze, obr. e vol. cits., págs. 126-127 e 114-146, 29-10-14 e 29-1-19; Bonnard, obr. cit., pág. 475; 21-10-31, Berthèlemy, obr. cit., pág. 726, nota 1; 1-4-30, e 12-6-42, Duez e Debeyre, obr. cit., pág. 904, nota 2).

No que diz respeito à prática administrativa brasileira, êsse ponto de vista se fortalece em alguns arestos, tendo ainda por si, o que mais é de acentuar, a letra e o sistema do Código de Contabilidade Pública.

Para rejeitá-lo seria preciso desprezar os poucos subsídios da jurisprudência, esquecer a letra da lei e formar juízo sôbre elementos extra-jurídicos.

Em 17 de maio de 1905, o Supremo Tribunal repelia ação de indenização intentada por um concorrente, que, apesar de classificado em primeiro lugar, não foi contemplado com a adjudicação. Considerou, invocando o Decreto n.º 2.922, de 10 de maio de 1862 (art. 20), ao que parece subsidiàriamente, que a melhor proposta não acarreta direito (*O Direito*, vol. 89, pág. 538).

Anos mais tarde, no entanto, abandonaria êsse critério para acolher o da vinculação da Administração pública.

Tal sucede em 1921, quando é chamado a julgar demanda de prejudicado pela anulação, sem justa causa, de uma concorrência.

São do voto vencedor do Ministro Hermenegildo de Barros estas considerações:

"E' certo que o contrato não chegou a ser concluído, mas houve promessa de contrato obrigatório para ambas as partes. Se alguma delas recusa a cumprir a obrigação, deve indenizar à outra as perdas e danos resultantes do seu procedimento" (*Revista dos Tribunais*, vol. 41, págs. 309-312).

E o Tribunal de São Paulo decidiu, na apelação cível n.º 11.651, diante da preterição do licitante de proposta mais vantajosa, em concorrência aberta pela Prefeitura da Capital:

"Firmado o *pacto de contrahendo*, que estabeleceu o vínculo jurídico entre a Municipalidade e os concorrentes, não podia deixar de ser aceita a proposta dos autores, classificada como a melhor

e a de maior vantagem (*Revista de Direito*, vol. 87, págs. 156-162).

Nos embargos opostos a êsse acórdão, julgados em 11 de maio de 1923, confirmou-o fazendo ver que o arbítrio, acaso reconhecido à Administração em face do licitante de melhor proposta, "torna ilusória a concorrência" (*Revista* e vol. cits., págs. 162-164).

Meu voto é, pois, pela reforma da decisão recorrida, para julgar procedente a ação e condenar a União a pagar ao autor as perdas e danos resultantes do ato ilícito contra êle praticado, em integral reparação do que perdeu e do que regularmente deixou de haver, com juros da mora, contados na forma específica e honorários de advogado, na base de dez por cento, tudo como de liquidar em execução.

VOTO

O Sr. Ministro Elmano Cruz — Sr. Presidente, muito a contragôsto meu, sou forçado a divergir do erudito e brilhante voto pronunciado pelo meu eminente colega Aguiar Dias.

Sem as luzes e as galas daquele voto, limitando-me, apenas, aos pontos versados na sentença, ora dependente de exame, meu voto é confirmando-a julgando improcedente a ação.

O juiz Eliezer Rosa, depois de fazer um estudo face aos têrmos do saneador, colocando a demanda sob o ângulo administrativo, nos *consideranda* com que conclui a decisão, faz referência ao julgado do Supremo Tribunal Federal, proferido em mandado de segurança impetrado pelo concorrente, autor da ação ordinária, e no qual foi denegada a segurança, pela maioria de votos daquela colenda Côrte.

Dir-se-á: o Supremo negou o mandado de segurança por não ser líquido e certo o direito daqueles impetrantes. No caso, não.

No julgamento do mandado desceram vários eminentes Ministros à análise dos fatos que são novamente abordados nesta demanda.

E' certo que os Ministros Hahnemann Guimarães e Orosimbo Nonato, ao mesmo tempo que preconizavam a legitimidade do ato sob censura, e de que se queixa o ora autor, acenavam com a possibilidade do acesso às vias regulares de direito.

Dos 10 Ministros, só 2 fizeram essa ressalva.

Mas, enquadrado o julgamento com o saneador e o decisório em seguida, verifica-se que o Juiz, no saneador, irrecorrido, aliás, situou a questão apenas do ângulo administrativo.

Há êstes *consideranda*:

"Atendendo que a extremada interpretação do art. 741 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública valeria por emprestar ao julgamento da Comissão de Concorrência, um significado de decisão definitiva, com fôrça de coisa julgada, o que estaria, desde logo, evidenciado o desacêrto da conclusão, em face da cláusula XV do Edital de Concorrência publicado para a Exploração da Loteria Federal.

Há o caso da coisa julgada que, embora não seja jurìdicamente relevante, para impedir a reapreciação da matéria, não lhe é, entretanto, jurìdicamente indiferente, o que são coisas diversas, isto é, dentro dos princípios adotados no julgado do Supremo Tribunal Federal cabe, totalmente, o da solução desta demanda.

O eminente Relator de então, Ministro Edgar Costa, atacou, de frente, a questão de poder ou não ser avocada a solução da concorrência. Diz S. Excia., no voto que está a fls. 307-308, que vou ler (lê).

O Ministro Nelson Hungria pôs-se de acôrdo com o Relator, no voto que vou ler, a fls. 311: (lê).

O Sr. Ministro Mário Guimarães concedeu a segurança. O Ministro Rocha Lagoa acompanhou o voto do Relator Edgar Costa. O voto do Ministro Gallotti é o seguinte: (lê).

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, apreciando a possibilidade do ato do Sr. Presidente da República, disse: (lê a fls. 320-321).

Disse o Sr. Ministro Orosimbo Nonato: (lê).

O Sr. Ministro Lafayette de Andrada assim votou: (lê).

O Ministro Orosimbo Nonato, embora negando o mandado, ressalvou, no final de seu voto: (lê).

O Ministro Barros Barreto votou com o Relator.

Vê, portanto, o Tribunal, que dos 11 Ministros do Supremo Tribunal Federal apenas dois ressalvaram ao impetrante as vias ordinárias e compreende-se por que, eis que os demais não desceram ao âmago da questão: se o ato se jusitficava, face à conclusão da Comissão encarregada de examinar a concorrência, pois se limitaram a entender, tão-só, que essa Comissão não tinha a fôrça pretendida.

Confirmo a sentença.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Depois de haverem votado o Sr. Ministro Relator, provendo o apêlo e o Sr. Ministro Revisor confirmando a sentença apelada, pedia vista dos autos o Sr. Ministro Alfredo Bernardes, ficando, assim, suspenso o julgamento do feito. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Alfredo Bernardes.

VOTO

O Sr. Ministro Alfredo Bernardes — A ação tem um único fundamento: — o da ilegalidade do ato do Sr. Presidente da República que afastou o autor de entre os concorrentes a exploração do serviço da Loteria Federal. Sustenta-se na inicial que impugnada a idoneidade e capacidade financeira de Oscar Ribeiro da Silva Jordão pelo candidato João Antônio de Almeida Gonzaga Júnior, e repelida essa impugnação pela Comissão incumbida do exame e julgamento das propostas para exploração da referida loteria, não era lícito ao Sr. Presidente da República, provendo representação do candidato Gonzaga, eliminar da concorrência o candidato Jordão, classificado em .º lugar. E não era lícito porque, encerrada a concorrência, nada, ninguém, nenhum outro ato administrativo poderia afastar-lhe o resultado, nem quanto à habilitação dos candidatos, nem quanto à classificação da proposta (fls. 13).

A lei, insiste o autor, não outorga ao Govêrno um poder da revisão dos processos de concorrência, de sorte a determinar-se a inclusão ou exclusão de proponentes fora do ciclo da habilitação, ou a modificar-se a colocação dos candidatos com o reexame das propostas. O critério da Comissão de Concorrência, fugindo à satisfação dos requisitos que o edital especifique, para julgamento da idoneidade dos proponentes, bem como o do julgamento das propostas "forram-se à censura e revisão dos órgãos do Govêrno, inclusive, é claro, do Presidente da República".

O ponto de vista sustentado do autor já foi apreciado e repelido pelo egrégio Supremo Tribunal ao julgar o mandado de segurança por êle requerido contra inidoneidade financeira. Lá, naquele mandado, como aqui, nesta ação, — sustentou-se que o julgamento da idoneidade dos proponentes é atribuição privativa da Comissão de Concorrência, que se pratica na fase anterior à abertura das propostas. Assim, ainda quando sobrasse competência ao Presidente para conhecer de recurso, não mais poderia fazê-lo, porque quaisquer impugnações a respeito se achariam precluSas pela decisão final da Comissão.

Entendeu, porém, o Supremo Tribunal Federal, no aludido mandado de segurança n.º 1.430, — que o ato impugnado nada tinha de ilegal, pois não obstante o disposto no art. 741 do Código de Contabilidade, segundo o qual a questão da idoneidade dos concorrentes será examinada e julgada prèviamente, antes de abertas as propostas, — era lícito ao Sr. Presidente da República declarar, *"através o despacho que proferiu e nas condições em que o proferiu"*, inidôneo o requerente (ora autor) para exploração do serviço da loteria federal:

"Pois não é possível negar-se ao Presidente da República (além de suas atribuições privativas), a competência implícita para, em última instância, decidir de tudo quanto interessa à admi-

nistração da coisa pública. Essa competência decorre do seu poder hierárquico, sòmente um dispositivo legal expresso poderia servir de barreira a êsse exercício.

Ora, como acentuou em seu parecer o Dr. Procurador Geral da República, nem o Código de Contabilidade, nem o Decreto-lei especial sôbre a concessão do serviço de loteria federal, emprestam à decisão da Comissão, sôbre a idoneidade dos concorrentes, o caráter de conclusiva ou definitiva; o art. 741, daquele, apenas dispõe sôbre a oportunidade dessa decisão. Nenhum óbice legal, assim, se impunha a que, antes da adjudicação definitiva da concessão, a inidoneidade do requerente pudesse constituir objeto de reexame; e êsse reexame se fêz através representação facultada" a quem quer que seja, "como um dos direitos e garantias assegurados pela Constituição" (voto do Ministro Edgar Costa, Relator).

Também o Ministro Nelson Hungria, no seu voto, proferido no citado mandado de segurança, reconheceu à Administração o direito de eliminar concorrente por inidoneidade financeira, não obstante sua habilitação pela Comissão de Concorrência (fls. 310). E, o Ministro Hahnemann Guimarães manifestando-se a respeito, afirmou:

"Não me parece que faltasse ao Sr. Presidente da República, competência para excluir da concorrência um competidor inidôneo".

O processo de concorrência para a concessão das loterias federais obedece a uma lei especial, ao Decreto-lei n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, que contém disposições particulares a respeito da concessão do serviço de loteria por meio de concorrência pública (nos arts. 4.º até 10). Por essas disposições, que são de ordem especial, não fica proibida à autoridade suprema administrativa de, verificando a falta de idoneidade de um competidor, excluí-lo da concorrência, sendo esta adjudicada a outro, que não é o segundo, mas, que, por fôrça da eliminação, adquiriu a posição de primeiro. E, prossegue, mais adiante:

"A concessão foi assim outorgada a quem a merecia. E' preciso acentuar que, em face do Regulamento Geral da Contabilidade Pública, nenhuma fôrça decisória tem o parecer da Comissão de Concorrência. Pelo art. 745 dêste Regulamento, não há nenhuma fôrça vinculativa, nenhum poder obrigatório neste parecer da Comissão de Concorrência, maximé quando se verifica que o concorrente eleito pela Comissão é um concorrente inidôneo, como se deu no caso" (fls. 321).

Além dos votos transcritos na parte que interessa, votaram pela legalidade do ato do Sr. Presidente da República eliminando da concorrência o candidato Jordão (ora autor), os seguintes Srs. Ministros: Rocha Lagoa, Luís Gallotti, Lafayette de Andrada e Barros Barreto. Só o Sr. Ministro Mário Guimarães entendeu que o ato do Sr. Presidente da República era ilegal, porque viera a destempo, ou, melhor, depois de passada a fase do julgamento da idoneidade dos concorrentes.

Há, portanto, *coisa julgada*, de referência à legalidade do ato de eliminação do autor da concorrência aberta para exploração do serviço da Loteria Federal. E, quanto ao mérito do próprio ato, entendo que é vedado ao Judiciário, apreciá-lo, no exercício do contrôle jurisdicional.

Mérito: é questão da Administração, e se o juízo ordinário pudesse conhecer dêle, faria obra de administrador, violando, com isso, o princípio da separação e independência dos Poderes Judiciário e Administrativo (Ranelleti, *La Guarantigie della Giustizia nella pubblica amministrazione*, n.º 238, Milano, 1934).

Pelo exposto, *data venia* do eminente Sr. Ministro Relator, nego provimento à apelação para confirmar a sentença apelada, pondo-me, assim, de inteiro acôrdo com o voto proferido pelo não menos eminente Sr. Ministro Revisor.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Prosseguindo-se no julgamento, a Turma negou provimento à apelação, por maioria de votos, vencido o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Alfredo Bernardes.