PARECERES

CONCORRÊNCIA PÚBLICA — CRITÉRIO DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS — CONDIÇÃO — IGUALDADE PERANTE A LEI

— A escolha das propostas deve inspirar-se no interêsse público, que nem sempre se traduz na opção pela de menor preço, mas naquela que fôr considerada mais vantajosa, conforme critérios explícitos.

— O cômputo do valor do impôsto i.c.m. na aferição do melhor preço não constitui condição, cuja inclusão no edital seja obrigatória.

— Interpretação do art. 133 do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967.

PARECER

I

A Comissão Central de Compras, órgão da Secretaria do Trabalho e Administração, do Estado de São Paulo, publicou edital de concorrência pública (n.º 249, de 24/11/69) para compra de leite em pó, de acôrdo com a discriminação então estabelecida.

Entre as disposições gerais e permanentes a que se deveriam subordinar as propostas dos licitantes se encontra a de n.º 9 com a seguinte redação:

"....."

9) À C.C.C.E. fica reservado o direito de aceitar das propostas classificadas, a que lhe parecer *mais vantajosa*, escolher parcial ou integralmente delas o que melhor convier, rejeitar tôdas, ou, ainda, declarar a concorrência anulada, sem que caiba aos concorrentes direito a qualquer indenização ou compensação".

II

A Primeira Turma de Julgamento da Comissão adjudicou a concorrência à Cia. Brasileira de Leite e Café Solúvel Leicaf, em 28/11/69; em seu favor foi emitida a nota de subempenho que é o documento representativo da obrigação assumida pelo Estado, correspondente à compra de 476.400 quilos de leite em pó integral, acondicionados em latas e destinados à distribuição aos postos de puericultura mantidos pela administração estadual.

Mas a concorrente — Cooperativa Central dos Produtores Rurais de Minas Gerais Ltda. — não se conformou com a adjudicação e recorreu, da decisão da Turma, para o Plenário da Comissão (12 membros) que, por sua vez, manteve a decisão adjudicatória (12/12/69).

Inconformada a Cooperativa impetrou mandado de segurança ao MM. Juiz da 4.ª Vara dos Feitos da Fazenda do Estado, contra a deliberação final da Comissão.

Alegou a impetrante que tôdas as cinco firmas concorrentes preencheram os requisitos do edital sendo, porém, o seu preço o menor. Assim a ela cabia a vitória, o que não aconteceu porque a Comissão entendeu de preferir outra licitante, estabelecida no Estado, sujeita ao pagamento integral do impôsto de circulação de mercadorias incidente sôbre o valor da compra.

Esta circunstância, segundo a impetrante, constitui discriminação contra as firmas sediadas em outros Estados e não conserva expressamente do edital, mas de simples "norma geral" recomendada pelo Secretário da Fazenda, em despacho comunicado à Comissão e aos demais órgãos do Estado.

Invocou o art. 133 do Decreto-lei federal n.º 200, de 25/2/67 (Reforma Administrativa) aplicável aos Estados e Municípios por fôrça do art. 1.º da Lei federal n.º 5.456, de 20/6/68, e segundo o qual: "Na fixação de critérios para julgamento das licitações levar-se-ão em conta, no interêsse do serviço público, as condições da qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outros pertinentes, estabelecidos no edital".

A "citada norma geral do Sr. Secretário da Fazenda", sustenta a impetrante, "apesar de não constar do edital, foi a *condição* que alijou a impetrante — a que ofereceu o menor preço — do primeiro lugar".

Ainda que a referida "condição", prossegue a Cooperativa inconformada, constasse do edital, encerraria ela uma discriminação contrária ao princípio de que "todos são iguais perante a lei" (Constituição, art. 150, § 1.º; Emenda n.º 1, art. 153, § 1.º).

Pediu, afinal (mandado de segurança) não só a anulação da decisão da Comissão como a adjudicação da concorrência a ela impetrante.

"... porquanto sua proposta é a que oferece o *menor preço* (grifo do original) ...".

III

A Comissão prestou informações ao MM. Juiz, que já havia concedido a medida liminar. Esclareceu a informante que a sua decisão foi tomada "com fundamento na norma geral adotada pela administração estadual e transmitida pelo Ofício Circular de 24/1/69 do Sr. Secretário da Fazenda, respondendo pela do Trabalho e Administração, conforme despacho anterior, datado de 6 de agôsto de 1968.

Contesta, a Comissão, o caráter discriminatório da norma de vez que, aplicado há quase um ano, não impediu que em outra concorrência fôsse vencedora uma firma sediada no Estado do Rio de Janeiro.

A redação da *norma* não padece, aliás, dos vícios apontados pela impugnante (sigilo e discriminação), adverte a Comissão; diz, com efeito, o seguinte:

"Excetuadas as condições e prazos de pagamentos previstos no art. 2.º do Decreto n.º 49.550, de 2/5/68, no julgamento das licitações relativas à aquisição de materiais, para efeito de verificação do concorrente vencedor, deverão ser consideradas *tôdas as vantagens econômicas* decorrentes das propostas apresentadas, inclusive aquelas referentes a impostos incluídos nos preços, de forma a se aquilatar qual a proposta econômicamente *mais vantajosa* para o Estado, isto é, aquela que corresponda a menor dispêndio efetivo em razão dos fatôres considerados e da verificação dos tributos que serão recolhidos aos cofres do Estado".

Assim, prossegue a informação:

"A finalidade da norma, pois, é determinar que os órgãos públicos verifiquem qual a proposta econômicamente *mais vantajosa* para o Estado, isto é, aquela que corresponda ao menor dispêndio efetivo".

Em ofício complementar o Sr. Secretário da Fazenda esclareceu que para escolha do proponente vencedor da licitação "deve ser considerado inclusive o impôsto sôbre circulação de mercadorias

a ser arrecadado pelo Estado de S. Paulo em razão da aquisição a ser realizada".

No caso concreto o "resultado decorreu do fato de haver sido deduzido dos preços ofertados a parcela referente ao I.C.M."

Para a elaboração dos cálculos foram observados pela Comissão os Decretos-leis federais ns. 406, de 31/12/68 e n.º 407, de 31/12/68; assim, nas operações interestaduais de 15%. A circunstância da firma vencida ter depósito em São Paulo foi também considerada pela Comissão, com a dedução de 1,6% do preço ofertado.

Contesta a Comissão, com base em parecer do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que a *norma* citada constitua *condição* da concorrência, "mas apenas um fator de apreciação de uma condição, a do preço".

Com relação à alegada discriminação também não procede o argumento, prossegue a Comissão, repetindo o parecer citado:

"Todavia, não parece haver tratamento desigual em se ponderar, como vantagem para o Estado, o recolhimento, aqui, do I.C.M. eis que o dispêndio efetivo do Estado não é igual no caso de o recolhimento ser em São Paulo ou de o mesmo se fazer alhures. Considerando-se tal fator como vantagem, não se está discriminando entre brasileiros, apenas se está tomando em conta a vantagem do Estado em despender menos, em têrmos reais".

IV

Exposta a controvérsia, tal como foi ajuizada, passo a opinar, por solicitação do *Estado de São Paulo* sôbre a regularidade e legalidade da decisão da Comissão Central de Compras.

Conforme tive oportunidade de recordar em outros pareceres (em 9/2/65, *Revista de Direito Administrativo*, volume 79, p. 465-475; idem, de 19/10/65. In *Revista de Direito Administrativo*, vol. 26, p. 288-302 e *Revista Forense*, vol. 139, p. 59-67) a concorrência pública é um processo tradicional do direito administrativo (Código de Contabilidade Pública da União, Decreto n.º 4.536, de 28/1/1922; Decreto número 15.783, de 8/11/1922).

"A finalidade da concorrência é precisamente a de, mediante publicidade adequada, limitar o arbítrio, restringir o âmbito das opções, cercear a escolha dos candidatos, tornar objetivos os requisitos das propostas a fim de impedir soluções pessoais e que não sejam inspiradas no interêsse público" afirmei, então, com remissão aos trabalhos e estudos de autores nacionais e estrangeiros (LIMA VIEIRA, Antônio Cláudio de, A Concorrência Pública e os Limites do Poder Discricionário da Administração. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 61, p. 389; MENDES DE ALMEIDA, Fernando Henrique, Concorrência Pública. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 62, p. 340; idem, Natureza Jurídica da Concorrência Pública, Tese, 1941; TAVARES DE LYRA FILHO. Contratos Administrativos, 1941, p. 112 e segs.; SEABRA FAGUNDES. Parecer, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 22, p. 369 e seguintes; REALE, Miguel, Parecer. *Revista de Direito Administrativo*, volume 57, p. 460 e seguintes; CAVALCÂNTI, Themístocles B., *Tratado de Direito Administrativo*, 1942, vol. II, p. 404; ROSA, Ruben. Voto no Tribunal de Contas da União. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 30, p. 298; LAUBADÈRE, André de. Contrats Administratifs, 1956, Tome premier, p. 263-264; DUEZ, P. e DEBEYRE, G. *Traité de Droit Administratif*, 1952, p. 897; LAMARQUE, Jean. *Recherches sur l'Application du Droit Privé aux Services Publics Administratifs*, 1960, p. 135; WIGNY, Pierre. *Droit Administratif*, 1953, p. 269; SANDULI, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*, 4.ª ed., 1957, p. 317; LASO, Henrique Sayagues. *Tratado de Derecho Administrativo*, 1953, vol. I, p. 552; BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*, 4.ª ed., 1947, Tomo I, p. 511-512).

V

A norma da administração federal que inspirou os Estados e Municípios, por muitos anos, foi o chamado Código de Contabilidade, já citado (Decreto n.º 15.783, de 1922) que no art. 743 dava preferência a "proposta mais barata" (idem art. 755) mas no art. 754 determinava a elaboração de relatório, por parte do presidente da concorrência, no qual seria indicada "qual a proposta mais vantajosa".

Atualmente o texto federal vigente, o Decreto-lei n.º 200, de 25/2/67 (que tive a honra de referendar como Ministro da Justiça e Negócios Interiores) nos artigos 125-144 estabelece os trâmites para as licitações, compras, obras, serviços e alienações na administração direta e nas autarquias.

A Lei federal n.º 5.456, de 20/6/68 estendeu aos Estados e Municípios, quanto às licitações, as regras do diploma citado.

No caso em exame, o dispositivo pertinente é o art. 133 cujo texto é o seguinte:

"Art. 133 — Na fixação de critérios para julgamento das licitações levar-se-ão em conta, no interêsse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outros pertinentes, estabelecidos no edital. *Parágrafo único* — Será obrigatória a justificação escrita da autoridade competente, sempre que não fôr escolhida a proposta de menor preço".

O confronto dos dois textos mostra que a escolha tanto podia, como pode, recair na proposta "mais barata" ou de "menor preço", como na "mais vantajosa"; no último caso o antigo Código de Contabilidade exigia "relatório do presidente da concorrência" e a lei vigente reclama "justificação escrita da autoridade competente".

Assim quer uma opção, quer outra, encontram base legal desde que observados os pressupostos do julgamento.

A Lei paulista n.º 511, de 18/11/1949, que dispôs sôbre as normas para o funcionamento da Comissão Central de Compras, no art. 12, determina que para "escolha do fornecedor serão tomadas em consideração" além dos preços e outros requisitos, "*as vantagens* resultantes para a Fazenda Estadual em virtude de outras condições propostas" (letra *e*). A norma estadual é também flexível, admitindo, expressamente, a consideração de *vantagens* especiais.

VI

No edital a que se submeteram os concorrentes, no presente caso, a Comissão se reservou o direito de aceitar a proposta que lhe parecesse *mais vantajosa* (item n.º 9, já transcrito).

Em verdade o que deve inspirar *sempre* à escolha é *o interêsse do serviço público* (art. 133 do Decreto-lei n.º 200, de 1967) que nem sempre se traduz na opção pela proposta "mais barata" ou de "menor preço", mas naquela que fôr considerada *mais vantajosa*, conforme critérios explícitos (em relatório ou justificação). No mesmo sentido opinam estudiosos da matéria:

Seabra Fagundes depois de acentuar que nas concorrências a classificação dos concorrentes "se dá sempre em função das *vantagens* oferecidas pelos proponentes", esclarece:

"O princípio decorre, aliás, da natureza mesma do instituto, que na *vantagem* de melhores condições para a pessoa de direito público encontra a sua razão de ser" (Parecer, de 21/6/50. In: *Revista de Direito Administrativo*, volume 22, p. 370).

Miguel Reale aborda a matéria em têrmos incisivos: "Quando o edital em aprêço fala, pois, em "melhores vantagens", deve-se entender que a Administração tinha em vista considerar um complexo de circunstâncias...".

.....

"Como já assinalei, o elemento *vantagem* não pode ser havido como puramente quantitativo... (Parecer. In: *Revista de Direito Administrativo* (1959), vol. 57, p. 461).

Ruben Rosa, em voto proferido no Tribunal de Contas da União dissertando sôbre a natureza da concorrência afirmou:

"A escolha recai no licitante mais idôneo e *que oferecer melhor vantagem*" (*Revista de Direito Administrativo*, 1952, vol. 29, p. 323).

Carlos S. de Barros Júnior, a propósito da interpretação dos antigos textos federais citados sôbre a escolha de pressupostos, esclarece:

"Tem-se entendido, porém, de um modo geral, que a locução "mais barata" se deve traduzir por "mais vantajosa", ou seja, *a preferência deve ser dada ao proponente que ofereça a vantagem de melhores condições*" (Concorrência Pública. *Revista de Direito Administrativo*, volume 80, p. 400).

Em voto proferido, no Tribunal Federal de Recursos, o Ministro Afrânio Costa (Relator do Mandado de Segurança n.º 2.613) assim advertiu aos seus colegas, a propósito da interpretação dos dispositivos do chamado Código de Contabilidade da União, já citados:

"O caso não foi de proposta mais barata, mas de proposta mais vantajosa, *o que é muito diferente*" (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 42, p. 251).

O Tribunal de Alçada em São Paulo, em acórdão de 19/8/64, decidiu:

"É a concorrência um processo técnico-legal de verificação de *condições mais vantajosas* para a prestação de serviços, aquisição de materiais, execuções de obras ou alienação de bases públicas" (*Revista de Direito Administrativo*, volume 87, p. 210).

VII

Como procurei demonstrar tanto pode ser escolhida proposta mais vantajosa, como a mais barata. As decisões da Comissão de Compras (Turma e Plenário) justificaram plenamente a adjudicação efetivada, tendo em vista um critério objetivo, o pagamento de impostos, que não só evidenciou ser a proposta escolhida a mais vantajosa como também a mais barata.

Assim acabou por decidir também o M.M. Juiz (Sentença de 3 de março de 1970) denegando a segurança impetrada.

A propósito do cômputo do impôsto (I.C.M.) a ser pago pelo concorrente escolhido, a sentença observa que

"... no julgamento das ofertas de preços das licitações foi considerado o montante do impôsto de circulação de mercadorias que o negócio propiciaria ao Estado. E não se pode atacar êsse critério".

Com relação ao alegado silêncio do edital quanto ao impôsto, são do MM. Juiz estas considerações:

"Não houve consideração de condição inexistente no edital de concorrência. Em verdade, trata-se ùnicamente de *critério de apreciação de preço e não de condição especial.* E todos os licitantes sabiam que a Impetrada teria que escolher a proposta *mais vantajosa*, porque isso é de rigor legal e estava expressamente mencionada no edital".

De fato, o vocábulo *condição* inserido duas vêzes no art. 133 do Decreto-lei n.º 200, de 1967, tem um sentido ou conteúdo jurídico que não se ajusta à exigência do cômputo do impôsto na aferição do preço.

O art. 114 do Código Civil define como *condição* a "cláusula que subordina o efeito do ato jurídico *a evento futuro e incerto*".

No caso, o pagamento não era "evento futuro e incerto", mas *imediato* e *certo* porque vigente lei tributária com incidência sôbre as mercadorias, cuja compra foi objeto da concorrência.

A definição legal de condição se afina, aliás, com a doutrina (BEVILACQUA, Clóvis, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., p. 245 e segs.; idem, *Cód. Civil Comentado*, art. 114 e seguintes).

Caio Mario da Silva Pereira, na *Teoria Geral do Direito Civil*, a propósito da *condição*, adverte:

"É essencial, na caracterização da condição, que o evento, de cujo imple-

mento a eficácia da vontade depende seja *futuro* e seja *incerto*" (p. 327).

Esclarece, ainda, o mesmo autor, que a incerteza há de ser *objetiva* e não *subjetiva* "o que significa que a eventualidade poderá ou não acontecer". "A futuridade é indispensável. Se o acontecimento já estiver *concretizado no momento* em que se realiza a declaração de vontade... não há negócio condicional, por lhe faltarem os elementos integrativos" (Ob. cit., p. 327-328).

Henri Capitant no seu *Vocabulaire Juridique* (1936) diz o seguinte:

Condition

.....

I — Modalité ayant pour effet de subordinner la formation ou la resolution d'un acte juridique à l'arrivée d'un événement *futur et incertain* (Código Civil, art. 1.168).

Camille Soufflier em seu *Vocabulaire de Droit* (2.ª ed., 1926) dá o mesmo conceito:

Condition — On appelle condition un événement *futur de realisation incertain* qui surprend soit la naissance, soit la resolution d'un droit et qui produit son effet retroactivement".

Eart Jowitt no *Dictionary of Englisl Law* (1959) dá a mesma noção:

Condition, a declaration or provision which makes the existence of a right dependent ou the happening of an event; the right is then called conditional, os oposed to an absolute right".

.....

A true condition is where te event on which the existence of the right depends is *future and incertain*" (vol. I, p. 443).

De Plácido e Silva, no *Vocabulário Jurídico* (1961) diz que *condição* na terminologia jurídica "possui o sentido da *cláusula* ou disposição que se insere em um contrato para que dela dependa a execução de um ato futuro ou dêle dependa a eficácia de um ato jurídico". E acrescenta:

"Evidencia-se, pois, a *declaração acessória* fundada num acontecimento *futuro e incerto*, de que dependerá a eficácia de um ato jurídico, indicativo da declaração principal" (vol. I, p. 387).

Não é preciso invocar outras opiniões (além do texto codificado), para se concluir que, no caso, o pagamento do impôsto não poderia ser considerado *condição* por lhe faltar os pressupostos básicos (evento futuro e incerto).

IX

Com referência à alegada discriminação em favor de firmas paulistas a sentença foi também conclusiva:

"A sistemática do I.C.M., prevista na legislação federal, criou uma situação especial para as mercadorias produzidas em Estado e depois vendidas em outro. Por isso, as firmas de todos os Estados estão sujeitas à mesma situação..."

Assim acontece e o princípio constitucional não é contrariado porque se dá o mesmo tratamento às pessoas que se encontram na mesma situação.

A lei federal obriga os Estados quanto à incidência do tributo e dispõe sôbre a sua arrecadação. À administração estadual não cabia, portanto, estabelecer outra forma de cobrança a fim de colocar as firmas locais em *igualdade tributária* em relação às sediadas em outros Estados da federação. As sucessivas incidências ocorrem por fôrça das transferências da mercadoria e atingem a tôdas indiscriminadamente.

Não há como falar-se, jurìdicamente, em desrespeito à norma da igualdade que pressupõe situações idênticas com aplicações díspares. No caso em exame a mesma regra se aplica em todo o território nacional, sejam quais forem os seus destinatários.

Aliás, a experiência mostra, conforme a informação da consulente, que firma fluminense já venceu concorrência aberta pela mesma administração paulista, a despeito do cômputo do I.C.M. na aferição do preço.

Controvérsia judicial idêntica foi posta no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que decidiu pela validade da adjudicação da proposta:

"Para verificar qual a proposta mais barata é necessário ponderar todos os fatôres que tenham influência na influência na fixação da quantia a ser paga, pois a proposta mais barata é aquela pela qual o Estado pagará menos. Se êle recebe *impôsto* pelo fornecimento da mercadoria que é objeto da concorrência e, se deduzida a importância dêsse impôsto da proposta, o Estado paga menos, é indubitável que esta é a proposta mais barata".

No caso julgado, o impôsto computado era o de vendas e consignações (antecessor do I.C.M.).

Abordando a objeção da desigualdade, também repetida no caso presente, responde o Tribunal gaúcho:

"Nem vale o argumento de que dessa forma haveria desigualdade entre os concorrentes de nosso Estado e os de outros Estados da União, pois o que deve ser considerado nas concorrências *é o interêsse da pessoa de direito público*". (Acórdão de 18/8/1958. In: *Revista Forense*, vol. 191, p. 218).

X

Em conclusão: a decisão da Comissão Central de Compras do Estado de São Paulo (Turma e Plenário) adjudicando a concorrência n.º 249, de 1969, à firma que apresentou proposta *mais vantajosa e mais barata* é perfeitamente jurídica e deve ser mantida, como, aliás, já sentenciou o MM. Juiz da 4.ª Vara dos Feitos da Fazenda Estadual.

O cômputo do valor do impôsto (I.C.M.) na aferição do melhor preço, não constituía *condição* cuja inclusão no edital fôsse obrigatória.

O princípio da igualdade perante a lei não foi violado porque tratamento igual é dado pelo sistema de incidência e arrecadação do tributo, a todos os contribuintes ou responsáveis, conforme prescrição do diploma federal vigente.

Efetuados os cálculos aritméticos a proposta escolhida foi a de menor preço e, portanto, a mais vantajosa para o Estado consulente.

Pelo exposto, a adjudicação da concorrência em exame, já mantida por sentença judicial da 1.ª instância, deve prevalecer, afinal, dada a sua conformidade com a lei e com o edital.

É o que me parece S.M.J.

Carlos Medeiros Silva, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.