— Pode a administração revogar concorrência por motivo de conveniência ou oportunidade, não, porém, quanto à forma do procedimento.

— O julgamento das propostas, segundo o critério do preço-base, é critério legal, não sendo causa para a revogação da concorrência.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Sondec S.A. *versus* União Federal
Apelação em Mandado de Segurança nº 101.714 — Relator: Sr. Ministro
CARLOS MADEIRA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, para reformar a sentença e conceder a segurança, nos termos da impetração, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de outubro de 1983 (data do julgamento). *Carlos Madeira,* Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Comissão de licitações designada pela Comissão Regional de Obras da 2a. Região Militar, em São Paulo, abriu concorrência pública para a construção do novo Hospital Geral de São Paulo (primeira fase), fixando os critérios de julgamento das pro-

postas, com eliminação das que superassem em 10% o preço-base ou fossem inferiores a 90% da média aritmética calculada de acordo com o critério estabelecido no item 15.6.2 do edital.

Das 18 firmas habilitadas, uma foi eliminada por ter oferecido preço abaixo do mínimo estabelecido e apurado de conformidade com as condições do mercado para a obra. Classificou-se em primeiro lugar a firma Sondec S. A. Engenharia e Comércio, a qual, dentre as 17 restantes, apresentou o menor preço, dentro dos limites estabelecidos no edital.

A concorrente eliminada recorreu do julgamento da comissão de licitação para o chefe da comissão de obras/2, mas esta autoridade confirmou a classificação da firma vencedora e submeteu sua decisão à Diretoria de Obras Militares, em Brasília. Em 30 de março de 1983, a firma recebeu comunicação de que o Departamento de Engenharia e Comunicações (DEC) revogara a concorrência, por conveniência administrativa.

Requerida a certidão do inteiro teor da decisão revocatória, foi esta fornecida, pelo general de Exército chefe do DEC, estando assim vazada:

"Com base no art. 75 e parágrafo único das Instruções Gerais para a Realização de Licitações e Contratos no Ministério do Exército (IG nº 10-27), aprovadas pela Portaria Ministerial nº 01 de 02 de janeiro de 1981, dei o seguinte despacho:

1. Revogo a licitação realizada pela CRO/2, com objetivo da construção do Hospital Geral de São Paulo. Os termos do edital, embora não manifestamente ilegais, acarretaram a desclassificação da proposta de menor preço, considerada exequível pelo órgão licitante, o que não atende ao interesse da administração;

2. A CRO/2 proceda a nova licitação;

3. Dê-se conhecimento desta decisão aos interessados."

Contra esse ato do chefe do Departamento de Engenharia e Comunicações, a firma vencedora na concorrência impetrou mandado de segurança, apontando a ilegalidade e o abuso de poder que o vigiam.

Ilegalidade porque a competência para decidir definitivamente sobre o resultado da licitação é do diretor de obras militares e não do chefe do Departamento de Engenharia e Comunicações. Somente o Ministro de Estado ou autoridade hierárquica correspondente poderia avocar a licitação para anulá-la em despacho motivado, a teor do art. 48 do Decreto nº 73.140, de 1973. E autoridade hierárquica correspondente é aquela a quem o ministro de Estado delegou competência para praticar o ato, ou haja recebido esse poder em lei ou decreto referendado pelo próprio ministro.

A ilegalidade decorre, assim, da falta de competência do prolator do ato impugnado.

Quanto ao abuso de poder, assim o caracteriza a impetrante:

"Um ato é legal ou ilegal. A administração terá que optar por uma dessas conclusões. Não pode ficar com as duas, mantendo-o por não considerá-lo manifestante ilegal. E, no caso, muito mal situada ficaria a administração se reconhecesse a ilegalidade, depois de ter por várias vezes aplicado o critério adotado pelo edital adjudicando diversas obras, cujas concorrências se processaram sob os mesmos moldes. Procurou, por isso, derivar para o critério da conveniência, sob a invocação do interesse da administração, com o que, habilmente, procurava afastar o controle do Poder Judiciário.

Mas, ao assim proceder, praticou verdadeiro abuso de poder, pois a alteração do critério de julgamento fixado pelo edital, que, como se viu, vincula tanto a administração, como o concorrente, constitui flagrante ilegalidade, não podendo encontrar justificativa no interesse da administração."

Nem há que falar em conveniência da administração, pois a obra vai ser realizada, tanto que foi aberta imediatamente nova concorrência.

Tendo sido demarcados, no edital da concorrência, os limites da conveniência, não só não poderia ser ela revogada, sob fun-

damento do interesse da administração, como tem a impetrante, como autora da proposta de menor preço, direito a que lhe seja adjudicada a concorrência, uma vez que a abertura de nova licitação é uma prova de que a administração continua julgando necessária e conveniente a realização da obra, alterando, no novo edital, apenas o critério de avaliação da exeqüibilidade das propostas.

Daí a impetração do *mandamus*, para que se prossiga no cumprimeito do edital da concorrência, adjudicando-se a obra à impetrante.

Pediu-se ainda a medida liminar para que fosse suspensa a nova concorrência.

O juiz federal concedeu a liminar e requisitou informações, que foram prestadas pelo general de Exército chefe do Departamento de Engenharia e Comunicações, esclarecendo que, "ante a evidência do critério de julgamento ter se mostrado lesivo ao interesse da administração, avocou a licitação e não a homologou porque a comissão de licitação não apresentou justificativas plausíveis do critério adotado no julgamento das propostas, pois desclassificou a firma que apresentou menor preço simplesmente pelo critério de preço médio".

No que concerne à juridicidade do ato revocatório, sustentou a ilustre autoridade impetrada que, tendo competência para coordenar e controlar as atividades de todos os órgãos subordinados ao Departamento, poderia avocar o processo licitatório para a homologação.

Ouvido o Dr. Procurador da República, o juiz federal da 1.ª Vara-II do Distrito Federal denegou o mandato de segurança, forte em que, sobre ser competente a autoridade que praticou o ato impugnado, foi este suficientemente fundamentado.

Apelou a impetrante com doutas razões.

Contra-arrazoou a União Federal.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Sustentou a autoridade impetrada que a avocação da licitação baseou-se no disposto no art. 2º, item 5 e art. 7º, item 3 do Regulamento do Departamento de Engenharia e Comunicações.

Lê-se em tais dispositivos:

"Art. 2º Para o cumprimento de suas finalidades, compete ao DEC:

5) Realizar licitações e aquisições pertinentes ao material e aos serviços necessários ao cumprimento de suas atividades.

Art. 7º Ao chefe do DEC compete:

3) Orientar, coordenar e controlar as atividades das diretorias subordinadas, para assegurar o cumprimento dos objetivos do Departamento".

Anote-se, de logo, que a competência do Departamento para realizar licitações é limitada a material e a serviços necessários ao cumprimento de suas atividades, não incluindo a licitação para obras. Destas cuidam a Diretoria de Obras Militares, no âmbito do Ministério do Exército (art. 12) e a Diretoria de Obras e Cooperação, quando envolvidos o Ministério e outros órgãos da administração federal (art. 13).

A invocação do art. 2º, item 5 do regulamento, nas informações é, pois, sem relevância.

Quanto à competência para orientar, coordenar e controlar atividade das diretorias subordinadas, é ela peculiar à posição hierárquica do chefe do Departamento. São atribuições genéricas, que se exercem em nível organizacional e não excluem competências especificamente atribuídas a órgãos determinados.

O ato jurídico que mais acentua essa relação interorgânica de competências é a avocação. "Avocar — define Hely Lopes Meirelles — é chamar a si funções originariamente atribuídas a um subordinado". E acrescenta: "Não pode ser avocada atribuição que a lei expressamente confere a determinado órgão ou agente, como por exemplo, o julgamento de concorrência pela comissão competente, ou a aprovação de

um ato superior diversa da que deveria praticá-lo originariamente por determinação legal" (*Direito administrativo brasileiro*, 9. ed., p. 84).

A avocação é o contrário da delegação, sendo fundamental para ambas as figuras que estejam previstas em lei, de maneira geral ou específica — é o que lecionam José Antônio Garcia e Trevijano Fós, em seu *Tratado de derecho administrativo* (v. 1, t. 2, p. 419).

Cumpre notar que o Decreto-lei nº 200, de 1967, prevê genericamente, no art. 11, a delegação de competência como instrumento de descentralização administrativa, mas silencia sobre a avocação.

Ora, no regulamento aprovado pelo Decreto nº 72.047, de 1973, consta o poder do chefe do DEC para delegar (art. 7º, item 5), mas não o de avocar funções de autoridades subordinadas. Não se pode presumir esse poder, que há de ser expresso em lei. No caso, o que está expresso no art. 48 do Decreto nº 73.140, de 1973 é a faculdade dos ministros de Estado ou entidade hierárquica correspondente de avocarem a licitação para anulá-la ou revogá-la em despacho motivado. Observe-se ainda que a entidade hierárquica correspondente, a que se refere o dispositivo, são os presidentes de autarquias, pois o decreto regula as licitações na administração direta e nas autarquias.

A avocação da concorrência pela ilustre autoridade impetrada, para revogá-la, é ato praticado nitidamente com excesso de poder, que o invalida totalmente, pois o torna arbitrário, ilícito e nulo. Ainda uma vez cite-se Hely Lopes Meirelles, tantas vezes lembrado nestes autos: "Essa conduta abusiva, através do *excesso de poder*, tanto se caracteriza pelo descumprimento frontal da lei, quando a autoridade age claramente além de sua competência, como também quando ela contorna dissimuladamente as limitações da lei para arrogar-se poderes que não lhe são atribuídos legalmente. Em qualquer dos casos há *excesso de poder*, exercido com culpa ou dolo, mas sempre com violação da regra de competência, o que é o bastante para invalidar o ato assim praticado" (*Direito administrativo brasileiro*. 9. ed., p. 74).

Mas, ainda que se admita a legitimidade da avocação, não há como acolher-se o ato, por sua flagrante ilegalidade.

Rememorem-se os fatos.

A comissão de licitações, devidamente designada pela Comissão Regional de Obras da 2.ª Região Militar, convocou licitantes para a obra de construção de um novo hospital, inserindo no edital o critério de julgamento das propostas (subitens 15.6 a 15.6.4). Eis o que se lê nesses dispositivos:

"15.6 O critério de julgamento das propostas é o indicado a seguir:

15.6.1 Será eliminada toda firma cuja proposta supere em 10% o preço-base da CRO/2.

15.6.2 Será calculada a média aritmética entre o preço-base da CRO/2 e os valores das propostas não eliminadas de acordo com o item 15.6.1.

$$M = \frac{\Sigma P + PB}{n + 1}$$

Onde:

M = média aritmética;

ΣP = somatório dos valores das propostas não eliminadas de acordo com o item 15.6.1;

n = número de propostas não eliminadas pelo critério enunciado no item 15.6.1;

PB = preço base da CRO/2, no valor de Cr$ 3.100.000.000,00.

15.6.3 Será eliminada a firma cuja proposta for inferior a 90% da média calculada de acordo com o item 15.6.2.

15.6.4 Será considerada vencedora e a esta adjudicada a execução dos serviços, a firma que oferecer o menor preço global, observando o item 13.4.2, para execução de todas as obras e serviços objeto deste edital e que não tenha sido eliminada segundo os itens 15.6.1 e 15.6.3."

Havia, assim, um preço-base, com teto além do qual só se admitiam os valores até 10%. Havia uma média entre o preço-base e os valores das propostas não eliminadas,

aquém da qual só se admitia um decesso até 10%.

Esse critério não foi impugnado pelas firmas licitantes antes do julgamento, e sim depois, pela firma que apresentou proposta de valor inferior ao mínimo estabelecido. A impugnação, evidentemente, foi quanto à legalidade do critério de julgamento. É o que esclarece a autoridade impetrada:

"Observa-se que a legislação vigente (art. 133, *caput*) permite a escolha da proposta que não seja de menor preço. Por outro lado, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo legal, encontra-se a exigência de que seja justificada a escolha da proposta que ofereça vantagem de outra ordem ao serviço público.

Como se vê dos dispositivos regulamentares acima transcritos, a comissão de licitação da CRO/2 não apresentou justificativas plausíveis, pois desclassificou a firma que apresentou menor preço simplesmente pelo critério do preço médio. A diferença entre a proposta da firma vencedora na licitação e da que ofereceu o 'menor preço' é de aproximadamente Cr$ . . . . 200.000.000,00. Nessa diferença de preço estará o prejuízo que o critério do preço médio adotado acarretará para o erário da União.

No julgamento do recurso interposto pela Construtora Beter não foi considerado ilegal o edital e sim inoportuno para a administração, tanto é verdade que não houve ajudicação para a firma recorrente e, sim, abertura de uma nova licitação, com critério de julgamento que não venha prejudicar interesses da administração e nem aos licitantes."

A autoridade impetrada, como se vê, não considerou ilegal o edital (leia-se: o critério estabelecido no edital), mas inoportuno, pois o critério adotado acarretaria prejuízos à administração e aos licitantes. Esta é a causa da revogação.

Mas se não é ilegal o critério adotado, não cabia anular a concorrência. Muito menos revogar por motivo de oportunidade. "A revogação — é ainda Hely Lopes Meirelles quem diz — decorre de uma conveniência administrativa superveniente, de não mais realizar o objeto da licitação, ou de realizá-lo de maneira diversa do pedido no edital; a anulação resulta da verificação de uma ilegalidade no procedimento licitatório" (*Licitação e contrato administrativo*, 5. ed., p. 148). E adiante: "É erro manifesto considerar-se a revogação ou a anulação da licitação como atos discricionários da administração, pois ambos são vinculados aos motivos e pressupostos legais que o consagram. Na revogação, apenas a valoração do interesse público, da conveniência administrativa ou da oportunidade da execução do objeto da licitação é que fica ao alvedrio da administração; na anulação, nada resta à administração senão verificar e declarar a ocorrência de ilegalidade. Mas é preciso que aqueles ou estes motivos existam efetivamente e sejam indicados na decisão revocatória ou anulatória para que se legitime a revogação ou anulação" (op. cit. p. 148).

Como se vê, o ilustre autor paulista filia-se à doutrina que assenta o poder de revogar na conveniência administrativa superveniente, que é a mais corrente na teoria dos atos administrativos. Sobre a evolução dessa doutrina, assim escreve Massimo Severo Giannini:

"La dottrina, inizialmente, ricevendo la revoca dai meno recenti ordinamenti, cercò di darle una fisionomia consona ai principi dello Stato di diritto, ed elaborò la teoria dello *jus poetendi*. L'amministrazione pubblica — si deceva — in quanto addetta alla cura di un interesse pubblico e in nome di questo, ha un diritto potestativo (o una potestà) di disvolere, *melius re perpensa*: l'errore, si diceva, dell'autorità, potrebbe altrimenti produrre conseguenze pernicose. Il fondamento di tale potere si individuava nel carattere unilaterale del provvedimento, e si richiamava da alcuni il *contrarius consensus* della tradizione privatistica, come istituto analogo o analogico.

La giurisprudenza non ha mai accettato questa concezione della revoca, ritenendo che essa aprisse la strada all'arbitrio dell' amministrazione, ed ha contrapposto una propria concezione, che è stata poi elabo-

rata come 'teoria della sopravvenienza'. Nella sua sostanza essa si può così compendiare: il provvedimento amministrativo legittimo, opportuno regolare, costituisce il modo de cura ottimale del pubblico interesse, nel momento in cui il provvedimento stesso è stato adottato. Può accadere che successivamente si avverino fati per cui il provvedimento adottato cessi di essere il modo ottimale di cura dell'interesse pubblico; se ha una 'sopravvenienza' (o 'fatto sopravvenutto', secondo altro modo di dire) che dà all'amministrazione un potere di revocare il provvedimento. Con le precisioni che tra poco faremo, è questa oggi la teoria più accettata" (*Diritto amministrativo.* Milano, 1970. p. 1.079-80).

Cabe ainda salientar que a revogação tem sempre causa no objeto da licitação, não na forma por que esta se processa. A administração pode revogar a licitação, se não tem mais interesse em realizar a obra ou contratar serviços (juízo de oportunidade) ou resolveu empreendê-la em outros moldes ou obtê-los de modo diferente (juízo de conveniência). Identifica-se aí o interesse da administração, superveniente à realização da licitação.

No caso presente, porém, a causa não se refere ao objeto da licitação, tanto que a decisão atacada determinou a reabertura da concorrência para a mesma obra. A causa se refere ao critério de julgamento das propostas, que teria ensejado a exclusão da licitante que ofereceu preço mais baixo. Seria causa de anulabilidade do ato, não de revogação. Ao que se extrai das informações, porém, a autoridade impetrada não quis anular a concorrência, mesmo podendo fazê-lo, pois havia recurso da firma vencida. E não quis anular porque não lhe pareceu ilegal o critério adotado no edital; pareceu-lhe inoportuno.

Ora, se o critério é legal, não há cuidar de inoportunidade, que é juízo da administração apenas quanto ao objeto da licitação.

De outra parte, e sem desmerecer os fundamentos do parecer de Hely Lopes Meirelles, a propósito do critério do preço médio, tenho que o critério adotado no edital não é esse, e sim o do preço-base. É o próprio professor paulista quem define a concorrência de preço-base: "é aquela em que a administração fixa um preço inicial e estabelece o limite de variação admissível acima e abaixo daquele preço. As propostas que ultrapassarem o limite permitido serão desclassificadas, procedendo-se à escolha dentre as que se contiverem na faixa de oscilação admitida. Esse tipo de concorrência é pouco praticado entre nós, embora ofereça a vantagem de evitar propostas de preços exorbitantes ou irrisórios, uns e outros inaceitáveis pela administração. Mas é necessário que o edital estabeleça com clareza e precisão critérios objetivos de escolha da proposta que, em torno do preço-base, seja realmente a mais vantajosa para o serviço público" (*Licitação e contrato administrativo,* p. 67).

Que se contém no edital? O preço-base de Cr$ 3.100.000.000,00, com a variação de 10% para mais, ou de 10% para menos da média aritmética entre o preço-base e os valores das propostas não eliminadas. Trata-se de um critério objetivo de variação em torno do preço-base.

O chamado critério de preço médio não tem relação alguma com o preço-base: consiste na média aritmética dos preços ofertados pelos licitantes, vencendo aquele que a atinja ou mais se aproxime dela. Não foi esse o critério estabelecido no edital. Neste, apenas se estabeleceu um critério para fixar o preço mais baixo, em relação ao preço-base.

Com razão, a autoridade impetrada não anulou a concorrência, pois não há ilegalidade no critério adotado. Mas agiu ilegalmente ao revogar o que só podia ser revogado por outros motivos.

Há um dado de fato, que é do mais alto relevo, pois afasta qualquer imputação de ilegalidade do critério de variação para menos do preço-base estabelecido: é que esse preço foi fixado em Cr$ 3.100.000.000,00 e o preço proposto pela firma desclassificada era de Cr$ 2.563.056.995,82, vale dizer, abaixo Cr$ 536.943.004,18 do preço-base, ou seja, mais de 20% de variação

para menos. Tanto significa que a proposta eliminada não correspondia ao mínimo de exeqüibilidade que a concorrência de preço-base pressupõe.

A sentença se arrima em que a administração pode revogar a licitação, e a autoridade impetrada assim procedeu porque tinha o dever de fazê-lo, para evitar grave lesão aos interesses da administração. A Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, secunda tal entendimento, citando o verbete 473 da súmula do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"A administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

Não há dúvida, pois, quanto ao poder que tem a administração de revogar seus próprios atos. E no caso, ainda não homologada a licitação, podia esta ser revogada, mas por causa adequada ao exercício do poder revocatório. É que, nessa fase, havia apenas uma situação jurídica entre a impetrante e o órgão promovente da concorrência.

Roubier denomina essa situação jurídica como *situation réactionel*, na qual a ordem jurídica procede por via de reação ao encontro de atos ou de fatos de particulares. Diz o mestre de Lyon:

"Telle est encore la situation qui trouve sa sanction dans les actions en nullité ou rescision d'un acte juridique. La non-observation des conditions de validité posées par la loi à la confection de cet acte aura pour sanction une action en nullité ou en rescisión, c'est-à-dire une action qui n'entrait aucunement dans les vues de l'auteur (ou des auteurs) de l'acte juridique. Ici encore cette action n'est pas fondée sur la violation d'un droit antérieur, elle est fondée sur une infraction à un devoir, le devoir d'observer les conditions légales de validité de l'acte posées par la loi" (*Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris, 1963. p. 74-5).

Se o ato revocatório não obedeceu às condições legais para sua validade, desfazendo a licitação depois de julgada, por motivo não pertinente, prejudicando interesses decorrentes da situação jurídica criada com o julgamento, há ilegalidade flagrante, que gera direito líquido e certo à validação da concorrência, nos termos em que foi realizada. O direito líquido e certo não decorre estritamente da lei, mas da violação de deveres da administração para com os administrados, com os quais cria situações jurídicas. É que a atividade de administração, como dizia Fritz Fleiner, "não tem por finalidade procurar a certeza jurídica, mas atender a um resultado material útil para o estado, nos limites do direito" (*Droit administratif allemand*, p. 125). Se o resultado pretendido com a revogação da concorrência excede os limites do direito, há justa pretensão à reposição do que se realizou conforme o edital, que é a lei do certame. E, no caso, aqueles limites foram ultrapassados inclusive pelo excesso de poder com que se houve a eminente autoridade impetrada.

Dou provimento à apelação para reformar a sentença e conceder a segurança, nos termos da impetração.

EXTRATO DA ATA

AMS nº 101.714-DF (3499863) — Rel.: o Sr. Ministro Carlos Madeira. Apte.: Sondec S.A. — Engenharia e Comércio. Apda.: União Federal. Advs.: Dr. Henrique Fonseca de Araújo e outros.

Decisão: a Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para reformar a sentença e conceder a segurança, nos termos da impetração. Sustentaram oralmente o Dr. Paulo Távora pela apelante e o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga pela apelada (em 21.10.83 — 3.ª Turma).

Os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Hélio Pinheiro votaram de acordo com o relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Carlos Madeira.