PARECERES

EMPRESA NACIONAL — ACIONISTA ESTRANGEIRO — CONCORRÊNCIA

— Considera-se empresa nacional a sociedade organizada segundo a lei brasileira, com sede efetiva no País.

— A Administração não pode distinguir as empresas nacionais em razão do local de residência ou domicílio de seus acionistas majoritários.

— Nas concorrências, o edital não pode estabelecer fator de julgamento, de desempate ou de preferência baseado em condições pessoais dos participantes.

— O proponente prejudicado por discriminação ilegal do edital ou do julgamento pode invalidá-los judicialmente por mandado de segurança ou ação ordinária anulatória.

PARECER

A consulta

Pirelli S.A. — Companhia Industrial Brasileira; Furukawa Industrial S.A. — Produtos Elétricos; Ficap — Fios e Cabos Plásticos do Brasil S.A. e Forest — Fábrica de Condutores Elétricos Ltda. expõem que foram constituídas em estrita conformidade com a legislação brasileira e têm no Brasil as sedes de suas administrações, mas a maioria de suas ações com direito a voto pertence a pessoas residentes ou domiciliadas no exterior.

As consulentes dedicam-se, há vários anos, à produção de materiais e equipamentos utilizados em telecomunicações, que fornecem a particulares e a entidades estatais ou paraestatais em livre competição com suas congêneres. De algum tempo a esta data, todavia, a Telebrás, invocando disposições governamentais que restringem as importações e, em especial, o conceito de indústria brasileira constante da Portaria nº 622, de 19 de junho de 1978, do Ministério das Comunicações, vem discriminando as consulentes, inclusive através de suas licitações e das empresas que integram seu Grupo.

Diante dessa situação, as consulentes, anexando cópias das Cartas Circulares n.os 4 020/005/602/79 e 6 000/OIS/370/80, e da Diretriz nº 0039/77, da Telebrás, bem como dos atos normativos referidos, solicitam-nos um exame da matéria que nos permita responder aos seguintes quesitos:

1. É lícita a discriminação que a Telebrás vem estabelecendo entre empresas constituídas e sediadas no Brasil, em razão do local de residência ou domicílio de seus acionistas majoritários?

2. É lícito considerar condição pessoal do proponente, para adjudicar-lhe o objeto da concorrência de preço?

3. Sendo negativas as respostas aos quesitos anteriores, quais os meios administra-

tivos e judiciais de que dispõem as consulentes para assegurar a participação em igualdade de condições nas concorrências da Telebrás e de outras empresas do grupo?

As respostas a essas indagações exigem que examinemos a consulta e os documentos apresentados, à luz da doutrina, da legislação e da jurisprudência pertinentes.

É o que faremos a seguir.

I

A nacionalidade das consulentes

1. Uma das questões que a consulta suscita é a da nacionalidade de empresas, como pessoas jurídicas de direito privado. Se este estudo não comporta um exame aprofundado do tema, cumpre-nos, todavia, aflorá-lo em suas linhas mestras, para situar as consulentes em face do ordenamento jurídico brasileiro e verificar a extensão de seus direitos no que concerne às contratações públicas.

2. A esse propósito, ensina Miranda Velverde que, a despeito de, na revisão da primitiva Lei de Introdução ao Código Civil, ter vingado a "tênue corrente doutrinária" que vê na pessoa jurídica mera ficção, despida, portanto, de nacionalidade, o Decreto-lei nº 2 627, de 26 de setembro de 1940 (antiga Lei das Sociedades Anônimas), ao considerar *nacionais* as sociedades constituídas em conformidade com a lei brasileira e aqui sediadas (art. 60), "seguiu o sistema predominante na doutrina, o que mais, na verdade, se coaduna com a natureza das pessoas jurídicas", concluindo que:

"A tendência é, para a determinação da nacionalidade das pessoas jurídicas, no sentido da adoção cumulativa dos critérios da lei da sede e da constituição da pessoa jurídica" (Trajano de Miranda Valverde, *Sociedade por ações*, Rio de Janeiro, 1959, v. 1, p. 399 e 402).

Tendência vetusta, acrescente-se, pois já prelecionava Clóvis que, "além de ser uma necessidade prática", não há motivo plausível para excluir as pessoas jurídicas "das vantagens decorrentes da nacionalidade", aditando que:

"A nacionalidade das pessoas jurídicas de direito privado, em geral, depende do *lugar onde foi celebrado o ato de sua constituição*, conservando-a, enquanto *não mudarem de sede*" (Clóvis Bevilacqua, *Teoria geral do direito civil*, Rio de Janeiro, 1928, segunda impressão da Livraria Francisco Alves, de 1949, p. 188; grifamos).

Foi, portanto, com fundamento nessa doutrina dominante, e não só na sua indiscutível autoridade, que o mesmo Miranda Valverde afirmou a vigência dos dispositivos legais que "conceituam ou definem as organizações ou pessoas jurídicas brasileiras", em face do disposto no art. 11 da atual Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4 657, de 4 de setembro de 1942), trazendo expressamente à colação o abalizado Serpa Lopes, nestes termos:

"E, após salientar a divergência entre o art. 11 e o art. 60 da Lei das Sociedades por Ações, que ora comentamos, conclui (Serpa Lopes): 'Entendemos que, no tocante à caracterização da nacionalidade brasileira das sociedades por ações, deve prevalecer o princípio do art. 60. A regra do art. 11 da atual Lei de Introdução prevalece para os demais casos de sociedades estrangeiras, para solucionar o conflito interespacial, entre outras leis, que não no caso de uma pessoa jurídica de nacionalidade brasileira, assim definida pelo direito interno'" (Trajano de Miranda Valverde, op. cit. p. 402).

3. Desde fevereiro de 1977, todavia, não tem mais cabimento qualquer discussão sobre a vigência do art. 60 da antiga Lei das Sociedades Anônimas, à luz da Lei de Introdução ao Código Civil, porque, ao revogar a legislação precedente, a Lei nº 6 404, de 15 de dezembro de 1976 (nova Lei das Sociedades Anônimas, em vigor desde 15 de fevereiro de 1977), no seu art. 300, ressalvou expressamente o citado dispositivo, bem como os demais que, no sistema anterior, cuidavam das companhias dependentes de autorização governamental para funcionar, e das companhias nacionais e estrangeiras (arts. 59 a 73).

Vale dizer que o legislador contemporâneo encampou a tese da nacionalidade das pessoas jurídicas, refutou o critério da deter-

minação dessa nacionalidade pela dos sócios controladores e optou pelo da lei e sede locais, esposado por Martin Wolff, José Rovira y Ermengol, Lerebours-Pigeonnière, Batiffol, Arthur Nussbaum, Alberto D. Schoo, Ernst Jsay, na doutrina estrangeira, e, entre nós, por J. X. Carvalho de Mendonça, Spencer Vampré, Trajano de Miranda Valverde, Eduardo Espínola, Espínola e Espínola Filho, Pontes de Miranda, Oscar Tenório, Waldemar Ferreira, citados por Wilson de Souza Campos Batalha (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Rio de Janeiro, 1977, v. 3, p. 1 238), e por Clóvis Bevilacqua, como demonstramos anteriormente.

Por outro lado, essa definição legal, no sentido de que "são nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no país a sede de sua administração" (art. 60 do Decreto-lei nº 2 627, de 1940, mantido pelo art. 300 da Lei nº 6 404/76), aplica-se também às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, em razão do disposto na parte final do art. 18 do Decreto, com força de lei, nº 3 708, de 10 de janeiro de 1919, *in verbis:*

"Art. 18. Serão observadas quanto às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas."

4. Diante dessas disposições, verifica-se que, perante o direito positivo brasileiro, a nacionalidade das sociedades anônimas e por quotas de responsabilidade limitada determina-se *exclusivamente* pela conjugação desses dois elementos: organização segundo nossas leis e sede de sua administração no Brasil, *sendo irrelevante a nacionalidade ou a residência de seus sócios e acionistas, ou a origem de seu capital*.

Observe-se que a orientação seguida pelo legislador ordinário foi traçada pela própria Constituição da República, quando, encampando o princípio de que os recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica só devem ser explorados pelo Estado ou por seus *nacionais*, fala em brasileiros (pessoas físicas) e *sociedades organizadas no País*, sem cogitar da nacionalidade de seus sócios ou acionistas (art. 168, § 1º). Não se pode ver nisto omissão do constituinte porque, logo a seguir, a mesma Constituição, pretendendo criar maiores restrições ao controle de empresas jornalísticas, de televisão e de radiodifusão, veda a sua propriedade e administração a *sociedades que tenham estrangeiros como sócios ou acionistas* (art. 174, III), o que quer dizer que, mesmo sendo nacionais, essas pessoas jurídicas estão impedidas de possuir ou de administrar empreendimentos que tais.

Permitimo-nos antecipar que esse impedimento e outras da mesma natureza só podem ser opostos pela própria Constituição, em se tratando de pessoas jurídicas brasileiras, tendo em vista a inviolabilidade dos direitos assegurados por seu art. 153, em especial o da isonomia (§ 1º).

5. O essencial para que uma sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada, organizada em conformidade com nossas leis, se considere brasileira, com as vantagens e desvantagens dessa circunstância, é que *tenha no País a sede de sua administração*. Mas, como adverte Campos Batalha, a sede social deve ser real e não fictícia, deve ser o local em que se reúne o Conselho de Administração ou a Diretoria, de onde parte a orientação financeira e comercial da empresa, concluindo que:

"... Essas circunstâncias fáticas definem a qualidade do membro *(Mitgöiedschaft)* da organização estatal, a pertinência ao Estado *(Staatsangehörigkeit)*" (Wilson de Souza Campos Batalha, op. cit. v. 3, p. 1 239; no mesmo sentido, quanto à necessidade de sede efetiva no Brasil, Trajano de Miranda Valverde, op. cit. p. 399).

Pois bem, todas as consulentes foram constituídas no Brasil, nos termos da legislação pertinente, e têm aqui a sede *efetiva* de suas administrações, consoante o demonstram seus atos constitutivos e estatutos sociais, bem como documentos comprobatórios da realização de suas Assembléias Gerais e reuniões de suas Diretorias ou de seus Conselhos de Administração. Não há dúvida, portanto, de que são *sociedades brasileiras* e como tais deverão ser tratadas, à luz da Constituição da República e das normas legais aplicáveis à espécie, sem restrição al-

guma à nacionalidade de seus sócios majoritários, ainda no que concerne às contratações públicas, como veremos nos tópicos seguintes.

II

A igualdade entre empresas constituídas e estabelecidas no Brasil

6. O princípio da isonomia, inscrito como direito fundamental no § 1º do art. 153 da Constituição da República, embora subordinado à rubrica "Dos direitos e garantias individuais", estende-se também às pessoas jurídicas, pois, como adverte Ferreira Filho:

". os direitos das pessoas jurídicas são mediatamente direitos de pessoas físicas, sócias ou beneficiárias de sua obra. Por via de conseqüência, despir de garantia os direitos das pessoas jurídicas significa desproteger os direitos das pessoas físicas. Por outro lado, a própria Declaração reconhece às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível desvestilas de todos os seus demais direitos (...). Dessa forma, parece que os direitos enunciados e garantidos pela Constituição são de brasileiros, pessoas físicas, mas também os direitos destes mediatamente considerados, ou seja, os direitos das pessoas jurídicas brasileiras" (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira,* São Paulo, 1975, v. 3, p. 9; no mesmo sentido, Egberto Lacerda Teixeira, A nacionalidade e as sociedades comerciais no Brasil e no estrangeiro. In: *Rev. Tribs.*, 420/20).

As consulentes constituíram-se no Brasil, segundo a legislação brasileira, e têm aqui a sede de suas administrações. Isto é o suficiente para que se lhes reconheça a *nacionalidade brasileira,* por força do art. 60 do Decreto-lei nº 2 627/40, combinado com os arts. 300 da Lei nº 6 404/76 e 18 do Decreto nº 3 708/19, como vimos precedentemente. Por essa razão, encontram-se em situação jurídica idêntica à das empresas brasileiras de capital exclusivamente nacional, ou sob controle acionário de brasileiros ou estrangeiros radicados no Brasil, o que impede sejam tratadas desigualmente em relação a estas, sob pena de se contravir o princípio da isonomia, como adiantamos ao final do item 4.

7. Não se nega que o Poder Público *deve* fomentar a indústria nacional, podendo, para tanto, vedar a importação de bens que possuam similares produzidos no País; criar obstáculos à importação, a fim de estimular a produção interna dos bens visados; estabelecer preferências relacionadas com o índice de nacionalização de determinados bens nas licitações e contratações públicas; e até mesmo favorecer o acesso ao mercado interno de capitais às empresas que, por seu capital exclusivamente nacional, ou por seu controle acionário estar na mão de brasileiros ou estrangeiros aqui residentes e domiciliados, não têm possibilidade de recorrer ao mercado externo em igualdade de condições com suas congêneres, cujos sócios majoritários sejam radicados no exterior.

Daí por que se nos afiguram legítimas as disposições do Decreto federal nº 76 407, de 9 de outubro de 1975, da Resolução nº 9/77 do Conselho de Desenvolvimento Econômico, da Portaria nº 622/78 do Ministério das Comunicações, das normas de diretrizes da Telebrás, cujas restrições ou condições de preferência *se contenham nesses estritos limites*.

8. Não se nega também que normas administrativas para a contratação de obras ou serviços, ou para a aquisição de bens destinados ao serviço público, possam distinguir e dar preferência a empresas nacionais em relação às estrangeiras.

O que não podem, insistimos, é distinguir e discriminar *entre as nacionais,* assim consideradas tanto as que se organizam com capitais e sócios exclusivamente brasileiros, quanto as que se formam segundo nossas leis, com sede no Brasil, mas com participação de estrangeiros, radicados ou não no País, ou com predominância de capitais alienígenas, tal como os conceitua a Lei nº 4 131, de 3 de setembro de 1962 (art. 1º). Aquelas e estas são *empresas nacionais* para todos os fins, inclusive para contratar com a Administração a execução de obras ou serviços de engenharia, ou a venda de pro-

dutos industriais de sua especialidade. O que o princípio da igualdade impõe é a parificação de direitos e encargos *entre iguais perante a lei,* de modo que, se a lei igualou, para fins empresariais, as firmas genuinamente brasileiras e as constituídas e sediadas no Brasil, mas com participação ou predomínio de capitais estrangeiros, não pode a Administração, direta ou indireta, desigualá-las nas suas competições licitatórias, para dar preferências a umas sobre as outras.

Conseqüentemente, pelo menos quanto às sociedades anônimas (como a Pirelli, a Furukawa e a Ficap) e as sociedades por quotas de responsabilidade limitada (como a Forest), *que a lei considera empresas brasileiras,* não são legítimas a conceituação de "indústria brasileira" da Portaria nº 622/78, do Ministério das Comunicações (item 3.1), e, com muito mais razão, as disposições restritivas nela baseadas, tais como as baixadas pela Telebrás, para limitar seus fornecedores, e os das integrantes de seu grupo, às sociedades com predominância de capitais pertencentes a brasileiros ou a estrangeiros aqui radicados.

9. Acrescente-se, por derradeiro, que a Portaria nº 622/78 não só afronta a legislação pertinente às sociedades anônimas e por quotas de responsabilidade limitada, como também, e mais diretamente, a Lei nº 4 131, de 3 de setembro de 1962, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro.

Com efeito, essa lei (integralmente mantida pela Lei nº 6 404/76, art. 299), depois de definir o capital estrangeiro como o pertencente a pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no exterior, entrado no País sem dispêndio inicial de divisas, para aplicação em atividades econômicas (art. 1º), põe-no a salvo de eventuais discriminações administrativas nestes enfáticos termos:

"Art. 2º Ao capital estrangeiro que se investir no País será dispensado tratamento jurídico *idêntico* ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei" (grifamos).

Comentando esse dispositivo, que considera consagrador da isonomia entre o capital nacional e o estrangeiro, acentua Andrade Júnior que:

"O princípio da isonomia a que nos referimos é uma condição mínima de segurança que um país importador ou recipiente de capitais pode oferecer aos investidores estrangeiros. Sem estas perspectivas de que não sofrerão discriminações injustificadas e ao arrepio da lei vigente, os investidores se sentiriam inibidos de investir os seus recursos, por mais atraente que fosse o mercado do país recipiente" (Átila de Souza Leão Andrade Júnior, *O Capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro,* Rio de Janeiro, 1979, p. 52).

Ora, o que se vislumbra na Portaria nº 622/78 e nas prescrições fundadas no seu conceito de "indústria brasileira" é uma *injustificada* discriminação ao capital estrangeiro, feita, além disso, *ao arrepio da lei.* Isto porque essas normas estabelecem restrições não autorizadas pela Lei nº 4 131/62 a empresas que a Lei nº 6 404/76 considera brasileira, *apenas* porque a maioria de seu capital com direito a voto pertence a pessoas radicadas no estrangeiro, o que contraria frontalmente o disposto no art. 2º da referida Lei nº 4 131/62.

Observe-se que nem a Lei nº 4 728, de 14 de julho de 1965, que abriu exceção ao princípio da isonomia entre os capitais nacional e estrangeiro, foi tão drástica, pois, ao permitir que o Banco Central do Brasil possa estabelecer limites de acesso ao sistema financeiro do País, para as empresas que tenham maior facilidade de recurso ao mercado internacional de capitais, estabeleceu três condições, a saber: a) que haja desequilíbrio no balanço de pagamento; b) que essa situação sjea reconhecida oficialmente pelo Conselho Monetário Nacional; c) que, em razão daquele fato e desse reconhecimento, o referido Banco seja levado a adotar medidas gerais de contenção ao crédito (art. 22).

Além do mais, o legislador partiu da presunção de que as empresas destinatárias dessa norma (filiais de empresas estrangeiras e empresas nacionais cujo capital pertença

integralmente ou majoritariamente a pessoas radicadas no exterior, como esclarece o § 1º do art. 22 da Lei nº 4 728/65) têm maiores facilidades que suas congêneres genuinamente nacionais para obter recursos no mercado internacional (cf. Átila de Souza Leão Andrade Júnior, op. cit. p. 53 e segs.), o que se nos afigura, sem sombra de dúvida, razão suficiente para a referida exceção, ainda mais que, estimulando a entrada de mais capital estrangeiro, afina-se com os objetivos da Lei nº 4 131/62. Diversamente, a Portaria nº 622/78 e as normas baixadas pela Telebrás contrariam esses objetivos, ao criarem obstáculos à entrada de capital estrangeiro no País.

III

A igualdade entre licitantes

10. O princípio da igualdade entre licitantes, que representa a tradução do princípio da isonomia no procedimento de escolha dos contratantes com a Administração, é de tal ordem relevante, que a doutrina o erige como o princípio básico das licitações públicas, e dos procedimentos seletivos adotados pelas entidades paraestatais.

Com efeito, não há autor que não realce a igualdade como princípio *fundamental* da licitação (cf. nosso *Licitação e contrato administrativo,* São Paulo, 4ª ed., 1979, p. 13; Antonio Marcello da Silva, *Contratações administrativas,* São Paulo, 1971, p. 53; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Da Licitação,* São Paulo, 1978, p. 37; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Licitação,* São Paulo, 1980, p. 2; Américo Servídio, *Dispensa de licitação pública,* São Paulo, 1979, p. 21 e 22). É expressivo a esse respeito o texto do último autor citado, quando afirma o seguinte na conceituação do princípio:

"Pelo princípio da *igualdade,* a Administração Pública escolhe, dentre todas as propostas consideradas hábeis (verificadas previamente as condições de idoneidade técnica e financeira, bem como a regularidade da situação jurídica do proponente), aquela que melhor vantagem oferece. Por força desse princípio, a Administração no julgamento das propostas fica adstrita à observância dos critérios objetivos e tornados públicos através do *edital,* sem o que poderia dar margem a "conluios" ou "favoritismos", que são, por sua vez, a antítese do princípio da igualdade" (Américo Servídio, op. cit. p. 22).

11. Cumpre lembrar que a *igualdade entre os licitantes* não significa apenas tratamento igualitário em face do edital. Como expressão do princípio da isonomia constitucional, também impede que o edital possa estabelecer discriminação entre os futuros licitantes. Assim, o edital, que é a lei interna da concorrência e a matriz do contrato, não pode conter condições discriminatórias ou preferências, que afastem determinados interessados e favoreçam outros, como já dissemos precedentemente, ao discorrermos sobre o princípio que nos ocupa neste momento, em termos adequados à situação que se discute neste estudo e que nos permitimos reproduzir, porque denotam nossa posição doutrinária de há muito explicitada:

"A *igualdade entre os licitantes* é princípio irrelegável na licitação. Não pode haver procedimento licitatório com discriminação entre os seus participantes, ou com cláusulas do edital que favoreçam determinados proponentes ou prejudiquem outros, afastando-os da licitação ou desnivelando-os no julgamento. Pode a Administração estabelecer requisitos mínimos para a participação na licitação, mínimos que sejam necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público.

O que o princípio da *igualdade entre os licitantes* veda é a cláusula discriminatória ou o julgamento faccioso que desiguala os iguais ou iguala os desiguais, favorecendo uns e prejudicando outros, com exigências inúteis para o serviço público, mas com destino certo a determinados candidatos" (cf. nosso *Licitação e contrato administrativo,* cit., p. 13/14; v. também p. 119/120).

12. É bem esse o caso das consulentes, à vista das preferências que a Telebrás pretende dar a empresas de capital predominantemente nacional, em seu desfavor. Assim procedendo, está desigualando iguais *perante a lei,* o que é *ilegal e inconstitucional,* como vimos no tópico anterior.

Entretanto, a orientação discriminatória contida nos documentos referidos na consulta afronta não só o princípio constitucional da isonomia, mas também, mais diretamente, o da igualdade entre os licitantes, de modo que será nula e de nenhum valor a disposição do edital pela qual as citadas paraestatais pretendam afastar as consulentes de suas concorrências, com base na nacionalidade de seus acionistas ou na origem externa de seus capitais.

IV

O princípio do julgamento objetivo

13. A discriminação que a Telebrás pretende estabelecer em prejuízo das consulentes afronta ainda outro princípio, do qual decorrem normas como as que impõem a prefixação de critérios e fatores de julgamento (cf. Decreto-lei nº 200/67, arts. 130, IV, e 133). Referimo-nos ao *princípio do julgamento objetivo,* que afasta o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração, levando sempre em consideração, *no interesse do serviço público,* os fatores qualidade, rendimento, eficiência, durabilidade, preço, prazo, financiamento, carência e outras condições pertinentes pedidas ou admitidas pelo edital, consoante nos foi dado ressaltar em outra oportunidade (cf. nosso *Licitação e contrato administrativo,* op. cit. p. 18). No mesmo sentido é a lição de Marcello da Silva, que assim se expressa:

"É fundamental, portanto, que o julgamento seja objetivo, isto é, que se realize em conformidade com o critério preestabelecido no instrumento convocatório, levando-se em consideração exclusivamente os fatores nele mencionados. É por isso, exatamente, que o Decreto-lei nº 200/67 exige que o edital fixe o "critério de julgamento das propostas" (art. 130, IV) e especifique os fatores a serem considerados na valoração delas, tais como a qualidade, o rendimento, os preços, as condições de pagamento, os prazos, tendo em vista, sempre, o interesse do serviço público (art. 133)" (cf. Antonio Marcello da Silva, *O princípio e os princípios da licitação,* in: *Rev. Tribs.,* 532/27 e *Rev. Dir. Adm.,* 136/34).

14. Ora, é mediante a aplicação do critério e dos fatores de julgamento (qualidade, rendimento, preços, prazos, condições de pagamento e outros indicados no edital) que se realiza a principal finalidade da concorrência, qual seja a *escolha da proposta mais vantajosa.* Por isso é que não se pode estabelecer, *a priori,* que determinados concorrentes devam ter preferência em relação a outros, ainda quando ofereçam propostas *menos vantajosas,* em conformidade com o critério e os fatores preestabelecidos, como pretende a Telebrás.

Esse entendimento foi acolhido pelo Decreto-lei nº 200/67, quando, expressamente, dividiu o procedimento da concorrência em duas fases distintas e estanques, a primeira reservada à verificação da idoneidade dos participantes, através de suas condições pessoais (fase de *habilitação*); a segunda, destinada exclusivamente ao confronto das propostas, à luz do critério e dos fatores consignados no edital (fase de *julgamento*), como se depreende claramente do § 2º do seu art. 127 e dos arts. 131 e 133.

Com efeito, diz o § 2º do art. 127 que, "nas concorrências, haverá, *obrigatoriamente,* uma *fase inicial da habilitação preliminar* destinada a comprovar a plena qualificação dos interessados para a realização do fornecimento ou execução da obra ou serviço programados" (grifamos). A seu turno, o art. 131 esclarece que na *fase de habilitação,* dever-se-á aferir exclusivamente a *personalidade jurídica* a *capacidade técnica* e a *idoneidade financeira dos interessados.* E, finalmente, o art. 133 dispõe que "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" (grifamos).

15. Condições ou fatores *pertinentes*, esclareça-se, são apenas aquelas vantagens peculiares a cada licitação e *estritamente relacionadas com o seu objeto*, que só o administrador pode estabelecer, diante do caso concreto, tendo em vista as exigências específicas do serviço público em cada órgão ou entidade da Administração (cf. nosso *Licitação e contrato administrativo*, op. cit. p. 167). Dessa disposição contida no art. 133 e dos demais preceitos do Decreto-lei nº 200/67, citados, conclui-se que é ilegal e, conseqüentemente, nulo o julgamento baseado em fatores *impertinentes*, como o são as *condições pessoais* dos concorrentes, para cuja verificação a lei estabeleceu uma fase própria, *preliminar*, isto é, anterior à fase seguinte, em que se julgam única e exclusivamente as propostas dos habilitados.

Assim, pela sistemática do Decreto-lei nº 200/67, ou o licitante não tem qualificação para ser admitido no processo competitivo e, por razões jurídicas válidas, é inabilitado, ou a tem, caso em que, devidamente habilitado, adquire o direito de ver sua proposta confrontada com as dos demais participantes, em *igualdade de condições*, isto é, sem outras restrições de caráter pessoal.

Conseqüentemente, será ilegítimo e nulo o julgamento que se fizer com atendimento ao disposto no item 4.3 da Diretriz nº 0039/77, determinando às integrantes do Grupo Telebrás que, nas suas licitações, dêem preferência ao "maior nível de participação do capital brasileiro na empresa ofertante", explicitado no item 2 da Circular nº 6000/OIS/370/80, nestes termos:

"Nas licitações deverá ser concedida preferência à empresa com maior participação de capitais brasileiros, não apenas quando houver equivalência de propostas, mas mesmo quando apresentar preços até 10% (dez por cento) acima das demais."

16. Observe-se, por derradeiro, que a determinação acima transcrita representa norma *genérica* e apriorística, no sentido de que nas concorrências de menor preço de suas destinatárias, não será esse o vencedor se a proponente não possuir também a maior participação de capitais brasileiros.

Com isso, mais se acentua a sua *ilegalidade*, pois, além de discriminatória, além de ofensiva ao critério do menor preço, fundado exclusivamente em vantagens econômicas, essa orientação da Telebrás contraria frontalmente um dos principais objetivos da política governamental de telecomunicações, qual seja o de:

"... *reduzir os custos* de produção, instalação e operação dos equipamentos e materiais utilizados no setor de telecomunicações" (Portaria nº 622/78, item 4; grifamos).

V

Meios de impugnação e correção das ilegalidades apontadas

17. A infração aos princípios da isonomia entre os licitantes e da objetividade do julgamento é motivo suficiente para a decretação da nulidade do edital, do julgamento e até mesmo de todo o procedimento licitatório. Isto porque nela se descobre uma forma de favoritismo administrativo, desigualando proponentes por critérios subjetivos de predileção ou repúdio pessoal do administrador, sem nenhuma razão de interesse público e sem qualquer vantagem técnica ou econômica para a Administração (cf. nosso *Licitação e contrato administrativo*, op. cit. p. 14).

É certo que, em se tratando de *ilegalidade*, como indiscutivelmente o é o desatendimento aos mencionados princípios e às normas legais que regem a nacionalidade das empresas, a igualdede entre os capitais nacionais e estrangeiros, e as licitações, a invalidação do ato impugnado ou de toda a concorrência poderá ser decretada pela própria Administração, porquanto o Poder Público tem o dever de velar pela legitimidade de seus atos e quando depara ilegalidade está na obrigação de corrigi-la, invalidando o ato ilegítimo para que outro se pratique regularmente (TJSP, *Rev. Dir. Adm.*, 40/324, *Rev. Trib.*, 212/164, 219/119; TJDF, *Rev. Dir. Adm.*, 52/248; especificamente sobre anulação de concorrência, veja-se: STF, *Rev. Dir. Adm.*, 98/166; TJSP, *Rev. Dir. Adm.*, 100/

149, *Rev. Forense*, 229/147; TASP, *Rev. Dir. Adm.*, 87/208).

Assim, o recurso administrativo hierárquico ou, se este não for previsto ou estiver precluso, a representação dirigida à autoridade competente é meio hábil para o interessado pedir a invalidação do ato ou procedimento ilegal, visando à sua correção.

18. Se o interessado não obtiver a correção da ilegalidade na via administrativa, poderá recorrer à judicial, através de *mandado de segurança* ou de *ação ordinária anulatória*. Ambos são meios judiciais adequados para pleitear-se a anulação de atos e procedimentos viciados de ilegalidade. A escolha de um ou outro é questão a decidir em cada caso, à vista das circunstâncias que se apresentarem e dos objetivos pretendidos pelo autor.

19. No que concerne ao mandado de segurança, tivemos a oportunidade de dizer, em conformidade com a doutrina dominante, que é perfeitamente adequado à invalidação judicial de procedimentos licitatórios ou de atos parciais desses procedimentos, como o edital, a habilitação, o julgamento e a adjudicação (cf. nosso *Licitação e contrato administrativo*, op. cit., p. 186).

Na esteira dessa doutrina, o colendo Tribunal Federal de Recursos já decidiu que:

"Todo aquele que entra numa concorrência tem o direito de a ver processada regularmente, de acordo com a lei que estabelece os seus pressupostos essenciais. Se ela se processou fora dos termos da lei, o concorrente desatendido e prejudicado tem o direito de a ver anulada e ainda por mandado de segurança, pois há um direito subjetivo seu, lesado com a realização de atos nulos" (TFR, *Rev. Dir. Adm.*, 42/248).

Nesse mesmo sentido é a seguinte decisão do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

"O mandado de segurança é meio processual adequado para anulação de concorrência vencida por terceiro e de eventual contrato assinado a este respeito" (TJSP, *Rev. Trib.*, 424/122).

E também o Tribunal de Alçada de São Paulo assim julgou:

"Ocorrendo ato abusivo no processamento de concorrência pública, em visível desconformidade com a previsão legal, existe lesão a direito, que é reparada pelo mandado de segurança" (1º TASP Civ., *Rev. Trib.*, 363/371).

VI

Respostas aos quesitos

20. Examinada assim a consulta, à luz da doutrina, da legislação e da jurisprudência aplicáveis ao caso, passamos a responder conclusivamente aos quesitos formulados pelas consulentes, na seguinte conformidade:

Ao 1º quesito:

Não. Em face do princípio constitucional da isonomia, não é lícita a discriminação que a Telebrás vem estabelecendo entre as empresas constituídas e sediadas no Brasil, em razão do local de residência ou domicílio de seus acionistas majoritários. Isto porque, consoante demonstramos no corpo deste estudo, tais empresas são consideradas *nacionais* pela Lei, independentemente da nacionalidade de seus capitais ou de seus acionistas majoritários, bem como do fato de estes últimos serem radicados no exterior.

No caso, mais se evidencia a ilicitude porque a conduta da Telebrás e das entidades a ela vinculadas, que seguem suas diretrizes, afronta também a Lei nº 4 131/62, que veda taxativamente a discriminação entre o capital nacional e o estrangeiro (art. 2º).

Ao 2º quesito:

Não. Não é lícito considerar condição pessoal do proponente, como a predominância do capital nacional sobre o estrangeiro, para adjudicar-lhe o objeto de concorrência de preço, mormente nos termos desigualadores das diretrizes da Telebrás. Na verdade, nenhum motivo ou circunstância legitima o julgamento baseado em condições pessoais do proponente, porque o Decreto-lei nº 200/67 dividiu a concorrência em duas fases distintas e estanques, reservando à primeira a verificação dessas condições (fase de *habilitação*) e deferindo à segunda, exclusivamente, o confronto das propostas (fase de *julgamento*), consoante critério objetivo e fatores *pertinentes ao objeto da licitação* (cf. arts. 127, § 2º, 131 e 133).

Ao 3º quesito:

As empresas prejudicadas pela preferência ilegítima que a Telebrás vem estabelecendo e impondo às integrantes de seu Grupo, em favor das companhias e sociedades por quotas de responsabilidade limitada em que predomine o capital nacional, desigualando-as nas suas licitações e contratações, contra preceitos expressos da legislação pertinente, poderão recorrer administrativamente dos editais ou dos julgamentos discriminatórios, ou, na via judicial, impugná-los por mandado de segurança ou ação ordinária anulatória do ato ilegal ou de todo o procedimento licitatório.

Se o objeto da licitação for contratado com proponente que não ofereceu o menor preço, caberá também ação popular, ajuizável por qualquer cidadão, contra os responsáveis por esse contrato lesivo à Administração (Const. Rep., art. 153, § 31, e Lei nº 4 717/65, arts. 1º e 4º, III, *b* e *c*).

É o nosso parecer, s.m.j.

São Paulo, 2 de julho de 1981. — *Hely Lopes Meirelles.*