— Administração. Licitação.

— A rejeição da proposta de menor preço tem de ser claramente fundamentada. É velho princípio de moralidade pública hoje expresso no art. 133, parágrafo único, do Decreto-lei nº 200/67.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Apelação em Mandado de Segurança nº 104.932
Apelante: Design — Construções e Instalações Ltda.
Apelado: FAJ — Com. de Construções Ltda. (litisconsorte)
Relator: Sr. Ministro COSTA LIMA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, para confirmar a sentença; prejudicada a remessa de ofício, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de abril de 1985 (data do julgamento). — *Gueiros Leite,* Presidente. *Costa Lima,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Lima: Adoto o relatório da sentença, *in verbis*:

"FAJ — Comércio e Serviços de Construções Ltda. pede segurança contra o ilustre secretário regional de administração do Inamps para que se digne homologar em seu favor o resultado da licitação para os serviços de manutenção elétrica do Pam Cachoeirinha, já que seu preço foi o mais em conta e, entretanto, a escolhida foi o quinto maior preço daquele certame. A autoridade prestou informações às fls. 25-33. Salientou que nessa matéria o que vale é a proposta mais vantajosa e não o menor preço. A comissão julgadora pediu a opinião de um técnico, o engenheiro chefe. Parecer da douta Procuradoria da República, pela concessão da segurança, nas fls. 37-42" (fls. 52).

2. O Dr. Ubiray Luiz da Costa Terra, acolhendo integralmente o parecer do Ministério Público, houve por bem de conceder o *writ* para que o contrato fosse assinado

com a impetrante, cessando imediatamente o contrato impugnado. E recorreu de ofício (fls. 56).

3. Inconformada, apelou a firma litisconsorte da autoridade impetrada, com as razões de fls. 60-6 e, paralelamente, requereu a suspensão dos efeitos da sentença, no que foi atendida pelo eminente Ministro Vice-Presidente deste Tribunal, no exercício da Presidência (fls. 70 do apenso). A autoridade impetrada e a autarquia conformaram-se com o julgado.

A resposta da impetrante está às fls. 72-8.

4. Os autos não informam se, em conseqüência da suspensão dos efeitos da sentença, o contrato com a firma beneficiária da decisão administrativa, com vigência prevista para 1.12.83 a 30.11.84 (fls. 169 do administrativo em apenso), teria sido executado, caso em que o efeito *mandamental* da impetração estaria prejudicado.

5. A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da Procuradora, Dra. Helenita Amélia G. Caiado de Acioli, devidamente aprovado pelo ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Walter José de Medeiros, opina pela confirmação da sentença (fls. 101-10).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima (Relator): Adoto como fundamento do meu voto o minucioso e seguro parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, *in verbis*:

"Licitação. Procedimento regrado. Preterição do menor preço. Inexistência de motivo. Invalidade do ato. Ausência de critérios.

O procedimento licitatório, todo ele regrado, não permite discricionarismo da administração pública fora dos limites previstos na lei. Se extrapolados se transforma em arbitrário e ilegal. A lei impõe que o poder público fundamente a sua escolha ao preterir proposta de menor preço, sob pena de praticar ato ilegítimo suscetível de correção judicial (art. 133, Decreto-lei nº 200/67). O motivo, quando exigido pela lei, é condição essencial para a validade do ato. Da inexistência de motivo e da ausência de critérios de julgamento decorre o direito da firma que ofertar o menor preço. Parecer pelo não-provimento do recurso e confirmação do v. *decisum* de primeiro grau. FAJ — Comércio e Serviços de Construções Ltda. impetrou ação de segurança contra ato do secretário regional de administração do Inamps-AM, que contratou os serviços de manutenção elétrica com a firma Design — Arquitetura Engenharia e Comércio Ltda., em detrimento da impetrante que ofertara o menor preço na licitação realizada naquele órgão. Citada como litisconsorte, a Design não contestou a ação. Às fls. 25 *usque* fls. 33, a autoridade apontada como coatora apresentou informações, sustentando que a administração não está restrita à escolha da proposta que ofereça menor preço, mas à mais vantajosa para o serviço. O Ministério Público Federal opinou, às fls. 37 *usque* fls. 50, pela concessão da segurança, no sentido de que fosse decretada a nulidade da adjudicação à Design e prevalecesse o critério do menor preço, considerando vencedora da licitação a empresa impetrante, uma vez que inexistia motivação expressa no ato da autoridade impetrada. Adotando integralmente o parecer do Ministério Público Federal, o MM. Juiz Federal da Seção Judiciária do Amazonas concedeu a ordem para que o contrato fosse assinado com a impetrante, 'cessando imediatamente o contrato impugnado'. Irresignada, Design — Construções e Instalações Ltda., na qualidade de litisconsórcio necessário, interpôs às fls. 59-66, recurso de apelação junto a esse egrégio Tribunal pedindo a reforma da r. sentença. O Inamps não recorreu. A impetrante ofereceu contra-razões às fls. 71-8. Em 5 de julho de 1984, o eminente Ministro Lauro Leitão, no exercício da Presidência do egrégio Tribunal Federal de Recursos, deferindo pedido da ora apelante, suspendeu a execução da r. sentença proferida pelo MM. Juiz *a quo* (processo em apenso). É o relatório. A licitação conforme todo e qualquer ato administrativo deve ser pautada

dentro de quatro princípios: legalidade, moralidade, finalidade e publicidade; sem os quais não se legitima, sujeitando-se a anulação pelo Poder Judiciário. Com muita clareza, assevera Hely Lopes Meirelles: 'Todo ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade) e com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade). Faltando, contrariando ou desviando-se desses princípios básicos, a administração pública vicia o ato de ilegitimidade expondo-o à anulação por ela mesma, ou pelo Poder Judiciário se requerida pelo interessado' (*Direito administrativo brasileiro,* 9. ed., p. 592). *In casu* constata-se a inobservância de todos esses princípios. O procedimento licitatório, todo ele regrado, objetiva levar a administração a selecionar a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Claro está que nem sempre a proposta de menor preço é a mais vantajosa à administração. Outros critérios, tais como: prazos, condições, técnica material etc., às vezes se aliam ao exame do preço. Entretanto, não se compreende na esfera discricionária da administração o poder ilimitado de contratar com quem mais lhe interesse. Nesse caso não haveria necessidade de licitação. O poder discricionário tem seu limite na própria lei. Se extrapolado, passa a ser arbitrário, abusivo e ilegal. O art. 133 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, estabelece *in verbis*: 'Art. 133. 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. Parágrafo único. *Será obrigatória a justificação escrita da autoridade competente, sempre que não for escolhida a proposta de menor preço*' (grifei). Como se nota, a administração não tem, no caso, liberdade alguma com relação à prática de tal ato. A lei impõe que a escolha seja sempre justificada. Se preterir a proposta de menor preço, o poder público está obrigado a fundamentar a sua escolha. Não o fazendo, terá descumprido a lei e praticado ato ilegítimo suscetível de correção judicial. É fato insofismável que o Inamps não fundamentou a preterição da empresa FAJ que cotara o menor preço. Conforme salientou o ilustre órgão do Ministério Público Federal no estado do Amazonas, 'o setor técnico que examinou as propostas não apresentou um laudo apto a formar a convicção da autoridade julgadora e esta, por sua vez, apenas fez tomar por empréstimo a convicção não motivada do perito'. *Data venia,* não se trata de discutir a procedência dos motivos da administração, o mérito do ato, mas sim, se a inexistência deles afeta o ato. Ora, se a norma impõe a fundamentação do ato, na sua ausência há que se considerá-lo nulo, considerando que o motivo é condição essencial para sua validade. Não ficou demonstrado, nem no ato e nem nas informações do Inamps, o atendimento das normas exigidas no Decreto-lei nº 200/67. A propósito salienta o eminente Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello: 'De acordo com a legislação brasileira, inobstante permitida a adoção de critérios de julgamento que considerem distintos tipos de vantagem, qual a de melhor qualidade ou técnica, 'será obrigatória a justificação escrita da autoridade competente, sempre que não for escolhida a proposta de menor preço'. Vale dizer: estabelecido no edital qual o critério prevalente, se este não é o menor preço e a proposta vencedora descoincide com aquela de preço mais baixo, a administração deve explicitar os fundamentos que levaram ao resultado proclamado. Não é demais ressaltar que em todos os casos em que se adote critério de classificação alheio ao de menor preço é mister que o edital seja perfeitamente explícito quanto a isto e anuncie tudo o que se tomará em consideração e como será tomado. Com efeito, só assim os licitantes serão tratados equanimemente e poderão saber o que e como propor em vista da

obtenção de sucesso na disputa. O julgamento pelo menor preço permite objetividade extrema na classificação dos concorrentes. Os demais comportam sempre algum teor de subjetivismo. Exatamente por isso, conquanto oportunos e convenientes em muitos casos, requerem utilização cautelosa. Daí que a administração necessita buscar o máximo de precisão nos critérios que manipulem fatores diversos do preço. Convém quantificá-los pela atribuição de pontos ou pesos atribuídos aos diversos itens' (*Licitação*, Revista dos Tribunais, 1980, p. 71-2). Constata-se, ainda, que o Inamps não estabeleceu parâmetros objetivos que possibilitassem a apreciação de outros fatores no julgamento das propostas, conforme determina o art. 130, inciso IV, do Decreto-lei nº 200/67. O item 5 do edital do aviso de licitação, nada mais fez do que repetir o disposto no *caput* do art. 133 daquele decreto-lei já transcrito. Ora, a decorrência lógica dessa ausência de critérios seria a escolha da firma FAJ, que ofertara o menor preço e não da firma Design, que estaria em quinto lugar nesse contexto, sem qualquer justificação. Se houve, ou não, a publicação de uma lista em que figurava o impetrante como classificado em primeiro lugar é irrelevante. O direito do impetrante advém de fato simples e inequívoco de que foi preterido sem qualquer motivo, conforme determina a lei, apesar de ter ofertado o menor preço. Apesar de o Inamps contestar a veracidade de publicação da referida lista, sem dar crédito à consulta formulada pela firma Ecel (fls. 10), que também se sentiu preterida, não refutou a data da publicidade do julgamento apontada pelas referidas firmas. Ora, se o primeiro resultado foi afixado em 6.12.83 e o segundo, que declarou vencedora a firma Design, em 9.12.83, como explicar o fato de que o contrato tenha sido assinado no dia 1º.12.83, quando as despesas foram autorizadas em 12.12.83 (fls. 169 do processo administrativo) e se constata nitidamente a rasura às fls. 144 desse mesmo processo, na data da classificação das propostas. O processo administrativo é prova eloqüente da celeridade com que o Inamps julgou, adjudicou e contratou, ao arrepio da lei, com a firma Design: às fls. 143*v*., em 1º.12.83, a Comissão de Licitação fez o seu julgamento; às fls. 144, classificou a proposta; às fls. 145, apresentou parte do relatório sobre a licitação; às fls. 146, a autoridade impetrada autorizou a despesa (existe outra autorização às fls. 169); às fls. 147, elaborou-se a nota de empenho. Note-se que todos os documentos foram apresentados com mesma data de 1º.12.83, quando também foi assinado o contrato (?). Olvidou-se apenas o Inamps na montagem do processo administrativo de deixar um lapso de tempo entre o julgamento e a contratação, a fim de que fosse dada a publicidade do resultado e houvesse prazo para recurso, em cumprimento à lei e ao edital. Evidente que publicidade houve, haja vista o protesto das firmas Ecel e da impetrante quanto aos julgamentos realizados, só que a destempo, quando já estabelecido o contrato com a firma Design, irregularmente e *intramuros*. Note-se que constitui crime previsto no art. 335 do Código Penal, o impedimento, perturbação ou fraude de concorrência, sem prejuízo do fato de que impõe para aquele que causar prejuízo ao erário a obrigação de indenizar, nos termos da lei civil e a aplicação da penalidade disciplinar competente aos servidores responsáveis. Vale ainda ressaltar que a licitação processou-se normalmente na fase de habilitação, apenas foi viciada no julgamento e adjudicação, o que impôs a sua correção pela via judicial. Isto posto, opino pelo não provimento do recurso e confirmação do v. *decisum* de primeiro grau" (fls. 101-10).

2. Na forma do disposto no art. 40 do CPP, voto no sentido de que ao Ministério Público se remetam, para os devidos fins, cópias do citado parecer e das peças do processo administrativo referidas em seus itens 31 e 32.

3. Determino que seja retificada a autuação para incluir o Inamps como apelado.

4. Nego provimento, prejudicada a remessa.

EXTRATO DA ATA

AMS nº 104.932-AM (6111254) — Relator: Sr. Ministro Costa Lima. Remetente: Juízo Federal no Amazonas. Apelante: Design — Construções e Instalações Ltda. Apelado: FAJ — Com. de Construções Ltda. Advogados: José Cantanhede de Mattos Filho e Norton César Marques Pinho.

Decisão: a Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, para confirmar a sentença; prejudicada a remessa de ofício. (Em 16.4.85 — 2ª Turma.)

Os Srs. Ministros Gueiros Leite e José Cândido votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, eventual e justificadamente, o Sr. Ministro William Patterson. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.