CONCORRÊNCIA PÚBLICA — CASOS DE DISPENSA — COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

— Entre nós a regra é a exigência de concorrência, salvo a indicação dos casos expressos em que, para atendimento do interêsse público, é prevista a sua dispensa.

— A decisão de dispensa de concorrência é faculdade da administração, desde que ocorram os pressupostos legais.

PARECER

Tendo em consideração o respeitável despacho de fls. cabe-nos apreciar, o mérito da questão de que trata êste processo.

2. Na cota de fls. atento ao despacho de fls. entenderamos fôra solicitada, desde logo, a manifestação da assistência técnica, sem denegação pròpriamente das diligências propostas, apenas adiadas.

Na realidade, não havíamos adotado aquêles pedidos de informações que, a nosso ver e a rigor, não se enquadravam no juízo da legalidade que, no que concerne aos contratos, cabe a êste Tribunal de Contas. No objetivo, porém, de acolher tudo o que, no parecer dos órgãos técnicos desta Casa, pudesse trazer maiores e melhores esclarecimentos e elementos de instrução ao exame da hipótese, não nos opusemos à diligência ora denegada. Donde a razão da nossa cota de fls., protestando por vista do processo, nos têrmo do art. 31 do Regimento Interno.

3. Contratou a Administração do Estado de São Paulo com a firma ..... a construção de duzentos e trinta prédios escolares, na forma e sob as condições estabelecidas neste processo.

4. Encaminhado o contrato, para registro neste Tribunal, e verificada a existência de recursos de que dispõe, para o exercício de 1966, a entidade contratante (da ordem de noventa e três bilhões de cruzeiros), suscitou a assistência técnica dúvida, quanto à legalidade do contrato, no que diz respeito à ausência de concorrência pública.

5. O Estado, no desenvolvimento de sua ação administrativa, entra em relação com os particulares por meio de atos em que impõe o seu poder, por vêzes até contra a vontade daqueles, ou age, por acôrdo ou encontro de vontades, quando as circunstâncias propiciam cooperação por parte dos administrados.

É nesta ação que resulta de acôrdo ou cooperação dos administrados, isto é, nas relações contratuais da administração pública com os particulares, que surge o fenômeno da concorrência pública.

Precise o Estado delegar serviços seus, de determinada natureza, executar obra de interêsse público ou de utilidade geral, obter materiais ou meios necessários ao funcionamento dos seus serviços, deve, nos ajustes que celebrar, atender ao princípio da concorrência.

É o que consigna o art. 765, do Regulamento do Código de Contabilidade Pública, aprovado pela Lei nº 4.632, de 6-1-1923: "Todos os contratos de que resultem receitas ou despesas para o Estado devem ser precedidos de concorrência pública ou administrativa, segundo as normas estabelecidas no capítulo precedente, exceto os casos indicados em leis especiais e os de que trata o art. 739."

Donde a asserção de J. Guimarães Menegale: "Consignado que o princípio vigente para a celebração dos contratos administrativos é o de concorrência, reservamo-nos para indicar afinal que a exceção a êsse princípio tem, na prática duas variantes:

a) Concorrência administrativa;

b) a adjudicação sem concorrência."

("Contratos Administrativos", *in Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro*, vol. XII, pág. 288).

6. Insita, pois, no princípio da concorrência, consagrado, no dizer de Temístocles Cavalcanti pelas nossas leis e praxes administrativas, está a sua variante, de dispensa de concorrência, como exceção, nos casos expressos em lei. "Êsses casos, salvo disposições especiais, são, de um modo geral, aquêles enumerados no art. 246 do Regulamento de Contabilidade Pública e referido no § 2º, letra *b* do art. 738 do mesmo regulamento" (*Repertório Enciclopédico* cit., vol. X, págs. 266 e 269).

7. Em brilhante parecer, anexo a êste processo, examina o Prof. Vicente Ráo a dispensa de concorrência e afirma a tese do princípio ou regra da sua exigência, acêito pela generalidade dos autores. Mas acentua a existência de casos "nos quais a dispensa de concorrência se faz necessária, a bem dos interêsses gerais da Nação, do Estado, ou do Município. É que as necessidades públicas, as do povo, nem sempre encontram solução tempestiva, ou satisfatória, nos esquemas administrativos rígidos previstos para as situações normais, para os problemas suscetíveis de serem resolvidos pela via dos processos administrativos comuns, com as delongas e formalidades que lhe são peculiares". E acrescenta: "A própria Constituição do Estado, ao determinar a prática das concorrêncais, submete-a "*às normas e restrições fixadas em lei*" — restrições que, constantes de leis federais e estaduais já existentes, de vigência não prejudicada, antes, retificada pelo citado texto constitucional, outras não são, nem podem ser, senão as que dizem respeito aos casos *excepcionais* de dispensa, a bem dos interêsses da comunidade (Constituição de São Paulo, art. 141)" (Item 14 do parecer).

8. Assinala Jèze que, na França, em que pêse à prática usual de concorrência na administração, não constitui ela o princípio geral. A regra certa do direito público francês é que a administração contrata livremente. Escreve o eminente mestre: "*Le chef de service, reponsable de la bonne marche des services publics, doit avoir de* larges pouvoirs d'appréciation *touchant le choix du contratant. Là où est la responsabilité, là doit être le pouvoir. Le bonne exécution des travaux, des fournitures, des services suppose que le contratant est capable, honnête, solvable. Ces qualités nècessitant un examen personnel e de larges pouvoirs discrétionnaires*" (pág. 66). E, à pág. 74, aduz: "*Lorsqu'un texte*, pour une catégorie de contrats de l'administration, *prescrit l'adjudication* (a concorrência), ce même texte (grifo dêste parecer) *autorise, par exception, le marché de gré a gré pour certaines hypothèses enumerées. Il faudra alors, pour que l'administration procède de gré a gré, qu'elle soit bien dans les termes de l'exception. Les hypothèses exceptionelles sont d'ailleurs nombreuses.*"

Em nota a esta última asserção, observa que, nos fornecimentos, transportes e obras públicas, decretos de 1882, 1919, 1921 e 1929, estabeleceram 17 casos de exceção, que ali enumera (*Les Principes Généraux du Droit Administratif — Théorie Générale des Contrats de L'Administration*, 1ª parte, 3ª ed., 1934).

Assim, se bem que Jèze preconize como regra a necessidade da concorrência, reconhece como próprio dêsse regime, para o atendimento do interêsse público, a necessidade de numerosas exceções.

9. Na Itália, ao lado do sistema normal de contratação, precedido de concorrência, outros se admitem, como o de celebração direta do contrato (*trattativa privata*), em que se exclui qualquer forma de competição, nos casos de: 1) grave urgência; 2) quando o objeto do contrato seja tal que só determinada pessoa possa fornecê-lo; 3) quando não acorram concorrentes. Admite-se também *qualquer outra circunstância excepcional ou especial*, para a escolha dêsse meio de contratar, desde que as razões sejam indicadas no decreto de aprovação do contrato, na forma do art. 41, do regulamento de contabilidade (Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. 4º, 1945, pág. 349).

10. Por sua vez, Sayagues Laso, em face de sistema vigente no Uruguai, admite até, para as dispensas de concorrência, certa latitude construtiva ao intérprete, tendo em vista casos, não previstos, mas de verdadeira impossibilidade de proceder por via de concorrência (*La Licitacion Publica*, Montevidéu, 1940, pág. 68).

11. Indiscutível, pois, a admissibilidade dentro do princípio, sistema, regime ou disciplina da concorrência, como procedimento prévio da celebração de contratos pelo Govêrno — das exceções de sua dispensa, nos casos previstos.

12. Entre nós, a regra é a exigência de concorrência, salvo a indicação dos casos expressos em que, para atendimento do interêsse público, é prevista a sua dispensa. É o que já dispunha os arts. 51 e 246, respectivamente do Código e do Regulamento de Contabilidade Pública.

Assim dispunha o art. 246, referido:

"Será dispensável a concorrência:

a) para os fornecimentos, transportes e trabalhos públicos que, por circunstâncias imprevistas ou de interêsse nacional, a juizo do Presidente da República, não permitirem a publicidade ou as demoras exigidas pelos prazos de concorrências.

b) para o fornecimento de material ou de gêneros, ou realização de trabalhos que só puderem ser efetuados pelo produtor ou profissionais especialistas, ou adquiridos no lugar de produção;

c) para aquisição de animais para os serviços militares;

d) para arrendamento ou compra de prédios ou terreno destinados aos serviços públicos;

e) quando não acudirem proponentes à primeira concorrência."

Essas as normas que, até há pouco, vigoravam em tema de dispensa de concorrências, segundo a lição de nossa escassa doutrina a respeito (Temístocles Cavalcanti, ob. cit. no item 6 dêste parecer; Matos de Vasconcelos, *Direito Administrativo*, vol. II, 1937, pág. 213; Heli Lopes Meireles, *Direito Administrativo*, 1964, pág. 244), da jurisprudência dêste Tribunal de Contas e das Leis ns. 1.666, de 31 de julho de 1952 e 6.864, de 13 de agôsto de 1962, respectivamente nos seus arts. 130 e 210.

Acresce notar que, especificamente em matéria de obras públicas, sempre se admitiu neste Tribunal a aplicabilidade primordial do Decreto estadual nº 8.053. de 26 de dezembro de 1936, apenas suprido em suas omissões pela legislação federal.

13. O sobrevir da Lei federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, baixada em obediência ao disposto no art. 5º, XV, *b* da Constituição federal, que dispôs sôbre as normas gerais de direito financeiro para

a União, Estados e Municípios, reafirmou o *princípio da concorrência*, no seu art. 70, como aliás já o fizera, no Estado, o art. 141 da Constituição paulista. Estabelecia-se, assim, o princípio da concorrência, não incompatível com a possibilidade de sua dispensa em casos excepcionais. Daí a promulgação da Lei federal nº 4.401, de 10 de setembro de 1964, que, dispondo sôbre concorrências no serviço público da União, declarou-as dispensadas nas hipóteses referidas no seu art. 1º, item IV.

Com o advento dessas leis, revogados ficaram não só o Decreto-lei federal nº 2.416, de 17 de julho de 1940 (êste inteiramente), como também as normas do Código de Contabilidade Pública da União e seu Regulamento, naquilo que com elas se tornou incompatível.

14. Em tema de concorrência para serviços e obras públicas o que atualmente está em vigor, portanto, no Estado de São Paulo, além dos preceitos referidos, da Constituição federal e do Estado, e do art. 70 da Lei nº 4.320, é o Decreto nº 8.053, de 26 de dezembro de 1936 e, por fôrça do art. 210 da lei orgânica dêste Tribunal, a Lei federal nº 4.401, referida no item anterior.

Eis, no que interessa, à hipótese, as regras em vigor:

I — Da Lei nº 4.401:

"Art. 1º, item IV — Ficam dispensadas as concorrências:

a) para aquisição e *execução de serviços ou obras que, por motivo de interêsse nacional*, a juízo do Presidente da República, não permitirem publicidade *ou a demora do processamento das concorrências;*

b) para aquisição e *execução de serviços ou obras* que, por *circunstâncias especiais* ou imprevistas, forem consideradas de caráter urgente, a juízo do Presidente da República;

c) a critério do Ministro de Estado, para aquisição de materiais, ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, emprêsa ou representante comercial exclusivos, bem como para a execução de serviços dependentes de profissionais de notória especialização";

II — Do Decreto nº 8.053:

"*Artigo 8º* As obras cujo orçamento total fôr superior a cinqüenta contos de réis (50.000$000), que não fôrem executadas pela administração direta, deverão ser postas em concorrência pública ou limitada, a juízo do Secretário de Estado.

Parágrafo único. A êste último fica, porém, facultado confiar mediante contrato de administração contratada ou de empreitada por preços unitários *independentemente de concorrência*, a execução de qualquer obra desde que disso e *a seu juízo resulte vantagem para o Estado.*"

15. Verifica-se, pois, que as normas legais e executivas, vigentes em matéria de concorrência, por fôrça de aplicação subsidiária, determinada por lei estaduais (Leis ns. 1.666-52 e 6.864-62) e por competência própria para dispor sôbre a sua administração, por parte do Estado-membro, prevêem casos em que se insere, com inteira adequação, o contrato de que cogita êste processo.

Com efeito, não só os dizeres da disposição do art. 8º, parágrafo único, do Decreto nº 8.053 contemplam a presente situação contratual, como também das normas federais enunciadas decorre a exação legal com que se houve o Govêrno.

16. A regra é que o contrato de serviços e obras públicas, cujo valor excede o limite previsto em lei (atualmente fixado pelo art. 29, da Lei estadual nº 8.662, de 21-1-1965), deve ser precedido de concorrência. Todavia, em casos excepcionais, expressamente previstos, podem ser as licitações dispensadas (feita a adaptação ao que interessa, na hipótese):

a) a juízo da administração (Secretário de Estado), quando, em ajuste de administração contratada ou de empreitada, por preços unitários, seja a contratação di-

reta de vantagem para o Estado (Decreto nº 8.053, art. 8º, parágrafo único).

b) quando o interêsse estadual, a juízo do Chefe do Poder Executivo, não permitir a demora do processamento das concorrências (Lei federal nº 4.401, art. 1º, IV, a);

c) nas obras ou serviços que por circunstâncias especiais (A lei federal menciona circunstâncias especiais *ou* imprevistas, portanto, num caso e noutro) foram consideradas de caráter urgente, a juízo do Chefe do Poder Executivo (Lei federal nº 4.401, art. 1º, IV, *b*);

d) a critério do Secretário de Estado, para a execução de serviços dependentes de profissionais de notória especialização (Lei federal nº 4.401, art. 1º, IV, *c*).

17. Note-se a circunstância de que o contrato de que se cogita é relativo exatamente a uma empreitada por preços unitários, consoante decorre do expresso na cláusula X e da natureza do ajustado.

18. Muito ao contrário, pois, do que pareceu à digna assistência técnica, a dispensa da concorrência, para a celebração direta do contrato de fls. obedeceu rigorosamente aos preceitos legais e executivos que dispõem sôbre essa faculdade conferida à administração. Os pressupostos legais dessa dispensa o "interêsse público que não permita a demora da concorrência", "as circunstâncias especiais que emprestam caráter urgente aos serviços ou obras", a "especialização dos profissionais", a "vantagem para o Estado" — ocorrem todos, na hipótese em exame, e como dissemos, a enquadram com inteira exação, nas exceções previstas.

19. De outra parte, cabe observar que a opção, dentro do sistema ou princípio da concorrência, pela sua realização ou dispensa, desde que, como no caso, ocorram os pressupostos legais que autorizam as exceções, é da Administração. Sob êsse aspecto, não há que incidir o contrôle ou o julgamento, pois que, em se efetivando, ocorreria por certo, da parte do orgão revisor, indevida invasão de atribuição. Advirta-se que nos referimos à opção, à escolha de uma outra via, não ao exame dos pressupostos.

A lei permite à administração, ainda mesmo nas hipóteses previstas como de dispensa, que opta pela licitação (art. 1º, item V, § 3º, da referida Lei nº 4.401). Essa opção, pela realização ou não da concorrência, é que afirmamos ser de competência discricionária da autoridade administrativa, não passível de qualquer reexame.

20. Os ilustres signatários dos pareceres em anexo, Prof. Vicente Ráo e Dr. Eduardo Viana Mota, parece que vão além. Estendem o âmbito do poder em causa, para havê-lo como de natureza discricionária, até mesmo quanto à verificação dos pressupostos de dispensa, deixados pelas leis ao juízo das autoridades que indica.

Escreve Viana Mota: "Quer dizer que às Côrtes de Contas não é lícito indagar de critérios que foram por lei adstritos ao campo decisório da administração. Em recebendo, para apreciação e registro, contrato celebrado sem prévia concorrência pública, a Côrte indagará se houve a ocorrência de uma das hipóteses legais de dispensa. E se esta se deveu à utilização pelo Chefe do Govêrno de sua faculdade legal, o exame se restringirá à constatação da dição da vontade administrativa pelo orgão competente, isto é, a autoridade a quem a lei conferiu competência para dispensar a concorrência" (fls. 19 do parecer).

Para o ilustre opinante, quando a lei deixa a possibilidade de afastar a concorrência, "a juízo" da autoridade, abre-lhe um crédito de confiança, confere-lhe faculdade discricionária, sòmente passível de revisão na ocorrência de abuso ou desvio de poder.

21. De qualquer forma, o decidir pela dispensa da concorrência é faculdade indiscutível da administração, desde que ocorram os pressupostos legais. Sôbre isto não pode haver divergência.

Aliás, o sistema em vigor é ainda mais peremptório do que o do Código de Con-

tabilidade, quando substitui a expressão dêste (arts. 51 e 246) — "Será *dispensável* a concorrência" — pela atual: "Ficam *dispensadas* as concorrências" (art. 1º, IV, da Lei nº 4.401).

22. Tem prevalecido na jurisprudência dêste Tribunal de Contas, com isto estamos de acôrdo, ser de sua competência o exame dos pressupostos da dispensa da concorrência.

Tomada a decisão pela dispensa — o que compete à administração — indicados os pressupostos de seu proceder, cabe a êste Tribunal de Contas examiná-los, para aferir de sua procedência.

Não poderá o Tribunal, por exemplo, entender que o Govêrno deveria ter optado pela faculdade que lhe confere o § 3º, do item V, do art. 1º da Lei nº 4.401. Verificará apenas que a decisão foi de autoridade competente e se ocorreram os pressupostos de "interêsse público", de "urgência" e de "vantagem para o Estado", estabelecidos nas leis e atos executivos. Aqui, no entendimento da torrente da doutrina e jurisprudência, finda, sem discrepância de opiniões, a função do Tribunal.

Vimos que os Profs. Vicente Ráo e Eduardo Viana Mota orientam-se ainda mais restritivamente, havendo por escapos ao julgamento ou contrôle do Tribunal ditos pressupostos, quando a lei os tenha expressamente deixado *ao juizo* da autoridade administrativa.

23. Ante o que ficou exposto, devemos consignar agora a improcedência das razões aduzidas no parecer da digna A.T., de fls. Ao referir-se, o douto subscritor do parecer, ao pressuposto de *urgência* (que, diga-se de passagem, considera "indiscutível" — item 6, fls.) entende que ela só pode — item 6, fls.) entende que ela só pode assumir a condição de pressuposto legal para dispensa de concorrência se editada do caráter de *imprevista*, mencionando, aliás, à lei revogada, qual seja o Decreto-Lei nº 2.416, de 17-VII-1940. Tal ponto de vista não seria sustentável nem mesmo em face das normas de contabilidade vigentes anteriormente à lei atual, nº 4.401. Não se atendeu suficientemente para as normas referidas.

A lei em vigor, não só admite a dispensa, como vimos, por motivo de "interêsse público", como também por "urgência" decorrente de circunstâncias especiais ou "imprevistas". Logo, a imprevisibilidade não constitui conotação necessária de requisito de "urgência", muito menos do "interêsse público", como deflui claramente dos textos do art. 1º, item IV, letras *a* e *b*, da Lei nº 4.401-64. Neste segundo a disjuntiva *ou* separa a conotação pretendida pela digna A. T..

"*Ou* é o tipo das conjunções disjuntivas", afirma Napoleão Mendes de Almeida, e transcrevendo Carneiro Ribeiro, escreve: "Há entre *e* e *ou* a seguinte diferença: a primeira estabelece ao mesmo tempo a junção de idéias e a junção material de palavras; a conjunção *ou*, muito pelo contrário, não é um elemento conetivo, senão porque estabelece materialmente a junção de uma proposição com outra, bem que as separe lògicamente. Materialmente unem, mas formalmente desunem" (*Gramática Metódica da Língua Portuguêsa*, 4ª ed., 447, nota 6).

Aliás, é próprio da disjuntiva ou alternativa excluir uma das circunstâncias, ou pelo menos, não lhes atribuir necessária conexão.

Bastam, pois, o motivo de interêsse público, circunstâncias especiais que determinem a urgência, para, em face de nossa legislação vigente, seja dispensada a concorrência, a juízo do Chefe do Poder Executivo, como ocorreu na hipótese.

Daí a asserção do Prof. Vicente Ráo, no parecer anexo, item 15: "Constituindo, como constitui, a *exceção*, a dispensa da concorrência não pode resultar do arbítrio da administração; há de resultar, isto sim, de ato que respeite os limites prescritos por lei, tais os de atendimento de *relevante interêsse público ou/e de urgência* circunstâncias, estas, que, condicionando o ato de

dispensa, devem ser apuradas e justificadas regularmente."

Onde o nosso direito em vigor exige a conotação de imprevisibilidade e urgência é no que diz respeito à abertura de créditos extraordinários. Donde talvez o equívoco da digna A.T..

24. Outra passagem dêsse douto parecer que, a nosso ver, merece reparo, é aquêle em que afirma inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 8º, do Decreto estadual nº 8.053, de 28-12-1936, contra respeitável acórdão dêste Tribunal, datada de 8 de maio de 1957 (Jurisprudência e Instruções, 1º semestre de 1957, nº 1, págs. 15-16 — TC — 1.920-57), em que se decidiu pela perfeita conciliação entre o dispositivo e o art. 141 da Constituição estadual.

Observe-se que nesse processo havia sido suscitada pelo Govêrno a urgência da obra e a Assistência Técnica manifestara-se contrária ao registro do contrato, por entender não demonstrada a exigência de circunstância imprevista.

Aliás, não foi êste o único caso em que o Tribunal, limitando-se ao exato julgamento da legalidade do contrato, admitiu tão-só o elemento ou circunstância da urgência e do interêsse público, para deferir o registro de contratos, com dispensa de concorrência.

É o que ocorreu, entre outros, também no processo TC 11.043-63, de que foi relator o saudoso Ministro Alcindo Bueno de Assis. Nesse caso, foi o registro concedido em caráter excepcional, por se ter entendido não suficientemente fundamentada a urgência da execução dos serviços (fls. 36, do processo TC 11.043-63). Ora, no caso em exame, essa urgência não é posta em dúvida por quem quer que seja, e vem ampla e completamente demonstrada em todo o curso do processado, sem qualquer restrição por parte dos órgãos técnicos que, a par do que ficou rebatido no item 21, concernente à conotação de imprevisibilidade, aduzem razões quanto ao mérito do procedimento administrativo, aspecto êsse que refoge ao juízo dêste Tribunal.

25. Com efeito, são de mérito as demais objeções levantadas ao procedimento da administração: o argüido no item 7 (fls.) e, de um modo geral, as considerações de fls. e dêste processo, que concluem "não existirem motivos de *ordem técnica* que justifiquem a lavratura do contrato" (fls.) (grifo nosso).

26. Ora, ao Tribunal de Contas, como aliás, no sistema nosso de jurisdição una, ao próprio Poder Judiciário, é vedado apreciar o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhes examiná-los tão-sòmente sob o prisma da legalidade.

Vários são os aspectos sob os quais pode ser considerada a atividade administrativa, aspectos êsses que caem sob o domínio de ciências diversas, com o Direito, a Ciência da Administração ou a Política e as Ciências Técnicas (Pressuti, *Istituzioni*, pág. 18 e segs.).

Sob o contrôle do Tribunal de Contas, mormente no que diz respeito ao registro de contratos, só incide o primeiro aspecto assinalado.

A Constituição federal de 1946, no seu art. 77, dispõe: "Compete ao Tribunal de Contas: III — julgar da *legalidade* dos contratos ..." Idênticas as expressões usadas pela Constituição estadual no art. 70, alínea *c*, e Lei nº 6.864, dêste Tribunal, no art. 36, item III.

Pontes de Miranda, em seus *Comentários à Constituição de 1946*, 2ª edição, vol. II, pág. 362, ensina: "O art. 77, nº III, dá ao Tribunal de Contas o julgamento da *legalidade* dos contratos, aposentadorias, reformas e pensões. O conceito de *legalidade* ou de conformidade com a lei está, aí, no sentido próprio: não infringência do texto de qualquer lei."

Rui Barbosa, ao examinar essa função do Tribunal de Contas, em razões editadas sob o título *Companhia Port of Pará* (cf. textos coligidos e ordenados pos Homero Pires *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol. VI, 1934, págs. 452-454), após afirmar que as regras de proceder, nesse particular, foram traçadas com pre-

cisão matemática, no Decreto nº 15.770, de 1º de novembro de 1922, no que toca ao ângulo de apreciação transcreve o art. 111, que estatui: "O Tribunal, além da verificação das formalidades precedentes (que se referem a prazos de remessa), examinará os contratos tendo em vista as condições e formalidades com que foram celebrados no que diz respeito aos preceitos de direito comum e aos de contabilidade pública e legislação financeira."

27. Êste o âmbito do juízo que a êste Tribunal cabe proferir. Não se contêm nas suas funções e apreciação de utilidade, conveniência, oportunidade ou acêrto da ação administrativa, juízos êsses que, sendo de mérito, não podem ser emitidos pelos Tribunais de Contas. Êstes são aspectos orientados pela ciência da administração ou pela política. O mérito da ação administrativa, e, por conseguinte, dos atos por meio dos quais ela se efetiva, é atribuição própria do Poder Executivo, e os órgãos de contrôle ou judiciários, nêle intervindo sobreporiam o seu juízo ao do administrador, violando, assim, o princípio de separação e independência dos podêres. Os elementos que informam êsse juízo são dependentes de critérios políticos e técnicos, peculiares ao exercício do poder da administração e estranhos à apuração da legalidade.

Donde o asserto de Ivan Lins, em tese apresentada ao 1º Congresso de Tribunais de Contas do Brasil: "Princípio pacífico é o de não poderem os Tribunais de Contas apreciar a utilidade, conveniência e oportunidade dos atos que lhes são submetidos. É perfeitamente justo êste princípio, visto serem os referidos aspectos — utilidade, conveniência e oportunidade — da exclusiva competência de quem pratica os atos administrativos e não do órgão apenas incumbido de fiscalizar-lhes a legalidade, isto é, se os mesmos atos foram praticados de acôrdo com as leis que os regem" (*Anais do 1º Congresso de Tribunais de Contas do Brasil*, S. Paulo, 1959, 2º vol., pág. 976).

No mesmo sentido a lição do Prof. Sayagues Laso: "*El Tribunal de Cuentas examina solamente eso: si les razones que se aducem para prescindir de la licitación son o no justificadas; no entra al estudio de la compra en si, para ver si es ventajosa u oportuna, concediendo la autorización en caso afirmativo y negándola en caso contrario. Esta cuestión corresponde exclusivamente al jerarca administrativo, el cual es responsable de su gestión. El Tribunal es solamente un órgano de contraler, que no hace ni debe hacer administración activa, lo que desvirtuaria si entrara a juzgar de la oportunidad o conveniencia de la adquisición.*" (*La Licitación Publica*, Montevidéu, 1940, pág. 77).

Advirta-se que, até mesmo no exercício da função jurisdicional, no sistema nosso, consoante acentuamos, é vedado ir além da verificação da legitimidade da ação administrativa.

Autorizar o Tribunal de Contas a apreciar o mérito do procedimento administrativo seria erigi-lo em verdadeiro Conselho de Estado, qual o tínhamos no Império, e com podêres ainda mais amplos, porquanto se manifestaria por pronunciamentos vinculantes, enquanto êste os emitia meramente consultivos ou obrigatórios.

28. Quanto ao contrato em si, verifica-se ter sido celebrado com precauções especiais, tendentes a resguardar os interêsses do Estado, consoante ao que recomendara o Sr. Governador em seu despacho de 21 de outubro de 1965. Inclusive um preço fixo, sem qualquer reajuste, ainda que decorrente de lei, o que levou à assinatura do contrato, a 31 de dezembro de 1965, prazo fixado pela firma contratante para manter a sua proposta.

Advirta-se que se os contratos celebrados pela administração sòmente atingem plena validade e eficácia, após registrados pelo Tribunal de Contas, com relação ao particular contratante a situação jurídica se define por ocasião da assinatura do contrato.

No que diz respeito às cautelas de ordem legal, diz o Sr. Diretor do FECE, na exposição com que encaminhou o contrato para registro, foram tôdas aceitas pela firma contratante, incluindo-se ainda, como integrante do contrato, o regulamento bai-

xado com o Decreto nº 8.053 e demais disposições em vigor por fôrça de aplicação subsidiária determinada em lei. Aceitou também a condição, lembrada pela Diretoria do FECE, da construção de um prédio protótipo, dentro de 90 dias, em local indicado, sem qualquer pagamento antecipado, por parte do Estado. É o que consta das cláusulas II, VI e X.

A forma do pagamento vem estabelecida na cláusula X, prevista, na cláusula XVIII, multa de um milhão de cruzeiros por dia útil de atraso na conclusão das obras. Há cláusulas que prevêem a direção técnica das obras, fiscalização por engenheiro indicado pelo Fundo e vigilância até a definitiva entrega (XXII, XXIII e XXIV).

29. Foi, ainda, a contratação precedida das mais minuciosas cautelas, inclusive parecer de comissão especializada, que considerou o processo a ser empregado "satisfatório e vantajoso para a construção de edifícios escolares públicos (fls. do anexo GG — nº 4.257/65, vol. 1).

30. Outro fator, solicitado na exposição do Sr. Diretor do FECE, é o relativo ao prazo de entrega dos 230 prédios escolares, fixado em 8 meses a partir de 90 dias da data de registro do contrato (cláusula V), o que equivale à entrega de quase a média de um prédio por dia.

31. Quanto ao preço, foi considerado razoável, após cotejo com o de obras que vêm sendo contratadas pelo Estado, tendo em consideração a qualidade do material a ser empregado, muito superior ao do material que tem sido usado nas construções convencionais do Estado, e a renúncia a todo e qualquer reajuste, o que, segundo cálculos feitos representará, afinal, economia de três bilhões de cruzeiros, relativamente às obras convencionais sujeitas a reajuste (fls. 14, dêste processo).

Observara o Sr. Diretor do Fundo, na exposição feita ao Sr. Governador, em 14 de dezembro de 1965, que o preço fixado poderia ser diminuído, "substituindo-se determinados materiais — considerados quase de luxo, como o duralumínio, mármores, etc. — por outros de menor custo", dando-se porém, preferência a material de primeira qualidade, pelo que se deduz de orientação adotada na justificação de fls. 1 a 17 dêste processo.

Consta desta justificação:

... "Essa proposta consiste na pré-fabricação em canteiro de obra ou em usinas, dos prédios completos, de tal forma que, quando concluídos, são êles em sua aparência idênticos às construções do tipo convencional.

Salientamos que essa identidade é apenas aparente uma vez que pelos estudos técnicos realizados pelo FECE a qualidade é muito superior, em todos os seus aspectos, considerados êstes como de resistência, acabamento e estética.

Realmente pelo memorial descritivo apresentado (fls. 5 a 8) os materiais empregados serão todos de primeira qualidade; as fundações em blocos e sapatas pré-moldadas em concreto armado; as paredes em concreto armado, feitas com cimento impermeável e de alta resistência inicial (E.B.2), sendo as externas em tipo sanduíche, conforme *patente nº 169.224* depositada no D.N.P.I.; as paredes internas ainda em concreto armado do mesmo cimento especial; a cobertura em lajes pré-moldadas também do tipo sanduíche, nas quais o material interno é um conglomerado multicelular, isotérmico e insonoro, aliás o mesmo que constitui a parte interna também das paredes externas. Os demais materiais, como já se esclareceu, e é bem especificado no memorial descritivo, é de qualidade superior a tudo o que se tem feito em matéria de construções escolares no País, sendo de se ressaltar a aplicação de esquadrias em duralumínio, de pisos de cacos de mármore, o denominado *terrazo*, o revestimento externo em litocerâmica, pastilhas e mesmo mármore, conforme o caso e as nossas especificações..." (fls. 5 a 8).

32. Vê-se, pois, da exposição em exame, que os materiais usados nas construções ajustadas, serão todos de primeira qualidade, e adotado o processo de pré-fabricação do tipo pesado, relativamente ao qual já

foi depositado no Departamento Nacional de Propriedade Industrial o pedido de privilégio, protocado sob nº 169.224 (docs. de fls. 76-77 dêste processo).

Conhecida como é a demora do andamento dêsses papéis nas repartições públicas, o depósito já assegura à firma contratante a prioridade dessa patente, o que justificaria só por si — em face da legislação em vigor, o analisado e julgado plenamente satisfatório como foi o processo de industrialização proposto — a dispensa da concorrência, com fundamento no art. 1º item IV, letra c, da Lei federal nº 4.401/64.

33. Aspecto que exige menção é o relativo ao material básico pré-fabricado pesado. O material oferecido pela firma é chamado cimento branco, cimento especial de alta resistência do qual só existe no Brasil uma fábrica, a Cimento Portland Branco do Brasil S. A., fábrica essa pertencente ao mesmo grupo da Companhia... ....., o que virá assegurar o fornecimento regular dêsse material.

Para garantia de perfeita execução do contrato exigiu o FECE, informa o seu diretor e está comprovado no processo, um compromisso escrito dessa fábrica de que êsse cimento seria fornecido nas quantidades que atendessem as necessidades do contrato realizado (cf. fls. 12 dêste processo e o vol. 3 do processado).

34. Foi exaustivamente investigada, refere ainda o Sr. Diretor do FECE, a idoneidade da firma escolhida, coligindo-se ampla comprovação documental, que consta do 2º volume do processado. E acrescenta textualmente: "A Diretoria Executiva do FECE com o respeito que lhe merece êsse egrégio Tribunal, toma a liberdade de lembrar que nessa documentação as informações, até de ordem internacional, ou seja, do Banco Interamericano do Desenvolvimento, consideram como a maior firma construtora do Brasil, inteiramente idônea e capaz, a Companhia ....., que é justamente a firma com a qual o Govêrno do Estado autorizou o FECE a realizar o contrato..." (fls. 9, dêste processo).

35. Relativamente à caução, depositada na forma prevista na cláusula XIX, do Contrato, obedeceu-se ao disposto nas leis e regulamentos pertinentes (art. 770, § 2º do Código de Contabilidade; art. 17, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 8.053, de 26-12-1936, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto nº 46.001, de 14-2-1966, art. 1º), tomando-se por base, para cálculo da caução prestada, de cinqüenta milhões de cruzeiros, o valor dado ao contrato pela cláusula XXVII, para os efeitos legais.

Note-se que, pelo previsto na cláusula XV, o refôrço da caução será de 10% sôbre o valor de cada pagamento, o que elevará afinal a garantia, tendo em vista o valor aproximado das obras, a um total superior ao que se poderia a rigor exigir de início. Dizemos valor aproximado das obras, porquanto não pode êle por ora fixar-se ao seu exato montante, pois que o contrato prevê, na forma de sua cláusula VII, áreas apenas aproximadas de 800 m² e 1.600 m², para os prédios que deverão ser construídos.

36. Em síntese e para concluir:

a) não se contesta que a *regra* da concorrência é o normal na celebração de contratos pelo poder público, nem se poderia fazê-lo, porque constitui exigência de lei;

b) que essa regra não exclui a admissibilidade de dispensa de concorrências, nos casos previstos em lei e em atos executivos e regulamentares pertinentes, exceções perfeitamente compatíveis com o *princípio* da concorrência e que lhe integram o sistema;

c) o contrato celebrado se inclui, com exação, pelo que ficou exposto, nas exceções que expressamente autorizam a contratação direta;

d) o contrato celebrado, pelo que se verifica de suas cláusulas, adotou tôdas as cautelas necessárias ao devido resguardo dos interêsses do Estado, inclusive no tocante à caução exigida para sua garantia;

e) não infringiu o contrato na sua celebração quaisquer disposições de direito

comum, de contabilidade pública e legislação financeira;

f) não cabe a êste Tribunal o exame da ação administrativa sob o aspecto de sua utilidade, conveniência ou oportunidade, ou seja, no seu mérito (a qual, aliás, no caso, orientou-se com perfeita regularidade e foi cumpridamente justificada).

37. Em conseqüência, somos pelo registro do contrato de fls. dêste processo.

Qualquer opinião em contrário, sòmente *de lege ferenda* seria de admitir-se, nunca *de lege facta*. E esta, pelo que ficou exposto, acolhe plenamente a orientação tomada pela administração ao optar pela celebração direta do contrato.

São Paulo, 25 de maio de 1966. — *Carlos S. de Barros Júnior*, Procurador-Geral da Fazenda do Estado de São Paulo.