CONCORRÊNCIA PÚBLICA — ESCOLHA DAS PROPOSTAS — CONTRÔLE JURISDICIONAL

— Os atos discricionários, os que envolvem o mérito da decisão administrativa, as razões da conveniência e da oportunidade, são insuscetíveis de contrastação pelo Judiciário.

PARECER

I

À vista da cópia da Lei municipal n.º 308, de 24 de junho de 1953, do edital publicado em julho do corrente ano, do relatório da Comissão Especial, bem como das três propostas oferecidas ao exame da Municipalidade de Franca para construção e exploração da Estação Rodoviária local são-me formulados os seguintes quesitos, que passarei a responder:

"1) O edital de concorrência ajustou-se aos têrmos da Lei n.º 308?

2) Podem ser consideradas mais vantajosas as propostas de Guilherme Luís Pucci & Filhos e José Francisco da Silva, mormente tendo-se em vista o interêsse dos usuários?

3) As propostas de Guilherme Luís Pucci & Filhos e Francisco José da Silva ajustaram-se aos têrmos da Leî n.º 308 e do edital de concorrência?

4) Adjudicando a concorrência à Erg — Engenharia e Comércio Ltda., praticou o Prefeito ato discrepante do razoável poder discricionário que lhe era lícito no julgamento e escolha das propostas?

5) Assim sendo, foi ilegal ou lesivo ao interêsse público o ato pelo qual o Prefeito adjudicou a concorrência àquela proponente?

6) Os Srs. Guilherme Luís Pucci & Filhos têm interêsse líquido e certo, amparável por mandado de segurança, no sentido de pleitearem a anulação dêsse despacho e obterem, por via daquele remédio judicial, a adjudicação da concorrência?

7) A ação popular proposta contra a Municipalidade tem fundamento jurídico e está em condições de ser julgada procedente?"

II

O edital, conforme publicação feita no "Diário da Tarde" de Franca, de 2 de julho dêste ano, atende rigorosamente aos têrmos da Lei n.º 308, cujos dizeres se limita, aliás, a reproduzir, com os esclarecimentos e complementos de praxe. É de notar-se que, tornando bem explícito o propósito de apreciar *a totalidade das vantagens oferecidas*, o mencionado edital assim dispõe:

"A Prefeitura reserva-se o direito de aceitar a proposta que *melhores vantagens* oferecer, bem assim o de anular a concorrência, tendo em vista o interêsse público".

Sendo o edital uma peça essencial da concorrência pública, é claro que os seus têrmos traçam os limites ou o alcance dos direitos e dos deveres dos proponentes, os quais, atendendo ao apêlo público, *ipso facto* se submetem às suas cláusulas e condições. É com razão que se diz que a concorrência pública não é um ato, mas uma sucessão de atos conexos, tendentes a um fim, ou seja, um

procedimento, o qual antecede a um contrato que tem as características de um "contrato de adesão" (cf. Fernando Mendes de Almeida, *Natureza Jurídica da Concorrência Pública*, São Paulo, 1941, págs. 8-12).

A sujeição dos concorrentes aos têrmos da policitação é *conditio sine qua non* do princípio de paridade entre os participantes, razão pela qual o art. 749 do Código de Contabilidade Pública da União, aplicável na órbita municipal *ex vi* do art. 84 da Lei Orgânica dos Municípios, estatui peremptòriamente:

"As propostas não poderão conter senão uma fórmula de *completa submissão* (*sic*) a tôdas as cláusulas do edital e o preço que o proponente oferece.

"Não se tomarão em consideração *outras vantagens não previstas no edital de concorrência*, nem as propostas que contiverem apenas o oferecimento de uma redução sôbre a proposta mais barata".

III

Para os objetivos da presente consulta, que focaliza especialmente o complexo problema dos critérios segundo os quais devem ser aferidas as propostas quanto às *vantagens* respectivamente oferecidas, não é demais recordar o claro conceito exarado em decisão do Tribunal de Contas da União, *in verbis*.

"A concorrência — ato-condição (Jèze); operação de procedimento (Hauriou); ato complexo (Presutti) — é o processo legal e técnico por meio do qual a Administração apura *as melhores condições de idoneidade, conveniência e capacidade* na prestação de serviços, realização de fornecimento e execução de obras. Permite a livre e igual inscrição. *A escolha recai no licitante mais idôneo e que oferecer a melhor vantagem*" (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 29, 1952, pág. 323).

IV

Quando o edital em apreço fala, pois, em "melhores vantagens", deve-se entender que a Administração tinha em vista considerar um complexo de circunstâncias, à luz de diversos critérios, sendo uns *quantitativos* (retribuição dos serviços, prazo de sua execução, etc.) e outros *qualitativos* (idoneidade moral, técnica e financeira dos concorrentes; garantia de qualidade do material destinado à obra; benefícios para os usuários; possibilidade ou conveniência de reversão para o Município do serviço concedido, dentro dêste ou daquele outro prazo).

Impossível é isolar qualquer dêsses fatôres para, em função de um dêles, concluir-se pela lesão de quaisquer direitos dos excluídos, com fundamento em ilegalidade.

Como já assinalei, o elemento "vantagem" não pode ser havido como puramente quantitativo, a não ser nos casos especiais em que, apurado serem idênticas tôdas as demais condições, as propostas só se distingam por uma *diferença de preço*. Em casos que tais, torna-se de fácil e estrita aplicação a norma do art. 743 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública da União, aplicável nos Municípios, mandando adjudicar a concorrência "ao autor da proposta *mais barata* (*sic*), por mínima que seja a diferença entre ela e qualquer outra".

A Lei n.º 308 e o edital não fixaram critérios para a caracterização da proposta mais vantajosa. Não disseram, por exemplo, que como tal se entenderia a de menor preço e menor tempo de execução. Isto quer dizer que o legislador, ante a complexidade do assunto e a multiplicidade dos ângulos de sua valorização, não balizou rìgidamente o julgamento final da autoridade administrativa, mas antes lhe assegurou o pronunciamento com base em seu poder discricionário.

Em parecer inserto na *Revista de Direito Administrativo* o ilustre Seabra Fagundes, após reconhecer a infringência da lei na hipótese de julgamento de concorrência adstrita a critérios quantitativos de *menor* preço e *menor* tempo,

ressalva a hipótese diversa "de opção entre dois ou mais critérios permitidos de classificação", acrescentando:

"O dizer qual a proposta mais vantajosa só constituiria questão de mérito se a lei, estabelecendo pluralidade de critérios, deixasse ao legislador orientar-se por um qualquer dentre êles" (*Revista* cit., vol. 22, 1950, pág. 371).

É o que ocorre na hipótese em exame, visto como o edital conferiu expressamente ao Prefeito a ponderação das "melhores vantagens", "tendo em vista o interêsse público".

Aliás, sôbre êste ponto essencial temos o pronunciamento do excelso Supremo Tribunal Federal, distinguindo claramente entre o conceito mais amplo de *"vantagem"* e o de "mais barato", ou *verbis*:

"O caso não foi de proposta mais barata, advertiu o ilustre Ministro Afrânio da Costa, mas de *proposta mais vantajosa, o que é muito diferente"* (*Revista de Direito Administrativo*, 1954, vol. 42/251).

V

No caso da consulta, a firma vencedora propôs-se, em primeiro lugar, a dar início às obras dentro em 15 dias e a terminá-las 5 meses após; enquanto que as outras duas concorrentes se dispuseram a realizá-la, uma em 6 meses, e a outra em 150 dias úteis. Quanto a êste elemento *quantitativo*, "por mínima que seja a diferença", não há dúvida que maior é a vantagem proporcionada pela primeira classificada.

Não havendo preço estipulado, de maneira que se pudesse optar pela *"proposta mais barata"*, é claro que a questão se converteu na análise de um conjunto de circunstâncias.

À primeira vista pode parecer que havia "vantagem" para o Município em optar pela proposta:

a) que reduza o prazo de reversão do serviço, de 20 para 17 ou 18 anos;

b) que dispense o Município de pagar ao concessionário, no término do contrato, qualquer indenização, enquanto que a Lei n.º 308 prevê o pagamento de 50% do *custo inicial* da obra, para volver o edifício à posse e administração da Prefeitura;

c) que abre mão da isenção de impostos, decorridos dez anos do prazo da concessão;

d) que concorda em ser inicialmente fixada em apenas 7% *a percentagem máxima* sôbre passagens e fretes de mercadorias despachadas através da Estação Rodoviária, conforme previsto no parágrafo único do art. 7.º da Lei n.º 308, "abrindo mão do excesso de 3% a que teria direito" (*sic*).

Pois bem, é dêste último ponto que se deve partir na análise da matéria, pois todo o equívoco resultou, a meu ver, do errôneo entendimento dado ao parágrafo único do art. 7.º, com olvido do disposto no inciso seguinte.

VI

A fixação da percentagem, *até o máximo de 10%*, não é nem pode ser feita pelo concessionário, a seu bel-talante, como se se tratasse de um direito incorporado ao seu patrimônio: ela deve resultar de *ato do Prefeito*, e pronunciamento da Câmara Municipal à luz dos elementos atuariais concernentes à concessão.

Nenhuma tarifa de serviço público pode escapar à regra cogente do art. 151 da Constituição federal, segundo a qual é obrigatória, hoje em dia, "a revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, *não excedendo a justa remuneração do capital*, lhes permitam atender a necessidades de melhoramentos e expansão dêsses serviços.

É a razão pela qual o art. 8.º da Lei n.º 308 prevê a revisão anual da percentagem sôbre o movimento de passageiros e frete, "de modo a conciliar os interêsses do concessionário e dos *usuários* da Estação Rodoviária".

Isto pôsto, é inatacável a cláusula 7.ª da escritura do contrato de concessão, que reza:

"A concessionária Erg — Engenharia e Comércio Ltda., se submete a cobrar uma percentagem sôbre o preço da passagem e dos fretes das mercadorias despachadas pela Estação Rodoviária, *de acôrdo com os limites fixados pela Prefeitura Municipal*, em obediência às leis *que regem o regime das concessões*".

Como será fixada essa tarifa, inclusive a destinada a vigorar a partir da inauguração da Rodovia?

A resposta a esta pergunta servirá para dissipar muitos equívocos, *especialmente o da proposta que* "abre mão" de um excedente de 3% "a que teria direito"...

VII

É intuitivo que a tarifa ou a percentagem, ou que melhor nome tenha (na realidade, trata-se de um *adicional* sôbre o preço de venda das passagens e dos fretes concluídos na Rodoviária), só poderá ser fixada no final da obra, tendo-se em vista, entre outros fatôres, os seguintes:

a) o custo histórico da Rodoviária;

b) um preventivo de venda de passagens e de negócios de frete, sujeito sempre à revisão anual, à luz dos dados efetivamente obtidos;

c) a justa retribuição do capital empatado;

d) *a amortização do capital ou de parte do capital não reversível no final da concessão;*

e) *a duração da concessão;*

f) *o benefício decorrente da isenção de impostos;*

g) as despesas decorrentes de conservação e expansão dos serviços;

h) os lucros auferidos pela exploração do comércio de bar, café, restaurante, barbearia, farmácia, pôsto de gasolina, etc., consoante previsto no art. 6.º da Lei n.º 308.

Entra pelos olhos, por conseguinte, dadas as letras *d*, *e* e *f* supra, que o montante da percentagem será tanto *maior* quanto menor o encargo que recair sôbre a Prefeitura: o benefício concedido ao Fisco será um gravame a repercutir-se sôbre os usuários.

Quando o Município se propôs, dessarte, a arcar afinal com 50% do custo inicial das obras, renunciando à percepção de certos impostos, tudo no fim de 20 anos *foi com o intuito manifesto de não sobrecarregar ùnicamente os usuários da Rodoviária com um melhoramento público, de interêsse geral da população.*

Abrindo mão da indenização final (a ser paga pela Prefeitura) os proponentes fazem apenas barretada com o chepéu alheio, pois acabam por tirar dos usuários o *quantum* necessário ao seu pleno ressarcimento... Tanto é certo, como reza o refrão popular, que é do couro que sai a correia.

Note-se que dispensando a indenização depois de 20 anos (e fàcilmente se pode prever qual será o seu valor real, fixado como está o custo atual, e tendo-se em conta a desvalorização da moeda, que é uma constante na economia moderna), o que os proponentes obteriam, efetivamente, através de *tarifas majoradas, seria o pagamento do capital empatado, antecipadamente, desde o dia da inauguração do serviço...*

Note-se, outrossim, que, pela norma do art. 8.º, o *adicional* sôbre o preço das passagens e dos fretes poderá até se tornar inexistente, se se verificar que a exploração do comércio previsto no art. 6.º é bastante para atender, nos têrmos da Carta Maior, "à justa remuneração do capital e à expansão do serviço".

Não tenho, pois, dúvida em reconhecer que as duas propostas desclassificadas desatendiam frontalmente aos têrmos expressos e às finalidades reais da concorrência pública, de que participaram.

VIII

À mesma ordem de resultados chegaremos, se, em lugar de apreciarmos

o *quantum* do capital indenizável pela Prefeitura, levarmos em conta o número de anos da concessão ou a renúncia à isenção de impostos.

Se a tarifa tem por fim remunerar o capital empatado, *ex vi* do texto constitucional supra-invocado, é inconstestável que tanto maior será a taxa de amortização, quanto menor o número de anos destinados à reversão. Logo, o aumento repercutirá, sempre e necessàriamente, sôbre os *usuários*, cuja situação a Prefeitura pretendeu amparar mediante três providências conexas:

a) assumindo o encargo de indenizar 50% do capital;

b) dilatando para 20 anos o prazo de reversão;

c) isentando a concessão de determinados tributos.

Respondendo ao 3.º quesito, julgo poder declarar que as propostas dos Srs. Guilherme Luís Pucci & Filhos e Francisco José da Silva *não se ajustam aos têrmos da Lei n.º 308 e do edital de concorrência.*

É à administração que cabe fixar as bases das concorrências públicas, sendo insuscetíveis de consideração as vantagens porventura oferecidas e não constantes do edital, sendo certo que as alegadas pelos interessados são apenas aparentes. Leia-se, nesse sentido, o constante da já citada decisão do Tribunal de Contas da União:

"Concorrentes houve que apresentaram vantagens superiores a essas, mas as propostas respectivas não foram aceitas por não terem sido previstas essas vantagens no edital" (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 29, pág. 326).

É o que se concilia com o já analisado preceito do art. 749 do Regulamento de Contabilidade Pública.

IX

Pelas razões acima expostas, atendendo à multiplicidade de critérios que devia considerar no julgamento da concorrência, não se pode afirmar que o Prefeito Municipal tenha discrepado do razoável poder discricionário que lhe era lícito exercer.

Frise-se, aliás, que êle agiu com elogiável prudência, nomeando uma Comissão Especial, constituída por um advogado, um engenheiro e um sanitarista, para pronunciar-se sôbre as propostas. Tal iniciativa acorda-se plenamente com o disposto nos arts. 753 *usque* 755 do Regulamento de Contabilidade Pública.

Tudo se resumia, como já foi observado em uma questão de *critério da Administração.*

Entendeu a Comissão que o assunto comportava a ponderação de elementos positivos e negativos, e fê-lo com acêrto, pois, como adverte Temístocles Cavalcânti, "entre as propostas, pode acontecer que a diferença mais sentível *não se caracterize no preço*, mas em outra condição" (*Tratado de Direito Adnistrativo*).

Vem a talho de foice êste passo de Guimarães Menegale: "... o critério exclusivo para o balanço das vantagens não é o do máximo das obrigações, a que o concocrrente se proponha, ou a 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, concorrente nas transações comerciais, *de se a aparente superioridade da oferta não dissimula a inferioridade do que se oferece*" (*Direito Administrativo*, vol. II, pág. 190).

Quando é possível resolver a policitação mediante o simples critério do "menor preço", é claro que a ação do Poder Público se encontra vinculada, e a sua discrição quase que desaparece, Mas, como observa Heli Lopes Meireles, em obra recente,... "daí não se conclua, errôneamente, que a proposta mais barata é sempre a que contém o menor valor global ou unitário. *Absolutamente não.* Proposta mais barata é aquela que, em confronto com as demais, levando-se em consideração o ma-

terial, a forma, o modo, a freqüência ou o tempo da execução da obra, do serviço ou do fornecimento, dá como resultado final um preço mais vantajoso" (*Direito Municipal Brasileiro*, vol. I, pág. 364).

As considerações acima permitem-nos concluir que, agindo como agiu, o Prefeito Municipal de Franca:

a) manteve-se dentro dos limites de seu poder discricionário;

b) não praticou qualquer ato ilegal ou lesivo ao interêsse público.

XI

A resposta aos dois últimos quesitos deflui lògicamente dos princípios já expendidos.

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a viabilidade da ação popular se prende a dois pressupostos concomitantes: o da existência de ato administrativo nulo de pleno direito ou anulável, e da ocorrência de lesão ao patrimônio público.

Ainda que pudesse haver divergência de critérios na apreciação da matéria, por julgarem uns que se devia preservar o intereêsse específico do Fisco em detrimento dos usuários, sujeitando-os indiretamente a maiores tarifas preferirem outros acolher com mais precedência a tese contrária, que põe a Fazenda a serviço do interêsse social, haveria um vício insanável na argumentação: quem consagrou a tese do maior encargo para o Município, a fim de tornar mais módica a contribuição por parte dos usuários, não foi o Prefeito, *mas sim a própria Lei n.º 308 que êle aplicou!...*

A ação popular sòmente poderia vingar em ocorrendo ilegalidade, ou excesso ou desvio de poder, mas nenhuma dessas hipótese se configura.

XII

Muito menos poder-se-á admitir que os concorrentes preteridos possam lograr êxito recorrendo ao remédio do mandado de segurança.

Em primeiro lugar, não é o referido *writ* remédio cabível na espécie, consoante acórdão do venerando Supremo Tribunal acompanhando o voto vencedor do Ministro Afrânio da Costa, que assim situou o problema:

"Haverá direito *líquido* e *certo* para anular uma concorrência pública porque a autoridade incumbida da escolha preferiu um dos concorrentes ao invés de outro?

"Evidentemente não. O que está em causa não é a concorrência, mas a escolha feita pela autoridade dita coatora" (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 42, pág. 251).

Na hipótese ora em aprêço, além do mais, o ponto nevrálgico da discórdia consiste numa divergência entre *critérios de conveniência ou de economia administrativa*, ou, mais precisamente, de uma questão ligada ao *poder discricionário*, não vinculado por dados puramente quantitativos.

Os atos discricionários, os que envolvem o mérito da decisão, isto é, as razões de conveniência e de oportunidade, são insuscetíveis de contrastação pelo Judiciário.

Não digo, como ainda pensa a maioria, que o contrôle jurisdicional só deva versar sôbre *legalidade*, entendido êste têrmo em sua acepção formal. Não vejo razão para excluir do exame judicial o ato que, em sua substância contrarie frontalmente os elementos de fato, constituindo verdadeiro desvio ou excesso de poder. Assim ocorre, por exemplo, quando se aplica a um funcionário a pena de demissão, com desprêzo da prova colhida no processo e *manifesta torsão dos fatos*.

Quando, porém, a questão gira em tôrno de divergências entre critérios administrativos, é boa norma aquela que diz: quando o Juiz, para se contrapor a uma decisão administrativa, precisa substituir o critério da autoridade pelo seu critério pessoal, há invasão indébita do Judiciário na esfera da compe-

tência administrativa, salvo o caso de desvio ou abuso do poder, em que, na realidade, houve falta de critério no ato impugnado.

Não me parece, em suma, que o ato do Prefeito Municipal de Franca, adjudicando a concessão da Estação Rodoviária à firma "Erg-Engenharia e Comércio Ltda.", padeça de vícios intrínsecos de legalidade, ou tenha acarretado qualquer dano à Fazenda.

É o meu parecer, s. m. j.

Miguel Reale, Professor da Faculdade de Direito de São Paulo.