CONCORRÊNCIA PÚBLICA — ANULAÇÃO

— A administração pode anular a concorrência pública desde que considere, em despacho motivado, a inexeqüibilidade das propostas.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Construtora Augusto Velloso S. A. *versus* Governador do Estado de São Paulo e Departamento de Águas e Esgotos — DAE

Mandado de segurança n.º 187.741 — Relator: Sr. Juiz ÊNIO DE BARROS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança n.º 187.741, da comarca de São Paulo, em que é impetrante a Construtora Augusto Velloso S/A e impetrados o Sr. Governador do Estado de São Paulo e o Departamento de Águas e Esgotos (DAE): Acordam, em sessão Plenária do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, denegar a segurança.

A firma Construtora Augusto Velloso S/A, com apoio em editais publicados pelo DAE de abertura de concorrência pública, para a realização de determinada obra (fls.), ofereceu sua proposta.

Feita a abertura, considerados os requisitos de idoneidade e aptidão dos concorrentes, feita a classificação, coube a primeira indicação a ela concorrente (fls.), segundo a proposta global de preço.

Acrescentou que, ao depois, lhe foram solicitados pela Comissão julgadora, para melhor apreciação, os preços unitários (fls.), no que foi regularmente atendida (fls.).

Inobstante, aquela Comissão, na oportunidade do julgamento da concorrência, ao elaborar o seu relatório, considerou inexeqüível sua proposta, assim como inexeqüíveis todas as demais, concluindo pela sugestão de anulação e realização de outra.

Anulada a concorrência, nos termos aventados, a impetrante recorreu para o Sr. Governador do Estado, propugnando pela reforma do despacho e conseqüente adjudicação.

Não logrando o seu intento, entendeu ferido o seu direito líquido e certo, buscando pela segurança, o que lhe foi negado pela Administração.

Informações foram prestadas pela autoridade impetrada (fls.) e nelas argüida a inépcia da inicial, bem como, sus-

tentada a legalidade do inquinado ato, com a ponderação no sentido de que nada impedia a anulação da concorrência, ato complexo e que não ultrapassara sua fase inicial.

Opinando a Procuradoria-Geral da Justiça (fls.), o fez pela denegação.

É o relatório.

A inicial, a par de merecedora das críticas que lhe foram feitas, inclusive, por não conter o pedido expresso, sem dúvida, tangenciou a inépcia; no todo, porém, poderá ser aproveitada, uma vez que no curso da instrução, declinou a impetrante o objetivo da segurança, o reconhecimento da ilegalidade na anulação da concorrência com a conseqüente adjudicação das obras.

Razão, porém, não lhe assiste, e toda a estrutura da impetração revela propósitos outros, inclusive, o de molestar a Administração Pública.

O Sr. Governador do Estado, segundo suas próprias expressões (fls.), sacramentou o ato da anulação, acolhendo proposta da Comissão, à vista das considerações expostas: a paralisação da E.T.E. de Vila Leopoldina; os estudos e projetos em andamento para as Estações de Pinheiros e Leopoldina, recentemente contratadas com firmas especializadas, e principalmente, no Prazo de quase de dois anos para a execução das obras. Como se verifica, não cuidou, exclusivamente, do preço, detalhe não relevante na espécie.

Despacho, portanto, rigorosamente motivado e que de modo algum feriu a qualquer critério de legalidade.

Do edital constou, e até redundantemente, que o julgamento definitivo competiria ao Sr. Governador do Estado (fls.); redundantemente, considerado o disposto no art. 138 do Decreto-lei n.º 200, de 27/2/1967, repetindo o art. 51, § 4.º, do Código de Contabilidade Pública e art. 740 do respectivo Regulamento.

Ora, sabido que o processo de concorrência pública, o é complexo, a invalidação demandava, apenas, a verificação do interesse público pela autoridade competente, traduzida em despacho motivado, tal como na espécie; a motivação constitui o que se denomina de mérito administrativo, confinado aos limites da própria Administração.

Daí, nos apontar o cuidadoso trabalho dos advogados J. Nascimento Franco e Nisske Gondo (*Concorrência Pública*, ed. RT, p. 83), trazendo Seabra Fagundes, nos dizendo "que a Administração pode anular a concorrência, ou dela desistir, antes de serem abertas as propostas ou, após o seu exame, pela verificação de inexeqüibilidade das sugestões que elas contêm".

Na espécie, repete-se, nenhum o arbítrio, até porque, afastando eventuais dissídios, nenhuma das propostas foi havida como vencedora, nenhum dos concorrentes qualificado, e nenhum contrato assinado.

Daquela inexeqüibilidade disse a motivação do ato, presente o interesse público na reformulação face ao vulto, peculiaridades da obra, com minúcias de ordem técnica não consideradas na primeira oportunidade e notadamente às imperfeições do edital.

Por outro lado, por imperfeições, tempestivamente sentidas, foi verificado que, proclamados os concorrentes com os preços globais, ofereceram todos, notadamente, a impetrante, preços irrisórios e inviáveis para determinados serviços e exorbitantes para outros, em termos de compensação e com aparência de menor custo, mas contribuindo para o risco e sucesso das obras.

Finalmente, por não se tratar de licitação ultimada, finda, inaplicável o tantas vezes invocado art. 134 do Decreto-lei n.º 200, também já mencionado, que teve presente, apenas, a formalização das obrigações decorrentes da última fase da concorrência, através de contra bilateral, elemento final do procedimento administrativo.

A concorrência, na conceituação de Jèze, é apenas um ato-condição, ou seja, um pressuposto do exercício da competência de contratar (cf. Carlos S. de

Barros Júnior, *RDA*, v. 2, p. 173 e segs.).

Daí se afirmar que o licitante, tendo irrecusável direito à regularidade da concorrência e, ainda, sendo o vencedor desta, à adjudicação e ao direito de não ser preterido por outro, não tem, entretanto, o direito à execução do serviço, direito ao contrato (cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1964, p. 251, cit. *RDA*, v. 37, p. 315, v. 48, p. 259, v. 51, p. 269, *RT*, v. 166, p. 815, v. 231, p. 661 e outros).

A Administração Pública fica impedida de contratar a execução do serviço com terceiro, dado que através da concorrência, pressuposto do contrato, ao licitante vencedor se concedeu preferência nessa contratação. Mas nada obriga a Administração a contratar, por inexistir direito subjetivo à execução do serviço em favor daquele adjudicatário.

Essas observações têm pertinência porque a impetrante, na inicial, acena com a possibilidade de o Judiciário mandar que a obra objeto da licitação impugnada lhe seja atribuída. Isso jamais seria possível, pela inexistência de tal direito do vencedor da concorrência ao contrato e muito menos, como no caso da impetrante, de quem nem se pode ainda arrogar essa condição, inclusive porque o referido certame na oportunidade de seu julgamento foi anulado.

Como se verifica, nenhum direito subjetivo restou gerado em favor da impetrante, pelo que, por maioria, se lhe denega a segurança. Custas como de lei.

São Paulo, 22 de julho de 1970. Cantidiano de Almeida, pres. Ênnio de Barros, relator. Carmo Pinto, vencido, com a seguinte declaração de voto: *Data venia* da douta maioria, considerava ilegal a anulação da concorrência e concedia o segurança em parte para que se prosseguisse no seu julgamento, como de direito, facultado à administração desistir da execução das obras ou de sua atribuição a terceiros.

A questão que se põe inicialmente é a de saber se é legítima a anulação de concorrência por serem baixos os preços, o que tornaria a obra inexeqüível.

Quando se sabe que a concorrência visa a obtenção da melhor proposta, em benefício dos cofres públicos, atuando como fator de moralidade e eficiência da atividade administrativa, assume a indagação formulada aspecto anedótico: repudiar-se concorrência para que em outra se elevem os preços configura flagrante inversão de sua finalidade.

A inexequibilidade de proposta mais barata poderá quando muito determinar a sua desclassificação mas não a anulação da concorrência.

Assinale-se que os concorrentes na habilitação à licitação fazem prova preliminar de sua idoneidade técnica e financeira, prestando caução para a garantia da execução de suas propostas (Decreto-lei n.º 200, de 1967, art. 131).

Além da prestação de garantia, sujeitam-se a várias penalidades (artigos 135 e 136), o que afasta a idéia de que possam estar ofertando sem seriedade, para não cumprir.

Firmas de comprovada idoneidade se habilitaram na espécie com uma caução de garantia da ordem de Cr$ .... 90.000,00. Mas a Comissão Julgadora entendeu que várias delas cotaram preços abaixo do custo. Preços que as concorrentes consideram lucrativos são havidos pela Comissão — mais realista do que o rei — como inexeqüíveis. Já não se admite, contrariamente aos objetivos da licitação, o menor preço. A Administração insiste em pagar mais, arvorando-se em tutora de empresas privadas que estão dispostas a lucrar menos (a expressão lucrar é correta porque não se pode presumir que empreiteiros disputem obras públicas para perder dinheiro).

Não se alegue que as proponentes objetivem compensar-se com reajustes, sabido como é que estes só alcançam o período posterior às ofertas, não retroagindo a elas.

Nem se diga que o art. 133 da citada lei conferiu à Administração poder discricionário para a escolha de qualquer proposta, o que prejudicaria a pretensão da impetrante.

Esse dispositivo cogita da chamada adjudicação por coeficiente, na qual a melhor proposta nem sempre resulta do menor preço.

Mas os critérios de julgamento técnico são os constantes do edital, vinculando da mesma forma a Administração.

A lei é clara: "Na fixação de critérios para julgamento das licitações levar-se-ão em conta, no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outras pertinentes, estabelecidas no edital" (art. 133).

Inexiste outorga aí de poder discricionário: o julgamento "deve basear-se em dados concretos, em vantagem econômica mensurável pela Administração, segundo os elementos objetivos do edital e da proposta, matematicamente calculados" (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 249).

O parágrafo único do mencionado preceito ao obrigar "a justificação escrita da autoridade competente, sempre que não for escolhida a proposta de menor preço", evidencia tratar-se na hipótese de ato vinculado e não discricionário.

Agora mais do que antes "sem a ocorrência de vantagens econômicas efetivas para a Administração, a escolha será ilegal e anulável, se a ela se opuser oportunamente, e por meios adequados, o interessado preterido na classificação e adjudicação" (*ob.* e *loc. cits.*).

Acresce que no caso judicando, de simples preços de serviços, afastada se acha a aplicação do referido art. 133, restrito à chamada adjudicação por coeficiente.

De menor valia o argumento de que só o contrato ultimado é que se torna irretratável, vedado o seu desfazimento pela Administração, pelo que a preterição da melhor proposta não enseja o direito ao prejudicado de pleitear judicialmente a adjudicação mas simples perdas a danos

A concorrência, ensina Hely Meirelles, "é um verdadeiro preceito de ordem pública, de economia governamental, de moralidade administrativa, em relação ao qual o Poder Público não pode transacionar, nem fugir às suas conseqüências, na realização dos contratos da Administração. Daí sustentarmos que, antes da execução da obra, o concorrente preterido ou qualquer cidadão poderá invalidar a adjudicação. por ilegal e lesiva do patrimônio público, lançando mão do mandado de segurança, ou da ação ordinária, ou, ainda da ação popular constitucional. Vencer a concorrência equivale a obter, legalmente, o direito subjetivo de contratar com a Administração, nas condições estabelecidas no edital. Donde se segue que o concorrente vencedor, preterido na adjudicação, poderá optar pela ação indenizatória dos prejuízos resultantes da ilegalidade do Poder Público, ou pela via anulatória da adjudicação feita a outrem ilegalmente, a fim de que lhe sela atribuído o objeto da concorrência. Permitir-se unicamente a reparação dos prejuízos do concorrente preterido, sem se invalidar a ilegal adjudicação a quem não venceu a concorrência, redunda primeiro, pela realização de um conem dupla oneração dos cofres públicos: trato que não é o mais vantajoso para a Administração; segundo, pelo pagamento dos prejuízos causados ao autor da proposta mais vantajosa. Tal prática se nos afigura até mesmo contrária à natureza e fins da concorrência. Mais consentânea com a realidade e propósitos do instituto é a invalidação do julgamento administrativo ilegal, para que o Poder Público atribua o objeto da concorrência a quem efetivamente a venceu" (*ob. cit.*, página 250).

Aduza-se, para maior relevo do caráter de preceito de ordem pública das

licitações, que o Código Penal capitulou como infrações a violação do sigilo de proposta de concorrência pública (art. 326), o impedimento, perturbação ou fraude desta (art. 335) e a inutilização ou alteração do edital a ela referente (art. 336).

Erigiu, ademais, a Constituição do Estado à hierarquia de suas normas o "princípio da licitação" (Emenda Constitucional n.º 2, de 30/10/1969, art. 66).

Resta voltar à indagação inicial da legitimidade, ou não, da anulação de licitação por serem baixas as ofertas de preço.

Pelo art. 138 do Decreto-lei n.º 200 "é facultado à autoridade imediatamente superior àquela que proceder a licitação anulá-la por sua própria iniciativa.

A inovação consiste em que no sistema anterior o próprio órgão processante da concorrência podia anulá-la por causa justa.

A anulação é figura jurídica que pressupõe vício de legalidade — o que obriga a autoridade a apontá-lo.

O arbítrio é incompatível com os princípios estruturais da concorrência, ou seja a plena igualdade no tratamento dos proponentes e a mais rigorosa moralidade administrativa.

O arbítrio poderia operar em proveito de interesses subalternos, de paixões políticas, de animosidades pessoais. Assim desde que o proponente melhor classificado não gozasse da simpatia oficial, poderia ser alijado, reabrindo-se a competição.

"As denúncias de concorrências públicas ou são vazias, isto é, a arbítrio da administração, ou cheias, isto é, alguma causa justa há para serem denunciadas. O direito administrativo brasileiro afasta-se da denunciabilidade vazia, que importaria em poder o governo fazer e desfazer concorrências à vontade, o que tiraria toda seriedade aos atos de concorrências públicas" (*Questões Forenses*, v. 2, p. 351-2, Pontes de Miranda).

Anulação tem conteúdo técnico que a distingue da revogação. Aqui há poder discricionário; lá não.

Enquanto a anulação declara insubsistente o ato eivado de vício de ilegitimidade, a revogação atende a razões de oportunidade, a critério da autoridade administrativa (Seabra Fagundes, Guimarães Menegale, etc.).

A Lei n.º 4.717, de 1965, regulando a ação popular, trouxe subsídios, na linha da distinção focalizada, para a configuração das hipóteses de anulação de atos administrativos, suscetível de ocorrer nos casos de: incompetência; vício de forma; ilegalidade do objeto; inexistência dos motivos; e desvio de finalidade (art. 2.º).

Ora, a ocorrência em licitação de oferta abaixo do custo não caracteriza vício que se enquadre nos casos indicados. Não traduz efetivamente qualquer vício de ilegitimidade.

Antes, admitir-se que o particular possa fazer bom negócio pagando serviços por preço abaixo do corrente e negar-se a mesma possibilidade à Administração, é desrespeitar o escopo central da licitação pública.

O Decreto federal n.º 5.873, de 1940, deixou claro que "a vantagem de preço oferecida pelo fornecedor abaixo do estipulado no edital ou na coleta de preço, não constitui motivo para recusa do preço mínimo" (art. 4.º).

Muito menos motivo para anular-se a licitação.

Poder-se-ia na melhor das hipóteses, aceitar a desclassificação de propostas sem pertinência a licitação, ou manifestamente desajustadas a ela, para considerar-se as demais. Não a anulação do processo de concorrência com prejuízo de tempo e dos outros proponentes, sujeitos a nova competição.

O ato de anulação na espécie tem como fundamento a existência de "cotações baixas" de preços por parte de algumas das firmas concorrentes, afirmando-se paradoxalmente que "em nova

licitação, poder-se-á obter cotação mais vantajosa" (cf. informação de fls.).

Repete-se incompreensivelmente na informação de fls. que "em nova licitação poder-se-á obter cotação muito mais vantajosa, máxime nos preços da escavação...".

Vê-se no particular que a matéria de fato é juridicamente inadequada ao resultado visado (Lei n.º 4.717, de 1965, art. 2.º, *d*): se a anulação se deveu a preços baixos, a cotação a ser obtida na nova licitação só poderá ser menos vantajosa.

Subverte-se a finalidade da concorrência, que é a de proporcionar à Administração contratos menos onerosos. pelo que não devia subsistir o ato anulatório.

Só não se passa ao exame comparativo das propostas para eleição da melhor, dado que ao Poder Público é lícito até o ato da adjudicação desistir, sem abuso de poder, da licitação.

A segurança, destarte, deveria ter sido concedida em parte, como se declarou de início. Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Des. Sylos Cintra, Octávio Lacôrte, Euler Bueno, Dantas de Freitas, Humberto da Nova, Dimas de Almeida, Almeida Bicudo, Barbosa Pereira, Pacheco de Mattos, Sylvio Barbosa, Sousa Lima, Médici Filho, Carvalho Filho, Felizardo Calil, Onei Raphael, Sabino Neto, Goulart Sobrinho, Salles Abreu, Tôrres de Carvalho, Odyr Pôrto, Edgard de Souza, Andrade Vilhena, Jurandyr Nilson e Carlos Ortiz; e, com voto vencido, o Des. Flávio Tôrres.