PARECERES

CONCORRÊNCIA PÚBLICA — ANULAÇÃO — ATO DISCRICIONÁRIO E ATO ARBITRÁRIO

— A administração não pode impor, ao licitante de uma concorrência pública, a exclusão da apreciação judicial de seus próprios atos; matéria de ordem pública não pode ser objeto de transação ou renúncia.

— Ainda que discricionário o ato administrativo deve conformar-se à finalidade legal.

— Ainda que discricionário o ato administrativo deve conformar-se à finalidade legal.

— O poder discricionário, exercido além dos limites previstos se torna arbitrário, eivado de nulidade por abuso ou excesso, com prejuízo do concorrente vencedor da licitação e desprestígio da administração que falta a sua promessa pública.

PARECER

I

A Veplan Imobiliária Ltda. informa que a Superintendência de Urbanização e Saneamento — SURSAN —, da Secretaria de Obras Públicas, do Estado da Guanabara, publicou editais de concorrência pública para venda de terreno integrante do Plano de Urbanização da Esplanada de Santo Antônio, descrito e indicado, com as características usuais, conforme ampla publicação no órgão oficial (*Diário Oficial*, Parte I, de 21/7/70), p. 11.235; idem, 25/8/70, p. 12.735) e na imprensa (*Jornal do Brasil, O Globo* etc.); os demais requisitos da licitação, tanto da fase inicial de recebimento de propostas, como da final de julgamento delas foram estipulados no edital com minúcias; o preço mínimo da venda ficou também prèviamente estabelecido em Cr$ 5.000.000,00 (cnco milhões de cruzeiros).

II

Processada a concorrência a VEPLAN, que já havia prestado a caução exigida (Cr$ 250.000,00 — duzentos e cinqüenta mil cruzeiros) e cumprido tôdas as formalidades previstas no edi-

tal, apresentou a proposta de maior preço, com o acréscimo de Cr$ ..... 200.000,00 (duzentos mil cruzeiros) acima do valor mínimo.

III

A Comissão designada para a abertura e classificação das propostas, ao encaminhar o respectivo expediente ao Exmo. Sr. Governador do Estado, todavia, houve por bem emitir parecer concluindo pela anulação da concorrência.

Disse, com efeito, a Comissão, em sua informação que "após cumprir tôdas as formalidades para efeito de apresentação das propostas de preços", a concorrente VEPLAN "levantou dúvida de fundamental importância para a qual a Comissão só estava habilitada a dar resposta simplesmente interpretativa, aplicando o senso comum, uma vez que o Edital da margem a dúvida".

A Comissão, prossegue o mesmo parecer, "não se considera convicta para sugerir a V. Exa. a aprovação da referida concorrência já que essa formalidade antecederia à análise e aceitação dos avalistas e fiadores, que estava prevista após a aprovação de V. Exa.".

"Por outro lado, a republicação com alteração do Edital", comenta a Comissão, nos *Diários Oficiais* dos dias 25, 26 e 27, dia da própria concorrência, fato que parece contrariar disposições legais".

São êstes os motivos que levaram a Comissão a sugerir a anulação da concorrência, em 31 de agôsto último.

O Exmo. Sr. Governador proferiu lacônico despacho, nestes têrmos: "Anule-se a concorrência em face do parecer".

IV

Enquanto se formalizava a concorrência, a VEPLAN dirigiu memoriais aos órgãos administrativos incumbidos de seu processamento e julgamento. Recordou que era seu desejo, conhecido da SURSAN, desde longa data, participar do aproveitamento do referido terreno, tendo elaborado estudos e planos neste sentido; prestou caução vultosa, com antecedência, a fim de garantir o êxito da concorrência programada; que esta teve divulgação fora do comum, havendo sido prorrogados os prazos iniciais, para possibilitar maior numero de licitantes; quanto às alterações da redação do edital, elas se limitaram a completar a identificação do terreno, com a menção da numeração do lote, acréscimo supérfluo dadas as características inconfundíveis do mesmo; substituiu-se a expressão *aval de um banco* pela seguinte — *carta de fiança ou aval de entidade financeira*, que em nada modificou a exigência, tornando-a mais ampla, quanto aos co-obrigados; nôvo prazo de 3 dias foi concedido para a apresentação ou indicação dos fiadores ou avalistas; finalmente, a obrigação imposta à SURSAN de imitir o comprador na posse do terreno *inteiramente desocupado*, foi substituída pela seguinte: *transcrito em nome da* SURSAN" (item 8-3).

Quanto às republicações do edital observou a concorrente que elas se fizeram sem alterações de monta, como se demonstrou, devendo, os respectivos prazos contar-se da primeira publicação como é de praxe e de lei (Código de Processo Civil, art. 178, n.º IV).

Resumindo o seu apêlo a SURSAN disse que:

a) não há como negar que na concorrência foram obedecidos quantos requisitos legais se impunha respeitar e até que se excederam todos êles, numa demonstração de zêlo dos diferentes administradores aos quais competia conduzir a matéria;

b) a licitação foi precedida de invulgar e inédita propaganda, muito superior à divulgação recomendada nos textos regedores da espécie;

c) a VEPLAN foi a candidata que dela participou em condições mais desvantajosas, pelos maiores sacrifícios a que foi submetida e pela contribuição substancial que deu ao Estado;

d) a vitória da proposta apresentada pela signatária foi inquestionada, e

e) a adjudicação impõe-se não só para resguardo do crédito de futuras concorrências, como por ser um imperativo inadiável da mais elementar Justiça".

Em outra oportunidade, comentando as observações da Comissão, disse a VEPLAN: "A referência à numeração do projeto aprovado relativo ao lote foi, apenas, mais um dado de sua individuação, *já feita de modo a excluir qualquer dúvida quanto a sua localização e dimensões*". "A referência à fiança, ao invés de aval foi a mera troca de uma expressão imprópria, errônea mesmo, por outra correta: ambas indicativas da mesma coisa — garantia".

Quanto a outra modificação da linguagem observou a VEPLAN (imissão na posse e transcrição do imóvel) ela "não é de interêsse da administração, para a qual é indiferente uma ou outra coisa". O adiamento do julgamento das propostas, é questão interna da administração, assim como a oportunidade da aceitação da fiança, ambas irrelevantes na espécie.

Em carta à Comissão (28/9/70) a VEPLAN declarou aceitar tôdas as alterações de redação do edital — sendo inconseqüentes as informações (e não objeções) solicitadas durante a tramitação do expediente da concorrência.

V

Não obstante tão claras e incisivas razões apresentadas pela VEPLAN sôbre a regularidade da concorrência e a inexistência de motivo ponderável para a sua anulação, a Comissão, chamada a reexaminar o seu pronunciamento anterior, não quis modificá-lo. Disse que "falhas existentes no 1.º Edital foram reconhecidas pela SURSAN, além de faltarem as condições básicas para a venda do terreno pôsto em concorrência (propriedade e definição de objeto)"; atribuiu à VEPLAN a objeção quanto à modificação do edital no que se refere à desocupação do imóvel, a despeito da carta de aceitação da nova redação, pela licitante.

Concluindo o seu segundo pronunciamento a Comissão afirmou que:

"A fase da concorrência pròpriamente dita, transcorreu dentro das normas e das regras cabíveis."

Aconteceu, entretanto, que "ao encaminhar seu parecer ao Exmo. Sr. Governador (documento 7), a Comissão de venda de terrenos", conforme a sua própria linguagem "balizou resumidamente seu ponto de vista em três pontos básicos que não contêm qualquer espécie de formalismo. Face ao exposto, a Comissão não encontrou razões para modificar seu parecer anterior, relevando, porém, que o Exmo. Sr. Governador do Estado melhor apreciará o assunto à luz dos superiores interêsses do Estado".

VI

Assim expostos os fatos e argumentos, a VEPLAN pede meu parecer, a fim de instruir a fase final de julgamento da concorrência, sujeito a pedido de reconsideração do Exmo. Senhor Governador do Estado.

Antes de abordar as questões suscitadas que me foram propostas é útil recordar, como já tive oportunidade de fazer em outros pareceres (*Revista de Direito Administrativo*, *79*:465-475; idem, *26*:288-302 e *Revista Forense*, *139*:56-57; *Revista de Direito Administrativo*, *101*:317/323) que a concorrência pública é processo tradicional do direito administrativo brasileiro (Código de Contabilidade Pública da União, Decreto n.º 4.536, de 28/1/1922; Decreto n.º 15.783, de 8/11/192).

Atualmente o Decreto-lei n.º 200, de 1967, que tive a honra de referendar como Ministro da Justiça (fui também membro das 4 Comissões especiais que prepararam o seu advento) dispôs sôbre a organização da administração federal e estabeleceu as diretrizes para a re-

forma administrativa nos arts. 125-144, determinando normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações. A Lei federal n.º 5.436, de 1968, dispôs sôbre a aplicação de tais normas aos Estados e Municípios.

Com remissão aos trabalhos, estudos e obras de autores nacionais e estrangeiros afirmei que a finalidade da concorrência é a de, mediante publicidade adequada, *limitar o arbítrio*, restringir o âmbito das opções, cercear a escolha dos candidatos e tornar objetivos os requisitos das propostas *a fim de impedir soluções pessoais e que não sejam inspiradas no interêsse público* LIMA VIEIRA, Antônio Cláudio. A concorrência pública e os limites do poder discricionário da administração", *in Revista de Direito Administrativo, 61*:389; MENDES DE ALMEIDA, Fernando Henrique. Concorrência Pública, *in Revista de Direito Administrativo 62*:340; idem, *Natureza Jurídica da Concorrência Pública*, Tese, 1941; TAVARES DE LYRA FILHO, *Contratos Administrativos*, 1941, p. 112 e seg.; SEABRA FAGUNDES, parecer, *Revista de Direito Administrativo, 22*:369 e seg. REALE, Miguel. Parecer, *Revista de Direito Administrativo, 57*:460 e seg.; CAVALCANTI, Themístocles B. *Tratado de Direito Administrativo*, 1942, *II*:404; ROSA, Rubem. Voto no Tribunal de Contas da União, *Revista de Direito Administrativo, 30*:298; JÈZE, Gaston. *Principes généraux du droit administratif — Theorie générale des contrats de l'administration*, Première Partie, 1934, p. 82 e seguintes LAUBADÈRE, André de. *Contrats, Administratifs*, 1956, Tome premier, p. 263-264; DUEZ, P. & DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, 1952, p. 897; LAMARQUE, Jean. *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, 1960, p. 153; WIGNY, Pierre. *Droit administratif*, 1953, p. 269; SAUDULI, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*, 4. ed. 1957, p. 317; LASO, Henrique Sayagues. *Tratado de Derecho Administrativo*, 1953, v. I, p. 552; BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*, 4. ed., 1947, Tomo I, p. 511-512).

A propósito das normas relativas a licitações estabelecidas no Decreto-lei n.º 200, de 1967, de Nazaré T. Dias, que foi Secretário da Comissão de Estudos da Reforma Administrativa, iniciada em 1964, assim resumiu os seus objetivos: 1) — assegurar a mais ampla competição; 2) — proporcionar a obtenção de produtos, obras e serviços de comprovada qualidade; 3) — obter os menores preços possíveis no momento. Êsse o núcleo de premissas em tôrno do qual as normas foram concebidas, e deve servir de inspiração às disposições complementares a serem aprovadas por decreto, e, ainda, à aplicação das providências acolhidas pela Lei" (*A Reforma Administrativa de 1967*, p. 219).

VII

No caso em exame o parecer da Comissão (e o despacho que o homologou) não se inspiraram — *data venia* —, nos pressupostos legais e doutrinários que sempre sustentei e divulguei, segundo os quais a limitação do arbítrio, a restrição das opções ante a objetividade das propostas, é a finalidade do processo das licitações, instituídas para resguardo do interêsse público.

A nenhuma relevância dos motivos alegados pela Comissão — todos êles rebatidos com vantagem pela concorrente vencedora — para anular a concorrência, deixou claro que ela agiu *arbitràriamente* ao concluir, como o fêz, e não usou do poder reservado à administração de rejeitar todos os licitantes sòmente quando o interêsse superior da administração assim o reclame.

Em verdade o art. 138, do Decreto-lei n.º 200, de 1967 (aplicável aos Estados por fôrça da Lei federal número 5.456, de 1968), dispõe que "é facultado à autoridade imediatamente superior àquela que proceder à licitação anulá-la por sua própria iniciativa".

Reconhece-se ao poder hierárquico, do órgão superior, a faculdade de proceder *ex officio*, decretando a nulidade quando esta se justifique.

Êsse poder anulatório não é, porém, absoluto; êle se deve pautar pelos princípios gerais de direito, havendo *justa causa*.

O art. 740, do Decreto n.º 15.783, de 8/11/22 (Regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública da União) dispunha de forma mais explícita:

"Haja ou não declaração no ato de convocar as concorrências presume-se sempre que o Govêrno se reserva o direito de anular qualquer concorrência, *por despacho motivado, se houver justa causa.*"

No caso em exame o edital continha a reserva *in verbis*:

"O Exmo. Sr. Governador poderá anular a concorrência a seu exclusivo critério e, caso o faça, tal fato não poderá dar, sob qualquer pretexto, motivo a protestos ou pedido de indneização, judicial ou extrajudicial, por parte dos concorrentes" (n.º 5-1).

A cláusula em sua parte final é exorbitante da Constituição e da lei.

Segundo o disposto no art. 153, § 4.º, da Constituição (Emenda n.º 1) "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual"; se ao próprio legislador é vedado impedir o "pedido de indenização judicial" (como dispõe o edital) é evidente que simples ato administrativo (edital) não tem fôrça para fazê-lo.

A administração não pode impor, ao licitante, a exclusão da apreciação judicial de seus próprios atos; matéria de ordem pública não pode ser objeto de transação ou renúncia.

Contraria, ainda, a lei, a referida cláusula quando diz que *sob qualquer pretexto* poderá o licitante reclamar. Se tomada a expressão em seu sentido literal a conseqüência seria o abono dos *atos arbitrários* que são repudiados no Estado de direito, conforme os princípios doutrinários que adiante exporemos.

A apreciação da concorrência a *exclusivo critério* do Exmo. Sr. Governador seria de fato a consagração do *ato discricionário* da administração que segundo a lição dos mestres *tem os seus limites* e não se confunde com a *arbitrariedade*.

Sôbre êstes aspectos da questão vamos indicar fontes doutrinárias em apoio de nossas conclusões.

Em parecer que emiti, como Consultor-Geral da República (21/7/53) depois de recordar, a propósito da cláusula *a juízo do Govêrno* inserta no antigo Código de Minas, que configurava "um poder discricionário de apreciação, ou a faculdade de estimar livremente as circunstâncias de conveniência e de interêsse público", disse eu que:

"O interêsse público é, na verdade, o limite do poder discricionário da administração, de acôrdo com a lição da doutrina" (Parecer n.º 292-T, *in Pareceres do Consultor-Geral da Repúblca*, v. IV, abril de 1953 a janeiro de 1954, p. 163-168).

Em outro parecer (também emitido como titular da Consultoria-Geral da República) sustentei que:

"Ainda que *discricionário* o ato administrativo deve conformar-se à finalidade legal" (Parecer n.º 62-T, de 16/10/51, *in Pareceres do Consultor-Geral da República*, v. I, março a dezembro de 1951, p. 323 e *Revista de Direito Administrativo, 27*:364).

Para assim opinar, nas oportunidades indicadas, invoquei ensinamentos doutrinários de autores de nota CAMPOS, Francisco. Poder Discricionário e Juízo Discricionário, *in Revista de Direito Administrativo, 21*:326-346; NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder nistrativo, 14*:52 e seg.; NUNES LEAL, M. Voto *in Revista de Direito Administrativo, 14*:52 e seg.; NUNES LEAL, Vitor. Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração, *in Revista de Direito Administrativo, 14*:53-82;

MORAIS, Antão. Parecer *in Revista de Direito Administrativo, 16*:317; TÁCITO, Caio. *Desvio de Poder em Matéria Administrativa*, conclusões, 1951, QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo, *in Revista de Direito Administrativo, 6*:41 e *7*:52 FREUND, Ernst. Evolução do Direito Administrativo Americano, *in Revista de Direito Administrativo*, Revista citada, *17*:14; HAURIOU, André. *O Poder Discricionário e sua Justificação, in Revista* citada, *19*:27; WALINE, *Droit administratif*, 1946, p. 125; BONARD, *Précis de droit administratif, I*:426; VITTA, Cino. *Diritto Amministrativo, I*:426).

Havendo sustentando que *o interêsse público* e a *finalidade legal* são limites impostos ao poder discricionário, decorridos quase 20 anos não tenho motivos para adotar outra conclusão, tanto mais quanto a lição da doutrina continua a ser a mesma, conforme outras fontes, quase tôdas mais recentes.

VIII

Themístocles B. Cavalcanti, em trabalho recente publicado na *Revista de Direito Administrativo*, v. 101 (julho-setembro de 1970) a p. I e seg., intitulado *Do Poder Discricionário*, sustenta que "em nosso regime todo poder discricionário tem uma medida legal, senão no exame de sua conveniência e oportunidade, pelo menos do fundamento legal da ação do poder público, *quando é restritiva do direito de terceiros*. Não existe no estado de direito nenhum poder absoluto e *imune à apreciação de outro poder*, quando mais não seja para verificar e afirmar os limites da ação discricionária, de maneira a legitimá-la" (p. 11). E para concluir:

"O exame dos motivos quando o ato é motivado, o desvirtuamento dos objetivos para atender a um interêsse privado, o desvirtuamente dos limites de apreciação de condições técnicas, a violação de lei são exemplos que justificam a intervenção judicial" (p. 23).

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello em seu livro recente, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 1969, v. I, p. 420 e seg. (com remissão a trabalhos especializados) esclarece que podêres discricionários "não se confundem com podêres *arbitrários*" e acrescenta:

"Ao passo que êstes correspondem a atividades sem limites jurídicos, em que o agente atua segundo seu exclusivo critério, aquêles dizem respeito a atividade circunscrita dentro de limites jurídicos. *No Estado de direito não se admitem podêres arbitrários*" (p. 423).

Ainda, para melhor fixar a sua opinião, o mesmo autor exemplifica:

"Por outro lado, não basta seja o ato praticado tendo em mira o interêsse coletivo; outrossim, se impõe a *consideração do interêsse coletivo específico, objeto do instituto jurídico a que se refere o ato*" (p. 423).

Em trabalho intitulado *A Concorrência Pública e os Limites do Poder Discricionário da Adminitrsação*" Antônio Cláudio Lima Vieira diz que "reconhece-se que a Administração Pública usa de certa discrição ao determinar os requisitos de capacidade e idoneidade dos concorrentes, mas, por outro lado, é certo *não lhe ser lícito*, no exercício dessa faculdade, ferir as razões de interêsse público, *que aconselham e mesmo impõem a realização do concurso*" (*Revista de Direito Administrativo, 61*:389).

Paulo Barbosa de Araújo Lima dissertando sôbre o tema *Do Exercício do Poder Disciplinar e seu Contrôle*, a propósito do poder discricionário, adverte:

"Onde não há conveniência ou interêsse público a preservar, não há fundamento para a discrição. Êsse o seu único fim, a razão de sua existência" (*Revista de Direito Administrativo 70*:17).

Fernando H. Mendes de Almeida afirma que:

"II — no poder discricionário mal exercido, a ilegalidade é manifestável, se o agente do *ato discricionário* se afasta da lei que, prevendo pluralidade de soluções, não logrou ver-se aplicada através de uma delas sequer" (VINCULAÇÃO e Discrição na Teoria dos Atos Administrativos, *in Revista de Direito Administrativo, 89*:471).

Hely Lopes Meirelles em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, 2. ed., 1966, discorrendo sôbre o poder discricionário alverte que êsse "não se confunde com poder *arbitrário*. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo direito, é legal e válido; *ato arbitrário é sempre e sempre ilegítimo e inválido*".

Depois de recordar a lição de Gaston Jèze que *Il ne faut pos confondre pouvoir* discretionnaire *et pouvoir arbitraire (Les principes généraux du droit administratif*, 1914, p. 371, o mesmo Hely Lopes Meirelles remata:

"Mesmo quanto aos elementos discricionários do ato, há limitações impostas pelos princípios gerais de direito e pelas regras da boa administração, que, em última análise, *são preceitos de moralidade administrativa*" (ob. cit., p. 64-67).

José Cretella Júnior em seu *Tratado de Direito Administrativo*, 1966, v. II, p. 252, n.º 151, dissertando sôbre o *fim* como limite à discricionariedade comenta: "Daí, o dizer-se com inequívoca precisão que o *fim legal* é o teto, a baliza, a faixa demarcadora do poder discricionário, *limite* em que esbarra a discricionariedade".

E para caracterizar em que consiste o *desvio da finalidade*, acrescenta: "A lei só permite que o administrador se manifeste no *interêsse público*" (Ob. cit. p. 253).

Onofre Mendes Júnior, que no seu *Direito Administrativo*, 1961, 2. ed., v. I, p. 175 e seguintes dedica um capítulo aos atos discricionários — conceito e limitações, diz que "a outorga da faculdade discricionária, em verdade, não conduz à solução de que, no exercício da gestão, possa o administrador orientar-se ao sabor de seus simples *caprichos pessoais*. Cumpre-lhe, ao contrário, agir sempre, tendo em mira a finalidade do ato que vai realizar, que há de ser integrada nos quadros do direito, visando à satisfação do bem comum". E mais adiante observa: "Discricionariedade não se confunde com *arbítrio*. Daí a conclusão lógica, de que se impõem limites à sua manifestação. Não pode estender-se a liberdade de apreciação do administrador além dêsses limites. *Isso é fundamental, no Estado de direito*".

Mário Masagão, em seu *Curso de Direito Administrativo*, 3. ed., adverte, a propósito dos atos discricionários, que "a discrição é faculdade de operar, ou deixar de operar, dentro de um campo *sempre delimitado* pelo direito. Difere a discrição do *arbítrio*, pois êste não reconhece limites nem peias, ao passo que aquêle *só se exerce sem ofensa a direitos de quem quer que seja*" (p. 166).

Marcello Caetano, mestre em Lisboa, no *Manual de Direito Administrativo*, ed. brasileira, 1970, Tomo I, sustenta que: *"O fim do ato é*, pois, a vinculação caracteristica da discricionariedade. Quer isto dizer que a discricionariedade não exclui absolutamente uma vinculação: discricionariedade significa "livre dentro dos limites permitidos pela realização de certo fim". O fim é um vínculo: corresponde a um elemento essencial cuja falta impede a validade do ato administrativo" (ob. cit., p. 442-443).

Em outro trecho diz ainda o mestre português que "o elemento que êste vício (desvio de poder) afeta é o *fim;* ora êsse elemento só tem autonomia na medida em que o ato seja produto do exercício de podêres discricionários; logo, o desvio de poder é exclusivo

dos atos em que hajam sido exercidos podêres discricionários" (ob. cit., p. 462).

Afonso Rodrigues Queiró, professor em Coimbra e especialista na matéria, em trabalho recetne (1966) sôbre "Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas" depois de arrolar casos em que "os atos administrativos em cuja prática se ofendem ou violam normas que limitam o poder discricionário dizem-se feridos de um entre vários *vícios* que aponta. Entre êstes assinala: Se por último, ao realizar a sua escolha discricionária, à autoridade administrativa não age de harmonia com a solução a que chegou, *encarasdo exclusivamente o interêsse público específico a realizar*, e, pelo contrário, adota um comportamento que é escolhido com os olhos postos exclusiva ou principalmente num interêsse particular *ou um interêsse público diferente do que incumbe ao agente realizar*, o ato administrativo praticado nestas condições diz-se viciado de *desvio de poder* (em sentido próprio ou restrito) (*Revista de Direito Administrativo, 97*:7-8).

L. Lopes Rodó, professor espanhol, num trabalho sob o título *O Poder Discricionário da Administração — Evolução Doutrinária e Jurisprudencial*, diz: "Portanto, o poder discricionário — modo de agir com discrição — é a arte de escolher o melhor, a arte de apreciar e de avaliar de tôdas as cousas tendo em vista a sua finalidade. *Eis aí algo totalmente diferente do arbitrário*".

.....

"A Administração, portanto, não pode agir arbitràriamente" (*Revista de Direito Administrativo, 35*:45-47).

Veli Merikoski em obra intitulada *Le Pouvoir discretionnaire de l'administration* (publicada em 1958 pelo Instituto Internacional de Ciências Administrativas) sustenta que: *C'est dans le domain de l'administration laissée au pouvoir discretionnaire que la sécurité juridique de l'administré est de plus fortement menacee* (p. 97).

No sentido de resguardar a moralidade administrativa C. J. Hamson, da Universidade de Cambridge, em sua obra *Pouvoir discretionnaire et contrôle jurisdictionnel de l'administration* (1968, ed. francesa) acentua, para resguardo da *moralidade administrativa*, de forma incisiva: "... rien n'est plus scandaleux en effet que de donner *a um acte em realité arbitraire*, une contrefaçon de justification, *un faux semblant de raison, en le fondant sur un motif qui, s'il etait vrai, serait regardè comme pertinent*" (p. 208).

Sôbre os limites do poder discricionário e a responsabilidade dos administradores, de acôrdo com a orientação exposta, discorrem outros autores de nota, em obras recentes, cuja reprodução seria supérflua: ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*, 1966, v. I, p. 199 e seg.; LANDI, Guido e POTENZA, Giuseppe. *Droit administratif*, 1963, p. 449 e seg.; LAUBADÈRE, André de. *Traité elementaire de droit administratif*, 1963, p. 212 e seg.; VEDEL, Georges. *Droit administratif*, 1961, p. 212 e seg.; RIVERO, Jean. *Droit Administratif*, 1962, p. 76 e seguintes; GORDILHO, Agustin A. *El Acto Administrativo*, 1969, p. 300 e seg.; DIEZ, Manuel Maria. *El Acto Administrativo*, 1956, p. 177; FRAGOLA, Umberto. *Gli Atti Amministrativo*, 1964, p. 37 e seg.; VELASCO, Recaredo F. de. *El acto administrativi*, 1929, p. 152, 216 e seg. e p. 264.

IX

Fixados os princípios de que a administração pública, no Estado de direito, não pode agir *arbitràriamente*, em caso algum, e, mesmo quando usa de podêres discricionários, está vinculado a certos pressupostos, sob pena de incorrer em desvio ou abuso de poder, examinemos qual a extensão do contrôle jurisdicional em tais casos.

Seabra Fagundes, que com tanta

proficiência versou a matéria, indica o mandado de segurança, no caso de concorrência pública não adjudicada: *"É próprio do mandado de segurança garantir, na espécie, a prestação denegada pela autoridade pública. Essa constitui mesmo uma de suas mais expressivas características"* (Parecer, *in Revista de Direito Administrativo, 22*:373).

Hely Lopes Meirelles indica vários caminhos ao concorrente prejudicado: adjudicação dos serviços, ação ordinária, mandado de segurança contra o ato ilegal e lesivo de seu direito (Lei n.º 1.533, de 1951); ação popular de qualquer cidadão (Lei n.º 4.717, de 1964) para obter anulação do contrato *e a responsabilidade administrativa civil e criminal dos funcionários culpados* (Parecer, de 31/5/66, *in Revista de Direito Administrativo, 89*:421).

Anibal de Mello Couto opina que "é de se insistir que, mesmo em se tratando de *competência discricionária* dela não se pode alhear a autoridade judiciária, quando a autoridade administrativa *procede com abuso de poder*, isto é, excede os *limites* da atividade insuscetível de ser controlada pelo poder jurisdicional" (DA RESPONSABILIDADE do Servidor Público, *in Revista de Direito Administrativo, 37*:512).

Pelo cabimento do mandado de segurança, em caso de desvio de poder, em se tratando de ato discricionário, opina Antônio Cláudio de Lima Vieira (*Revista de Direito Administrativo 61*:392).

Havendo excesso de poder admitiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, a anulação do ato discricionário, assim como quando houver "indevida aplicação do direito vigente" (*Revista de Direito Administrativo, 27*:216).

Em voto vencedor proferido no Supremo Tribunal Federal, Orozimbo Nanato, com a mestria de sempre e invocação de doutrina estrangeira, sustentou a tese da anulação dos atos discricionários praticados com abuso ou excesso de poder. (*Revista de Direito Administrativo, 38*:350 e seg.). Êste acórdão mereceu comentário de Caio Tácito no sentido de que êle "representa a aplicação, em nossa jurisprudência, dêsse conceito de autolimitação do poder discricionário" (*Revista* citada, p. 354).

Caio Tácito em outro trabalho intitulado *O abuso do Poder Administrativo no Brasil, Conceito e Remédios*, recorda que "acolhida, na jurisprudência dos tribunais, da teoria do desvio de poder, ou de inexistência de motivos (mesmo quando não são expressamente invocados entre as razões de decidir) possibilita a defesa do indivíduo contra as formas mais insidiosas do abuso de poder, eis que êste se acoberta sob a aparência de legalidade deturpando o sentido da *norma* jurídica" (*Revista de Direito Administrativo, 56*:13).

Rafael Bielsa é partidário da ação popular em qualquer caso de abuso ou excesso de poder (A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração, *in Revista de Direito Administrativo, 38*:40 e seg.).

X

No caso em exame, a Comissão incumbida do processamento da concorrência não apontou um fato sequer que, à luz da doutrina exposta, justificasse a sua anulação.

Em linguagem vaga e imprecisa, alegou (primeiro parecer) que a concorrente vencedora havia levantado "dúvida de fundamental importância" sem dizer qual era, acrescentando que a ela foi dada resposta "simplesmente interpretativa, aplicando o senso comum"; em seguida diz "essa formalidade antecederia à análise e aceitação dos avalistas e fiadores que estavam previstas para após a aprovação de V. Exa.".

Como se vê é a própria Comissão que, em têrmos enigmáticos, diz e se desdiz, quando informa que a apreciação era prematura e, no momento, inconseqüente.

Quanto a alusão à republicação dos editais decorreu ela de iniciativa da

própria Comissão, com o intuito de dar divulgação à oferta do terreno. Nenhuma infração legal foi cometida pelo excesso de publicações; teria ocorrido se o caso fôsse de omissão.

É fácil compreender que, reconhecida à Comissão a faculdade de repetir as publicações, e por meio dêste expediente criar motivos de nulidade, as concorrências seriam aleatórias, senão uma burla em relação aos candidatos de boa-fé.

Em outra oportunidade (esgundo parecer) a Comissão não corrigiu as deficiências de seu pronunciamento anterior. Referiu-se à republicação dos editais, com emendas de redação, sem qualquer conseqüência de ordem legal. Não houve, como se afirmou, omissão de "condições básicas para venda do tererno pôsto em concorrência (propriedade e definição do objeto)" porque a identificação do imóvel era perfeita e jamais se suscitou dúvida a respeito. Além disto a concorrente aceitou, expressamente, as alterações feitas no edital, antes do encerramento da concorrência. Não houve, também, como gratuitamente se afirmou, redução do interêsse dos licitantes pela compra do terreno, porque foram oferecidas propostas acima do *preço mínimo reclamado.* A alegação de desinterêsse não traduz a realidade e não deve impressionar o julgador.

Enfim tôdas as objeções da Comissão não têm fundamento jurídico nem razões plausíveis, como demonstrou a VEPLAN em seus memoriais.

A própria Comissão reconheceu a inconsistência das suas objeções, que são antes meros pretextos, para propor e anular a concorrência, quando proclamou:

"A fase da concorrência pròpriamente dita, transcorreu dentro das normas e das regras cabíveis."

XI

Fiel aos meus pronunciamentos anteriores sôbre as finalidades das concorrências públicas e as limitações do poder discricionário, penso que a anulação da concorrência, baseada em motivos inexistentes, em fatos inconseqüentes, em dados não provados, em argumentos contraditórios, em impressões subjetivas sem correspondência com a realidade, fere os princípios fundamentais que regem a matéria e viciam de nulidade o ato administrativo que a decretou.

A finalidade da concorrência — limite do poder discricionário — *era a venda do terreno, por um preço superior ao mínimo estabelecido no edital; alcançado êsse objetivo, com satisfação dos requisitos de competência e forma, não há como anular-se a licitação, sem ofensa à ordem legal.*

O poder discricionário, exercido além dos limites previstos se tornou *arbitrário,* eivado de nulidade por abuso ou excesso, com prejuízo para o concorrente vencedor e desprestígio da administração que falta à sua promessa pública de alienar o imóvel dentro das condições preestabelecidas e amplamente divulgadas.

A abertura de uma concorrência não é um ato gratuito nem uma diversão onerosa, ou destinada a simples exercício de atividades administrativas com o propósito de sondagem de mercado. Ela envolve a responsabilidade de cumprimento de uma promessa pública, porque suscita, da parte dos candidatos, estudos e planos que acarretam despesas e geram expectativas cujo valor, em empreendimento de natureza imobiliária, nas grandes cidades, são de grande vulto, como se verificou na espécie (preço mínimo do terreno: 5 milhões).

No caso em exame, à luz da doutrina copiosamente exposta, a anulação da concorrência é ato *arbitrário,* que excede os podêres reservados à administração mesmo quando usa de faculdades discricionárias.

Contra a anulação abusiva e arbitrária cabem o remédio do *mandado de segurança,* a *ação de perdas e danos*

e a *ação popular, envolvendo a responsabilidade solidária dos agentes que praticaram o ato.*

Existem todos os pressupostos para os remédios judiciais apontados: o legítimo interêsse na adjudicação da concorrência pelo preço oferecido e não aceito com base em razões arbitrárias e jurìdicamente inconseqüentes (mandado de segurança).

O prejuízo do concorrente vitorioso é manifesto, não só pela retenção indefinida de quantia vultosa, a título de caução, como pelas despesas efetuadas no preparo de sua proposta e pelas perdas e danos que a não realização do negócio lhe acarretará (ação de indenização).

Além dêstes pressupostos outros existem também de fácil articulação e ressaltam do exame do caso, de forma a habilitar o concorrente vencedor a obter, na medida do seu legítimo interêsse, a sanção judicial, com a conseqüente responsabilidade dos co-obrigados, autores da arbitrária e ultra discricionária anulação da concorrência, caso não se corrija, reexaminando a matéria, de fato e de direito, o êrro cometido. *

É o que me parece. S.M.J.

Rio de Janeiro, 23 de novembro de 1970. — *Carlos Medeiros Silva*, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.

* NOTA DO AUTOR — O Exmo. Senhor Governador da Guanabara, ouvido o Sr. Dr. Procurador-Geral do Estado, que concordou com a conclusão dêste parecer, proferiu o seguinte despacho: "De acôrdo com o parecer, reconsidero o despacho de 20 de novembro de 1970 (Processo n.º 07.833-70), para aprovar a concorrência" (*Boletim Oficial* do Estado da Guanabara, de 20/1/71, p. 6).