CONCORRÊNCIA PÚBLICA — CONTRÔLE JURISDICIONAL

— A concorrência pública deve obedecer aos requisitos prèviamente estabelecidos especialmente no que toca a qualidade e condição dos concorrentes, além das especificações relativas aos serviços e preço.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Impetrante: Alfredo Gagliotti
Mandado de segurança n.º 89.265 — Relator: Sr. Desembargador Dimas de Almeida

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 89.265, da comarca de São Paulo, em que é impetrante Alfredo Gaglioti, e impetrado o Exmo. Sr. Prefeito Municipal de São Paulo: Acordam, em Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria de votos, conceder a segurança, nos têrmos pedidos na inicial, contra os votos dos Srs. Desembargadores João Guzzo e Cantidiano de Almeida que a concediam, apenas em parte, para anular o julgamento da concorrência pública, a fim de que outro fôsse proferido em referência ao impetrante e ao concorrente remanescente.

Custas pelo impetrado.

1. Atendendo a edital de concorrência pública, para a realização da temporada lírica oficial do ano de 1958, três concorrentes se apresentaram: o ora impetrante, o de nome Mário Savio, e Emílio Biloro. Houve a comissão encarregada de examinar as propostas, como vencedora a proposta de Mário Savio. E contra isso se insurge o impetrante, argüindo várias irregularidades dessa proposta vencedora, tais como desconformidade dela aos preceitos do edital de concorrência; extemporaneidade da "caução" exigida; falta de observância aos requisitos da concorrência, em seu aspecto formal; e preço acentuadamente mais alto que a proposta do impetrante, de inteiro acôrdo com as especificações do edital. Dêsses fatos extraí a conclusão de que a adjudicação a Mário Savio, como autor da melhor proposta, sôbre violar os preceitos do edital ainda feriu a lei reguladora quando dispõe esta que não poderá ser considerada a melhor, a proposta de preço mais alto; e quando determina que, se necessário o "voto de Minerva", êste jamais poderá ser dado a concorrente estrangeiro, em detrimento de concorrente nacional.

2. Entende a unanimidade da Turma Julgadora que, realmente, presentes

foram à proposta do concorrente Mário Savio, os vícios invalidadores argüidos pelo impetrante. Com exceção daquele relativo ao "voto de Minerva", que fica superado pelos demais, completamente irregular foi a admissão do concorrente Mário Savio e conseqüentemente, a adjudicação de melhor proposta a êle concedida pela comissão apuradora dos resultados da concorrência pública.

De fato. É a concorrência pública, em nosso Direito Administrativo, uma norma moralizadora imposta à Administração pública. Como ato-condição unilateral, de natureza completa (cfr. Gaston Jèze, *Contracts Administratifs*, vol. II/123), preparatório de um contrato de Direito Público, está submisso às normas peculiares que, ao mesmo tempo que asseguram à Administração as vantagens naturais da lei da oferta e da procura, quanto à qualidade e preço dos serviços, a isso atinge eliminando o arbítrio que possibilitaria a outorga de favores pessoais a um certo e determinado concorrente.

Como ato-condição obedece aos requisitos peculiares prèviamente estabelecidos dentro dêsses princípios. Contém requisitos formais, de qualidade e condição dos concorrentes, além das especificações relativas aos serviços e preço.

Relativamente aos concorrentes, tem a concorrência pública estreitas afinidades com os concursos. Pressupõe nos candidatos determinadas condições; exige a prática de atos preliminares, em determinado prazo. Exige, em suma, a satisfação dos requisitos formais destinados a garantir a paridade de tratamento.

Na espécie, o concorrente Mário Savio não satisfez, desde o início, aos requisitos necessários estabelecidos. Convencem os documentos apresentados com a impetração que a proposta dêsse concorrente foi apresentada irregularmente. Fêz a sua entrega não no local determinado, perante a autoridade administrativa mencionada no edital da concorrência; sim, pessoalmente, em mãos de um dos membros da comissão apuradora, pessoa essa que a princípio alegou ter perdido as demais propostas, posteriormente recuperadas. O que permite a natural suspeita de que dessa forma contava tal concorrente, senão com o beneplácito de tôda a comissão, pelo menos com a ilegal preferência de um dos membros componentes. Além disso, não foi antecedida a entrega dessa proposta, da indispensável caução exigida pelo edital, em forma peremptória, como uma das condições preliminares. Foi a caução apresentada tardiamente, de maneira de todo irregular. Ainda mais: não foi a proposta dêsse concorrente apresentada em envelope fechado e lacrado; o que torna bastante duvidosa a sua inviolabilidade, também requisito essencial.

Não obstante essas irregularidades, de per si suficientes para, liminarmente, afastar êsse concorrente, foi êle admitido à concorrência; e a sua proposta foi objeto de deliberação, vindo a receber o *veredictum* de a "melhor" para os interêsses da Administração pública. Assim agindo a comissão apuradora, o seu ato importou em quebra da paridade de tratamento entre os concorrentes que acudiram à concorrência. Na realidade, por tais vícios e irregularidades, a proposta de Mário Savio não podia sequer ser objeto de deliberação, na concorrência.

Porém falto êsse concorrente dos requisitos preliminares, outros vícios vieram a tornar ilegal a adjudicação, em seu favor, da proposta apresentada, como sendo a "melhor". Ao que se verifica do edital de fls., o proponente considerado vitorioso não satisfez às condições do edital, no tocante às épocas dos espetáculos; não apresentou a proposta de melhor preço, nem aquelas relativas às demais especificações para o contrato a ser firmado com a Administração pública.

Face a essas irregularidades, que os vários documentos de fls. comprovam, já era de se anular a adjudicação conferida ao concorrente considerado vencedor. E para êsse fim, impondo como

conseqüência a renovação da concorrência, apenas no tocante ao julgamento das propostas, foram os votos dos Srs. Desembargadores João Guzzo e Cantidiano de Almeida. A concorrência foi ato legal, revestido de tôdas as formalidades; apenas a proposta de um dos concorrentes era irregular. Não se encontra motivo determinante da anulação de tôda a concorrência. Ùnicamente razões bastantes para nulificar a adjudicação concedida a uma proposta irregular. Nesse sentido são os votos dos Srs. Desembargadores João Guzzo e Cantidiano de Almeida; excluem da concorrência o candidato considerado vitorioso, para que outra apuração seja feita pela comissão, em face das duas propostas remanescentes.

3. Contudo, entende a maioria que além dessas irregularidades, outra mais séria ainda se verificou. A conclusão da comissão apuradora violou, também, o disposto no art. 743 do Código de Contabilidade Pública da União (Decreto n.º 4.536, de 28 de janeiro de 1922, com as posteriores modificações introduzidas), e que é de inteira aplicação aos municípios, *ex vi* do disposto no art. 84 da Lei Orgânica dos Municípios (Lei estadual n.º 1, de 18 de setembro de 1947).

Peremptòriamente determina êsse dispositivo legal que, satisfeitas as especificações e condições prefixadas para a concorrência, será obrigatòriamente considerada como melhor proposta, aquela de melhor preço, por mínima que seja a diferença entre ela e outra qualquer. E a proposta do concorrente Mário Savio era substancialmente mais onerosa para o Erário público, que a do impetrante. Basta o confronto de ambas, através dos documentos de fls.

Não podia, por isso, a comissão, ainda que invocando outras quaisquer vantagens genéricas, descumprir o preceito legal. A proposta do impetrante satisfaz a tôdas as especificações do edital; e é a de menor preço, em importância, que representa apreciável diferença de custo. Estava a Administração pública, por isso, vinculada a aceitar a proposta que, nos têrmos da lei, é considerada como a melhor. Não podia discrepar dessa norma imperativa do Código de Contabilidade Pública. Verificado que dentre as propostas apresentadas, e que se submetem às especificações prévias, uma delas é a de menor preço, dá-se o que se denomina a adjudicação automática, definitiva, obrigatória. Não admite a legislação aplicável tergiversações, como demonstra Guimarães Menegale, com apoio na opinião de Bonnard (cf. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. vol. 10/283), quer se adotando o sistema francês conhecido por "adjudicação por coeficiente", quer outro qualquer de momento invocado em face das peculiaridades do serviço objeto da concorrência. No sistema brasileiro, vigora o princípio da adjucação obrigatória previsto no mencionado art. 743 do Código de Contabilidade Pública.

Vinculada, assim, por dispositivo legal, a conclusão da comissão apuradora da concorrência, constitui direito líquido e certo do impetrante a adjudicação da concorrência à sua proposta. Nada mais restava, de arbítrio, à comissão apuradora. Sua função se exauriu com o recebimento e exame das propostas, desde que encontrou uma delas atendendo a tôdas as especificações, e por menor preço que as demais.

Por essa razão é que entende a maioria ser inteiramente dispensável que anulada a adjudicação conferida ao concorrente Mário Savio, outra conclusão apresente a comissão apuradora. Tal conclusão já existe, imposta pelos têrmos da lei reguladora; e importa na adjudicação obrigatória ao concorrente de melhor proposta, que é o impetrante. Segundo o mencionado art. 743 do Código de Contabilidade, "a concorrência cabe de direito ao autor da proposta mais barata...".

Data venia, dos respeitáveis votos em contrário, embora a conclusão da comissão seja ato administrativo, não implica a solução acolhida pela maioria em

intromissão indevida do Judiciário na esfera da competência exclusiva do Executivo. No exame dos atos administrativos pelo contrôle do Judiciário, tôda e qualquer questão de legalidade é de competência dêste. Se a lei determina uma solução, e na esfera administrativa não se obedece, o Judiciário restabelece o ordenamento jurídico. Não pratica o ato administrativo; apenas o reconduz aos limites legais, reconhecendo e proclamando a vinculação existente e os direitos desta decorrentes.

Daí entender a maioria da Turma Julgadora que, perfeitamente compatível com a natureza executória do mandado de segurança, é a conclusão que reconhecendo a vinculação da comissão apuradora ao disposto no art. 743 do Código de Contabilidade Pública, nada mais resta a essa comissão, dentro da esfera do simples ato administrativo. Não pode êste ser praticado de outra forma; não pode fugir à disposição legal. A questão é tão-sòmente de aplicação da lei à espécie. O Judiciário não está invadindo esfera de atribuições do Executivo. Nem usurpando funções dêste. Apenas retificando uma situação ilegal dentro de um procedimento administrativo perfeitamente legal ao reconhecer que por vinculação legal outra não pode ser a solução.

O direito do impetrante é líquido e certo, em face dos têrmos do art. 743 do citado Código. É êsse dispositivo mesmo que diz: "... cabe de direito...".

Ora, desde que o mandado de segurança se destina a resguardar direito líquido e certo, e que, como na espécie, constitui direito subjetivo do impetrante, a adjudicação em seu favor da concorrência, por ser aquêle que apresentou a melhor proposta, a nada ficaria reduzido o seu direito incontestável assegurado pela lei reguladora, se determinado fôsse que a mesma Administração pública que já o violou, novamente o apreciasse. Ou a nova manifestação seria novamente viciosa, ou constituirá uma inutilidade, que a tanto importa a impossibilidade de fugir ao determinado pelo mandamento judicial. O ato administrativo seria apenas aparentemente administrativo. E ao mesmo resultado se chega com o reconhecer que o direito é do impetrante, como vencedor da concorrência pública para a qual satisfaz tôdas as condições de forma e de fundo.

Entende, por isso, a maioria, que face ao art. 743 do Código de Contabilidade e à vista das conclusões contidas na proposta do impetrante é êste o vencedor da concorrência. A sua proposta é a melhor, segundo a determinação da lei. Automàticamente, obrigatòriamente, lhe pertence a adjudicação. Nada poderá a comissão administrativa inovar, a respeito. É situação de direito, e como tal, reconhecível em mandado de segurança.

Não importará isso na afirmação de que o Município fica, desde logo, obrigado a contratar com o impetrante os serviços da temporada lírica oficial do ano de 1958. Sendo a concorrência ato preparatório não é, òbviamente, o contrato de serviço público. Óbice legal algum existe a que, mesmo adjudicada ao impetrante a concorrência, a Administração municipal, fundada em justa causa, deixe de executar o serviço. Não poderá esta se desvincular dos efeitos da obrigação preparatória assumida, se executa o serviço. Mas não está obrigada a executá-lo, em havendo justa causa para isso (cf. *Revista de Direito Administrativo*, vols. 38/349 e 47/241).

4. Pelo exposto, é concedida e segurança ao impretante nos têrmos do seu pedido inicial ou seja: para que lhe seja adjudicada, como a melhor proposta, segundo as especificações do edital de fls. em face ao art. 743 do Código de Contabilidade Pública, a concorrência para a temporada lírica oficial do Município, neste ano de 1958.

São Paulo, 25 de setembro de 1958. — *Trasíbulo de Albuquerque*, Presidente com voto. — *Dimas de Almeida*, Relator. — *J. Guzzo Filho*, vencido, em parte. — *R. F. Ferraz de Sampaio*. —

Cantidiano de Almeida, vencido, em parte, de acôrdo com a seguinte declaração de voto: A princípio, como lembra Temístocles Cavalcânti, a jurisprudência predominante, não reconhecia no Poder Judiciário competência para, por exemplo, impor a readmissão de um funcionário, mas apenas a fôrça de assegurar a percepção dos vencimentos devidos pelo cargo" (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. II/287 e 288, 1942). Ao corrigir atividades da Administração a ferirem direito individual, limitava-se a garantir ao reclamante os interêsses econômicos, porventura descurados. A criação do mandado de segurança, sob a auréola de princípio constitucional, já em 1934, veio alterar a situação.

Garantiu-se como característica dêsse novo remédio "a restituição do direito *in natura*, a prestação devidà por coerção direta" (Castro Nunes, *Do Mandado de segurança*, 1937, pág. 317). A execução do *writ* impõe à autoridade que vulnera, por ação ou omissão, qualquer direito individual, a respectiva reparação, por inteiro, sob pena de responsabilidade. Vale dizer, embora continue o Judiciário impedido de substituir-se ao Executivo, ou ao Legislativo, nas atribuições privativas de cada poder, manda que a situação, sempre relativa a direito individual, seja originàriamente recomposta, *in totum*, quando, para tanto, necessárias manifestações de representantes dos demais Podêres. É manifesto destituído de armas, para compelir ao cumprimento do julgado, a ordem que expede, traz ínsita, a cominação, a impor a obediência ao preceito, pois, assim não acontecendo, praticaria verdadeiro crime a autoridade que se negasse a cumpri-lo. "A execução da sentença concessiva do mandado de segurança", ensina Castro Nunes, "é... compulsória. Não importa que sob sanções de Direito Público, únicas acessíveis ao processo das execuções nas causas contra o Estado. Não está na opção do Poder Público cumprir a decisão ou apontar ao direito amparado as vias reparatórias. Nem oferecer o interêsse em substituição à prestação assegurada, se a isso não anui o titular do direito. A garantia repousa na obediência da autoridade.

É executória, porque de outro modo seria ilusória" (ob. cit., pág. 320). Ou conforme esclarece Seabra Fagundes: "O mandado de segurança, como o *habeas corpus*, ordena ou proíbe a prática de algum ato e quando desobedecido dá lugar, também como o *habeas corpus*, à responsabilidade criminal do funcionário. Não conduzindo até à execução forçada da prestação, em espécie ou noutra equivalente, é executório, no entanto, por meio desta coerção incidente sôbre o agente público ao qual ordena o ato positivo ou abstenção de que depende o reconhecimento do direito ajuizado. Não se cinge a declarar o direito do pleiteante. Coage a autoridade a reconhecê-lo nos têrmos do mandado, que lhe seja presente" (*O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 1941, nota 6, pág. 235).

Entretanto, uma coisa é, pelo visto, determinar que alguém faça uma coisa, e outra, que a faça diretamente, quem de todo destituído de competência, em tal sentido. O Judiciário, em simples funções privativas, quais as de julgar, não consegue, a meu ver, vàlidamente, praticar um ato administrativo, tocante a poder diverso, sob pena de invadir seara alheia, infringindo o notório princípio constitucional da autonomia dos três Podêres da República. "Revogando o ato administrativo, modificando-o ou suspendendo-o" diz Tito Prates, "o Judiciário invadiria a competência do Executivo ou da Administração. Se o ato em exame se apresenta com um vício... anula-o ou declara-lhe a nulidade o Poder Judiciário" (*Lições de Direito Administrativo*, 1943, págs. 371-372). Portanto, não vi como acompanhar a corrente a final vencedora no presente julgamento, que, desde logo, em lugar da Prefeitura, prescindindo de ato desta, adjudica ao impetrante o direito de ser contemplado com o con-

trato de exploração da temporada lírica do corrente ano de 1958. Poderia *data venia*, quando muito, conceder o mandado para que a Municipalidade, sob pena de desobediência, praticasse o ato, compulsòriamente, por acaso não vislumbrasse, no pedido inicial, a contradição que lhe notou o Sr. Desembargador Relator. Deseja o impetrante a nulidade do julgamento da concorrência, com a conseqüente nulidade do proceder do Sr. Prefeito municipal, que o homologou. E mais, por motivo semelhante, a adjudicação a si, não a Mário Savio, do contrato à exploração da temporada oficial de 1958. Contudo, se ato impugnado é nulo, não consegue produzir efeitos, de um lado ou de outro, é como se nunca tivesse existido. Não tem fôrças de criar direito algum. Merece repetição, sem as irregularidades evidentes, que o maculam. Nem consegue o Judiciário, a meu ver, substituir a Comissão especial, para realizar um novo julgamento, a esta altura, originàriamente longe do processo administrativo, sem exame integral das condições da concorrência. Afora o preço, ou nacionalidade dos concorrentes, outras cláusulas e minúcias existem, que devem ser apreciadas, em primeira mão, pela Comissão dos técnicos designados, para a adjudicação por fim, dos direitos à exploração pretendida. O dispositivo do Código de Contabilidade, lembrado no correr do julgamento, é mandamento a que está jungida a Administração, no julgamento da concorrência, de entremeio com outras condições. Não obriga inapelàvelmente ao Judiciário, a quem resta tão-sòmente verificar se foi cumprido, ou não, o dispositivo, não isoladamente, sim nas condições especiais da concorrência. Todavia, nunca, apegar-se cegamente a êle, para a prática direta de atos privativos de outro Poder, máxime quando existe no caso outro concorrente, que também, é atingido por desfêcho semelhante, sem oportunidade de qualquer reação, a esta autura. Em suma, acompanhando o voto do Sr. Relator, concedi a segurança, em parte, a fim de declarar nulo o despacho que adjudicou ao Sr. Mário Savio a exploração da temporada lírica de 1958, e o antecedente julgamento da comissão especial, repetindo-se êste, face aos vícios que apresenta, de expresso apontados no parecer da Procuradoria-Geral da Justiça. Foi nesse sentido o meu voto.