CONCORRÊNCIA PÚBLICA — PUBLICIDADE — IGUALDADE E PREFERÊNCIA — CONTRÔLE E FISCALIZAÇÃO DA OBRA — ATOS ADMINISTRATIVOS — NULIDADE — PRAZO — PRECLUSÃO — CIA. DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO

— A situação privilegiada de um dos concorrentes é motivo de anulação da concorrência.

— Não há prazo para a administração anular os atos administrativos contra a lei.

— A pré-qualificação dos candidatos não importa em preclusão da faculdade de excluir um dêles da concorrência.

PARECER

I

1. A Companhia do Metropolitano de São Paulo, sociedade anônima de economia mista, constituída aos 24/4/1968, da qual é acionista majoritária a Municipalidade de São Paulo, vem cumprindo extenso programa visando a implantação, nesta Capital, do *metrô* e de um sistema integrado de transportes coleti-

vos, para êsse efeito subrogando-se em todos os direitos e obrigações decorrentes de contratos firmados pela Prefeitura do Município de São Paulo, anteriormente à sua constituição, e que objetivaram o início do programa acima referido.

Após seleção internacional de qualificação técnica, para a qual foram convidadas dezessete firmas especializadas, dentre as mais experientes do mundo, foi declarado vencedor o *consórcio* composto pelas firmas Hochtief Aktiensgesell — schaft für Hoch Tiefbauten, vorm. Gebr. Helfmann, sediada em Essen, República Federal da Alemanha, *Montreal Empreendimentos S. A.*, com sede no Rio de Janeiro, Estado da Guanabara e *Deutsche Eisenbahn Consulting GmbH*, sediada em Frankfurt Main, também na República Federal da Alemanha, consórcio êsse que, para maior comodidade, foi designado por H.M.D.

Nessa conformidade, e dando-se início à *fase dos projetos*, lavrou-se aos 7 de abril de 1967 o *primeiro contrato* entre a Prefeitura do Município de S. Paulo e o referido Consórcio, cuja finalidade, conforme consta de sua cláusula I, era a *execução*, pelo Consórcio, encabeçado pela Hochtief, do Estudo Econômico-Financeiro e do Pré-Projeto de Engenharia para um sistema de transporte rápido em massa de passageiros (Metrô) para o município de São Paulo, nos têrmos das Cartas-Convites de 6/10/66, expedidas pela Prefeitura às firmas concorrentes, as quais ficaram, *com seus Anexos*, fazendo parte integrante do mencionado contrato.

Em linhas gerais, compreendia êsse primeiro contrato, como se depreende de sua leitura (doc. n.º I) o estudo econômico financeiro e o Pré-Projeto de engenharia, incluindo o esquema geral de todo o sistema do metrô e sua integração no conjunto geral dos transportes da cidade; o problema do financiamento e a harmonização do tráfego do metrô com o restante do tráfego urbano.

Pelo disposto na cláusula II, al. 2 do contrato, obrigava-se o Consórcio contratante a, dentro de 10 (dez) meses a contar da data de início de vigência do mesmo, a entregar à Prefeitura a parte do Pré-Projeto de engenharia relativa à primeira linha do *metrô* a ser construída, que, em decorrência dos estudos levados a efeito, viesse a ser considerada prioritária.

Dentro do referido prazo, fixou-se como prioritária a linha Norte-Sul (Santana-Jabaquara), daí surgindo a necessidade de passar-se imediatamente ao Detalhamento do Projeto Construtivo da referida linha, incluindo-se os necessários levantamentos topográficos e cartográficos precisos, sondagens geológicas e ensaios geotécnicos intensivos, tarefas essas adicionais ao primeiro contrato, dividindo-se a Linha Norte-Sul em *trechos* e *sistemas* para elaboração dos projetos construtivos, com a participação do maior número de escritórios especializados de comprovada capacidade, propiciando mais amplo emprêgo da técnica brasileira.

Pelo fato de serem a Hochtief e suas consorciadas autoras do Pré-Projeto, achavam-se elas, naturalmente, indicadas para as tarefas relativas à nova fase que se abria nos complexos trabalhos para a construção do Metrô — como, aliás, expressamente se reconheceu e declarou, num dos *consideranda* do *nôvo contrato*, assinado com as mesmas, pela Prefeitura, aos 29 de fevereiro de 1968.

Anteriormente, porém, já haviam as mencionadas emprêsas, por um lado, e a Prefeitura por outro, celebrado um acôrdo preliminar, consubstanciado no Protocolo de 7 de dezembro de 1967, em que se firmaram os princípios que serviriam de base para a discussão dos têrmos concretos do segundo contrato, para prestação de serviços de engenharia pelas contratadas, em conexão com a elaboração, coordenação e financiamento dos Projetos Detalhados, contrato êsse que, nos têrmos da cláusula II do referido Protocolo, deveria cobrir:

a) a coordenação dos Projetos Construtivos da Linha Norte-Sul, *visando assegurar a uniformidade técnica dos projetos* dos *trechos* e *sistemas*, o *cumprimento entrosado* dos *respectivos cronogramas e, quando necessário, assessoria técnica* às *formas brasileiras;*

b) a elaboração dos *padrões, normas* e *elementos básicos* a que deverão obedecer os Projetos Construtivos;

c) a elaboração, por firmas brasileiras, selecionadas pela Prefeitura, dos Projetos Construtivos que compreenderão a preparação das especificações, desenhos, listas de materiais e definição de requisitos básicos para a construção;

d) verificação dos serviços mencionados na letra *c* acima, e as tarefas complementares necessários e assegurar que todos os comprovantes do Pré-Projeto estejam suficientemente detalhados para permitir o início da construção do Metrô em meados de 1968.

Ainda nesse mesmo Protocolo, já se convencionava que a Hochtief, e suas consorciadas, no futuro contrato se obrigariam a "acompanhar a execução das obras até a completa implantação e operação plena da linha Norte-Sul, sendo responsável pela qualidade técnica dos projetos e sua adequação às necessidades de execução, em prazo não inferior a 5 (cinco) anos".

Tal como se previa no Protocolo, foi o *segundo* contrato com a Hochtief e suas consorciadas celebrado aos 29 de fevereiro de 1968, e na cláusula I dêste, alínea 1.ª, letras *a* e d, transcreveu-se, na íntegra, como objeto do contrato, todo o constante da cláusula II do Protocolo supra transcrita.

Na cláusula II do Contrato, ficou estabelecido que as Contratadas

"prestarão os serviços, objeto dêste contrato, durante um período de 5 anos a contar do início da vigência do presente contrato. Êste período de 5 anos de execução é baseado no propósito da *Prefeitura* de começar a operação da Linha Norte-Sul em fins de 1972".

No Anexo n.º 1 do contrato — parte integrante, à vista do expressamente declarado na cláusula I, alínea 1, n.º 2 — e que contém "uma descrição mais detalhada dos serviços objeto do contrato", e denominado Escopo dos Trabalhos, obrigaram-se as contratadas a programar providências prévias, tais como a *indicação* e *especificações* de *equipamentos especiais* de *construção;* a *detalhar* as *atividades, tarefas* e *decisões, inclusive* as de *natureza técnica* e *administrativa, relativos* às *fases do projeto detalhado, construção civil, encomenda* e *fabricação* de *equipamentos, montagens* e *testes para cada trecho do sistema; estimativas* dos *custos para implantação do empreendimento e para cada trecho em sistema; estudos* de *alternativas* e *relações prazos-custos,* etc.

No tocante à *assessoria,* na fase preliminar de contratação ficou convencionado na cláusula IV do mesmo anexo n.º I ao contrato, também como objeto dêste,

"1.º — *Elaboração* de *minutas* de *cartas-convites* e de *contrato-padrão para serviços* de *projeto, construção civil, compras* de *equipamentos,* montagem e testes e dos respectivos escopos de trabalho de cada contrato;

2.º — Quando solicitado a *elaboração* de *quadros comparativos* e *recomendação técnica* e *econômica* das *propostas para* os *serviços* de *projeto, construção civil, compras* de *equipamentos, inspeção,* montagens e testes, e *assessoria* à *Prefeitura nas discussões*".

Na cláusula VI do Anexo, sob a epígrafe Contrôle, ficou ainda estabelecido, como objeto do nôvo Contrato, o

"*contrôle cronológico, físico* e *financeiro* do *andamento dos serviços de projeto, construção civil,* compras e inspeção de equipamentos, montagens e testes dos *diferentes trechos* de *forma* a *assegurar* o cumprimento do planejamento estabelecido para a linha Norte-Sul".

Finalmente na cláusula VII do Anexo, sob o rótulo de Acompanhamentos das Obras, incluiu-se ainda, como objeto do

segundo contrato, e tarefa a ser desempenhada pela Hochtief e suas consorciadas:

"I — *Assessorar* a *Prefeitura* e *acompanhar tècnicamente* a *execução* das *obras* de *construção civil, compra* e *inspeção* de *equipamentos, montagem* e *testes, até* a *completa implantação* e *operação plena* da *linha Norte-Sul.*

II — Elaboração de *normas, métodos* e *rotinas* a *serem observadas pela Fiscalização,* a *ser executada pela Prefeitura,* durante a *construção, fabricação* e *montagem*".

2. Colateralmente, foram tomadas pela Companhia do Metropolitano, as providências para os trabalhos de construção das obras civis, cujo início deveria ocorrer à medida em que os projetos detalhados fôssem sendo ultimados, sempre de acôrdo com o esquema de coordenação e orientação traçados pela Hochtief e consorciadas, nos têrmos dos contratos de 7/4/1967 e 29/2/1968 (docs. 1 e 2).

Para isso, e como medida preliminar, foram convocadas por *edital* firmas ou consórcios para, em processo de pré-qualificação, habilitarem-se às concorrências de construção, no qual a Companhia do Metropolitano expressamente *se reservou* "o *direito* de *cancelar* ou *anular, total* ou *parcialmente, esta pré-qualificação, abrindo outra* ou *contratando* a *construção* do *Metrô por novas concorrências,* sem que advenha para o concorrente direito a qualquer reclamação ou reivindicação", sendo que "a *apresentação das respectivas qualificações implicaria* na *aceitação integral* dos *têrmos* do *presente Edital*" (doc. n.º 3).

Tendo-se apresentado vinte concorrentes a essa pré-qualificação, foram, dentre êles, selecionados dezenove (doc. n.º 4), entre êstes o Consórcio Metronors, constituído pela associação das firmas *Hochtief Aktiensgesellschaft für Hoch — Tiefbauten, vorm. Gebr. Helfmann, Tenco S. A., Construtora de Usinas Hidroelétricas S. A., Companhia Construtora Centenária* e *G.T.M. Société des Grands Travaux de Marseille.*

De conformidade com o edital, o referido consórcio *Metronors* recebeu carta-convite (doc. n.º 5) para participar da concorrência de execução dos trechos ns. 4 e 5 da mencionada Linha Norte-Sul e concorreu apresentando sua proposta, e na oportunidade prevista foram abertos os envelopes de numeração 1 (um), que continham os requisitos formais necessários, e lacrados os demais, para posterior verificação, *após decurso do prazo concedido a todos e a cada um dos candidatos para exame recíproco da aludida documentação e eventual impugnação.*

Em sessão de 4 de agôsto de 1969 a Companhia do Metropolitano de São Paulo- Metrô, por sua Diretoria, comunicou pùblicamente haver desclassificado o Consórcio Metronors por fôrça do acolhimento da impugnação de outros concorrentes que alegavam achar-se o referido Consórcio em *situação de privilégio,* em detrimento do direito à igualdade de tratamento, pela participação da *Hochtief Aktiensgesellschaft für Hoch-Tiefbauten, vorm. Gebr. Helfmann,* a qual dispunha de recursos, na qualidade de atual contratante do Pré-Projeto que lhe asseguravam *indiscutível vantagem na elaboração da sua proposta,* tais como: estudos gerais preliminares às obras e ainda de tôda a coordenação dos Projetos Construtivos da linha Norte-Sul e respectivo contrôle, e demais serviços constantes dos contratos por ela já celebrados com a Municipalidade, e transferidos à Companhia do Metropolitano.

Contra a decisão da Diretoria opôs o Consórcio Metronors as seguintes objeções:

a) o julgamento da pré-qualificação importaria na preclusão da matéria atinente à capacidade formal para a concorrência, pois a pré-qualificação induziria a direitos e obrigações;

b) a impugnação feita pelos concorrentes foi seròdiamente apresentada,

pois o assunto sòmente poderia ser apreciado por ocasião do julgamento da pré-qualificação, ou, quando muito, em prazo que não retirasse das outras firmas congregadas no Consórcio a oportunidade de se constituírem em consórcio com outras firmas, a fim de assim poderem participar da concorrência;

c) não se concedeu ao Consórcio desqualificado prazo para apresentar contradita à impugnação que sofreu, ou para a defesa que lhe parecesse cabível, no sentido de evitar a decisão que considera ter ferido frontalmente um direito regular e legalmente adquirido;

d) era do conhecimento geral e de todos os concorrentes, como da própria Diretoria da Companhia do Metropolitano de São Paulo, desde agôsto de 1968, a existência de dois consórcios qualificados, com a participação da Hochtief.

Cumpre ainda ponderar que do Edital para a pré-qualificação (doc. n.º 4) constava cláusula expressa, em cuja conformidade "a Companhia do Metropolitano de São Paulo — Metrô *se reservava o direito de cancelar ou anular, total ou parcialmente, esta pré-qualificação*, abrindo outra ou contratando a construção do Metrô por novas concorrências, sem que advenha para o concorrente direito a qualquer reclamação ou reivindicação. Assim sendo, a apresentação das respectivas qualificações implica na aceitação integral dos têrmos do presente edital" (cláusula VII), e ainda que da Carta-Convite para a concorrência, expedida a cada uma das firmas que nela se apresentaram, ficou também expressamente ressalvado:

"As propostas de financiamento serão a seguir examinadas à vista dos elementos e condições estabelecidas no Capítulo V, desta Carta.

Preliminarmente, serão desqualificadas as que não respeitarem as condições eliminatórias.

As remanescentes serão analisadas quanto ao mérito das condições que oferecerem e também, quanto à sua exeqüibilidade e conveniência, e, dentre elas, a Companhia do Metrô, *a seu exclusivo critério*, selecionará as propostas cujos financiamentos forem, em princípio, considerados aceitáveis, e que passarão à fase final do julgamento, rejeitando as demais e dando ciência aos proponentes da relação das escolhidas" (cláusula VIII),

e finalmente, na cláusula IX da mesma Carta-Convite:

"Examinadas e analisadas, na íntegra, as propostas selecionadas, a Companhia do Metrô, *tendo também presentes, uma vez mais, as experiências técnicas, evidenciadas nos documentos da pré-qualificação*, as condições dos financiamentos propostos, bem assim os fatôres relevantes do Edital de 29/5/68, procederá à classificação das propostas".

3. À vista de todo o exposto, e dos demais elementos constantes da documentação anexa, pergunta-se:

II

1.º — A especial situação em que se encontrava a Hochtief, de *projetista* e encarregada de outras numerosas e importantes tarefas preliminares à fase da construção pròpriamente dita do Metrô, tais como estudos econômico-financeiros e do Pré-Projeto de engenharia (contrato celebrado com a Prefeitura aos 7/4/1967 e ainda do Detalhamento do Projeto da Linha Norte-Sul, aí se incluindo "a coordenação dos Projetos Construtivos, a elaboração de padrões, normas e elementos básicos a que deveriam obedecer os referidos Projetos, etc. (contrato de 29/2/1968), *não a colocava, bem como às suas consorciadas, em situação de flagrante superioridade sôbre os demais concorrentes à construção dos vários trechos da Linha Norte-Sul, situação que lhe criava condições privilegiadas, frente aos demais concorrentes, para a confecção de sua proposta, com evidente violação do princípio da igualdade entre os concorrentes?*

2.º — As *tarefas consultivas, de fiscalização e de assessoramento técnico fi-*

nanceiro, etc., que a Hochtief *deverá prestar à Prefeitura e à Companhia do Metropolitano*, por fôrça dos Contratos de 7/4/1967 e de 29/2/1968 e ainda do Protocolo de 7/12/1967 (docs. 1 e 2) incluindo contrôle e fiscalização da elaboração de projetos, *obras de construção civil*, compras e equipamentos, montagens e testes; *elaboração de normas, métodos e rotinas a serem observados pela Fiscalização Municipal e pela Companhia do Metropolitano, até a completa implantação e operação da Linha Norte-Sul*, não constituem evidente *impedimento* a que a mesma Hochtief, ou consórcios de que faça parte, concorra à construção das mesmas obras, *incompatibilizando-a bem como aos referidos Consórcios, com a condição de contratante das referidas obras?*

3.º — Tanto a *situação privilegiada* em que se encontrava a Hochtief frente aos demais concorrentes, na sua já mencionada condição de *projetista* e *assessôra técnica* da Prefeitura e da Companhia do Metropolitano, e a violação do princípio da igualdade, daí decorrente, como também a acenada *incompatibilidade* entre as funções consultivas e de fiscalização e contrôle, assumidas contratualmente pela Hochtief, e a eventual situação de contratante da execução das mesmas obras, *não inquinavam a pré-qualificação da Hochtief e suas consorciadas, desde logo, de insanável nulidade, por contrária aos interêsses do serviço e ainda por violar princípios jurídicos fundamentais nas concorrências públicas?*

4.º — Não era, portanto, perfeitamente lícito à Diretoria da Companhia do Metropolitano, revendo a legitimidade do próprio ato que inadvertidamente havia pré-qualificado o Consórcio Metronors, presidido e representado pela Hochtief, cancelar a referida pré-qualificação, face à impugnação dos demais concorrentes?

5.º — Da referida pré-qualificação teria nascido, para a Hochtief e suas consorciadas, um *direito subjetivo* a participar da concorrência, como tal insusceptível de desconhecimento ou violação pela Companhia do Metropolitano?

6.º — Seria possível, na hipótese sob consulta, cogita-se de uma *preclusão*, em favor da Hochtief e suas consorciadas no sentido de haver-se tornado definitivo, irrevogável e intocável, como se pretende, o ato de pré-qualificação daquele consórcio, impedindo-se assim o reexame de sua legitimidade e a conseqüente decretação de sua nulidade?

III

À vista da exposição supra, e de tôda a documentação oferecida e anexa, passamos a responder.

Item n.º 1 — Sim. A especial situação em que se encontrava a Hochtief, de projetista e encaregada, contratualmente, de numerosas e importantíssimas tarefas preliminares à fase de construção pròpriamente dita do Metrô, colocava-a, indubitàvelmente, bem como as suas consorciadas, numa situação de flagrante e incontestável superioridade sôbre os demais concorrentes à construção dos vários trechos da Linha Norte-Sul, e essa situação criava-lhe, efetivamente, condições privilegiadas, face aos demais concorrentes, para a confecção de sua proposta, com evidente violação do princípio jurídico da igualdade entre os concorrentes.

1. Já por fôrça da cláusula I do Contrato de 7 de abril de 1967, celebrado entre a Hochtief e a Prefeitura Municipal de São Paulo, obrigavam-se a primeira, e as suas consorciadas, à execução do estudo econômico-financeiro e do préprojeto de engenharia para o sistema do metropolitano, aí se incluíndo, como se vê do mencionado contrato e seus anexos, o esquema geral de todo o sistema do *metrô* e sua integração no conjunto geral dos transportes da cidade, o problema do financiamento e a harmonização do tráfego do *metrô* com o restante do tráfego urbano.

Pelo disposto na cláusula II, alínea 2

do mesmo contrato, obrigavam-se ainda a Hochtief e suas consorciadas, a entregar à Prefeitura, no prazo de dez meses, o Pré-Projeto de Engenharia relativo à primeira linha a ser construída do *metrô*, que viesse, em razão dos estudos realizados, a ser considerada prioritária.

Dentro do referido prazo fixou-se como prioritária a Linha Norte-Sul (Santana-Jabaquara) daí surgindo a necessidade de passar-se imediatamente ao *Detalhamento do Projeto Construtivo da referida Linha*, incluindo-se os necessários levantamentos topográficos e cartográficos precisos, sondagens geológicas e ensaios geotécnicos intensivos, tarefas essas adicionais ao primeiro contrato, dividindo-se a Linha Norte-Sul em *trechos* e *sistemas*, para elaboração dos projetos construtivos, com a participação do maior número de escritórios especializados de engenharia, de comprovada capacidade, propiciando-se assim o mais amplo emprêgo da técnica brasileira.

1. Pelo fato de serem já a Hochtief e suas consorciadas autoras do Pré-Projeto, achavam-se elas naturalmente indicadas para as tarefas relativas à nova fase, tècnicamente complementar e de desenvolvimento, que se abria nos complexos trabalhos para a construção do metrô, como, aliás, expressamente se reconheceu e declarou num dos *considerandа* do nôvo contrato, celebrado com aquelas mesmas firmas, pela Prefeitura, aos 29 de fevereiro de 1968.

Anteriormente, porém, já haviam as mencionadas emprêsas celebrado com a Prefeitura um *Protocolo* ou acôrdo preliminar, aos 7 de dezembro de 1967, em cuja conformidade o nôvo contrato deveria cobrir (cláusula II):

a) a coordenação dos projetos Construtivos da Linha Norte-Sul, visando assegurar a uniformidade técnica dos *trechos e sistemas*, o cumprimento entrosado dos respectivos cronogramas e, quando necessária, assessoria técnica às firmas brasileiras;

b) a elaboração de *padrões, normas e elementos* básicos a que deveriam obedecer os Projetos Construtivos;

c) a elaboração, por firmas brasileiras, selecionadas pela Prefeitura, dos Projetos Construtivos, que compreenderiam a preparação de especificações, desenhos, listas de materiais e definição de requisitos básicos para a construção;

d) verificação dos serviços mencionados na letra *c* acima, e as tarefas complementares necessárias a assegurar que todos os componentes do Pré-Projeto estivessem suficientemente detalhados para permitir o início da construção do metrô em meados de 1968.

2. No segundo contrato celebrado com a Prefeitura, aos 29 de fevereiro de 1968, transcreveu-se, na íntegra, tôda essa cláusula II do Protocolo, acrescentando-se (cláusula II) que a Hochtief prestaria tais serviços, objeto do contrato, *durante um período de cinco anos*, "isto é, até o início da operação da Linha Norte-Sul".

No Anexo n.º I ao mencionado contrato, sob a epígrafe Escopos dos Trabalhos, obrigaram-se ainda, a Hochtief e suas consorciadas, a programar numerosas providências técnicas prévias, tais como *a indicação e especificações de equipamentos especiais de construção;* detalhamento de atividades, tarefas e decisões, inclusive as de natureza *técnica e administrativa, relativas às fases do projeto detalhado; construção civil, encomenda e fabricação de equipamentos, montagens e testes para cada trecho do sistema, estimativa dos custos para implantação do empreendimento, estudo de alternativas e relações prazos-custos*, etc.

3. Como se vê, achavam-se a Hochtief e suas consorciadas, desde os primeiros estudos e pesquisas preliminares à construção do metrô, por fôrça mesmo das obrigações contratuais assumidas, *intimamente ligada a todos os problemas técnicos, administrativos e financeiros da construção, com o mais completo e profundo conhecimento das soluções e alternativas técnicas, dos projetos em seus detalhes, e, sob várias formas, capaci-*

tada a influir na adoção desta ou daquela solução, desta ou daquela alternativa, o que, evidentemente, não ocorria com os demais concorrentes à construção dos trechos ns. 4 e 5 da Linha Norte-Sul.

Para evidenciar-se ainda melhor essa disparidade de situações, bastaria considerar-se que a Hochtief procedeu à entrega dos projetos dos trechos ns. 4 e 5 em causa, respectivamente aos 27/12/1968 e 14/2/1969, *enquanto os demais concorrentes sòmente os receberam, em anexo à "Carta-Convite para a pré-qualificação"*, aos 19/6/1969 e 30/7/1969 (trecho n.º 4) e 1/8/1969 (trecho n.º 5) (doc. n.º 3).

4. Donde se conclui que, com amplo conhecimento prévio do assunto, sob todos os seus aspectos, desde os estudos e a elaboração dos projetos, e, depois disso, com cêrca de *sete meses* ainda para elaboração de suas propostas, ficavam os demais concorrentes apenas com o prazo decorrido entre *19 de junho de 1969* — data das Cartas-Convites para a pré-qualificação — a *1.º de agôsto de 1969* — data de encerramento do recebimento das propostas, conforme a cláusula X da mesma Carta-Convite (docs. ns. 4 e 5) isto é, *menos de um mês e meio,* para o mesmo fim.

A desigualdade, a caracterizar desde logo a situação privilegiada da Hochtief e suas consorciadas, é flagrante e salta desde logo à evidência, e já nesta altura recordaríamos a lição, bem recente aliás, do prof. Bartholome Fiorini:

"El *tratamento igualitario* ha sido esclarecido por medio de una rica jurisprudencia y los estudios doctrinarios. Esto ha podido sintetizar-se como la garantia que tienen todos los particulares para ser participantes *con iguales posibiildades de conocer la licitación*: igual norma para los cotejos e iguales vias para las reclamaciones. Alguién ha dicho que no trata tanto el derecho de que sean tratados todos por igual sino de que *ningún particular pueda quedar sin ser tratado de igual forma. Esta garantía de substancia repudía toda discriminación y diferenciación en la forma de hacer el proceso licitario*". [1]

Note-se que, ao referir-se às "bases presupuestales", quer o prof. Fiorini significar, como êle próprio esclarece, justamente elementos fundamentais à elaboração das propostas, dos quais a Hochtief não apenas conhecia de longa data, mas que ela própria, por fôrça da sua condição de projetista e das demais obrigações contratuais, recomendara e introduzira nos projetos:

"El proyeto del presupuesto de costo, no se identifica con el instrumento que con el mismo nombre se conoce en el derecho privado: el proyeto presupuestal administrativo lo integran, además normas legislativas, los reglamentos respectivos, disposiciones administrativas sobre la materia, *la documentación que fundamentan las normas, las prestaciones y obyetos que han proyetado los organos que concurren, como son los planos, informes, técnicos, lista de materiales,* etc.

Esta documentación, que integra el proyeto presupuestario del contrato, juntamente com pliegos de condiciones generales, particulares y especiales y *documentación informativa, fundamentan el principio de buena fe que rige en los contratos administrativos, pues sobre su conocimiento surge en forma explicita la forma y modo de la prestación que debe realizarse sin perjuicio de la información* particular que pueda adquirir el particular sobre dichas normas". [2]

Como se vê, as considerações expendidas pelo ilustre publicista platino aplicam-se inteiramente ao caso sob consulta, onde *inexistiam, em absoluto, essas condições de igualdade,* no tocante ao prévio e perfeito conhecimento dos elementos básicos à elaboração das pro-

[1] V. *Manual de Derecho Administrativo*, 1968, vol. I, p. 435.
[2] Loc. cit., p. 427.

postas, caracterizando-se ao contrário, na hipótese sob consulta, a justificar plenamente a impugnação dos demais consórcios concorrentes, a situação de *discriminação* e *diferenciação*, a que alude Fiorini, na lição transcrita.

Ora, como bem acentua Guimarães Menegale, "Sob pena de se trair a finalidade da concorrência, cumpre à administração pública observar, em relação aos proponentes, o princípio da *igualdade*: *não deve prevalecer nenhum motivo de preferência*, a não ser o das vantagens que as propostas contenham". [3]

5. Neste sentido, aliás, a lição torrencial dos tratadistas, a começar por ex., por Laubadère, quando acentua que "a Administração não pode criar *discriminações jurídicas nem discriminações de fato, susceptíveis de avantajar certos concorrentes*, seja de criar-lhes um *handicap* (grifos do autor), acrescentando:

"Pas davantage l'administration ne peut adopter une attitude de fait avantageant ou désavantageant certains concurrents. On a vu par exemple que l'organisation d'une publicité était destinée a placer les concurrents éventuels sur un pied d'égalité; l'aménagment même de cette publicité doit viser à respecter cette égalité". [4]

Realmente, ao focalizar a exigência da publicidade como regra fundamental da concorrência, já salientara Laubadère ser dúplice a noção da publicidade: suscitar a concorrência e *colocar os candidatos eventuais num pé de igualdade*, para concluir:

"Toute opération d'adjudication doit faire objet d'une publication prélable. Cette publication a pour objet d'informer les candidats éventuels de l'ouverture de l'adjudication et en *même temps de leur donner connaissance* des *conditions générales du marché*. Elle comporte par conséquent à la fois un avis d'adjudication *et une communication aux candidats des piéces de base du marché*", salientando finalmente que a violação do princípio da publicidade acarreta a nulidade da concorrência, "viciada em seu próprio princípio", sendo igualmente a *duração* da publicidade uma condição essencial da validez da concorrência:

"Le principe de la publicité de l'adjudication est, nous l'avons dit, fondamental; sa violation entraîne la nullité de l'adjudication, celle-ci étant "viciée dans son principe même" (C. E. 6 avril 1935, Marchesini, p. 460; *de même, la durée de al validité de l'adjudication*" (18 mars 1931, Mayor, D. P. 1931, 3, 11). [5]

Ora, se um dos objetivos da publicidade consiste em dar-se aos concorrentes conhecimento das condições gerais do contrato, e *se tal conhecimento, por outras circunstâncias, é proporcionado a um dos concorrentes com enorme antecedência, e de forma muito mais completa e direta que aos demais*, fica acima de qualquer dúvida a vulneração do princípio de igualdade, com a conseqüente nulidade absoluta da concorrência.

Considere-se, por ex., apenas um elemento da elaboração da proposta — a *tomada de preços* — e fácil será perceber se a vantagem resultante, para um concorrente, de um conhecimento prévio dos projetos e de todos os seus elementos, em tempo superior quatro ou cinco vêzes ao prazo concedido aos demais concorrentes. Na construção de uma obra complexa, como o metropolitano, é bem de ver-se a flagrante e excepcional vantagem do *concorrente-projetista*, beneficiado ainda com tamanho excesso de prazo.

Onde, nesse caso, aquela "segurança

[3] V. *Concorrência Pública*. In: *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. X, p. 280.
[4] V. *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, 1956, vol. I, p. 279-280.
[5] Loc. cit., p. 265-266.

de imparcialidade, pressuposto lógico de todo contrato administrativo", no dizer de Rapael Bielsa, [6] ou o *idêntico tratamento*, a que se refere Quancard, o qual acrescenta que a desigualdade, concebida como violação, por via individual, de uma regra de direito, deve ter trazido uma *vantagem real*, e de algum modo *material*, a um dos concorrentes, ou a alguns dentre êles, com prejuízo para os demais:

"L'inégalité conçue comme la violation par voie individuelle d'une régle de droit à condition que *cette violation ait apporté un avantage réel, et en quelque sorte matériel à l'un des concurrents ou à certains seulement d'entre eux aux dépens des autres*". [7]

E se, como assinala o mesmo autor, *é pela publicidade que pràticamente se abre a concorrência aos interessados*, [8] é bem de ver-se que uma substancial discriminação entre os concorrentes, quanto ao prazo para conhecimento dos projetos e das condições do contrato, para a elaboração da oferta, etc., viciará fatalmente, de nulidade asoluta, todo o processo da concorrência, pois esta teria sido aberta, a uns, com grande antecedência sôbre o momento da abertura para os demais.

Daí observar Jèze que *"as condições devem ser as mesmas para todos os concorrentes*, [9] e acentuar igualmente o prof. Diez:

"La livre concurrencia de todos los ofertantes en la licitación abierta *obliga a la administración a colocarlos en un pié de igualdad*. Por consiguiente, pues, la administración non puede crear entre ellos *discriminaciones jurídicas ni discriminaciones de hecho*, susceptibles, ya sea de dar ventaja e ciertos concurrientes, ya sea de prejudicarlos".

E, também no dizer do mesmo autor, "a publicidade prévia está destinada a suscitar a concorrência de ofertantes e a *colocá-los num pé de igualdade*", pois *"é no aviso da licitação que se indicam aos interessados os elementos que vão servir de base ao contrato*, sobretudo os cadernos de encargos gerais e especiais". É no edital da licitação que se estabelecerá onde poderão retirar-se o caderno de encargos com memoriais, planos, projetos e demais elementos que convenha ao futuro adjudicatório conhecer". [10] Finalmente, também para Wigny, *"a comunicação tardia de peças a um concorrente fere o princípio da igualdade"* [11] sempre, como se vê, a conduzir-nos à irrecusável conclusão de que a todos os concorrentes deve-se conceder o *mesmo prazo* para conhecimento dos projetos e demais elementos necessários para conhecimento e elaboração da oferta, sob pena de infringir-se frontalmente o princípio essencial da igualdade entre os concorrentes.

Daí assinalar o prof. Flamme — aliás um dos mais reputados especialistas no assunto — em obra recentíssima, que a ausência de publicidade, ou uma publicidade que não corresponda às prescrições regulamentares, torna a concorrência susceptível de anulação, pelo menos tratando-se de uma irregularidade substancial, *isto é, tendo por efeito restringir ou falsear o jôgo da livre concorrência, a saber, rompendo a igualdade entre os concorrentes*. A existência mesma da publicidade, prossegue o conhecido mestre da Universidade de Bruxelas, constitui uma das regras fundamentais, cuja violação acarreta a nulidade da concorrência e, independentemente da publicidade, sua *duração* surge como condição essencial da validade da mesma:

6 V. *Derecho Administrativo*, 1947, vol. I, p. 317.
7 V. *L'Adjudication des Marchés Publics de Travaux et Fournitures*, 1945, 1945, p. 37.
8 Loc. cit., p. 74.
9 V. *Les Contrats Administratifs*, 1932, vol. II, p. 105.
10 V. *Derecho Administrativo*, 1965, vol. II, p. 477 e 479.
11 V. *Droit Administratif*, 1962, p. 268.

"L'absence de publicité, ou une publicité qui ne répondrait pas auxs prescriptions réglementaires rend l'adjudication susceptible d'annulation, du moins *s'il s'agit d'une irregularité substantielle, c'est à dire ayant pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la libre concurrence,* voire de rompre l'égalité des soumissionnaires.

... L'existence même de la publicité constitue une des régles fundamentales dont la violation entraine la nullité de l'adjudication".

... Indépendamment de l'existence de la publicité, *sa durée apparait comme une condition essentielle à la validité de l'adjudication;* [12]

E ilustrando agora suas assertivas com um exemplo frisante, parecendo destinado mesmo à mais perfeita elucidação do caso sob consulta, salienta Flamme que *violava o princípio da igualdade dos concorrentes o procedimento levado a efeito no departamento de Obras Públicas, sob a denominação de "concorrência modalidade B"*, na qual, independentemente dos empresários informados pelo edital de concorrência publicado no Boletim *ad hoc* e na imprensa profissional, *alguns eram consultados diretamente pela Administração e colocados na posse dos documentos da concorrência antes de seus competidores, dispondo assim de um prazo mais longo para o seu estudo.* E acrescenta que esta modalidade B *foi adaptada*, a partir de 1965, de modo a assegurar a *igualdade dos concorrentes*:

"D'autre part, *violait le principe de l'egalité des soumissionnaires la procédure pratiquée au Département des travaux publics sous le nom d'adjudication publique mode* B", dans laquelle, independamment des entrepreneurs informés par l'avis d'adjudications paru dans le Bulletin ad hoc et dans presse profissionelle, *certains étaient consultés directemment par l'Administration et mis en possession des documents du marché avant leurs concurrents, disposant ainsi d'un plus long délai d'étude.* Le *mode B* a *été adapté depouis 1965 de manière à assurer l'égalité des somissionaires".* [13]

Também nos Estados Unidos, observa Hodges que adjudicações de contratos concedendo a certos concorrentes melhores vantagens, ocorrem naqueles casos em que os planos e especificações *são entregues antecipadamente a um dos concorrentes, antes de sua distribuição pública,* acrescentando que para que êste *estratagema* dê resultado, os outros concorrentes não os devem receber, até que o tempo lhes seja insuficiente para compilar dados seguros:

"Ground-floor award refers to favoritism shown the contract to whom the plans and specifications are given in advance of public distribution. For this trick to be effective the other bidders should not recive them until there is insufficient time to compile dependable figuares" [13-a].

6. À vista de todo o exposto, nenhuma dúvida pode subsistir de que a especial situação em que se encontrava a Hochtief, de projetista e encarregada de outras importantes tarefas preliminares à construção pròpriamente dita do Metropolitano, colocou-a em situação de flagrante superioridade e privilégio, face aos demais concorrentes, para a elaboração de sua proposta, pelo que reputamos perfeitamente legítimo e até mesmo imprescindível, para resguardo do *princípio da legalidade*, que deve reger tôda a atividade administrativa, e ainda do interêsse público e da moralidade administrativa, o ato da Diretoria da

12 V. *Traité Théorique et Pratique des Marchés Publics.* Bruxelas, 1969, volume I, p. 301 302.

13 Loc. cit., p. 302, nota 1.

13-a V. *City Management, Theory and Pratique of Municipal Administration,* 1939, p. 518.

Companhia do Metropolitano, anulado a pré-qualificação inadvertidamente levada a efeito, da Hochtief e suas consorciadas.

Item n.º II — Ao segundo quesito da consulta respondemos: Sim. As tarefas consultivas, de fiscalização e assessoramento técnico, financeiro, etc., *que a Hochtief deverá prestar à Prefeitura e à Companhia do Metropolitano, por fôrça dos contratos de 7/4/1967 e de 29/2/1968* (docs. 1 e 2), *incluindo contrôle e fiscalização da elaboração de projetos, obras e construção civil, compras e equipamentos, montagens e testes; elaboração de normas, métodos e rotinas a serem observados pela Fiscalização Municipal e pela Companhia do Metropolitano, até a completa implantação e operação da Linha Norte-Sul, constituem, de fato, evidente impedimento a que a mesma Hochtief concorra à construção das referidas obras que, por fôrça de disposições contratuais, deve fiscalizar, ou, pelo menos, colaborar em sua fiscalização, na medida em que tal colaboração lhe venha a ser solicitada.*

7. Pelo disposto já no primeiro contrato, celebrado entre a Hochtief e consorciadas com a Prefeitura Municipal, aos 7/4/1967 (doc. n.º 1) obrigavam-se as primeiras a certas tarefas de natureza consultiva, ou de assessoria, como por ex., o estudo econômico-financeiro da construção do Metrô (cl. I).

Mas foi no segundo contrato, celebrado aos 29/2/1968, entre a mesma Hochtief e suas consorciadas, e a Prefeitura Municipal de São Paulo, e no *Protocolo* de 7/12/1967, que o precedeu, que as funções de *fiscalização* e *assessoria*, de que a Hochtief foi investida, vêm enumeradas em forma explícita e detalhadamente.

Assim, já na cláusula II, alínea *a* do referido Protocolo, obrigavam-se a Hochtief e suas consorciadas *"a prestar, quando necessário, assessoria técnica às firmas brasileiras"*; na alínea *b* a *"elaborar* padrões, normas e elementos básicos a que deveriam obedecer os projetos construtivos" e na alínea *d* à "verificação aos serviços mencionados na letra *c* acima" (elaboração, por firmas brasileiras, dos projetos construtivos).

Ainda nesse mesmo Protocolo, obrigavam-se as mesmas firmas a *"acompanhar a execução das obras até a completa implantação e operação plena da Linha Norte-Sul,* sendo responsável pela qualidade técnica dos projetos e sua adequação às necessidades de execução, um prazo não inferior a 5 (cinco) anos" (cl. 3).

No segundo contrato, celebrado pela Hochtief e suas consorciadas com a Prefeitura Municipal aos 29 de fevereiro de 1968 (e posteriormente transferido à Companhia do Metropolitano), transcrevia-se, na íntegra, tôda a cláusula 3.ª do Protocolo, supra mencionada, e na cláusula II se estabelecia que as contratadas *"prestariam os serviços, objeto dêste contrato, durante um período de 5 (cinco) anos a contar do início da sua vigência"*.

No Anexo n.º I ao referido contrato, e parte integrante dêste, obrigaram-se os contratantes a programar providências prévias, tais como a *indicação e especificações de equipamentos especiais de construção, detalhar atividades, tarefas e decisões, inclusive as de natureza técnica e administrativa,* relativos tanto às fases do projeto detalhado como à da *construção civil,* etc.

No tocante às tarefas de *assessoria,* na fase preliminar de contratação, convencionou-se, na cláusula IV do mesmo Anexo n.º I, como objeto do contrato:

1.º — *"elaboração de minutas de cartas-convites e de contrato-padrão para serviços de projeto, construção civil, compras e equipamentos, montagem e testes* e dos respectivos escopos de trabalho de cada contrato;

2.º — "quando solicitado, a elaboração de *quadros comparativos e recomendação técnica e econômica das propostas* para os serviços de projeto, *construção civil,* compras de equipamentos, inspeção, montagem e testes e *assessoria à Prefeitura nas discussões"*.

Ainda no mesmo Anexo n.º I ao segundo contrato, sob a epígrafe Contrôle, cláusula IV, estabeleceu-se, como objeto ainda da convenção,

"*o contrôle cronológico, físico e financeiro do andamento dos serviços de projeto, Construção Civil,* compras e inspeção de equipamento, montagens e testes, dos diferentes trechos e sistemas, de forma a assegurar o cumprimento do planejamento estabelecido para a Linha Norte-Sul".

Finalmente, na cláusula VII do Anexo, sob o sob o rótulo de Acompanhamento das Obras, incluiu-se ainda como tarefa a ser desempenhada pela Hochtief e suas consorciadas:

"I — *Assessorar a Prefeitura e acompanhar tècnicamente a execução das obras de construção civil, compra e inspeção de equipamentos,* montagem de testes, *até a completa implantação e operação plena da Linha Norte-Sul;*

"II — *Elaboração de normas, métodos e rotinas a serem observados pela Fiscalização* a ser executada pela Prefeitura, durante a *construção,* fabricação e montagem".

8. Dos dispositivos contratuais transcritos ressaltam, nítida e insofismáveis, as funções de *assessoramento técnico e fiscalização* de que, por fôrça do convencionado, se investiam a Hochtief e suas associadas, a esta altura surgindo como *verdadeiras colaboradoras do poder público* — no caso a Prefeitura Municipal de São Paulo e a Companhia do Metropolitano, — *na tarefa de controlar e fiscalizar, sob todos os aspectos, a execução das obras da Linha Norte-Sul.*

E tais funções, observe-se bem, *ex vi* de dispositivos contratuais expressos, estendem-se, compreendendo-a, à fase da *construção civil* daquela linha, a que agora insiste em candidatar-se a mesma Hochtief, com outras consorciadas, esquecendo-se de que, pela letra mesma do convencionado, compete-lhe o contrôle *cronológico, físico e financeiro do andamento daquele serviço, e de que deve acompanhar tècnicamente a execução dessas mesmas obras, assessorando a Prefeitura e a Companhia do Metropolitano,* e ainda de que, para a *fiscalização* delas, cabe-lhe ainda *elaborar as normas, métodos e rotinas de fiscalização a serem observados.*

Mas a incompatibilidade entre essa sua condição de *assessôra, consultora e auxiliar da Fiscalização* e a ora pretendida situação de *contratante* e *executora* dessas mesmas obras, não requer nenhum esfôrço de raciocínio, nenhuma alta elocubração jurídica, e tão flagrante e insofismável se apresenta à simples leitura das cláusulas contratuais transcritas, que, na verdade, custa crer possa tal incompatibilidade constituir objeto de qualquer dúvida.

À Hochtief e suas consorciadas, pelo disposto nas mencionadas cláusulas do Protocolo de 7/12/1967 e do Contrato de 29/2/1968 não competiam, aliás, apenas tarefas de *assessoria técnica e financeira* e fiscalização, mas ainda, sem sombra de dúvida, de uma *certa ingerência na própria direção dos trabalhos* — o que também, no sentir unânime da doutrina, constitui tarefa também essencialmente governamental, isto é, do dono da obra pública.

Segundo Laubadère, por ex., na execução dos trabalhos a Administração exerce não apenas um poder de *vigilância* (surveillance), visando verificar a realização fiel do projeto, mas ainda um poder de *direção* pròpriamente dito", *visando prescrever ao contratante as modalidades de execução do trabalho*", e o fundamento dêsse poder se encontra na idéia de que a *Administração é e permanece o "dono da obra"*, prosseguindo "competir à Administração essa *competência de direção,* pela qual, segundo a jurisprudência do Conselho de Estado, os comissários do Govêrno *dirigem e controlam* a execução do contrato, essencialmente por meio das *ordens de serviço*". Os agentes da Administração prescrevem, a seguir, *o ritmo do serviço,* devendo os contratantes conformar-se aos *planos, perfis, traçados, tipos e mo-*

delos fornecidos pelos engenheiros (do Govêrno) e previstos pelos cadernos de encargos, os quais inclusive, exercem ainda vigilância sôbre a qualidade dos materiais *empregados*, prescrevendo a importância dos meios a *adotar*.[14]

Como se vê, *tôdas essas tarefas foram atribuídas também à Hochtief e suas consorciadas*, pelo Protocolo e pelo contrato de 29/2/1968, donde se conclui que, na hipótese sob consulta, *essas emprêsas exercem, por delegação contratual, conjuntamente com a Administração*, tarefas tìpicamente *governamentais*, isto é, que normalmente competem ao poder público.

Longe iríamos na menção de outros autores, todos a atribuir aos órgãos da Administração Pública essas tarefas de *direção, contrôle e vigilância*.

Para Cianflone, por ex., nos regulamentos especiais de cada serviço, de acôrdo com o disposto no art. 18 do Regulamento Geral de Contabilidade, de 1924, as medidas de *assistência, vigilância* e *direção*, necessárias à boa execução dos contratos, são atribuídas ao Govêrno e a ingerência da Administração, aí, se manifesta ora sob um aspecto puramente *técnico*, ora sob outro, de caráter *técnico-administrativo*, compreendendo *contrôle da qualidade de materiais, verificações no curso das obras, resolvendo problemas que a cada momento se apresentam, tomando, enfim tôdas aquelas medidas aptas a assegurar o regular e tempestivo cumprimento do contrato*, tudo se concretizando em intervenções ativas relativamente à boa execução da obra, de acôrdo com os dispositivos do contrato e as regras da técnica, não se tratando aí, portanto, nem de um puro contrôle, nem da simples observação da atividade do contratante.[15]

Ora, cotejando-se essa rápida e sintética discriminação das tarefas de direção e vigilância das obras, com um dos documentos anexos à consulta — *justamente um ofício da Hochtief e suas consorciadas, sugerindo à Companhia do Metropolitano medidas e providências de ordem técnica relativas à construção dos trechos já em obras do metrô* (doc. 8), nenhuma dúvida mais poderá restar de que as mesmas desempenham, exatamente, aquelas tarefas apontadas por Cianflone como função precípua da Administração, na qualidade de *delegados* desta — tudo, aliás, como previsto nos dispositivos contratuais já transcritos.

Nesse ofício, sugerem a Hochtief e suas associadas modificações de natureza técnica em matéria de *impermeabilização*, nos seguintes têrmos:

"Com base nos nossos conhecimentos sôbre a matéria, obtidos na Universidade Técnica de Munique, parece-nos indicado propor a V. S. algumas modificações, que simplificam os trabalhos referentes a impermeabilização, diminuindo também os seus custos. Aliás, o favorável relatório de pesquisa sôbre a qualidade do feltro a ser aplicado, contribuiu para firmar a nossa conclusão.

1. A pressão por superfície sôbre a impermeabilização poderá ser aumentada, havendo maiores dimensões da superfície pressionada, sem que haja perigo de que o betume seja espremido. Em regra, a pressão por superfície limita-se a 5 Kg/m², segundo as normas alemãs DIN. Ao passar o escoramento para a estrutura da construção, êsse valor poderá ser aumentado até 10 kg/cm² durante o tempo relativamente curto da solicitação. Deseta forma, a viga longitudinal para transmissão de fôrças entre as estacas e a estrutura da construção, poderá ser substituída por isolados blocos de concreto não armado, conforme mostram nosso projeto padrão PP-000-H/004 e PP-000-H/005.

2. O número máximo das diversas camadas de impermeabilização, poderá ser reduzida a 4. Todavia, aquelas camadas deverão ser aplicadas, bàsica-

[14] Loc. cit., vol. II, p. 373-374-376-377.
[15] Loc. cit., p. 349 e 353.

mente, pelo método de derrame e compressão com rôlo.

No caso de V. Ss. concordarem com a nossa proposta, procederemos a uma alteração do item correspondente na NC-03.

Sem mais, solicitamos o seu pronunciamento a respeito e subscrevemo-nos...".

As *providências e alterações de ordem técnica*, aí sugeridas, *constituem justamente matéria das "ordens de serviço", instrumento usual da fiscalização exercida pela Administração sôbre os contratantes*, como assinala por ex., Jacques Montmerle:

"C'est par la voie des *ordres de service* que les ingénieurs s'expriment à l'égard de l'entrepreneur, et l'on a pu définer l'ordre de service comme un acte écrit de l'agent administratif compétent, qui exprime impérativement à l'entrepreneur, pendant le cours des travaux la volonté du maître de l'ouvrage.

Les ordres de service se distinguent par leur objet:

— les uns ont pour objet *l'execution proprement dite des travaux* (régles techniques à suivre, *commande de changements* ou d'ouvrages imprévus, etc.

— les autres sont pour objet de notifier à l'entrepreneur certaines communications (décisions sur les reclamations, etc.". [16]

Fora de dúvida, portanto, que as tarefas de *assessoria* e *contrôle* técnico, contratualmente atribuídas à *Hochtief* e suas associadas, *coincidem, essencialmente, com as tarefas de fiscalização e contrôle da própria Administração*, como se pode verificar ainda desta passagem de Duez-Debeyre:

"Durant *l'exécution du marché*, c'est d'un veritable *pouvoir de direction* qu'il s'agit. Les ingénieurs et les architectes de l'Administration sont les chefs des travaux. Ils donnent à l'entrepreneur des ordres continuels et de toute nature. *Ils peuvent indiquer les procedés techniques d'exécution, déterminer l'ordre chronologique des différents travaux*, ordonner les *moyens* à *employer, prescrire la cadence des travaux*. Le rôle de l'entrepreneur n'est qu'un rôle d'exécution dans le cadre des directives ainsi fournies". [17]

Finalmente também Jèze acentua que ao engenheiro-chefe, representante da Administração, compete prescrever a *cadência* dos trabalhos, as *modificações* que pareçam úteis, a *fiscalização* do pessoal, da *qualidade dos materiais* empregados, a demolição de obras defeituosas, etc., [18] nem discrepando as lições de Cino Vitta, [19] Waline, [20] Zanobini, [21] Flamme, [22] Péquignot [23] e outros, que seria já demasiado mencionar.

Dir-se-á que a Hochtief, no caso, apenas aconselha ou sugere as modificações a serem levadas a efeito nas obras, ou as medidas de contrôle e fiscalização a serem tomadas pela Administração, mas é evidente que nem por isso fica diminuída a relevância de sua atuação, nem restringido o vasto campo de ação em que deve mover-se, no seu papel de firma consultora, assessôra e fiscal das obras, atuando aqui, talvez, naquele papel que Le Clère denomina "délegué sur place". [24]

Aliás, a intervenção da Hochtief e suas associadas sòmente poderia traduzir-se nessa tarefa de estudar, aconselhar e sugerir medidas, providências de ordem

16 V. *Passation et Exécution des Marchés de Travaux Publics*, 1967 p. 78-79.
17 V. *Traité de D. Administratif*, 1952, p. 923.
18 V. loc. cit., vol. II, p. 440-447.
19 V. *Diritto Amministrativo*, 1950, vol. II, p. 343-344.
20 V. *Traité de Droit Administratif*, 6.ª ed., s/d., p. 468.
21 *Corso de Diritto Amministrativo*, 1958, vol. IV, p. 505-506.
22 Loc. cit., vol. II, p. 89 e segs.
23 V. *Théorie Générale des Contrats Administratifs*, 1958, p. 308 e segs.
24 V. *Les Marchés de Fournitures et Travaux Publics*, 1949, p. 51 e 105-106.

técnica, modificações que o curso das obras venha a aconselhar, etc., fiscalização dos demais contratantes para efeito de provocar as medidas cabíveis, por parte da Administração, não podendo jamais concretizar-se em ordens compulsòriamente dirigidas a terceiros, pois como bem adverte Flamme, êsses *poderes* de *direção*, que competem à Administração Pública, são *originários, inalienáveis e imprescriptíveis.* [25]

9. A consideração, mesmo perfunctória, das obrigações contratualmente assumidas pela Hochtief e suas associadas, a lhes conferirem, pela letra mesma do contrato, a relevante condição de *assessôras, consultoras técnicas, elaboradoras das normas, métodos e rotinas a serem observados pela Fiscalização, de encarregados do contrôle cronológico, físico e financeiro do serviço*, etc., aí se incluindo a própria fase da *construção civil* do metrô, impõe desde logo, a nosso ver, a irrefutável conclusão de que as *mencionadas firmas se achavam, realmente, incompatibilizadas, de modo radical e absoluto, com a condição pretendida de contratantes da construção de trechos das mesmas obras.*

É óbvio, em primeiro lugar, que se tal missão lhes fôsse confiada, tornar-se-iam elas, desde logo e automàticamente, *fiscais de si mesmas* — resultado tão absurdo, de tal modo aberrante do *interêsse público* e da *moralidade administrativa*, não o fôra já do próprio bom senso, que surpreende como possa sequer admitir-se como objeto de dúvida ou discussão. E isto tanto mais se considerarmos tratar-se, no caso, de obras de extrema complexidade, aptas a suscitar os mais variados problemas de natureza a mais diversa, que pela primeira vez se levam a efeito em nosso país, donde carecer a Administração, em relação a elas, mais que em se tratando de qualquer outra, de uma assessoria técnica e de um contrôle técnico e administrativo rigoroso, de uma fiscalização realmente atuante, dedicada, honesta e efetiva, desejosa de realmente colaborar para a plena consecução dos objetivos visados.

Seria, entretanto, humanamente de esperar-se uma tal conduta de qualquer firma encarregada do assessoramento da Administração e da fiscalização de uma determinada obra pública, *que viesse a tornar-se, ela própria, também executora dessa mesma obra*, em parceria e em pé de igualdade com as emprêsas que deveria fiscalizar e orientar, às quais deveria a cada momento sugerir mudanças, alterações ou novas soluções aconselhadas pela experiência técnica e pelas inevitáveis e imprevisíveis contigências da complexa construção em curso, e ainda mais, quando por dever contratual devesse aconselhar a Administração a exigir tais mudanças e alterações de outros contratantes, com cujos interêsses de *maior lucro* se houvesse agora identificado?

Bem de ver-se que a atribuição à Hochtief e suas consorciadas, da construção civil de trechos do metropolitano, significaria não apenas a *nulificação pura e simples do contrôle técnico e da fiscalização* dêses trechos, mas o sacrifício e a *nulificação total de tôdas as funções de contrôle e fiscalização* que à Hochtief se atribuíram no contrato de 29/2/1968, o que significaria, em última análise, o sacrifício total do interêsse público e da própria moralidade administrativa — tudo a caracterizar uma iniludível incompatibilidade entre aquelas funções contratuais e a pretendida situação de contratante da execução das mesmas obras, a que se refere o contrato.

10. Versando justamente os numerosos motivos susceptíveis de determinar a exclusão de candidatos às concorrências, observa judiciosamente Laubadère:

"Un autre motif licite d'exclusion réside dans *l'exercice de fonctions susceptibles d'être considerées comme incompatibles* (grifo do autor) avec la

[25] Loc. cit., vol. II, p. 89.

qualité de titulaire d'un marché public, (fontionnaires qualifiés *pour controler l'activité qui fait objet du marché*, élus des collectivités locales à l'égard des marchés de ces collectivités).

La liceité de telles exclusions peut être deduite de l'existence des textes divers qui, sans déclarer eux-mêmes irreguliéres les adjudications auxquelles participeraient ces agents, attachent à cette participation des sanctions d'ordre différent, notamment pénales en disciplinaires". [26]

É bem verdade que o consagrado tratadista francês refere-se, aí, a *"funcionários qualificados a controlar a atividade que constitui objeto do contrato"*, mas a situação da Hochtief e suas consorciadas, por fôrça das obrigações assumidas perante a Prefeitura, pelo prazo de cinco anos, e *até a total implantação e operação da Linha Norte-Sul*, equipara-a perfeitamente, podendo mesmo ser assemelhada, à de funcionários contratados para o fim especial de assessoramento, contrôle e fiscalização das mencionadas obras.

Aliás, cita Laubadère, em nota, o art. 175 do Código Penal francês, onde se puen com pena de prisão e se declara incapacitado para o exercício de função pública todo *funcionário, oficial público ou agente do govêrno* que, abertamente ou por atos simulados, aja por interposta pessoa, *tenha tomado ou aceitado qualquer interêsse* em atos, *concorrências*, emprêsas ou execução direta de serviços nos quais tivesse, ao tempo do ato, no todo ou em parte, a administração ou fiscalização (surveillance). [27]

A expressão *agente do govêrno*, colocada como se acha, no texto da lei, depois de *funcionário* e de *oficial público*, parece-nos que abrangeria ali, indubitàvelmente, os que, como a Hochtief, se houvessem contratualmente obrigado, perante a Administração, a levar a efeito tarefas pertinentes à *fiscalização e contrôle* das obras.

Observações desta ordem são comuns, todavia, entre os autores que tratam da matéria, sempre unânimes em salientar a legitimidade da exclusão das concorrências, sempre que exista motivo de *incompatibilidade* entre o candidato e o interêsse público, no bom desempenho da obra a contratar.

O mesmo Laubadère, por ex., acentua ainda:

"Le principe général est que le *pouvoir d'exclusion* est destiné a permettre d'éliminer à l'avance des concurrents qui seraient *professionellement indésirables* et qu'il ne peut être par suit exercé *que pour des motifs et en vue de buts liés à l'interêt du service et à la bonne exécution du marché* (C. E. 4. août 1905, *Lespinasse*, precité: "Le ministre est fondé sur des motifs étrangers, soit à l'éxécution des marchés dont le requérent est titulaire, soit à la situation ou à la capacité prossionelle du sieur L."; 10 décembre 1937, *Entreprise Générale*, p. 1021; *l'exclusion este une "mesure commandé par l'interêt du service"*. [28]

Ouçamos agora Michel Quancard:

"Depuis la disparition de l'article des C.C.G. disposant que "l'entrepreneur devra être lire de toutes fonctions incompatibles avec celle d'entrepreneur", ancun texte administratif n'impose cette exclusion, *qui est cependant commandée par l'interêt du service contractant.* Celui-ci exige que soient écartés des adjudications ceux qui, par leur *fonctions, pourraient exercer une influence sur la passation du marche, aussi bien que sur la régularité des opérations ultérieures de réception.*

Par contre une telle disposition se retrouve fréquemment à l'étranger".

E mais adiante, insistindo nessa mesma ordem de considerações, e tratando

[26] Loc. cit.
[27] Loc. cit., nota 9 a p. 270-271.
[28] Loc. cit., p. 276.

das "exclusões consideradas ilegais", refere-se Quancard àquelas levadas a efeito *"com finalidade diversa daquela de assegurar a salvaguarda dos interêsses do serviço público contratante"*. [29]

Esta mesma idéia, de assegurar os *interêsses do serviço público*, na admissão às concorrências, orienta a lição de Masson, em cuja conformidade a exclusão sòmente será anulável *quando inspirada em motivos estranhos à execução do serviço ou à situação profissional do licitante!*

"Ainsi, donc, la jurisprudence du Conseil d'État s'est developée le sens de la restriction du pouvoir discretionnaire de l'administration, *les motifs de l'exclusion* — lorsqu'elle est motiveé, ce qui n'est pas obligatoire — *doivent être sérieux, d'ordre professionelle, exacts en fait et en droit.*

Il est absolumment certain, à l'heure actuelle, que l'entrepreneur *exclu pour des motifs étrangers à l'execution du marché ou à sa situation et capacité professionelles* et qui en apporte la preuve, peut demander l'annullation par le recours pour excés de pouvoir et former en plus recours contentieux en indemnité si la mesure d'exclusion qui le frappe lui a causé um préjudice moral ou pécunaire". [30]

E segundo Roehrssen di Camerata, essa *proteção do serviço público*, mediante exclusão da concorrência de candidatos que, pela sua situação especial, em relação ao mesmo, *possa comprometer-lhe a execução*, constitui mesmo um *poder-dever* da Administração.

"Ma, comunque, per quel che si é detto, non può essere dubbio che l'Amministrazione abbia la facoltá, il *potere-dovere di esaminare e valuntare, caso per caso, la figura* del suo contraente e quindi, *di non contrattare con chi rittiene che possa compromettere i suoi interessi*". [31]

Outros depoimentos valiosos poderiam ser ainda aduzidos, todos nesse mesmo sentido da prevalência do interêsse público sôbre o dos particulares, nas concorrências e nos contratos administrativos em geral, mas nem há disso maior necessidade, depois dos que aí ficam, bastante eloqüentes, nem nô-lo permite a urgência com que se solicita nosso modesto pronunciamento. [32]

11. Nem se alegue que o fato de se tornarem, a Hochtief e suas associadas, caso admitidas a concorrer e a contratar, *fiscais de si mesmas*, ou a própria *nulificação* de tôdas as tarefas de assessoria técnica e consultiva e de auxiliar de fiscalização, contratualmente por elas assumidas, viesse a constituir circunstância de relativo ou nenhum interêsse para a Administração e o serviço público, e inapta, portanto, a justificar o cancelamento da sua pré-qualificação.

Como bem observa Hodges, *o maior favoritismo pode decorrer do modo de se levarem a efeito as inspecções, podendo o contratante ser arruinado, ou enriquecer-se, pela atitude dos fiscais municipais, na interpretação de um contrato de construção*:

"Finally, the greatest favoritism may be shown in the *manner of inspections. The constructor may be ruined or enri-*

[29] V. *L'Administration des Marchés Publics de Travaux et de Fournitures*, 1945, p. 56 e 62.
[30] V. *Le Contentieux des Adjucations Publiques*, 1938, p. 100-101.
[31] *I Contratti della Pùbblica Administrazione*, 1961, vol. I, 113.
[32] V. ainda, todavia, especialmente JÈZE. *Théorie Générale des Contrats de l'Administratión. In: Rev. D. Public*, 1930, p. 333, 335; BONNARD, ed. 1943, vol. 59, p. 161; SAYAGUÉS LASO, *La Licitación Pública*, 1940, p. 117; BIELSA. *Derecho Administrativo*, 1947, vol. I, p. 317, 318; GRECA. *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*, 1943, vol. III, p. 93; DIEZ. *Derecho Administrativo*, 1965, vol. II, p. 478 e segs.

ched by the attitude of the city's inspector on a contract construction". [33]

Daí, certamente, achar-se de há muito em vigor, no *Banco Interamericano de Desenvolvimento*, a Ordem Administrativa 802, que regula a orientação e processo de seleção de firmas consultoras do mesmo Banco, *a qual impede que uma firma consultora possa, de qualquer forma, incumbir-se da construção de uma obra*, ou a ela associar-se:

"In case a fully qualified professional firm is subsidiary or an affiliate of a construction contractor or equipment supplier, that firm will be acceptable only if it agrees to limit its role to that of consulting engineer and agrees in the contract to disqualify itself and its associates for any other work or supply of equipment on the same project" (doc. n.º 7).

ou em vernáculo:

"No caso em que uma firma perfeitamente qualificada como consultora seja subsidiária ou filiada a um contratista-construtor ou fornecedor de equipamento, tal firma sòmente poderá ser escolhida se concordar em limitar seu papel ao de engenheiro-consultor e convier, no contrato, em desclassificar-se, bem como aos seus associados, para a execução de qualquer outra obra, ou fornecimento de equipamento destinado ao mesmo projeto".

Aliás, a informação do representante regional do Banco, como se vê do doc. n.º 7, anexo à consulta, *é taxativa, no sentido da incompatibilidade entre a função de assessoria técnica e a de construtor da mesma obra*, acrescentando ainda, a mesma autoridade, "não crer que as disposições que regulam a contratação de serviços de Consultores para o Banco Mundial seja, em substância, diferentes daquelas adotadas pelo BID, entendendo, por isso que impõem a mesma limitação".

Como decorrência, e com fundamento em tôdas as razões e elementos expostos, *parece-nos irrecusável, no caso, a flagrante incompatibilidade entre as funções de assessoria-técnica e fiscalização, assumidas pela Hochtief e suas consorciadas, no contrato de* 29/2/1968, e a sua pretensão de *concorrer à construção dos trechos n.ºs 4 e 5 da linha norte-sul do metropolitano, donde a perfeita legitimidade de sua exclusão da concorrência, mediante cancelamento da sua pré-qualificação*, o qual se impunha face aos princípios jurídicos que regem as concorrências públicas, e ainda aos interêsses do serviço público e da moralidade administrativa.

Item N.º III — Ao item 3.º da Consulta respondemos: *Sim. Tanto a situação de privilégio* em que se encontrava a Hochtief, frante aos demais concorrentes, já na sua condição de *projetista* e *assessôra* da Prefeitura e da Companhia do Metropolitano, o que lhe deu um conhecimento prévio, por tempo dilatado, dos projetos e demais elementos da concorrência, donde a vulneração do *princípio da igualdade*, já a acenada incompatibilidade entre aquelas funções e a de contratista-construtor, *inquinavam a pré-qualificação da Hochtief e de suas consorciadas, desde logo, de insanável nulidade, por violar, como já se acentuou, os princípios jurídicos que regem as concorrências públicas, o interêsse do regular desenvolvimento das obras e a própria moralidade administrativa*, como passamos a demonstrar.

12. Discorrendo sôbre as concorrências públicas diz Jèze que seus *vícios* podem derivar também da violação de um dêstes *três princípios*, que lhe são essenciais: *publicidade, concorrência, e igualdade entre os concorrentes*, [34] e e ao tratar da igualdade entre os concorrentes, salienta que "as condições

[33] V. H. 6, HODGES. *City Management* (Theory and Practice of Municipal Administration). Nova Iorque, 1939, p. 520.

[34] V. *Contrats Administratifs*, cit., vol. II, p. 94.

devem ser as mesmas para todos os concorrentes". Estas regras, acrescenta Jèze, são de caráter obrigatório para a Administração, revestindo-se de caráter regulamentar e *acarretando sua inobservância conseqüência jurídica, a saber, sua anulação por ato da própria Administração, ou mediante recurso ao Conselho de Estado:*

"L'opération de l'adjudication étant irréguliere, il y a lieu d'appliquer les règles sur les actes — *conditions* unilatéraux *irreguliers. En d'autres termes: l'acte peut-être*: 1.º, *annulé par l'administration elle-même;* 2.º attaqué devant le Conseil d'État par le recours pour excès de pouvoir, dans les conditions ordinaires de recours". [35]

Como bem observa Cianflone, a violação dos três princípios, mencionados por Jèze, reduz-se, em última análise, ao vício de *violação de lei,* aqui não apenas no sentido *formal* de norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, com observância da tramitação constitucional, mas *no sentido material e amplo de tôda regra ou princípio jurídico de observância obrigatória,* como bem salienta Cammeo:

"La violazione può essere così di una legge in senso stretto *come di principi generali di diritto, di consuetudini o di regolamenti,* data l'importanza di questi nel diritto amministrativo per le determinazioni dei requisiti degli atti nell'ambito delle leggi", [37] e no mesmo sentido o entendimento da expressão *violação da lei* no direito francês, como se pode verificar em Laubadère, que distingue entre *fontes escritas e fontes não escritas da legalidade,* colocando entre estas últimas a jurisprudência e os princípios gerais de direito, salientando ainda, a propósito dêstes:

"Une autre source non écrite et de plus en plus importante de la légalité est constitué par *les principes généraux du droit. On appelle ainsi un certain nombre de principes qui ne figurent pas dans les textes mais que l'administration est cependant tenue de respecter et dont la violation constitue une illégalité",* figurando justamente entre tais princípios, e da *igualdade dos cidadãos,* sob os numerosos aspectos que pode assumir, sendo certo, acrescenta, *"que o Conselho de Estado reconhece aos princípios gerais de direito valor igual ao da lei.* [38]

Êste, ailás, o entendimento unânime entre os doutrinadores e no sistema jurídico de todos os países, como se pode verificar em Diez, [39] Cino Vitta, [40] Lentini, [41] Garrido Fala, [42] Fragola, [43] Forsthoff, [44] Wolff [45] e entre nós Seabra Fagundes [46] — para não nos alongarmos mais nestas referências.

13. Ora, constitui doutrina assente, no direito administrativo, que o vício de *violação de lei* acarreta a *nulidade* do ato administrativo.

Eis, a respeito, por ex., a lição de Laubadère, cuja autoridade na matéria, especialmente em contratos administrativos, é hoje universalmente reconhecida:

"La sanction du *principe de la légalité* c'est la nullitté de l'acte administratif illégal. Mas cette nullité doit être constatée par une autorité publique et consacrée par *l'annulation de l'acte illégal;*

35 Loc., p. 105, 124 e 128.
37 *Corso di D. Amministrativo,* 1960, p. 597.
38 V. *Traité Elémentaire de D. Administratif,* 1957, p. 201, 204, 205 e 206.
39 V. *El Acto Administrativo,* B. Aires, 1961, p. 413.
40 V. *Diritto Amministrativo,* 1949, vol. I, p. 424 e 433.
41 V. *Instituzioni di D. Amministrativo,* vol. II, p. 223.
42 V. *Tratado de D. Administrativo,* vol. I, p. 226-230.
43 V. *Gli Atti Amministrativi,* 1952, p. 122.
44 V. *Lehrbuch des Verwaltugsrechts,* 1961, p. 112, 135.
45 V. *Verwaltungsrecht,* 1961, vol. I, p. 156 e segs.
46 Loc. cit., p. 113 e segs.

la sanction pratique du principe de la legalité se trouve donc, finalment dans le *contrôle de la legalité* (grifos do A.) ... En droit administratif, comme en droit privé, les effets de la nullité d'un acte juridique se remènent ao grand principe selon lequel *l'acte nul étant censé n'avoir jamais* existé, *ses conséquences sont retroactivement anéanties* (quod nullum est nullum producit effectum). [46]

Segundo Fragola, a violação de lei constitui mesmo o que denomina *vício-base*, possibilitando a anulação do ato ilegítimo:

"Il contrato tra la legge e l'atto amministrativo determina il *vizio-base* che per l'appunto consiste e se definirsce *violazione di legge*. Quando sussiste ed é rilevatta, è più agevole il ricorso del soggetto danneggiato e maggiori la possibilitá di annullamento del provvedimento illegitimo. [47]

Nessa mesma ordem de idéias, assinala Cino Vitta a ilegitimidade dos atos administrativos praticados com violação de lei, entendida esta também como norma de direito regulamentar ou consusuetudinário, [48] do mesmo modo que Miele assinala como *nulo todo ato privado de efeitos jurídicos, dada a sua incongruência com o conjunto de requisitos previstos pelo ordenamento jurídico*:

"Quando ciò avviene, l'invalidità assume la sua forma più grave, e la conseguenza che ne discende per l'ordinamento giurìdico é la nullità: atto nullo è quello che, a causa della sua incongruità con l'insieme dei requisiti intrinseci previsti dal'ordinamento giurìdico per il suo tipo, è privato di tutti gli effetti giurìdici, connessi agli atti del suo tipo." [49]

E, segundo o mesmo autor, a nulidade é absoluta sempre que diga respeito ao *interêsse geral*. [50]

Segundo Diez, a *violação da lei*, entendida a expressão como a vulneração de *qualquer das fontes do direito*, constitui vício que afeta a legitimidade do ato administrativo, invalidando-o:

"Quiere deci entonces que un acto administrativo, invalido por violación de la ley, es aquel cuyo contenido está en contradición con las normas jurídicas con las que debia conformarse. Se trata de un vicio denominado *violación de ley de fondo.*

"*Si el contenido no está conforme con la ley, el acto será inválido, poco importa que la disconformidad sea intencional, resulte de error de hecho o de derecho, de dolo o de violencia moral, salvo el caso de error comun o general*". [51]

O insigne Ranelletti, após considerar também como violação de lei "a de qualquer norma de direito, qualquer que seja a sua fonte", aí incluindo "o regulamento, os costumes, o contrato coletivo de trabalho, os acôrdos econômicos coletivos e regulamentos corporativos, que o ato administrativo deveria observar", e após anotar, entre as hipóteses dessa violação, a emanação de ato contra preceito de lei, também assinala, no caso, uma figura de *ilegitimidade*, [52] e nesse mesmo sentido, salienta Lentini que "um ato que não corresponda aos requisitos de que nos ocupamos, diz-se *viciado.* o *vício pode existir não sòmente quando se viola a lei*, ou se a interpreta e aplica errôneamente, ou ainda quando, mesmo aplicando-a retamente, se parte, ao aplicá-la, de dados ou pressupostos errôneos (vício de legitimidade), e também no caso em que se faça mau uso

46-a V. *Traité de D. Administratif*, cit., p. 209.
47 Loc. cit., p. 122.
48 Loc. cit., vol. I, p. 433.
49 V. *Principi di D. Amministrativo*, 1960, p. 167.
50 Ibid, p. 168.
51 V. *El Acto Administrativo*, 1961, p. 413, 414.
52 V. *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 1945, p. 94.

dos podêres conferidos à Administração Pública, ou das normas técnicas que devam ser observadas (vícios de mérito)". [53]

Ainda na doutrina italiana, mencionaríamos finalmente êste tópico, taxativo também no tocante à nulidade dos atos viciados pela *violação de lei*, no qual o prof. Enrico Guicciardi, referindo-se aos casos de incompetência, excesso de poder e *violação de lei*, hipóteses em que "o ato administrativo resulta emanado com inobservância das normas jurídicas que regulam a ação administrativa, a fim de assegurar-se, sob todos os aspectos previsíveis, sua conformidade e correspondência com o interêsse público", assim conclui:

"La qualifica giurìdica che spetta in tal caso all'atto amministrativo è quella propria di qualunque atto giurìdico che, pur completto nei suoi elementi essenziali, e quindi esistente, sia inficiato da vizi: quella cioè di *atto invalido*. E poichè l'invalidità deriva, nei casi di oncompetenza, ecesso di podere e violazione di legge, *dalla diformità* da *norme giurìdiche*, ed assume quindi la forma specìfica di *illegimità*, l'atto amministrativo inficiato da tali vizi si qualifica come illeggìtimo". [54]

Aliás, na Itália o próprio *direito positivo* sanciona expressamente a *violação de lei* declarando anuláveis os atos administrativos que incorrerem em tal vício de ilegitimidade (T.V. 26 de junho de 1924, art. 26). [55]

Ainda sôbre tema da nulidade dos atos administrativos viciados por violação de lei, não é possível deixar de transcrever-se a lição de Fiorini:

"Las *violaciones de las normas* que se refieren al domínio público y a los intereses públicos que administra el poder público, justifican la presencia de actos inválidos a *los que les corresponde la sanción de nulidad absoluta*.

"Recogiendo expresiones de los fallos y los principios que se han expuesto en la doctrina sobre la clasificación de los motivos determinantes de la *nulidad absoluta*, vemos que se fundamentan en cuatro causales, que a sua vez pueden variar de contenido y se presupuestan:

a) en la violación de normas que *afectan al orden publico*, en especial disposiciones constitucionales, es decir, normas que sustentam nuestra organización como Estado o *afectan intereses que corresponden a toda la colectividad;*

b) *cuando afectan principios de moralidad y de ética administrativa;* se transcribe, al respecto, como la Corte Suprema estabeleció esta tesis, sin que hayan existido principios expressos:

"Lo que es immoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inesistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse con el decurso del tiempo". [56]

Por carência de tempo, limitar-nos-emos a indicar, ainda nesse sentido da nulidade dos atos administrativos emanados com violação de lei, em Portugal o prof. MARCELO CAETANO, [57] no México, o prof. SERRA ROJAS, [58] na Espanha GARRIDO FALLA, [59] na França

[53] Loc. cit., vol. I, p. 217-a, 218.

[54] V. *La Giustizia Amministrativa*, 1957, p. 24. Na doutrina italiana, podem consultar-se ainda DE VALLES. *La Validità Degli Atti Amministrativi*, 1917, p. 161 e segs.; TRENTIN. *L'Atto Amministrativi*, p. 96 e segs.; RESTA. *La Revoca Degli Atti Amministrativi*, 1935, p. 173; ALESSI. *La Revocabilitá Degli Atti Amministrativi*, 1936, p. 35 e segs.; TIVARONE. *Teoria Degli Atti Amministrativi*, 1939, p. 95 e segs.; ROMANELLI. *L'annulamento Degli Atti Amministrativi*, 1939, p. 198 e segs.

[55] V. VIRGA. *Il Provvedimento Amministrativo*, 1968, p. 426.

[56] V. Loc. cit., vol. I, p. 367 e 373.

[57] V. *Manual de D. Administrativo*, 1965, p. 233, 242.

[58] V. *Derecho Administrativo*, 1965, p. 338.

[59] Loc. cit., vol. I, p. 230 e 551 e segs.

ainda VEDEL, [60] WALINE, [61] DUEZ-DEBEYRE, [62] no Uruguai SAYAGUÉS LASO [63] e finalmente no direito germânico especialmente HERRNRITT, [64] WOLF, [65] TUREGG-KRAUS, [66] PETERS [67] e FORSTHOFF. [68]

Entre nós, finalmente, escreve Themístocles Cavalcanti:

"*A validade dos atos administrativos pressupõe duas condições essenciais*, condições gerais que, como vemos, integram e completam o ato:

a) a competência da autoridade que praticou o ato;

b) a *sua conformidade com a lei*, a sua constitucionalidade ou *legalidade*, e a obediência ao conteúdo e forma nela prescritos.

... *Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação do direito vigente.* A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de atos administrativos sob o ponto de vista de sua oportunidade ou conveniência". [69]

Observe-se, mais uma vez, que *lei*, neste como nos demais problemas de direito administrativo, é sempre sinônimo de *legalidade vigente*, aí se incluindo, como já se viu, *tôdas as fontes normativas*, pois como bem observa Forsthoff, os requisitos a que deve obedecer a emanação de um ato administrativo *sòmente em parte se acham estabelecidos nas leis*, como os preceitos relativos à distribuição territorial da competência em determinado território ou sôbre certos assuntos, requisitos de forma, procedimento e conteúdo dos atos, os quais, todavia, jamais se apresentam exaustivos. E acrescenta o grande administrativista germânico:

"*Existem requisitos adicionais que devem ser deduzidos da lógica imanente da lei, dos princípios morais e das leis naturais, os quais se impõem por si mesmos, de tal modo que sua menção na lei poderia até parecer estranha*, mas que, não obstante, assumem uma certa importância no direito administrativo".

E após observar que atos administrativos poderão existir cujos defeitos não poderiam ser explicados por qualquer preceito expresso de lei, mas que, todavia, *são defeitos de ordem jurídica*, acrescenta:

"Êste fato não tem ocasionado quaisquer dificuldades sérias. Embora atos administrativos defeituosos ocorram inevitàvelmente de vez em quando, *não há falta de regras legais ou de princípios para solucionar tais casos, apesar das disposições legais incompletas* e, no tocante a alguns ramos da administração, inexistentes. *Tais regras e princípios têm sido desenvolvidos nas obras doutrinárias e pela jurisprudência.*

"Como já se acentuou, quando tratamos das *características gerais do ato administrativo, o fato de que o ato administrativo é uma criação finalística, que não pode ser entendida por meio da lógica abstrata, mas sòmente no terreno das necessidades práticas, observadas as lições do empiricismo, apresenta-se verdadeiro, em extensão ainda maior, a respeito do ato administrativo vicioso.*

... O problema do ato administrativo vicioso baseia-se no simples fato de que os *defeitos da atividade administrativa vão prejudicar a fôrça legal dessa aitvidade. Êste fato não precisa ser confir-*

60 V. *Droit Administratif*, 1961, p. 214 e segs.
61 Loc. cit., p. 433 e segs.
62 Loc. cit., p. 204, 206.
63 Loc. cit., p. 504 e segs., vol. I.
64 V. *Grundlehren des Verwaltungsrechtes*, 1921, p. 281 e segs.
65 Loc. cit., vol. I, p. 263 e segs. e 275 e segs.
66 V. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1962, p. 138 e segs.
67 V. *Lehrbuch des Verwaltung*, 1966, p. 213 e segs.
68 V. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1966, p. 213 e segs.
69 V. *Tratado de Direito Administrativo*, 1960, vol. I, p. 270-271.

mado pela legislação. Êle dimana, claramente, da lógica imanente da ordem legal". [70]

As excelentes observações do mestre de Heidelberg aplicam-se, inteiramente, à hipótese sob consulta.

O ato de pré-qualificação da Hochtief e suas consorciadas fere, como já se viu, princípios gerais de direito, ensinamentos unânimes da doutrina, exigências da moralidade administrativa, interêsses superiores do serviço público, e aquilo que Forsthoff denomina, com muito acêrto, a "lógica imanente do direito", e sua nulidade, se não se encontra prevista em lei expressa, acha-se todavia sancionada por todos êsses princípios. E se, como diz o autor, o ato administrativo é uma *criação finalística, teleológica,* isto é, cuja legitimidade deve também ser avaliada pelos seus resultados práticos, é bem de ver-se que a pré-qualificação em causa, ainda sob êste ponto de vista, não poderia mesmo ser mantida, pelas absurdas conseqüências e desastrosos resultados que daí fatalmente adviriam para os interêsses do serviço público.

Item n.º IV — Não era, portanto, perfeitamente lícito à Diretoria da Companhia do Metropolitano, revendo a legitimidade do próprio ato que inadvertidamente havia pré-qualificado o Consórcio Metronors, presidido e representado pela Hochtief, cancelar a referida pré-qualificação, face à impugnação dos demais concorrentes?

Ao item supra respondemos, desde logo: *sim. À Diretoria da Companhia do Metropolitano cabia não apenas o direito,* mas competia-lhe mesmo o *dever* de cancelar a pré-qualificação da Hochtief e suas consorciadas, revendo e anulando, destarte, o próprio ato manifestamente inquinado de nulidade.

14. Constitui princípio absolutamente pacífico, em doutrina como na jurisprudência, o de que à Administração assiste não sòmente o *direito,* mas o *dever* de, procedendo a um verdadeiro saneamento da sua própria atividade, rever sempre os próprios atos, anulando os que se revelarem nulos e ainda os simplesmente anuláveis, sempre que essa anulação corresponda ao interêsse público, ou se apresente como imperativo da ética e da moralidade administrativa.

Observa a propósito Waline, que "a possibilidade, para a Administração, de revogar seus atos, não é mais que a aplicação da idéia de que, como todo mundo, ela tem o direito de mudar de opinião, a significar que, *"não sendo infalível, ela pode reparar espontâneamente seus erros, quando os verificar, ou que pode modificar suas decisões para ter em linha de conta situações novas, ou elementos novos".* Qual, nesse caso, indaga, o interêsse em jôgo? Em primeiro lugar, o de não manter situações incômodas, inoportunas, acrescentando:

"Existe, porém, um interêsse ainda muito mais imperioso, em certos casos: o de não incrustrar-se na ilegalidade, porque o respeito pela legalidade acha-se, sempre, em primeiro lugar, entre os interêsses públicos. Além disso, a ilegalidade persistente constitui falta geradora de responsabilidade; ela se apresenta, portanto, contrária mesmo aos interêsses pecuniários da coletividade pública. É, muitas vêzes, para prevenir eventuais condenações pecuniárias que a autoridade administrativa revoga suas decisões, cuja possível ilegalidade constitui para ela causa de inquietação (ver o acórdão de 6 de junho de 1902, *Goret* S.1903.3.65, concl. *Romieu,* nota de *Hauriou*).

"Os casos mais favoráveis para a revogação ocorrem quando, simultâneamente, a *manutenção do ato apresenta o inconveniente máximo para a coletividade, porque o ato é ilegal, e o inconveniente da revogação é mínimo, porque ninguém adquiriu direito, por fôrça dêsse ato.*

É o caso de um ato que, não tendo,

[70] V. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts,* 1966, p. 214-216.

aliás, conferido qualquer direito a ninguém, perdeu sua base legal.

A revogação apresenta-se então obrigatória, isto é, em certos casos automática". [71]

Daí o acentuar, entre nós, Themístocles Cavalcanti:

"Como veremos mais adiante, *pode a autoridade administrativa* ex officio *revogar o ato depois de verificada a sua nulidade, o vício substancial que o atinge, negando-se a aplicar aquêles atos que incidem em qualquer caso de nulidade.*

E isto se verifica não obstante a presunção sempre favorável à validade dos atos administrativos, tão bem salientada por Seabra Fagundes *in verbis*...

... Mas a presunção de legitimidade não pode impedir que a própria Administração, verificado o vício ou a falta de cumprimento de exigências indispensáveis, deixe de dar cumprimento ao ato, ou declare a sua nulidade por vício substancial.

É que a nulidade tem de se operar de pleno direito, pela fôrça do vício que atinge o ato administrativo, e que, por si só, dispensa a intervenção do poder judiciário para a sua declaração.

É a teoria sustentada por numerosos autores, como Borsi, Zanobini, Roger Bonnard, Waline e a *generalidade dos que versaram a matéria".* [72]

15. Realmente, como bem assinala o tratadista pátrio, essa é a doutrina, pode-se afirmar, unânime entre os publicistas, conforme atesta Renato Alessi: ..*"L'annullamento da parte del medesimo organo che ha emanato il provvedimento,* la competenza all'annullamento da parte del medesimo organo *non viene contestata in dottrina,* ancorchè ne sia dubbio il reale fondamento; secondo la migliore opinione tale fondamento varicercato in *un potere di autocontrolo nella legalità dei propri provvedimenti che deve essere riconosciuto ad ogni organo amministrativo".* [73]

Trata-se, como diz Alessi, de um "autocontrôle", ou como preferem outros autores, de uma "auto-tutela", como, por exemplo, Sandulli:

"Quanto all'annullamento in sede di *auto-tutela* é da osservarsi che l'amministrazione, *allo etesso modo che ha la possibilità di propri atti* (*n.º 127*), ha *la possibilità di procedere da sè stessa alla loro caducazione allorchè siano invalidi. La competenza all'annullamento in via di auto spetta solitamente alla stessa autorità che pose in assere l'atto invalido, nonchè alle autorità che abbiano potestá gerarchica in materia".* [74]

Assinalando que a anulação *ex officio* pelo mesmo órgão que haja ditado o ato inquinado de ilegalidade decorre de uma "lógica repugnância jurídica entre sua estrutura inválida e os efeitos que produz" acrescenta Garrido Falla:

"De aqui que salte a primer plano no solo la cuestión de la *posibilidad,* sino la de la *obligación* en que puede encontrar-se la Administración pública de proceder a la anulación de estos actos" [75] (grifos do autor).

Já vimos, aliás, que para Roehrssen di Camerata trata-se, aqui, de um *dever*-poder (n.º 10 supra), cuja finalidade é

71 V. *Le Rétrait des Actes Administratifs. In*: *L'Évolution du Droit Public,* 1956, p. 563-565.

72 Loc. ci., vol. I, p. 279-281.

73 V. *Istituzioni,* cit., p. 378.

74 V. *Manuale di D. Amministrativo,* 1960, p. 341.
V. ainda, com referência à expressão *autotutela,* ROMANO, Santi. *Teoria dell'Annullamento nel Diritto Amministrativo.* In: *Scritti Minori,* 1950, vol. II, p. 331; ALESSI. Loc. cit., p. 378; LANDI-POTENZA. *Manuale di D. Amministrativo,* p. 271; FRAGOLA. Loc. cit., p. 85-86; GORDILLO. *Introducción al Derecho Administrativo,* 1966, p. 252; DIEZ. *El Ato Administrativo,* cit., p. 442; ZANOBINI. *Corso,* ed. 1947, p. 246.

75 Loc. cit., vol. I, p. 551.

sempre, como bem salientam Landi-Potenza, "*subtrair a Administração Pública das conseqüências dos próprios atos ilegítimos*", poder anulatório que, como acentuam os mesmos doutrinadores, compete não sòmente à Administração direta do Estado, como às pessoas jurídicas públicas.

O caráter *obrigatório* da anulação dos atos viciados de ilegalidade, pelo próprio órgão que os haja editado, é ainda posta em relêvo, por LAUBADÈRE,[77] DIEZ,[78] SANTI ROMANO,[79] SAYAGUÉS-LASO[80] e outros.

Incisivo a respeito, nos motivos que apresenta para justificar essa obrigatoriedade da anulação, é o prof. Diez, ao assinalar que a *legalidade constitui princípio basilar de tôda a atividade administrativa, reunindo-se as normas sucessivas, em tôrno dêsse princípio fundamental, como um todo unitário, donde resultaria inútil a criação de um sistema jurídico baseado nesse princípio fundamental, se se admitisse que sua observância pudesse ser facultativa.*[81]

Aliás, como já se viu, na excelente observação de Waline, a anulação *ex officio*, pela própria autoridade prolatora do ato, não se impõem apenas pelo respeito ao princípio da legalidade, mas também por motivos de ordem prática, tal seja o de *prevenir as conseqüências danosas que o ato possa acarretar a terceiros, e a conseqüente responsabilidade da Administração*, como sucederia exatamente, no caso sob consulta se, por hipótese, fôssem os contratos de construção adjudicados à Hochtief e suas consorciadas, e viessem os demais interessados a pleitear perdas e danos, pela consumação de ato ilegal lesivo aos seus interêsses.

Daí assinalar Laubadère que a *recusa de revogar ato ilegal constitui, ela própria, um excesso de poder* segundo já declarou o Conselho de Estado francês no caso Syndicat National des Statistiques, julgado em 1938, salientando o mesmo autor, a propósito, que a revogação funciona, no caso, "*como um sucedâneo da anulação contenciosa, um meio de realizar, de maneira mais simples, o resultado a que se chegaria com a intervenção do juiz*".[82]

Não foi sem razão, portanto, que Dupeyroux a denominou "retroatividade construtiva", acentuando também o caráter preventivo de que a anulação *ex officio* se reveste, ao evitar a anulação contenciosa por excesso de poder.[83]

Cabe aqui relembrar, afinal, as reflexões mui judiciosas de Georges Vedel, de que a legalidade administrativa exprime *a submissão da Administração ao direito, no sentido mais amplo do têrmo*, e justamente porque ela deve procurar sempre o interêsse público, a legalidade administrativa não desempenha sòmente o papel de uma regra de conduta *negativa*, mas o de uma *diretriz positiva*, que impõe aos administardores uma certa *psicologia*, um certo *estado de alma*. A legalidade não é apenas um aparato exterior de limitações, mas uma *limitação institucional*, como demonstrava Hauriou, comportando não apenas proibições, "*mas uma inspiração permanente e positiva, a do interêsse público*.[83-a]

16. Também na doutrina pátria pode-se considerar pacífica a tese da anu-

77 V. *Traité*, cit., p. 181.
78 V. *El Acto Administrativo*, cit., p. 445.
78 V. *El Acto Administrativo*, cit., p. 445.
80 Loc. cit., vol. L, p. 521.
81 Loc. cit., p. 445.
82 V. *Traité*, cit., p. 181 e 186.
83 *La Règle de la Non Retroativité des Actes Administratifs*, 1954, p. 264.
83-a Loc. cit., p. 222-223.

labilidade dos atos administrativos ilegítimos pela própria Administração, como se pode verificar entre outros, em Seabra Fagundes,[84] Francisco Campos,[85] Heli Lopes Meirelles,[86] Fernando Mendes de Almeida,[86-a] Caio Tácito,[87] e Manuel Ribeiro,[88] além de Themístocles Cavalcanti, já mencionado (n.º 14, supra) e José Frederico Marques.[89]

17. A esta altura, apenas nos resta acrescentar, quanto ao tema sob consulta, que a anulação dos atos administrativos eivados de nulidade, pela própria Administração, tem sido reiterada e pacìficamente admitida pelos nossos tribunais, a começar pelo Supremo Tribunal Federal, em numerosíssimas decisões, de modo a não deixar qualquer dúvida sôbre a legitimidade dêsse poder de autocontrôle, ou autotutela dos órgãos administrativos sôbre a legalidade dos próprios atos.[90]

Nenhuma dúvida pode subsistir, portanto, quanto à legitimidade do ato da Diretoria da Companhia do Metropolitano, cancelando o ato administrativo da pré-qualificação da Hochtief e suas consorciadas — ato, como já se viu, eivado de manifestos e insanáveis vícios de ilegalidade e, dadas as circunstâncias já examinadas, frente às melhores lições da doutrina, essencialmente contrário aos interêsses do serviço público e à própria moralidade administrativa.

Item n.º V — Da referida pré-qualificação teria nascido, para a Hochtief e suas consorciadas, um direito subjetivo a participar da concorrência, como tal insusceptível de desconhecimento ou violação pela Companhia do Metropolitano?

Ao item supra desde logo respondemos:

Não. Da pré-qualificação da Hochtief e suas consorciadas, nenhum direito subjetivo lhes poderia nascer, eis que, como é pacífico, tanto em doutrina, como na jurisprudência, os atos administrativos eivados de nulidade não podem gerar quaisquer direitos para os respectivos destinatários.

18. *Direito subjetivo*, segundo G. Jellinek, é "o poder de querer, que tem o homem, reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico, quando dirigido a um bem ou interêsse,[91] ou, na conceituação de Bonnard, "o poder de exigir algo de terceiro, uma atividade positiva ou negativa, uma ação ou abstenção",[92] ou ainda, conforme Alessi, 'o 'vínculo jurídico intercorrente entre sujeitos juri-

84 V. *Revogação e Anulamento dos Atos Administrativos. Rev. Dir. Administrativo*, vol. II, p. 487 e segs.
85 V. *Pareceres do Consultor-Geral da República*, vol. I, p. 270.
86 V. *Direito Administrativo Brasileiro*, 1966, p. 211 e segs. e 216.
86-a V. *Revogação dos Aos Administrativos*. In: *Rev. de Direito Administrativo*, vol. 56, p. 42 e segs.
87 V. *A Administração e o Contrôle da Legalidade*. In: *Revista de Direito Administrativo*, vl. 37, p. 1 e segs.
88 V. *Direito Administrativo*, 1964, vol. I, p. 230.
89 V. *A Revogação dos Atos Administrativos*. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 39, p. 16 e segs.
90 V. especialmente, a propósito, as decisões que se encontram na *Revista de Direito Administrativo*, algumas com longa e erudita fundamentação, vols. 38/449, 37/274, 26/95, 48/259, 51/274, 42/230, 62/169, 25/166, 55/99, 48/130, 79/223, 81/190, 87/203 — tôdas do Supremo Tribunal Federal; e ainda 37/1, 37/9, 87/292, 47/73, 54/221, 48/302, 49/467, 41/239, 52/240, 54/360, 67/118, 76/325, 79/227, 80/169; *Revista dos Tribunais*, vols. 219/323, 257/372, 263/409, 267/402, 268/499, 269/711, 270/587, 274/515, 278/872, 280/545, 282/641, do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Tribunal Federal de Recursos e de outros tribunais do país.
91 V. *Sistema del Diritti Publici Subbiettivi*, 1912, p. 47.
92 V. *Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration*, p. 41.

dicos, pelo qual um dos sujeitos pode pretender de outro ou outros, que a êle se acham vinculados, que assumam determinado comportamento, mediante o qual se atua a prevalência do interêsse do primeiro e a correspondente subordinação dos outros". [93]

Nas numerosíssimas e variadas conceituações do direito subjetivo, [94] um elemento aparece, todavia, invariàvelmente: *o poder de exigir, de mandar, de determinar algo por uma imposição inexorável, isto é, uma "pretensão"*, visando sempre à obtenção ou atualização de um interêsse, que o *ordenamento jurídico protege pela forma mais ampla e completa*, e daí a lapidar definição de Mortati, em cuja conformidade o direito subjetivo se apresenta como uma "posição de possibilidade ou potencialidade de comportamentos protegidos, ligados a uma esfera determinada de interêsses inerentes a um bem concreto, que é objeto do direito". [95]

Ora, se elemento essencial do direito subjetivo *é a proteção a mais ampla, completa e direta do interêsse, que lhe constitui objeto, pelo ordenamento jurídico, é bem de ver-se que atos jurídicos portadores de vícios graves, que os invalidem, não podendo merecer essa proteção do ordenamento jurídico, ao qual repugnam, não podem absolutamente criar situações jurídicas subjetivas configuradoras de direitos subjetivos.*

E é justamente por isso que os atos administrativos portadores de tais vícios podem ser anulados pelo próprio órgão que os prolatou, pois não criaram, nem poderiam criar, em favor de seus destinatários, qualquer direito subjetivo, nem à sua própria manutenção, nem à obtenção ou atuação do interêsse, visado pelo mesmo ato. E daí, também, retroagir a anulação à data do ato anulado, isto é, operar *ex tunc*, e não *ex nunc*, como ocorre na mera revogação dos atos válidos, por razões de conveniência ou oportunidade administrativas.

É o que, por exemplo, salienta Lentini:

"L'atto, dunque, può essere revocato, quando ne sia rilevata l'inesistenza o la nullità, che dir si voglia, in qualsiasi tempo, e *senza che si possa parlare di diritti quaesti, perchè "ex nihilo nihil jit e quod nulum est nullum producit effectum."* La revoca produce portanto, contrariamente e quanto può avvenire per gli atti semplicemente annullabili, effetti *ex tunc* e non *ex nunc*. [96]

Na mesma ordem de idéias, doutrina Laubadère:

"Quando o ato administrativo é irregular, prevalece o princípio inverso do precedente. O ato irregular pode ser revogado para o futuro e mesmo retirado retroativamente por seu autor.

O fundamento desta regra é dúplice. De um lado, pelo *próprio fato de sua irregularidade, o ato não pôde criar direitos*, mas esta idéia não é a única a fazer-se valer, porque justificaria apenas a retirada ab-rogação; uma outra idéia vem justificar, aqui, a possibilidade da retirada retroativa: é que a *revogação do ato irregular se considera uma verdadeira sanção da ilegalidade do ato*, permitindo ao seu autor realizar, êle próprio, aquilo que faria o juiz do excesso de poder, se lhe fôsse dirigido um recurso contencioso de anulação". [97]

Excelente também, a propósito, a lição de Capano, em sua conhecida monografia sôbre a retroatividade dos atos administrativos:

93 V. *Sistema*, cit., p. 501 e *La Responsabilità della Pùbblica Amministrazione*, 1939, vol. I, p. 181.
94 V. , a respeito, nosso trabalho *Permissão e Concessão de Serviço Público*, inserto na *Revista de Direito Público*, jan./mar. de 1969, n.º 7, p. 124 e segs.
95 V. *Istituzioni di Diritto Pùbblico*, 1961, p. 269 e segs.
96 Loc. cit., vol. I, p. 214.
97 V. *Traité*, cit., p. 180.

"A anulação do ato administrativo tem seu fundamento no próprio ato, nos vícios da invalidez do ato, ou nos direitos do sujeito, violados ou ofendidos pela invalidez; a anulação tem por escopo a remoção de um estado de fato contrário ao direito, que sòmente um determinado sujeito tem o direito de fazer efetivo; *a anulação deve realizar a repristinação do estado de direito anterior à situação produzida pela violação ou pela ofensa dos direitos daquele sujeito. A retroatividade, nestes pressupostos, é um efeito normal da anulação.* O direito objetivo exigia uma determinada conformação das relações, um fato; um estado de fato impediu ou perturbou esta conformação, o titular do direito subjetivo inerente à situação determinada pelo direito objetivo exerce as razões e as ações que lhe são pertinentes: *é natural que o efeito seja a eliminação integral do fato, do estado de fato contrário ao direito.*

A retroatividade da repristinação do direito é conseqüência natural da situação de fato e de direito: a anulação não faz cessar, simplesmente, uma condição de coisas ilegal, mas produz a repristinação das recíprocas posições das partes de uma relação jurídica, como se o ato inválido jamais houvesse existido."

E o autor transcreve, a seguir, a decisão do Conselho de Estado italiano, de 13/5/1954:

"L'annullamento di un atto amministrativo per illeggitimità retroagisce al momento dell'emanazione dell'atto stesso, *e consequentemente non può accamparsi alcum diritto o pretesa giuridica fondata sull'atto annullato"* [98].

Longe iríamos em depoimentos idênticos, todos a consubstanciar a doutrina unânime dos tratadistas: *de um ato administrativo inválido nenhum direito pode advir ao destinatário*, porque o que é, desde a sua origem, desconforme e repugnante ao ordenamento jurídico, não pode criar direitos, por não merecer a proteção do mesmo ordenamento. E em abono dessa assertiva podem ser lembrado Marienoff, [99] Cianflene, [100] Santi Romano, [101] Zanobini, [102] CinoVitta, [103] Landi-Potenza, [104] Fiorini, [105] Oviedo, [106] Saravia, [107] Waline, [108] Delbe, [109] Sayaguês Laso, [110] Serra Rojas [111] — enfim, a torrente dos modernos administrativistas, como o sabem, aliás, todos os estudiosos do direito administrativo, e ainda recentemente Pietro Virga resumiu-a nestas poucas linhas:

"L'efficacia dei provvedimenti di annullamento retroagisce al momento della emanazione degli atti viziati, che essi eliminano. Di consequenza, *cadono tutti gli effetti, che l'atto abbia prodotto media tempore*, ad eccezione di quei fatti naturali, che si sono verificati e che non é possibile distruggere (factum infecti fieri nequit), [112] e igualmente incisivo se mostra Cino

98 V. *La Retroatività degli Atti Amministrativi*, 1963, p. 91-93.
99 V. *Tratodo de D. Administrativo*, 1966, vol. II, p. 549.
100 Loc. cit., p. 308.
101 V. *Corso*, vol. I, cit., p. 280.
102 Loc. cit., vol. I, p. 319 e segs.
103 Loc. cit., vol. I, p. 439.
104 Loc. cit., p. 255.
105 Loc. cit., vol. I, p. 382.
106 Loc. cit., vol. I, p. 306 e segs.
107 V. *La Licitación Pública en los Contratos Administrativos*. In: *Boletim da Faculd. de Direito e C. Sociais*. Córdoba, 1944, vol. I, p. 363 e segs.
108 Loc. cit., p. 435-436 e *Le Retrait des Actes Administratifs*.
109 V. *La Revogation des Actes Administratifs*, 1928, p. 29 e segs.
110 Loc. cit., vol. I, p. 520.
111 V. *Derecho Administrativo*, México, 1965, p. 348.
112 V. *Il Provvedimento Amministrativo*, 1968, p. 482.

Vitta, ao acrescentar que *frente à anulação, que remove todos os efeitos do ato anulado* ex-tunc, *não subsistem direitos adquiridos*:

"Quando alle conseguenza, *l'annullamento remuove tutti gli effetti dell'atto anullato* ex-tunc, cioè ha efficacia retroativa, salvi gli effeti irremediabilmente consunti; dinanzi ad esso *non sussitano diritti quaesiti*". [112-a]

De transcrever-se, finalmente, a judiciosa observação de Fiorini, a nos informar, outrossim, que outra não é igualmente, a orientação da Suprema Côrte Argentina:

"La labor jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre esta cuestión ha sido construtiva, si bien puede criticarsele cierta deficiencia terminológica proveniente del campo privatista. El princípio de la *imprescriptibilidad se extiende a muchos actos donde la invalidez de mantiene continua y en forma viva que imposibilitan la creación de un derecho sobre lo que es su negación misma.*

Esta regla maxima crea la *imprescriptibilidad de la invalidez de aquellos actos que se encuentram incapacitados para producir un derecho subjetivo particular porque hay algo superior que la impide y repudía: el bien comum*" [112-b].

Neste sentido manifestam-se também, em sua unanimidade, os publicistas pátrios, podendo-se mencionar, dentre êles, Seabra Fagundes, [113] Castro Nunes, [114] Guimarães Menegale, [115] Themístocles Cavalcanti, [116] Caio Tácito, [117] Medeiros Silva, [118] Manoel Ribeiro, [119] Heli Lopes Meirelles, [120] José Frederico Marques, [121] Vicente Rao, [122] e Sampaio Dória. [122-a]

Assim, para o eminente Seabra Fagundes:

"O anulamento, incidindo sôbre atos eivados de vícios de formação, isto é, sôbre atos que nasceram ferindo o direito positivo, *não tem diante de si a consideração da existência de direitos subjetivos pois os atos contrários à Constituição e às leis não os podem gerar*". [123]

E no excelente estudo *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo* já advertia:

"Em se tratando de anulamento, a situação se oferece diferente. É que êste (o ato administrativo) tendo origem em vícios na formação do ato, ou seja, na sua inconformidade com a lei, importa em afirmá-lo ilegal, e, por isso mesmo, sem vida jurídica.

Ora, sendo assim, há de concluir-se pela impossibilidade de gerar efeitos, pois o que é nulo é juridicamente inoperante. A pronunciação da nulidade opera ex tunc; *se o ato, desde a sua*

112-a Loc. cit., vol. I, p. 439.
112-b Loc. cit., vol. I, p. 381-382.
113 V. *Revogação e Anulamento dos Atos Administrativos. In: Rev. D. Adm.*, vol. II, fasc. II, p. 483 e III, p. 1 e segs.; Parecer, na mesma revista, vol. 37, p. 436 e ainda *O Contrôle*, cit., p. 63 e segs.
114 V. *Rev. Dto. Administrativo* (Parecer), vol. 37, p. 436 e segs.
115 V. *Direito Administrativo*, 1938, vol. I, p. 103.
116 Loc. cit., vol. I, p. 103; vol. II, p. 334-335.
117 V. *Pareceres* na *Rev. Dto. Administrativo*, vols. 37, p. 1 e segs. e 49, p. 467 e segs.
118 V. *Pareceres*, na Rev. citada, vols. 49, p. 493 e segs. e 65, p. 356 e segs.
119 V. *Dreito Administrativo Brasileiro*, 1964, vol. I, p. 230.
120 V. *Direito Administrativo Brasileiro*, 1966, p. 216
121 V. *A Revogação dos Atos Administrativos.* In: *Rev. Dto. Administrativo*, vol. 39, p. 16 e segs.
122 V. *Parecer*, na citada Revista, vol. 37, p. 447 e segs.
122-a V. *Rev. Dto. Administrativo*, vol. 51, p. 280-281.
123 Loc. cit.

origem, carece de validez, não pode ter gerado direito para ninguém". [124]

Aliás, essa é a jurisprudência assente e pacífica do Supremo Tribunal Federal, que já em 1918, pela voz do insigne Pedro Lessa, afirmava que *"dos atos ilegais nenhum direito pode emanar para as pessoas em benefício das quais foi realizado o ato ilegal"*; [125] *que "atos ilegais não podem geral direitos subjetivos"*; [126] que é facultado à Administração revogar os seus próprios atos, quando praticados com infração da lei, pois só na hipótese de ter sido esta obedecida é que dêles poderia ter nascido um direito público subjetivo"; [127] que *"nem há que falar-se em ofensa a "direitos adquiridos", pois êstes, como é evidente, não podem derivar de atos administrativos nulos"*; [128] que *"não há direito adquirido contra a lei"*; [129] *que "a anulação opera* ex tunc *e "do ato nulo, em regra, não nasce direito"*; [130] que *"não há como tirar conseqüências legais de atos ilegais"*, [131] doutrina reiterada em numeros outros acórdãos, tanto do mesmo Supremo Tribunal Federal como no Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal de Justiça de São Paulo e de outros tribunais do pas. [132]

Fora de dúvida, portanto, que da pré-qualificação do *Consórcio Metronors*, do qual faz parte a Hochtief — aliás como sua representante legal — inquinada do vício de nulidade insanável, como já se verificou, nenhum direito lhe poderia advir, a prosseguir participando da concorrência, convindo relembrar, aqui, a enérgica lição do saudoso prof. Sampaio Dória, a justificar plenamente a decisão anulatória sob consulta:

"Não há lei, nem princípio de direito, que vede à Administração pública revogar, por autoridade própria, seus próprios atos, quando os venha a ter por nulos de pleno direito. Quem erra, está no dever e na razão das causas emendar seus próprios erros. Só serviria para perpetuar a *ilegalidade* verse a Administração tolhida em declarar sem efeito atos seus ilegais, dos quais, por serem ilegais, não poderiam emanar direitos inidividuais". [132-a]

Item n.º VI — Seria possível, na hipótese sob consulta, cogitar-se de uma preclusão em favor da Hochtief e suas consorciadas, no sentido de haver-se tornado definitivo, irrevogável e intocável, como se pretende, o ato de sua pré-qualificação, impedindo-se assim o reexame de sua legitimidade e a conseqüente decretação de sua nulidade?

Ainda aqui respondemos negativamente:

— Não há que cogitar-se, no caso, de qualquer preclusão em favor da Hochtief e suas consorciadas, no sentido de haver-se tornando definitivo e irrevogável o ato de sua pré-qualificação, e, muito menos, de impedir-lhe o reexame e a decretação de sua evidente nulidade, como se passa a demonstrar.

20. A indagação da consulente, a propósito da *preclusão*, prende-se, evidentemente, aos argumentos de que

124 V. *Revista de Direito Administrativo*, vol. III, p. 7.
125 V. *Diário Oficial*, de 5/6/1919, p. 7.654.
126 *Revista de Direito Administrativo*, vol. 58, p. 59.
127 Rev. cit., vol. 51, p. 277-281, vol. 48, p. 130-132.
128 Rev. cit., vol. 59, p. 356.
129 Ibid, vol. 38, p. 259-260.
130 Ibid, vol. 79, p. 226.
131 Ibid, vol. 51, p. 276.
132 V. *Revista de Direito Administrativo*, vols. 26/95, 371 e 35/166, 37/274, 47/73, 48/136, 259, 302, 49/467, 41/239, 48/130, 48/302, 46/151, 52/240, 54/360, 55/99, 62/169, 67/218, 76/223, 79/227, 80/190, 80/169, 87/203.
132-a *Rev. Direito Administrativo*, vol. 51, p. 280.

lançam mão, a Hochtief e suas consorciadas, na petição do mandado de segurança impetrado (doc. n.º 15), onde se mencionam passagens de um parecer do eminente ministro Ruben Rosa e do Tratado de Direito Administrativo do prof. Guimarães Menegale, das quais se extraem argumentos que se resumem afinal ao seguinte, conforme se pode verificar da cópia da mencionada peça:

a) teria sido seródia a impugnação apresentada pelos demais concorrentes, pois já se achava *superada e preclusa* a fase da pré-qualificação;

b) na licitação, cada etapa possui vida própria e prefixada, mas a que lhe é sucessiva sòmente tem atuação com o têrmo da anterior, tudo a caracterizar a *preclusão de cada um dos episódios dessa série*, e, uma vez pronunciada a decisão favorável ou desfavorável ao candidato, *preclui* a fase da habilitação, insusceptível de ser reaberta por impulso administrativo, consoante regra da *irrevogabilidade;*

c) indubitável se apresentaria, assim, a natureza imutável, inquebrantável e irrevogável da pré-qualificação do Consórcio Metronors, representado pela Hochtief, a qual sòmente poderia ser objeto de reexame por fato superveniente, nunca em virtude de fato anteriormente examinado, ainda que implìcitamente;

d) finalmente, que dessa pré-qualificação teria resultado, para o Consórcio referido, direito adquirido, *líquido e certo à pré-qualificação.*

Como se vê, a vingar a argumentação da Hochtief e suas consorciadas, a alegada *preclusão* da fase de pré-qualificação, significaria:

1.º) ter ocorrido um encerramento definitivo da fase da pré-qualificação, a qual, no seu entender, *teria sido reaberta* pela Companhia do Metropolitano, a fim de possibilitar sua exclusão, ora impugnada;

2.º) que à vista dessa preclusão, *não caberia mais, aos outros candidatos, impugnar* a sua pré-qualificação, que teria assumido a natureza de ato administrativo *"imutável", inquebrantável* e *irrevogável"*, para usarmos a sua própria adjetivação, insusceptível, assim, de reexame, salvo por fatos supervenientes.

Ora, é de todo inexato, face aos documentos anexos à consulta, afirmar-se que a fase da pré-qualificação houvesse sido *reaberta* pela Companhia do Metropolitano, a fim de propiciar-se a desqualificação da Hochtief e demais consorciadas, como também constitui grave equívoco concluir-se que a preclusão da referida fase, a ter-se realmente concretizado, pudesse ter por efeito acarretar a *irrevogabilidade*, a *imutabilidade* e a *inquebrantabilidade* de todos os atos administrativos que nela se consumaram, mesmo os viciados de nulidade, como passamos a demonstrar.

21. Segundo Pontes de Miranda, "Preclui o que deixa de estar incluído no mundo jurídico. *Preclusão* é extinção de efeito. Prescrição é o encobrimento de eficácia, não extinção dela. Tem sido dado largo uso à expressão *decadência* para se nomear prazo de preclusão. O *términus técnicus* é prazo preclusivo. No Código Civil, art. 178, incluíram-se vários prazos preclusivos, nos tempos de prescrição, de que são exemplos os do mesmo artigo, §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, I, 5.º, IV, 9.º e 10, VIII". [133]

Refere Epaminondas Pontes, citando Stefano Riccio, que a preclusão é instituto indispensável no processo, conceituado como relação processual, em que as partes têm direitos e encargos, assentando o processo, atualmente, no *princípio da preclusão*, o que não sucedia no regime do Código de Processo Civil Italiano de 1865, quando o princípio da liberdade permitia às partes praticarem os atos processuais quando lhes aprouvesse, embora fôsse previsto

133 V. *Tratado de Direito Privado*, vol. VI, p. 147.

um ou outro caso de preclusão, a qual se destinava a assegurar a rapidez do processo e a boa fé das partes.

A preclusão apresenta-se, assim, segundo Riccio, como medida característica do processo, definindo-se como um fato processual impeditivo, que importa a perda ou a privação de uma faculdade ou de um direito pelo não exercício, ou pela existência de um obstáculo jurídico, e é nesta ordem de idéias que Manzini inclui a coisa julgada como a máxima preclusão e, para Carnelutti, "a decisão preclui a solução das questões já decididas quanto ao fato relativamente ao qual fôr decidida", donde afirmar Riccio que a *preclusão é um instituto exclusivamente processual.*

Para o mesmo Pontes, a *preclusão é o fenômeno pelo qual, decorrido certo prazo, certo ato fica impedido de realizar-se para sempre,* sendo êsse impedimento de realização no futuro a característica da preclusão. A decadência extingue o direito, e a *preclusão* impede que êle ressurja, como uma *perene irreversibilidade.*

Finalmente, segundo Chiovenda, a preclusão consiste em que *"após a realização de determinados fatos, ou em seguida à decorrência de certos prazos, é precluído* à parte o direito de levar a efeito outros atos processuais determinados, ou, em geral, atos processuais. [134]

Como se vê, a essência da preclusão reside no obstáculo ou impossibilidade, que cria, ao exercício de certos atos, atividades ou finalidades, geralmente representados por atos ou recursos processuais, mas como mostra Pontes de Miranda, aplica-se igualmente a certos direitos, e daí o largo uso da expressão decadência para designá-la; mas como bem salienta Alves Barbosa, "trata-se de *um instituto especificamente processual, incidindo apenas sôbre a vida processual, garantindo-lhe o curso e o resultado e produzindo, portanto, efeitos de natureza processual".* [135]

Mas admitindo-se possa o instituto aplicar-se também no direito administrativo — e não vemos como recusar-se tal aplicação, desde que, evidentemente, cercada de muitas cautelas, para proteção não apenas do interêsse público, mas também dos próprios direitos dos administrados, e mesmo aceitando-se a possibilidade de sua ocorrência nas várias fases da concorrência pública, como o fazem Ruben Rosa, Guimarães Menegale e outros, viria ela, nesta emergência, em socorro da Hochtief e suas consorciadas, como ora se pretende?

A resposta a nosso ver, sòmente pode ser negativa, nem se requerendo nenhum esfôrço excepcional de dialética jurídica para alcançar-se, fàcilmente, tal conclusão.

Observe-se, em primeiro lugar, que dada a sua íntima relação com a *decadência,* como bem assinala Pontes de Miranda, e importando na *perda de direitos,* pretensões, ações ou exceções, como assinala o mesmo autor, e equivalendo à *"temporalidade* do que preclui", [136] a preclusão sòmente será de admitir-se quando a lei fixe, expressamente, *prazos fatais* ao exercício do mesmo direito, faculdade ou ação, ou *inequìvocamente, estabeleça a exigência da prática de certo ato, do qual se possa inferi-la,* pois fácil é de avaliar-se a insegurança que toldaria a existência mesma das relações jurídicas e do exercício dos direitos se a preclusão pudesse fàcilmente ser argüida e admitida por meros raciocínios dedutivos, ou simples suposições interpretativas.

Quando o mesmo Pontes de Miranda, com a sua imensa autoridade, assinala que o *términus técnicus* para designá-la é *prazo preclusivo,* está cla-

134 V. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro,* vol. 38, p. 335 e segs.
135 V. *Preclusão e Coisa Julgada, Revista dos Tribunais,* vol. 365, p. 23.
136 Loc. cit., p. 147.

ramente a significar que, em regra — como aliás sucede no Código Civil e nas leis processuais — a preclusão resulta de não se haver praticado o ato, ou exercido a faculdade, dentro de *um determinado prazo*, como também a *decadência* se deduz em regra da não-observância ou utilização de um prazo. Daí, no direito germânico, achar-se consagrada as expressões *Preklusivfrist* ou *Aussechlussfrist*, isto é, prazo de *preclusão* ou *prazo de exclusão*,[137] definindo-a, exatamente, o prof. Wolff, como instituto processual, em virtude do qual *"uma pretensão não pode mais se tornar efetiva, num processo formal, após decurso de um prazo expressamente fixado em lei". Ou, no original*:

"Verfahrensrechtlich bedingt (Ausschlussfrist): ein Anspruch kann nach Ablauf einer gesetzlich auscrücklich bestimmten Frist nicht mehr in einem förmlichen Verfahren geltend gemacht werden".[138]

23. Ora, nestas condições, se no caso sob consulta a preclusão corresponderia a uma *decadência*, para os demais candidatos à concorrência, êsse efeito sòmente poderia dar-se relativamente ao seu *direito de impugnar uma pré-qualificação que se lhes afigurava* — e já se viu que com inteira procedência — *ilegal e lesiva do interêsse público, além de ofensiva também do seu legítimo interêsse na adjudicação final do contrato.*

O único prazo fixado em lei para tal impugnação seria, no caso, o estabelecido no art. 741, do Código de Contabilidade da União (dec. legislativo número 4.536, de 28/1/1922), em cuja conformidade

"Em tôdas as concorrências públicas ou administrativas a questão da *idoneidade dos proponentes* será examinada e julgada *prèviamente, antes de abertas as propostas. As propostas, cujos autores não tiverem sido considerados idôneos, não serão abertas"*, isto é, o fixado pelo momento da *abertura das propostas.*

Ora, como se verifica perfeitamente da documentação inclusa (docs. 11, 12, 13, 14 e 15) *tanto a apresentação da impugnação dos demais concorrentes*, como a conseqüente *exclusão da* Hochtief, por ato da nova Diretoria da Companhia do Metropolitano, ocorreram *antes da abertura das propostas*, isto é, dos envelopes ns. 2 e 3, que continham, respectivamente, as condições do financiamento e os custos das obras.

Bastaria, para comprová-lo, o histórico do caso, constante, exatamente, da própria representação dirigida pelo Consórcio Metronors à Diretoria do Metropolitano, aos 6 de agôsto de 1969, onde se lê:

"7. Nos dias previstos para a apresentação das propostas, a Companhia do Metropolitano de São Paulo — *Metrô* procedeu ao recebimento das mesmas, efetuando *na ocasião apenas a abertura dos primeiros envelopes*, que continham a documentação e lacrando os demais *envelopes*, com o testemunho dos presentes, tendo sido então lavrada a ata dos trabalhos realizados.

"8. Na sessão do dia 30 de julho último, a Diretoria da Companhia do *Metrô* marcou, para o período das 8 às 17 horas do dia 31, *o exame que cada concorrente poderia fazer na documentação dos demais concorrentes ao trecho 5, apresentando então as impugnações que julgasse cabíveis.*

"9. Na sessão de 1.º de agôsto, procedendo de igual forma, foram marcados os períodos da manhã dos dias 2 e 4 de agôsto para o *exame da documentação dos concorrentes ao trecho 4 e apresentação das impugnações"*.

Determinou-se, em ambas as sessões,

137 V. TUREGG-KRAUS. *Lehrbuch des Verwaltungsrecths*, 1962, p. 98; WOLFF, loc. cit., vol. I, p. 194.

138 Loc. cit., p. 194.

a data de 4 de agôsto, às 14 horas, para a abertura dos envelopes ns. 2 e 3 dos concorrentes aos trechos 5 e 4 (doc. n.º 14).

Ora, nessa sessão de *4 de agôsto, antes da abertura dos envelopes ns. 2 e 3*, que encerravam as condições substanciais da concorrência — financiamento e custos das obras — é que a Diretoria deveria dar conhecimento, aos concorrentes, do *julgamento não só do contido no envelope n.º 1, como das impugnações recíprocas dos candidatos, e do resultado dêsses julgamentos.*

E foi isso exatamente o que se deu, como se verifica da simples leitura da Ata da reunião da Diretoria do Metropolitano, realizada no dia 4 de agôsto, que temos em mãos (doc. n.º 11):

"Às quatorze horas do dia *quatro de agôsto* de hum mil, novecentos e sessenta e nove, no oitavo andar do prédio situado à rua Florêncio de Abreu, número oitenta e quatro, horário e local prèviamente determinados, conforme consta das Atas números quarenta e quarenta e hum, reuniu-se a Diretoria da Companhia do Metrô para, na presença dos representantes dos Consórcios concorrentes, proceder a *abertura dos envelopes de números dois e três das propostas* para as concorrências para execução das obras civis dos trechos números cinco e quatro da linha Norte-Sul do Metrô. Iniciando a sessão o Senhor Presidente declarou que *foi efetuado o exame da documentação dos envelopes de números hum* dos Consórcios concorrentes à execução das obras civis do trecho número cinco da linha Norte-Sul do metrô e que o *resultado dêste exame passará a ser* lido pelo Senhor Diretor Superintendente da Companhia do Metrô. O Senhor Diretor Superintendente fêz uso da palavra e declarou que a Diretoria da Companhia do Metropolitana de São Paulo — Metrô, *resolveu eliminar*: 1.º Consórcio Azevedo & Travassos - Badra - Beter - CCA - Raymond por: a) falta de submissão da Emprêsa Raymond International Incorporation às exigências do Edital; b) falta de certidão negativa do impôsto de renda da firma Construtora Beter S. A.. 2.º Consórcio Ortema por: a) as emprêsas estrangeiras Lewis And Peat Ltd. e Sir Robert MacAlpine and Sons Ltd. não terem responsabilidade integral no Consórcio; b) falta de certidão negativa do impôsto de renda da firma Construtora Rabello S. A.. 3.º *Consórcio Metronors à vista da representação efetuada por concorrentes, de que a firma Hochtief — Aktiengesellschaft für Hoch — und Tiefbauten vorm. Gebr. Helfmann, desfrutou de privilégios na elaboração da proposta, uma vez que ela é a principal emprêsa do Consórcio projetista do Metrô.* O Senhor Presidente declarou, a seguir, que a firma Companhia Construtora Centenária teve seu nome omitido por engano da carta-convite de dezenove de junho de hum mil, novecentos e sessenta e nove, mas que a referida firma está apta a integrar o Consórcio Metronors.

24. Como se vê, a impugnação dos demais concorrentes à pré-qualificação do *Consórcio Metronors* foi apresentada em *tempo hábil*, isto é, *dentro do prazo* para tal fim assinado a *todos os concorrentes*, pela Diretoria do Metropolitano, e essa impugnação *foi julgada procedente antes da abertura dos envelopes ns. 2 e 3, tendo-se comunicado êsse julgamento aos interessados, inclusive ao Consórcio excluído, também antes da abertura dos mesmos envelopes 2 e 3*, tudo portanto na mais completa e perfeita consonância com o artigo 741 do Código de Contabilidade da União, já transcrito e em cuja conformidade *"a questão da idoneidade dos proponentes será examinada e julgada prèviamente, antes da abertura das propostas"*.

Dir-se-á que, no caso, não se tratava de *idoneidade*, a entender-se esta no *sentido estrito* de idoneidade moral e financeira genérica, ou de capacidade profissional, mas a *idoneidade* a que se refere o dispositivo legal, *abrange*,

necessàriamente, também qualquer incompatibilidade, nos casos concretos, entre a situação especial em que acaso se encontre o proponente e as condições a serem exigidas para a celebração do contrato e a perfeita execução dêste, ou, de um modo geral, entre aquela situação especial e os interêsses públicos e a moralidade administrativa, tal como já se demonstrou.

E absurdo seria que se admitisse impugnações por motivos de inidoneidade profissional, financeira e moral, e lícito não fôsse aos impugnantes apontar incompatibilidades essenciais entre a situação especial de alguns dos proponentes e aquêles superiores interêsses do serviço público e da coletividade.

Aliás, no conhecido e rumoroso caso da loteria federal, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade da impugnação dirigida por meio de representação ao Presidente da República, *depois, mesmo, de julgada a concorrência, classificados os concorrentes e proclamado o resultado da mesma* para efeito de mandar-se adjudicar o contrato ao segundo colocado, por motivo de inidoneidade moral e financeira do primeiro classificado — o que, efetivamente se fêz, com o beneplácito daquele altíssimo Tribunal, [139] não obstante o erudito parecer em contrário de Seabra Fagundes, no qual um dos argumentos invocados era, justamente, o da preclusão do direito de recorrer, uma vez *julgada a concorrência.* [140]

Caberia relembrar, aqui, aquelas excelentes considerações de Forsthoff, já transcritas (n.º 13 supra), no sentido de que os atos administrativos, como criação *finalística*, não devem ser entendidos ou aplicados por meio de uma lógica abstrata, mas tendo-se em vista as necessidades práticas, impostas pelas circunstâncias, e por aquela "lógica imanente do ordenamento jurídico", os princípios morais e as leis naturais, especialmente em se tratando dos vícios que os inquinem, o que bem revela o acêrto do voto do ministro Nelson Hungria, quando salientava, no julgamento daquele caso:

"Não era admissível que, por um estranho critério formalístico, a *aparência* sobrelevasse o *fundo*, de tal modo que o laudo da comissão, ainda que eivado de êrro substancial, se impusesse ao *placet* da Administração pública". [141]

25. Ainda que, face aos elementos expostos, se pudesse admitir, por absurdo, a pretendida ocorrência de preclusão, em favor da pretensão da Hochtief e suas associadas, mesmo em tal hipótese não seria de admitir-se, por efeito da mesma, a decadência do direito que à nova Diretoria do Metropolitano indubitàvelmente assistia (n.os e segs., supra), de anular o ato da pré-qualificação daquelas firmas, excluindo-as da concorrência, uma vez verificado que o referido ato se apresentava eivado de nulidade substancial e insanável (cfr. n.os e segs .supra).

É que, como também reconhecem os tratadistas, o *vício de nulidade dos atos administrativos é imprescritível, vale dizer, insusceptível de convalidação pelo decurso do tempo, cabendo portanto, à Administração revogar a qualquer época o ato ilegítimo, sem que a essa faculdade se possa opor qualquer decadência ou preclusão* — salvo, evidentemente, naqueles casos excepcionais em que a lei expressamente fixe prazo à anulação, sob pena de convalidação do ato, o que, além de mui raro, sòmente pode suceder naqueles casos de nulidades relativas, de nenhuma relevância de alcance para o interêsse público.

Já vimos, nessa ordem de idéias, que segundo Lentini, "o ato pode portanto ser revogado, quando se demonstre sua

139 V. *Revista de D. Administrativo*, vol. 35, p. 274 e segs.
140 Loc. cit., vol. 34, p. 398 e segs.
141 Ibid, p. 278.

inexistência ou *nulidade*, a *qualquer tempo*, sem que se possa falar em direitos adquiridos"; [142] para Sandulli, *a anulação pelo próprio órgão prolator do ato, não se acha sujeito a prazo*, a não ser que haja decorrido um tal período de tempo que o interêsse público aconselhe sua convalescência; [143] para Cammeo, *"os vícios de invalidez não encontram limite nem de direitos adquiridos, nem limites de tempo*, desde que o motivo seja um interêsse público"; [144] Fragola salienta que o próprio art. 6.º da Lei comunal e provincial de 1934 dispõe que o Govêrno tem a faculdade de anular a qualquer tempo, de ofício ou mediante denúncia, os atos eivados de violação de lei, incompetência ou excesso de poder; [145] Landi-Potenza assinalam que o poder geral de anulação tem caráter autônomo e *não encontra limites temporais;* [145-a] para Tivaroni, igualmente, o decurso do tempo, sem que o recurso haja sido apresentado, produz a decadência da faculdade de recorrer aos órgãos juridicionais da autoridade administrativa, mas acrescenta, invocando De Valles, *não produz qualquer efeito sôbre o valor do ato administrativo inválido*, acrescentando:

"Non è invece generalmente sottoposto ad *alcum termine l'esercizio della facoltà di annullamento dell'organo che ha emanato l'atto viziato*, o di un organo superiore". [146]

Realmente, após assinalar a existência de vários prazos para interposição de recurso perante o Conselho de Estado, a Junta Provincial Administrativa ou o rei, observava De Valles:

"Non è, invece, generalmente sottoposto ad alcum termine l'esercizio della potestà di annullamento da parte dell'organo che ha emanato l'atto viziato, o di un organo superiore", [147] e acentuava, a seguir, o *caráter perpétuo* da exceção de nulidade, pois o princípio *temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum* não parece específico ao direito privado, mas aplicável a todos os ramos do direito" concluindo: *"Il privato convento ha in ogni tempo in facoltà di opporre*, come eccezione, *la nullità dell'atto amministrativo*, sul quale l'autorità pùbblica voglia basare la sua pretensa", [148] e Cino Vitta igualmente salienta que "a autoridade pública pode proceder *ex officio* à anulação do ato ilegítimo a *qualquer momento*", invocando nesse sentido ainda a autoridade de Romanelli, Codacci Pisanelli e Giacobelli; [149] Marienhoff cita, a propósito, várias decisões da Suprema Côrte Argentina, tôdas nesse sentido, de que *"o tempo não pode transformar o imoral em moral, o ilícito em lícito, o informal em formal, e sempre o ato conservará o vício original"* e ainda que "a vulneração da regra moral produz nulidade absoluta, pelo que, inclusive, é *insuscepitivel* de *prescrição;* [150] para Fiorini "o ato inválido de nulidade absoluta é *imprescritível, inconfirmável* e com efeitos retroativos desde a data de seu nascimento, [151] e nesse mesmo sentido também a lição de Pietro Virga:

142 Loc. cit., vol. I, p. 214.
143 Loc. cit., p. 342.
144 Loc. cit., p. 656.
145 Loc. cit., p. 151.
145-a Loc. cit., p. 271.
146 Loc. cit., p. 101.
147 Loc. cit., p. 437-438.
148 Loc. cit., p. 439.
149 Loc. ct., vol. I, p. 437.
150 Loc. cit., vol. II, p. 545 e 549.
151 Loc. cit., vol. I, p. 378-151.

"Ciò non significa che il potere di annullamento incontri limiti nel decorso del tempo, giache esso non é soggetto a termine di decadenza ou di prescrizione; ciò non significa anche che tale potere trovi ostacolo nell'esistenza di pretesi diritti questi, giacchè nessna posizione *precostituita può fondarsi su un atto invàlido".* [152]

Daí mostrar Jèze que, mesmo se a lei fixar um prazo para recurso, por motivo de irregularidade do ato jurídico, a expiração dêsse prazo impede os interessados de agirem diretamente, mas não de fazerem valer a irregularidade de modo indireto, por ex., por via de exceção, pois, em outros têrmos, é preciso dizer que, em certa medida, "quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum", [153] sendo de notar-se que também no direito germânico os prazos de decadência ou de preclusão não convalidam atos eivados de nulidade, como nô-lo atestam, entre outros, Wolff e Rosen-Howell. [154]

Aliás, no caso sob consulta, o edital para a pré-qualificação que também lhe vem anexado (doc. n.º 13), expressamente estabelecia que a Companhia do Metropolitano "se reserva o direito de *cancelar* ou *anular*, total ou parcialmente, esta pré-qualificação, abrindo outra ou contratando a construção do *metrô* por novas concorrências, sem que advenha para o *concorrente direito a qualquer reclamação ou reivindicação*", o que bem revela, primeiro, que a Companhia se reservou justamente êsse direito de proceder a qualquer anulação, inclusive de tôdas as pré-qualificações, e *segundo*, que da pré qualificação não resultava qualquer direito aos concorrentes, mas simples *expectativa*, sujeita a desaparecer por ato discricionário da Companhia do Metropolitano.

Como se vê, ainda que a anulação da pré-qualificação da Hochtief e suas consorciadas não houvesse sido provocada por regular e tempestiva impugnação dos demais concorrentes, prescrita no art. 741, § 1.º do Código de Contabilidade da União, isto é, com estrita e plena observância do prazo aberto no curso do processo a todos os candidatos, para tal fim, ficava sempre à Companhia do Metropolitano um direito autônomo e imprescritível, de proceder, de ofício, à anulação em causa, independentemente portanto da interposição eventual de qualquer recurso, e não obstante o decurso de qualquer período de tempo, *por fôrça da imprescriptibilidade dos vícios de que padecia, desde a sua origem, o ato anulado.*

Não há, portanto, que cogitar-se de uma pretensa *preclusão*, que pudesse prejudicar seja a impugnação dos concorrentes, tal como se efetivou, seja o iniludível e irrecusável direito que assistia à Companhia do Metropolitano de anular o ato ilegítimo da pré-qualificação do Consórcio Metronors, nas condições e pelos motivos em que foi levada a efeito. E muito menos ainda, pelos fundamentos expostos, caberia cogitar-se também de qualquer direito subjetivo e adquirido do referido Consórcio, *intocável e definitivo* como se pretende, que jamais lhe poderia advir de uma pré-qualificação eivada dos graves vícios apontados.

É o que nos parece, s. m. j.

J. H. MEIRELLES TEIXEIRA, Advogado em São Paulo.

152 *Il Provvedimento Amministrativo*, 1968, p. 480.
153 V. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, 1925, vol. I, p. 89.
154 V. WOLFF. Loc. cit., p. 284; RONSEN-HOWELL. Loc. cit., p. 139.