

CONCORRÊNCIA PÚBLICA — ANULAÇÃO — INDENIZAÇÃO

— Anulada a concorrência sem base legal, cabe ao vencedor indenização de perdas e danos.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Departamento de Água e Esgôto de Araçatuba — DAEA e MECCO —
Melhoramentos, Engenharia Civil e Comércio Ltda. *versus* Os mesmos
Apelação cível n. 131.446 — Relator: Sr. Ministro
PINHEIRO FRANCO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n.º 181.446, da co-

marca de Araçatuba, em que são apelantes e reciprocamente apelados Departamento de Água e Esgôto de Araçatuba — DAEA e MECCO — Melho-

ramentos, Engenharia Civil e Comércio Ltda.: Acordam em Sexta Câmara do Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo no auto do processo; e, por maioria de votos, dar parcial provimento à apelação da autora, a fim de condenar a ré a pagar-lhe a quantia de NCr\$ 12.130,50, ficando a cargo de cada uma das partes os honorários de seu advogado. Quanto à apelação do réu, é conseqüentemente julgada prejudicada.

1. A autora exibiu o seu contrato social, devidamente registrado na Junta Comercial. É, portanto, sociedade regular, com personalidade jurídica própria. Quanto ao mandato, outorgado a seus advogados, está nos documentos de fls. A citação do FISANE para integrar a lide, não tem o menor cabimento. O órgão competente da Administração descentralizada para realizar a concorrência em causa não é outro senão o Departamento de Água e Esgoto de Araçatuba, entidade autárquica, com personalidade jurídica de direito público: a autarquia é uma forma específica de capacidade de direito público, capacidade de reger por si os próprios interesses (Tito Prates, *Autarquias Administrativas*, 1935, p. 70). Se a concorrência foi determinada pela autarquia, é esta a pessoa com legitimidade passiva *ad causam* para responder pelas conseqüências do seu ato. O FISANE, aliás, não passa de órgão financiador, que não mantém relações jurídicas com aqueles que surgem como concorrentes. De acentuar, ainda, que o próprio FISANE sempre timbrou em afirmar, nos seus pareceres, que a decisão final, relativa à concorrência, caberia sempre ao DAEE. A citação da Prefeitura, pelo próprio fato da autonomia do Departamento, não tem razão de ser. Por fim, e quanto ao valor da causa, são aceitas integralmente as considerações da autora.

As razões do ilustre Relator sorteadas, quanto ao agravo, são também in-

corporadas ao acórdão, para os fins e efeitos de direito.

2. Com respeito ao mérito, a ação procede em parte.

Está bem provado nos autos que, abertas as propostas, a da autora foi considerada a melhor. A comissão julgadora, composta de técnicos engenheiros, examinou-as minuciosamente e alegou a da autora, pelos seguintes motivos: "O exame das propostas foi conduzido tanto na parte de composição de preços unitários, quanto na verificação da homogeneidade das condições inalienáveis, tais como os preços básicos de mão-de-obra, atualizados por recente decreto que fixa os novos níveis de salário-mínimo na região, e a percentagem uniforme do L.S.F. (encargos trabalhistas etc). Após exame minucioso, foi verificado que as propostas das firmas Civilia e Lácio basearam seus preços unitários no valor da mão-de-obra não atualizada, tendo o L.S.F. como base 80%. A firma MECCO baseou seus preços unitários no valor atualizado da mão-de-obra, tendo a base do "L.S.F. em 100%. Os valores absolutos das diferentes alternativas das propostas em exame apresentaram enganos de cálculo ou de transcrição datilográfica" (v. fls.).

Este parecer, que ao depois abundou em elogios à honestidade, experiência e cultura técnica especializada dos engenheiros da autora, foi integralmente aceito pelo Conselho Administrativo do DAEE, que adjudicou o objeto da concorrência ao proponente vencedor (fls.).

É verdade que o edital previu a homologação do resultado da concorrência pelo FISANE. Mas, este órgão, em todas as oportunidades que se manifestou, timbrou em salientar que a escolha da solução final cabia ao DAEE (v. a propósito, fls.).

Ora, adjudicado o objeto da concorrência à autora, competia ao prejudicado recorrer da decisão. Mas, recorrer a quem? Evidentemente ao órgão que a proferiu e que poderia modifi-

cá-la, conforme fôsem as razões apresentadas. Mas, o recurso da Civilia, não foi sequer objeto de consideração por parte do DAEA, que o encaminhou ao FISANE (v. fls., letra e, e fls., letra k), sem dar oportunidade à autora de impugná-lo. A irregularidade é manifestada, seja porque o recurso deve ser dirigido à autoridade de quem emanou o ato prejudicial, e por ela decidido, seja porque não foi dado à autora impugná-lo, seja finalmente porque o FISANE nunca foi instância administrativa superior, senão mero órgão financiador, e que, por isso mesmo, jamais pretendeu ser o árbitro final da concorrência.

De acentuar que o próprio FISANE vislumbrou a irregularidade ao advertir que o recurso deveria ter sido objeto de apreciação prévia por parte da comissão julgadora" (fls.), acabando por recomendar "uma consulta aos licitantes", relativa, naturalmente, às dúvidas decorrentes das divergências quanto aos encargos trabalhistas e aumento do salário-mínimo.

Segue-se daí que a anulação do ato adjudicatório, baseada no parecer de fls., foi um ato irregular, porque o parecer se louvou num recurso inócuo, porque processado sem oportunidade de impugnação, sem audiência da comissão julgadora, instituída de acôrdo com a cláusula XX do edital de concorrência. e sem prévia solução pela autoridade competente, que praticamente aceitou o fato consumado da manifestação do FISANE, órgão que lhe não era hierárquicamente superior (leia-se mais uma vez a declaração da ré de que o recurso não foi sequer por ela apreciado: fls., letra k, e fls., letra e).

Acresce, ainda, o seguinte. A comissão julgadora entendeu que a proposta da autora era a melhor, por motivos sérios e assim exposto a fls.: "O exame das propostas foi conduzido tanto na parte de composição de preços unitários, quanto na verificação da homogeneidade das condições inalienáveis, tais como os preços básicos de mão-de-

obra, atualizados por recente decreto que fixa os novos níveis de salário-mínimo na região e a percentagem uniforme do L.S.F. (encargos trabalhistas, etc.). Após exame minucioso, foi verificado que as propostas das firmas Civilia e Lácio basearam seus preços unitários no valor da mão-de-obra não atualizada, tendo o L.S.F. como base 80%. A firma MECCO baseou seus preços unitários no valor atualizado da mão-de-obra, tendo a base do L.S.F. em 100%. Os valores absolutos das diferentes alternativas das propostas em exame apresentaram enganos de cálculo ou de transcrição datilográfica" (V. fls.).

O parecer foi emitido por engenheiros, nomeados pelo DAEA, constituídos em comissão precisamente para apreciar as propostas apresentadas. E se o recurso foi um ataque direto a esse parecer, minuciosamente estudado por técnicos de alto gabarito moral e profissional, como se explica que a esses técnicos não tenha sido dada oportunidade de mantê-lo ou modificá-lo? Segue-se daí que o parecer continua incólume, não foi retratado, e a anulação do ato adjudicatório está vazia de substância. Esse absurdo de não ser ouvida a comissão foi acentuado pelo parecer do FISANE, ao advertir, em trecho já transcrito, que o recurso "deveria ter sido objeto de apreciação prévia por parte da comissão julgadora". E quem, senão ela, podia mostrar o acêrto ou os vícios da argumentação unilateral da Civilia, e sem contraste, aceita pelo DAE de Araçatuba?

E é de suma relevância notar que o parecer do FISANE foi meramente jurídico e não conflitou com o parecer da comissão julgadora, constituída de especialistas na matéria da concorrência. Leiam-se os períodos, em que o parecer enfrentou a questão: "Cabe aqui ponderar, *data venia*, em desfavor da destinação dada às conclusões a que chegou através da análise formulada com base em percentuais adotados a valores da composição dos pre-

ços unitários, que concluiu por contratação da obra a preço mais elevado que a citada composição, em verdade destina-se a conhecimento mais detanhado do preço proposto e a possíveis e futuras alterações contratuais, como previsto e admitido no edital, citando-se, de passagem, o mencionado na condição n.º VI do edital. Admitimos que a comissão julgadora assim procedeu levada pelo mais alto espírito de defesa dos interesses da Municipalidade e de zelo maior quanto aos trabalhos que lhe foram atribuídos. Observa-se, contudo, num exame mais atento, que os resultados não traduzem nem expressam a realidade pretendida, já que a conduzi- am a propor adjudicação por preço superior ao menor oferecido" (fls.).

O trecho foi transcrito para demonstrar que o parecer não disse coisíssima alguma, passou por alto sobre os problemas de ordem técnica, os enganos de cálculo ou de transcrição datilográfica, a que se refere a comissão julgadora (fls.) e mesmo sobre o problema da atualização da mão-de-obra e dos encargos trabalhistas, de que a Comissão também cuidou. A confusão de espírito do seu prolator, a falta de conhecimento do assunto, se manifesta visível no desenvolvimento das oposições. E foi nesse parecer que assentou a decisão administrativa anulatória, proferida sem ouvir o prejudicado e, mais particularmente, a comissão instituída para precisamente permitir à autoridade administrativa uma escolha esclarecida. Em suma: o DAEA anulou a adjudicação feita à autora, contra o parecer da comissão julgadora e baseada num recurso que não apreciou, nem permitiu que o prejudicado ou a comissão julgadora apreciassem. A simples palavra da Civilia, manifestada no recurso, bastou para que se ignorasse o que se fez antes, dentro das normas estabelecidas no edital.

Segue-se do exposto que, havendo a autora vencido a concorrência, e em condições absolutamente regulares, não podia a ré voltar atrás na sua decisão,

sem indenizar a vencedora em cujo favor já se estabelecera um direito subjetivo. É o que decorre da lição de Wailine: "*Lorsque l'adjudication est approuvée, le contrat est définitivement formé, et l'administration liée. Dès lors, l'entrepreneur a droit à ce que les travaux lui soient confiés, à l'exclusion de tout autre; mais l'administration peut encore renoncer complètement à l'exécution des travaux*" (*Droit Administratif*, 1946, p. 409). No caso presente, poder-se-ia acrescentar à execução da renúncia a anulação da concorrência, prevista no edital. Aqui, porém, não ocorreu nem a renúncia à execução dos trabalhos, nem a anulação da concorrência. De modo que a indenização é sempre devida.

Pondere-se, ainda, que o preço menor não basta para qualificar a proposta. Adverte Carlos S. Barros Jr. que a locução *mais barata* se deve traduzir por mais vantajosa. "A simples circunstância de preço mais barato, continua o ilustre administrativista, sem pô-lo em conexão com outros critérios relativos à qualidade do material ou mercadoria, prazo de entrega e realização, poderia ensejar até o estímulo a propostas des-criteriosas e desonestas" (*Revista de Direito Administrativo*, v. 80, p. 400). Ao propósito, não é demais transcrever a lição de Guimarães Menegale: "A administração é facultado preferir a proposta que, a seu arbítrio, se lhe afigure mais vantajosa... Da mesma forma, o critério exclusivo para o balanço das vantagens não é o do máximo das obrigações, a que o concorrente se propõe, ou de base dos preços ou tarifas que estabeleceu. Ao contrário, cumpre à Administração ponderar a exequibilidade das vantagens, a praticabilidade da proposta em si, sob a consideração, corrente nas transações comerciais, de se a aparente superioridade da oferta não dissimula a inferioridade do que se oferece. Esta observação de ordem prática abrange um ponto de ordem jurídica, a saber, a segurança da validade do contato, ameaçada, em tal hi-

pótese, pela má-fé da proposta, em condições comparáveis ao do vício redibitório, pois que, na realidade, a proposta conduz em si um defeito oculto. Tal é a advertência que se devem repetir as autoridades administrativas incumbidas de selecionar as propostas em concorrência pública, a fim de conservar a límpida juridicidade dos contratos e, simultaneamente, forrar o Estado, aos prejuízos de um negócio defeituoso ou equívoco (*Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 3. ed., Borsoi, p. 385).

A lição aplica-se ao caso dos autos.

A comissão julgadora mostrou que o menor preço da proposta da Civilia era mais aparente que real, porque não atualizada, quanto à mão-de-obra, pelo salário-mínimo vigente; e, com o acréscimo de 20% à parcela de Leis Sociais e Ferramentas, nada mais fez do que igualar as partes no que tange às obrigações derivadas dessas mesmas leis sociais. Corrigiu também enganos de cálculo ou de transcrição datilográfica (V. fls.). Podia a comissão assim proceder? Claro que sim, porque a cláusula VIII do edital, mandou computar as despesas com a execução dos serviços, e particularmente, para o que interessa ao deslinde da causa, a depreciação de máquinas e ferramentas, encargos trabalhistas, leis de férias, acidentes do trabalho, seguros de operários e todos os demais encargos de caráter social (v. fls.). De todo evidente que as despesas deviam ser reais e atualizadas, porque, de outro modo, corria a Administração o risco de se ver a braços com reivindicações, que não poderia deixar de atender. A comissão julgadora, portanto, agiu com a prudência recomendada por Guimarães Menegale e o pensamento voltado inteiramente para o interesse público, ponderou "a exequibilidade das vantagens, a praticabilidade da proposta em si, sob a consideração, corrente nas transações comerciais, de se a aparente superioridade da oferta não dessimula a inferioridade do que se oferece". Este critério, aliás, era o crité-

rio do Decreto estadual n.º 8.053, que o edital adotou para regular, no que fôsse omissos, as relações entre os proponentes e a Administração. Eis o que estabelece o decreto no art. 21: "deverão também ser rejeitadas as propostas que contiverem preços que, à evidência, demonstrem a impossibilidade de sua execução".

As considerações feitas mostram que a autora venceu regularmente a concorrência. E a autoridade administrativa, na adjudicação que lhe fez, não desbordou da competência vinculada; e, sob o ponto-de-vista dos vícios de mérito, ninguém pode entrar no critério da conveniência adotado, com a homogeneização das propostas, estabelecida em defesa do interesse público.

Resta, agora, decidir a respeito do quantum da indenização.

O art. 1.247 do CC, como, aliás, o reconhece a própria autora, não incidiu, porque a obra não foi sequer iniciada; e não cabem os arts. 1.228 do CC e 479 da CLT, porque o contrato não foi celebrado. O representante da autora, em depoimento pessoal, esclarece, aliás, que não saiu das providências preliminares com vista à execução do contrato (v. fls.). Assim, resta indagar da devolução em dôbro da caução. O critério alvitrado pela autora é de absoluta razoabilidade. Ninguém honestamente porá em dúvida que ela tinha legítima expectativa de ser contemplada com o objeto da concorrência e, tratando-se de empresa idônea, cumpridora de seus deveres, naturalmente diligenciou aquelas medidas, a que se referiu no depoimento pessoal o seu representante. E o tempo perdido em consulta a fornecedores, em preparo de planos e papéis, há de ser, evidentemente, pago. Antes disso, a proposta demandou largo estudo, com a apresentação de orçamento, coleta de preços, feitura de memorial, datilografia. O orçamento compõe-se de 40 páginas datilografadas, com as especificações necessárias. Só isso é bastante para avaliar os gastos que teve a autora. E já não se fale nas despe-

sas com as providências destinadas a provar o seu direito em juízo. E muito razoável, portanto, a estimativa dos danos em NCr\$ 6.000,00, relativos ao que ela efetivamente perdeu (v. inicial, fls.). Por conseguinte, fica a ré condenada a devolver à autora a caução (NCr\$ 6.000,00) e a quantia de NCr\$ 130,50, referida no edital (cláusulas II e III), além de pagar os danos verificados (NCr\$ 6.000,00). E a ré pagará ainda os juros legais, reembolsando a autora das custas despendidas.

Como as partes são igualmente sucumbentes, pagarão os honorários dos seus respectivos advogados. Se a autora venceu a causa, todavia não lhes foi dado tudo quanto queria. Quanto à ré, não pode argumentar com o valor do pedido, seja porque a autora é em verdade a principal vencedora, pelo reconhecimento da preterição do seu direito (e seria iníquo que ela viesse a pagar honorários que lhe absorvessem a indenização), seja porque o valor da causa foi considerado aquele que a inicial atribuiu. De considerar, ainda, que o trabalho de um advogado não pede meças ao de outro. Ambos trabalharam com dedicação, esforço e competência. Não haveria razão alguma para que a remuneração deles fôsse diversa. A justa solução, pois, decorrente da sucumbência recíproca, é que as partes suportem os honorários dos seus patronos.

Em face destas considerações, é julgado prejudicado o recurso da ré.

São Paulo, 14 de maio de 1970 — Alves Barbosa, pres. com voto — Pí涅iro Franco, relator designado — Jurandyr Nilsson, vencido, com a seguinte declaração de voto: Quanto ao agravo no auto do processo interposto pelo réu contra o despacho saneador que não decidiu as questões suscitadas como preliminares na contestação, votei com a douta maioria julgadora.

É que, embora o saneador tenha sido omisso sobre as preliminares, sendo, outrossim, manifesto o equívoco do MM. Juiz prolator da sentença, ao afir-

mar que tôda a matéria preliminar argüida pelo réu ficou decidida no aludido despacho, não cabendo reexame em primeira instância, desmerece agasalho o agravo incidente, pois, a par de haver a autora regularizado sua representação nos autos, desnecessário se afigura o chamamento de outras entidades para virem integrar a lide; e o valor da causa, impugnado pelo réu, veio a ser fixado na decisão final, ao ordenar o cálculo das custas e da honorária sobre a quantia de Cr\$ 189.253,31.

Negava, por isso, provimento ao agravo no auto do processo.

E, no tocante às apelações de ambas as partes ao contrário da ilustre maioria da Turma Julgadora, também lhes negava provimento.

À do réu, porque, apesar de os honorários advocatícios representarem apenas 4% do valor, a final, atribuído à causa, foram arbitrados com a moderação recomendada pela lei n.º 4.632, de 18/5/1965.

E, quanto ao apêlo da autora, porque, a meu ver, o magistrado bem apreciou e decidiu a questão, concluindo, acertadamente, pela improcedência da ação.

Verifica-se, pelo exame dos autos, que, tendo participado de uma concorrência que o réu fez realizar, depois de proclamada vencedora, foi a autora preterida, sendo a obra adjudicada a outra empresa. Pretende, por isso, a autora, indenização pelas perdas e danos que sofreu em virtude de sua preterição.

Mas, *data venia* da douta maioria, entendo que desassiste razão à autora, uma vez que, estando a proclamação do resultado da concorrência sujeita à homologação do FISANE (Fundo de Financiamento para Saneamento), conforme fôra expresso no edital e havendo tal órgão, a despeito do parecer da comissão da concorrência opinar pela adjudicação da obra à MECOO, concluído pela sua contratação com outra firma, a Civilia, outra alternativa não restava ao réu, senão substituir a autora pela

outra concorrente, para não ver frustrada a execução da empreitada.

Ora, como a proposta da autora não foi homologada pelo FISANE, antigamente denominado GEF, o qual, pelo contrário, aprovou o parecer do Serviço Jurídico do réu, no sentido de ser a obra atribuída à Civilia e, não, a ela, autora, acabou a entidade ré por anular o parecer da comissão julgadora da concorrência, por haver esta errado na avaliação da proposta mais vantajosa, e adjudicou a obra a outra concorrente.

E, desde que o Código de Contabilidade Pública estabelece, em seu art. 746, que vencedor é o concorrente que oferece a proposta mais vantajosa, a

ilação que se tira é que a autora não venceu a concorrência, porque não fez a proposta mais barata, conforme demonstrou o FISANE e reconheceu o réu, os quais, a final, homologaram a proposta mais barata.

Logo, se a autora não foi a vencedora da concorrência, nada pode reclamar a título de indenização, tal como proclamou a sentença, ressaltando-lhe a devolução da caução, que poderá ser obtida através de simples requerimento, conforme demonstrou o réu.

Em consequência, negava provimento a ambos os recursos, para confirmar a decisão apelada, por seus próprios fundamentos.