

PARECER: CONSTRUÇÃO DA USINA HIDROELÉTRICA SEGREDO EM RIO IGUAÇU

Sebastião Reis

Ministro do Tribunal Federal de Recursos, aposentado

Professor aposentado da U.F.M.G.

A COMPANHIA PARANAENSE DE ENERGIA - COPEL -

concessionária de serviço Público Federal de eletricidade, sociedade de economia mista estadual, ao projetar a realização das obras, tendentes à construção da Usina Hidroelétrica Segredo, Rio Iguaçu, fê-lo sob o esquema de duas etapas, a primeira, relativa às obras de desvio do rio, e a segunda, concernente à execução das obras principais.

2. Ultrapassado o primeiro estágio das obras, sobreviu o segundo a que se refere a concorrência S-01B, na qual ofereceram propostas C. R. ALMEIDA S.A. ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES e o CONSÓRCIO CONSTRUTOR C. R. ALMEIDA & ASSOCIADA, sob a liderança daquela, e, após classificada a proposta técnica respectiva, conforme comunicação de 17/03/88, sucedeu a revogação do certame licitatório, em data de 24 de março seguinte, pela Diretoria da COPEL, sob invocação do item IP 5.6 e ao fundamento aduzido de que assim procedia "por motivo de interesse público, em face da necessidade de a COPEL avaliar alternativas técnicas, econômicas e financeiras que possibilitem expansão de sua capacidade de geração pro valores inferiores dos cotados pelos proponentes de mencionada licitação."

3. Impugnando o ato revocatório praticado pela Presidência da empresa paranaense, a concorrente-líder e sua liderada referidas ajuizaram mandado de segurança distribuído à segunda Vara da Justiça Federal, no Paraná, em que postulam a decretação da nulidade da revogação em causa, ao fundamento básico de desvio ou abuso de poder da parte da autoridade impetrada ao conduzir o procedimento licitatório dirigido no sentido de inviabilizá-lo,

para atender propósitos ocultos, seja ao fixar preço-teto arbitrário, distante dos valores de mercado, juridicamente nulo, seja pela inveracidade dos motivos postos, vagos e imprecisos, havendo o Juízo originário, partindo da premissa de que o ato atacado padecia de ilegalidade “por violação do dever de agir do impetrado com a observância estrita da lei” e que “os motivos de fato do ato impugnado não se ajustam aos de direito”, veio a anular a revogação, assegurando às impetrantes “o direito de continuar na licitação, até o julgamento final”, sentença objeto de apelação interposta pela vencida, que no juízo “ad quem” foi protocolizada sob o nº AMS-145.295, ora ali em pauta para julgamento.

4. Supervenientemente, em 18/07/88, após a concessão do mandado de segurança acima aludido que assegurava às impetrantes o direito de continuarem na licitação, até julgamento final, por sentença de junho antes, a Diretoria da empresa paranaense de eletricidade tomou nova deliberação, homologando relatório da Comissão de Análise e Julgamento, desclassificou as propostas apresentadas por todos os concorrentes, ao argumento de terem afrontado o preço-teto previsto no Edital, cláusula não impugnada oportunamente, resolução que ensejou novo mandado de segurança, ajuizado na sexta Vara de Justiça Federal do Paraná, impetrado pelas mesmas requerentes já individualizadas, quando sustentaram, em Substância, a inoponibilidade, em Juízo, da tese da preclusão do direito de impugnar o Edital e a inexigibilidade fática e jurídica do preço-teto, com a conseqüente nulidade da norma editalícia respectiva, havendo o MM Juiz “a quo” concedido a segurança para declarar nula a desclassificação impugnada, após afastar a objeção da decadência do direito de impugnar o Edital, e ao raciocínio básico de que, inexistente juridicamente o preço teto, a cláusula do Edital que encerra essa exigência é juridicamente nula, infirmando a classificação dela decorrente, julgado contra o qual se levantou, por igual, a COPEL, mediante apelação que no Tribunal Federal de Recursos recebeu o nº AMS-150.306, em pauta para julgamento.

5. As impetrantes, em face da complexidade e da qualificação técnico-jurídica das teses em conflito nas duas impetrações, solicitam-me parecer acerca dos temas principais suscitados nos mandados de segurança, e, para melhor encaminhamento e metodização do debate, tentarei examinar as divergências alí postas, em função dos dois processos, em separado.

Apelação em Mandado de Segurança nº 145.299

6. Consoante fixado no item 3 retro, aqui a segurança foi concedida para anular a revogação impugnada e assegurar às impetrantes o direito de continuarem na licitação.

7. A r. sentença recorrida, depois de afastar o exame da alegação das impetrantes da inexecutabilidade fática, econômico-financeiro, do preço-teto estipulado nas instruções, por transbordante do espaço processual da via eleita, e de rejeitar a existência "in concreto" de direito subjetivo à adjudicação, porque não impugnada, oportunamente, a cláusula do preço-limite, à vista do disposto no § 1º do art. 33 do DL 2.300/86, secundado pela norma IP - 2.4, veio a conceder a segurança por outras razões, nos termos abaixo:

"A ilegalidade do ato administrativo decorre da violação do dever de agir do impetrado com observância da lei."

.....
"Não basta que o ato administrativo guarde conformidade com a lei. É indispensável, ainda, que a lei autorize sua prática."

"De modo que o ato administrativo, previsto em lei, deve ser praticado, quando ocorre, concretamente, no mundo fenomênico, o fato ou estado de fato, antes descrito como hipótese.

"Que aconteceu na espécie dos autos?"

A COPEL estava autorizada pelo edital (a lei interna da licitação, como é costume dizer) a praticar ato de desclassificação em desacordo com as estipulações das instruções impostas. Ou, como consta do edital, no item IP - 5.4:

1 Desclassificação sumária da proposta. Na avaliação das Propostas, a COPEL considerará em desacordo com as estipulações destas Instruções e dos Documentos de Contrato, o que será motivo suficiente para a desclassificação sumária, as propostas comerciais que:

.....
Apresentarem a Importância total da Proposta, indicada na Lista de Quantidades e Preços da Seção PP-2 da Parte 2 do volume I dos Documentos de Contrato, corrigida segundo IP-5.4.2 destas Instruções, em montante superior ao equivalente dezoito milhões (18.000.000) de vezes o valor da Obrigação do Tesouro Nacional - OTN referente ao mês da apresentação da proposta."

A impetrante apresentou proposta em desacordo com o exigido no edital. Como disse o Presidente da COPEL, nas informações, ante a constatação de preços absurdamente excedentes ao limite máximo estabelecido no ato convocatório, "não hesitou a Diretoria da COPEL em revogar de imediato a licitação."

Quer dizer, o fato ocorrido concretamente não serve de motivo ao ato que foi praticado, isto é, a revogação.

Demais o motivo dado ao ato praticado é juridicamente inadequado ao resultado obtido.

A licitação pode ser revogada, quando ocorre o interesse público (DL 2.300/86, art. 39).

No caso, a revogação, está dito nas informações, teve como motivo a apresentação de proposta comercial com valor em montante que supera o preço fixado no edital."

.....
"A COPEL, como se sabe e noticiam os jornais, pretende, ainda, realizar a obra.

Penso, pois, que o motivo da revogação não corresponde a interesse público superveniente, de não mais continuar a obra. Ele foi afirmado, no ato impugnado, como mera repetição da linguagem da lei."

.....
8. Bem se vê que os motivos de fato alegados, não se ajustam aos de direito.

9. A apelante, em suas razões, inicialmente argumenta que, na espécie, se cuida de licitação de tipo mistotécnica, preço e preço-base - compatível com a cláusula do preço-teto e com a sanção de desclassificação decorrente de sua ofensa à lei (art. 39 do DL 2.300/86) e nas instruções (IP-5.6), insistindo, também, na preclusão do direito das impetrantes de impugnar a licitação e na dimensão fática do exame do preço-limite, para, após, sustentar ocorrer, "in casu", justa causa no ato revocativo, substanciado no motivo superveniente resultante do fato concreto de todas as propostas oferecidas haverem ultrapassado o preço máximo estabelecido em cláusula válida, e, por fim, critica a sentença, apontando-a como desarrazoada, contraditória, sem apoio na prova, encerrando juízo meramente subjetivo, sem efeito práti-

co, e que a hipótese configura carência do direito à impetração por falta de legitimação processual.

10. Abeirando-me do exame das divergências que ressaem dos autos, por primeiro, frise-se que a inicial arguiu a inexequibilidade fático-jurídica do Edital, sob as considerações de que, no ângulo fático, o limite eleito fora fixado arbitrariamente, distante dos preços de mercado, como o reconheceu a autoridade impetrada na decisão revocatória, e no prisma jurídico, o fator preço máximo não encontra amparo em lei, sendo certo, no entanto, que o julgado recorrido cuidou, apenas, da dimensão fática, para dá-la como inapreciável "in casu", por depender de prova específica, abstendo-se de examinar o aspecto jurídico, em face da decadência do direito de impugnar, que admitiu.

11. Extrai-se da inicial que, no particular, foi dada ênfase ao aspecto jurídico da alegação aparecendo a sua face fática, em posição secundária.

12. De outro lado, é verdade que, no caso da ação mandamental, a prova deve vir pré-constituída, mas não é menos verdade que "in concreto", a deliberação atacada, ao entender que o interesse público impunha à COPEL a avaliação de alternativas técnicas, econômicas e financeiras, para realização da meta pretendida em ordem a criar condições que possibilitassem aos concorrentes a observância do preço-teto, deixa ver, claramente visto, o reconhecimento pela empresa estatal paranaense de que o limite pré-estabelecido no Edital conflitava, concretamente, com os valores de mercado.

13. Sob esse enfoque, afigura-se-me perfeitamente curial a tese da inicial de que, "in specie" há prova idônea, concludente, da inexequibilidade econômica da licitação, se admitido preço máximo eleito.

14. No concernente à tese da decadência do direito de as impetrantes impugnarem a cláusula censurada do preço-teto, primeiramente é de recordar-se que uma das notas tônicas que compõem o perfil político-jurídico do Estado Democrático de Direito, para usar a linguagem de nossa Constituição atual, é a de que o ente estatal se encontra submetido à lei por ele editada e que as relações de que ele participa não são simples laços de fato, de mera autoridade ou soberania, mas são vínculos jurídicos que geram direitos públicos subjetivos oponíveis ao próprio Estado.

15. De outro lado, não basta que se proclame a supremacia da lei na vida do Estado, mas impõe-se, ainda, na estrutura estatal, o destaque orgânico de uma função, erigida em Poder que contraste a juridicidade dos atos do Poder Público, função que se preordena a ser exercitada com isenção e independência, através do devido procedimento legal, observado o tripé jurisdic-

ção, processo e ação, em que se assegure o contraditório próprio e a definitividade do julgamento, obrigatório para as partes em litígio.

16. São duas diretivas que se completam e se implicam, a da sujeição do Estado à lei e o direito à jurisdição, ao Juiz natural, constitucional, ou, em outras palavras, o princípio da legalidade só se aperfeiçoa, só atualiza suas virtualidades, com a garantia do controle dos atos do Poder Público, através do órgão próprio e na forma própria.

17. Nessa ordem de idéias, vem-se posicionando o nosso constitucionalismo republicano, em especial, a partir da Constituição Federal de 1946 (art. 141, § 4º) quando o princípio foi positivado, sendo certo que os juristas brasileiros têm procurado extrair desse dogma todas suas potencialidades assim nos domínios do direito constitucional como, também, no campo do direito processual, em particular, o direito de ação, sob a premissa de que aqui se deferiu ao judiciário a plenitude da função judicante, o seu monopólio.

18. Ao propósito, leciona Seabra Fagundes que por fora dessa orientação constitucional "se tornam intoleráveis as vias oblíquas de que se queira valer o Congresso para subtrair certas controvérsias à análise e dirimição judicial" acrescentando que "onde se possa identificar um expediente para impedir ou adiar indefinidamente a formulação de pretensão jurídica perante a justiça, aí haverá não apenas um atentado ao espírito do regime, senão a violação flagrante e frontal do preceito do artigo 141, § 4º da Lei Suprema (RT-173/109); Frederico Marques, sob o mesmo fundamento sustenta a obrigação constitucional do Estado de prestar a tutela jurisdicional a quem haja sofrido lesão de direito, daqui decorrendo o direito de ação e do devido processo legal (Rev. Dir. Proc. - 1963 - 2ª - 13).

19. No mesmo sentido são os ensinamentos de Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº I, de 1969, V/108-9), Ada Pellegrini (As Garantias Constitucionais do Direito de Ação - § 50, pg. 153/8), Kazuo Watanabe (Controle Jurisdicional, pgs. 28 e seguintes).

20. Confirmando a tradição desse cânone, a Constituição de 1988 repetiu-o, em linguagem abrangente, ao dispor que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, item XXXV).

21. À luz das considerações tecidas, conclui-se que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em nosso sistema jurídico-constitucional, assegura não só o acesso ao Poder Judiciário como também a tutela qualificada contra qualquer forma de denegação de justiça, a abranger tanto situações substantivas como processuais de direito público ou de direito privado.

22. Cabe, agora, partindo-se dessas conclusões, examinar-se a espécie, ao foco do estatuto jurídico respectivo, constante do DL 2.300/86, de acordo com os dispositivos pertinentes ao debate “verbis”:

“Art. 4º - Todos quantos participem de licitação instaurada e procedida por órgão ou ente de Administração Federal, têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento, nos termos deste Decreto-lei.

.....
Art. 73 -

§ 1º - Decairá do direito de impugnar perante a Administração os termos do Edital de licitação aquele que, tendo-o aceito, sem objeção venha a apontar, depois do julgamento, falhas ou irregularidades que o viciaram, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.”

23. No atinente ao art. 4º, recorde-se que, como acentuado no item 13 retro, os vínculos que se estabelecem entre o Estado e o cidadão, entre a Administração Pública e o administrado, não são simples relação de fato, de mera autoridade, mas são laços jurídicos que geram em favor do cidadão-administrado, não simples súdito, direitos subjetivos públicos oponíveis ao próprio Estado, entendidos, como tais, no ensinamento de Cretella Júnior (Tratado de Direito Administrativo II/338) “a faculdade específica de exigir em favor do administrado, decorrente da relação jurídico-administrativa”, valendo o dispositivo ora comentado não só como consagração do princípio da legalidade, no seio do procedimento licitatório, mas, ainda, como fonte de uma faculdade ativa do licitante de exigir a que corresponde uma obrigação do ente licitador passivo, sendo certo que aqui o direito subjetivado no licitante nasce mediatamente da lei e imediatamente da licitação.

24. Detendo-se, nesta altura, no § 1º do art. 33 transcrito, vê-se que o mesmo é expresso em limitar o âmbito de eficácia da decadência ali estipulada à esfera da administração, resguardando, assim, o acesso do licitante ao judiciário, em respeito ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no constitucionalismo brasileiro, conforme enfatizado nos itens 16 a 20 retro, aliás, a dicção “impugnar” sugere, antes, procedimento administrativo que processo judicial.

25. Frise-se, também, que o termo “falhas” se entente, antes, com omissão, lacuna, e que a voz “irregularidades” harmoniza-se com vício que não

reflita ponderavelmente no interesse público (Seabra Fagundes - Controle do Ato administrativo pelo Poder Judiciário - 4ª edição - pg. 67), acepções que não se acomodam ao caso concreto, relacionado com a nulidade de cláusula relevante para a sorte da licitação.

26. Nesse contexto, fixado o alcance do § 2º em tela, aos domínios da Administração, o seu prolongamento à esfera judicial em ordem a mutilar o direito de ação, de acesso ao judiciário, não encontra amparo constitucional nem legal, e, "a fortiori" irrelevante, para tanto, o disposto na IP-2.4.

27. O respeitável precedente jurisprudencial em contrário trazido a debate nas doutíssimas razões de apelação foi proferido em regime jurídico anterior estando incompatibilizado com o sistema atual, na linha de idéias expostas nos itens 23 e 24 retro.

28. Nessa ordem de raciocínio e atento ao "jus novum" expresso, não há falar-se em ilegitimidade ativa "ad causam" das impetrantes para pleitearem em juízo direito a elas subjetivamente referido e que entendem hostilizado pela cláusula editalícia citada, assistindo-lhes, ainda, interesse de agir em face da resistência da autoridade impetrada, sendo sempre de lembrar-se que, em nosso direito processual codificado, as condições da ação são apreciáveis "in abstracto", conforme a doutrina de Liebman a que se filia, reconhecidamente, o nosso estatuto processual, e, na mesma linha de sustentação, não há cogitar-se de preclusão do direito das impetrantes de ingressarem em juízo, objetivando a desconstituição do ato impugnado.

29. Fixados todos esses pressupostos, resta posicionar-se em face da divergência nuclear relativamente à validade jurídica da revogação da concorrência respectiva, se susceptível de desconstituição, como entendeu a sentença de primeiro grau, ou se decretada legitimamente, segundo sustenta a apelante.

30. De início, estremando um instituto de outro, é de assentar-se que revogação é a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz por outro, sob razões de conveniência e oportunidade respeitados os efeitos precedentes, enquanto a anulação, invalidação ou anulamento é a supressão, com efeito retroativo, de um ato administrativo praticado em desconformidade com a ordem jurídica (Zanobini - Direito Administrativo - 1936 - pg. 354; Bielsa - Derecho Administrativo, I/255; Gabino Fraga - Derecho Administrativo - 1973 - pg. 305 e 314; Manuel Maria Diez - El Acto Administrativo - 1956, pg. 235 e segs; Marcelo Caetano - Manual de Direito Administrativo II - 423 e segs.; Miguel Reale - Revogação e Anulamento do Ato Administrativo - 1980 - pg. 27/33; Hely Meirelles - Direito Administrativo Brasileiro - pg. 210/213; Osvaldo Aranha Bandeira de Melo - Princípios de Direito Adminis-

trativo - vol. I, pgs. 46 e 532; Celso Antônio Bandeira de Melo - Elementos de Direito Administrativo - 1980 - pg. 76 e 88; Ada Pellegrini - R.D.P. 21/124; Mário Mazagão - Curso de Direito Administrativo, 3ª ed. pg. 176 e sgs.; Cretella Junior - Controle Jurisdicional do Ato Administrativo - pg. 320 e sgs.).

31. Embora a literatura jurídica especializada, como se das fontes acima indicadas reconheça à Administração o poder de revogar seus próprios atos e o proclama a jurisprudência (Súmula 471 do S.T.F.) e, "in specie" haja texto legal autorizativo (art. 39) bem como editalício (IP 5.6) o certo é que a autotutela administrativa, a auto-impugnação, manifestada na prerrogativa de auto-revisão, cuida-se de uma regalia jurídica e, como tal, deve ser tratada, e, assim, susceptível de controle jurisdicional, no plano da legalidade.

32. Confrontando-se a sentença apelada com essas colocações, vê-se que o juízo "a quo", ao desconstituir o ato impugnado, fê-lo sob a consideração básica de inexistência de adequação jurídica entre o motivo alegado, situado no item IP - 5.4. conforme as informações, e o ato praticado, e, ainda, que tal motivo não corresponde a interesse público superveniente de não mais continuar a obra, vale dizer, o ato praticado pela licitadora não coincide com o autorizado no Edital, ou, os motivos de fato do ato atacado não se ajustam aos de direito.

33. Consoante se induz da síntese acima, a tese básica do julgado recorrido, invalidando a deliberação impugnada, ao fundamento da falta de correlação lógico-jurídica entre o motivo alegado e o conteúdo do ato praticado, identifica-se como a doutrina hoje muito aceita, no território do direito administrativo, orientada no sentido de destacar a causa do ato administrativo (pressuposto lógico) do motivo (pressuposto objetivo), segundo leciona André Gonçalves Pereira, consagrado administrativista português (Erro e Illegalidade do Ato Administrativo - pg. 122).

34. Celso Antônio Bandeira de Melo (Elementos de Direito Administrativo - pg. 48), ao propósito, após definir a causa do ato administrativo como o vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato, anota adequadamente:

"Então a falta de "causa", na acepção adotada, invalida o ato administrativo. Isto é, se o agente se baseia em motivos que não mantêm congruência, pertinência, como ato que praticou, este estará viciado. A ausência de adequação lógica entre o pressuposto em que o agente se fundou e o ato que praticou compromete irremissivelmente sua conduta.

41 - A noção de causa acima exposta é importante porque graças a ela o Judiciário pode controlar a validade do comportamento da administração, mesmo quando a lei não enuncia os motivos que legitimam a prática de um ato. Portanto, ainda quando a agente pode escolher os motivos, cumpre que estes guardam relação de pertinência com o ato praticado. Causa não se confunde com motivo.

Com efeito: motivo é o pressuposto do fato; causa é relação entre ele e o conteúdo do ato em vista da finalidade que a lei lhe assinou como própria.”

35. A tese exposta foi, por igual, entre nós adotada por Maria Cueva Silva e Vaz Cerqueira, quando, ao referir-se ao conceito de causa elaborado por André Gonçalves Pereira acentua:

“Revela dito conceito grande utilidade para efeitos de anulação do ato administrativo por erro de fato, visto que, em se tratando de ato resultante do exercício de poderes discricionários, a validade do mesmo dependerá de um exame da aludida relação de pertinência lógica entre os pressupostos e o conteúdo do ato.” (pg. 28/29).

36. Observe-se que também sob o enfoque da teoria moderna do “desvio de poder” a tese da sentença encontra suporte jurídico, pois hoje, ao lado da concepção subjetiva do “détournement du pouvoir”, de diagnóstico e identificação quase sempre difíceis, construiu-se a visão objetiva, isto é, esse vício, conforme leciona Celso Antônio, se configura, não só quando o agente público objetiva uma finalidade alheia ao interesse público, mas, por igual, quando persegue uma finalidade, ainda que de interesse público alheia à “categoria” do ato que utiliza (Elementos de Direito Administrativo - pg. 47).

37. Nessa mesma linha de orientação se posiciona Maria Cueva Silva e Vaz Cerqueira, em sua excelente monografia o “Desvio do Poder do Ato Administrativo”, ao examinar essa modalidade de desvio de finalidade, ao analisar a hipótese em que o agente, mesmo perseguindo fim de interesse público compreendido na esfera de sua competência, pratica ato sob motivo incompatível com o conteúdo respectivo (pgs. 81 e segs.).

38. Aliás, a concepção objetiva do desvio de finalidade se insere inequivocamente no conceito deste vício recebido no art. 2º, “d” da Lei 4.717/75.

39. Dessarte, o enfoque da espécie, seja à luz da teoria da causa como pressuposto lógico do ato administrativo, seja ao lume da concepção objetiva

do desvio de poder, conduz à manutenção da sentença recorrida, em face da inexistência de correlação lógico-jurídica entre o motivo alegado e o conteúdo do ato praticado, vício suficiente para provocar a invalidade do ato revocatório impugnado.

40. A tudo isso acresce a circunstancialidade que cercou a revogação decretada, de um lado, por tratar-se de obra de alto significado administrativo, técnico e financeiro que, certamente, reclamou pesquisas de mercado, estudos e levantamentos sérios e qualificados, em ordem a assegurar adequadamente a marcha do projeto no tempo e a afastar surpresas e óbices na execução das obras, num planejamento racional técnica e financeiramente e, de outra parte, por cuidar-se de obra cuja primeira fase já foi executada, aliás, pelas próprias impetrantes, a que se seguiu a segunda etapa, em que os concorrentes já tiveram sua proposta técnica admitida.

41. Nesse contexto o ato revocatório baixado ao pretexto da necessidade de avaliar alternativas técnicas, econômicas e financeiras, para a execução do projeto, ao lado de frustradas expectativas razoáveis e legítimas dos concorrentes, criou situação constrangedora para a própria licitadora, autorizando concluir-se que ou a empresa de eletricidade fixou arbitrariamente o preço-teto, sem considerar as coordenadas técnicas e financeiras dos levantamentos prévios, ou esses trabalhos não guardaram adequação técnica e financeira que viabilizasse a execução do projeto no tempo, fatos que num e noutro caso, depõem contra a seriedade da programação e a idoneidade da licitadora, aspectos para os quais nada contribuíram os licitantes.

42. É certo que a Administração pode revogar a licitação, em qualquer de suas fases, embora o faça normalmente após a adjudicação ou aprovação, mas não é menos certo que se cuida de uma regalia jurídica, discricionária e não arbitrária, sob justa causa, devidamente fundada em motivos precisos e objetivos, e não, vagos e gerais, como ocorre "in casu".

43. Ao propósito pondera Adilson Abreu Dallari em "Aspectos Jurídicos da Licitação" (pg. 108) com sua reconhecida autoridade na matéria:

"É preciso, portanto, verificar quem deu ensejo à anulação e se a revogação foi proferida dentro dos limites da discricionariedade, por motivo justo e para atender a uma finalidade de interesse público, pois não é possível aceitar o entendimento de que a Administração seja completamente irresponsável com relação aos danos que possa causar ao particular por negligência ou malícia de seus agentes.

Convêm lembrar que o particular, algumas vezes, dispense vultosas importâncias para participar de uma licitação (seja em dinheiro, seja em recursos de trabalho; na preparação de projetos, planos e programas necessários à elaboração da proposta) ou deixa de realizar outros contratos, em virtude de comprometer seu pessoal e seus equipamentos com a proposta oferecida. À seriedade, de que deve se revestir a proposta formulada pelo particular, deve corresponder, por parte da Administração, o firme propósito de adjudicar ao melhor proponente o objeto da licitação.”

44. Por tudo quanto foi aduzido e deduzido, concluo, de um lado, que é de ser conhecido o presente mandado de segurança, não havendo falar-se em carência da ação mandamental ou ilegitimidade ativa “ad causam” para a impetração, e, de outro, que a revogação ora enfocada está enferma de vício essencial, seja sob a ótica do pressuposto da causa do ato administrativo ou da ocorrência de desvio de poder na concepção objetiva de justa causa, com vista à legitimação do ato impugnado, sendo verdade, ainda, que não restou comprovado tenha havido motivo superveniente de interesse público que justifique a revogação ou a cessação de interesse público o prosseguimento da segunda etapa.

Apelação em Mandado de Segurança nº 150.306

45. No presente mandado de segurança as mesmas impetrantes do “writ” anteriormente focalizado, voltam-se, agora, contra ato da Presidência da COPEL que, homologando relatório da comissão de análise e julgamento que presidiu aos trabalhos da concorrência S-01B, desclassificou as propostas, ao fundamento de terem hostilizado o preço-teto previsto no Edital, em cláusula eficaz, não impugnada oportunamente, sustentando as impetrantes, em síntese, a inoponibilidade, em Juízo, da tese da decadência do direito de impugnar norma editalícia, a inexequibilidade jurídica da estipulação do preço-limite, porque sem amparo legal, havendo o MM Juiz “a quo”, após rejeitar as preliminares de incompetência da Justiça Federal, incompetência absoluta do Juízo a que foi distribuído o feito, em razão de prevenção e conexão em face de mandado anterior, bem como as teses de carência de ação e preclusão do direito de impugnar, deferiu a segurança “para declarar nula a desclassificação impugnada e determinar que outro julgamento seja feito, com base na lei e no edital, este expungido da cláusula nula por ilegalidade.”

46. Extraí-se, nuclearmente, da sentença de primeiro grau:

“A Administração não pode, pois, à margem da lei eleger, inovar, criar ou de qualquer modo introduzir no procedimento um fator, transformá-

lo em tipo e considerá-lo “condição fundamental da concorrência” (fls. 371).

.....
“A exigência de um “preço-teto”, juridicamente inexequível é nula de pleno direito. O ato desclassificatório, aliás, se baseia, somente, na inobservância do preço-teto, depois de considerar aceitáveis as propostas técnicas.

Sendo a obrigatoriedade do “preço-teto” desamparada por lei, a cláusula que o encerra é juridicamente inexequível. Há de ser tido como nulo, sem nenhum efeito por ilegalidade absoluta.

Como consequência, se o preço-teto não existe como tipo de licitação, e se a Administração deverá julgar o certame “em conformidade com os tipos de licitação “(art. 37, “caput”), a desclassificação nele fundada fls. 317) é, igualmente, nula porque ilegal.

Se o “preço-teto” não pode prevalecer por violar o Estatuto das Licitações, e se o único motivo para a desclassificação foi a não observância dele, nada obsta a que haja uma ampla apreciação do mérito das propostas, já que, repita-se, o “preço-teto” é juridicamente inexequível.

O “preço-teto”, assim, elevado à categoria de “tipo” da licitação, dentro dessa ordem de idéias, não é de ser levado em consideração porque é ele inidôneo para a produção de efeitos jurídicos. Não pode servir de base para justificar o arbítrio da Administração.”

47. A apelante, em suas razões, renova as preliminares de incompetência absoluta do Juiz prolator da sentença, em razão de prevenção de outro Juiz por conexão, nulidade do julgado, porque proferido “extra petita”, licitude da cláusula editalícia estabelecadora do preço-teto, nulidade manifesta da concorrência, na hipótese de ser considerada a cláusula referida tal como determina o art. 39 do decreto-lei 2.300/86 e inépcia da inicial em virtude da decadência do direito de impugnar a norma do preço-teto antes do julgamento da concorrência.

48. As preliminares de incompetência absoluta do Juiz prolator da sentença e de nulidade do julgado, em razão de decisão “extra petita”, não foram objeto de consulta em face de natureza estritamente processual de ambas, restando-me, apenas, sublinhar que a primeira está debatida doutamente em parecer junto aos autos, emitido pelo eminente processualista-Cândido Rangel Dinamarco e foi rejeitada fundamentalmente no r. Juízo “a quo”, e a segunda recebeu resposta apropriada nas duntas contra-razões da apelada.

49. Quanto à primeira, peço licença para lembrar que o perfil técnico-jurídico da conexão e prevenção é o desenhado no direito processual positivo, encontrando-se a eficácia desses institutos condicionada aos limites ali pretraçados, e, dentro nessas balisas, elas operam processualmente; no pertinente à segunda, acentuo que entre o pedido - decretar a classificação e adjudicação - e a prestação jurisdicional entregue - declaração de nulidade da desclassificação com a decorrência de novo julgamento, expungida a cláusula do preço-teto - há inequivocadamente uma relação de "majus" para "minus", de continente para conteúdo, de antecedente para conseqüente, sendo certo que a nulidade da desclassificação declarada na sentença é pressuposto lógico-jurídico do pedido formulado.

50. No tocante à tese da decadência do direito de as impetrantes impugnam a cláusula do preço-teto, posta nas informações, repelida no Juízo "a quo" e renovada na apelação, reporto-me aos itens 14 a 28 deste parecer, onde sustentei, ao foco do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e da eficácia do § 1º do art. 33 do decreto-lei 2.300/86 apenas no âmbito da Administração, a inoponibilidade em Juízo da preclusão alegada e a conseqüente titularidade ativa dos requerentes para a impetração, excluídas, decorrentemente, as arguições de carência de ação e inépcia da inicial.

51. Nesse particular, acrescento que a licitação, seja considerada globalmente seja nas suas várias etapas, permanece como procedimento administrativo unilateral, não dando espaço a acordo de vontades como se ocorresse contrato, pelo que as suas regras valem independentemente da adesão dos licitantes, e, por isso mesmo, a inserção dos disputantes no seu contexto normativo não valida ou invalida suas regras, e, assim, qualquer manifestação de anuência dos concorrentes, expressa ou tácita, não lhes retira o direito de impugnar, em Juízo, norma editalícia que os prejudique.

52. Fixados esses posicionamentos prévios, toca, agora, examinar-se a validade da cláusula do preço-teto, sustentada na apelação.

53. Para o melhor encaminhamento da matéria é de partir-se do estatuto jurídico das licitações, em função dos preceitos abaixo transcritos:

"Art. 36 - No julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os seguintes fatores:

I - qualidade:

II - rendimento:

III - preço:

IV - prazo;

V - outros previstos no edital ou no convite.

Art. 37 - O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente neles referidos.

Parágrafo único - Para os efeitos deste artigo, constituem tipo de licitação:

I - a de menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço; e

IV - a de preço base, em que a administração fixe um valor inicial e estabeleça, em função dele, limites mínimo e máximo de preços, especificados no ato convocatório.

Art. 38 - Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - as propostas com preços excessivos ou manifestamente inesequíveis.

Parágrafo único - Quando todas as propostas forem desclassificadas, a Administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para apresentação de outras escoimadas das causas referidas neste artigo.”

54. Correlatamente dispõem as instruções aos proponentes:

IP - 3.1 - Instruções Gerais

A proposta compreende:

Proposta Técnica, conforme IP-3.2 destas instruções.

Proposta Comercial, conforme IP-3.3 destas instruções.

A COPEL não considerará as Propostas que estiverem em desacordo com as normas estabelecidas nestas instruções.

IP - 5.2 - Propostas Classificadas

Não haverá pontuação na avaliação das Propostas Técnicas. As Propostas Técnicas serão julgadas aceitáveis ou inaceitáveis.

.....
IP - 5.4.1 - Desclassificação Sumária da Proposta

Na avaliação das Propostas, a COPEL considerará em desacordo com as estipulações destas Instruções e dos Documentos de Contrato, o que será motivo suficiente para a desclassificação sumária, as propostas comerciais que:

.....
Apresentarem a importância total da Proposta, indicada na Lista de Quantidade e Preços da Seção PP-2 da Parte 2 do Volume I dos Documentos de Contrato, corrigida segundo IP - 5.4.2 destas Instruções, em montante superior ao equivalente dezoito milhões (18.000.000) de vezes o valor da Obrigação do Tesouro Nacional - OTN referente ao mês da apresentação da Proposta.”

.....
IP - 5.4.3 - Desclassificação da Proposta

Se os preços apresentados na Proposta Comercial forem incompatíveis com os custos que o proponente terá com a realização da Obra, ou desproporcionais em relação aos índices de produtividade definidos na Proposta Técnica. A COPEL considerará a Proposta financeiramente inexecutável e a desclassificará.

55. A análise dos artigos 36, 37 e 38, transcritos mostra que o legislador, após destacar os fatores a serem ponderados no julgamento das propostas e os tipos de licitação, vincula a classificação a critério objetivo, assim entendido aquele que guarde conformidade com o tipo de licitação eleito no edital e com os fatores de ponderação nele previstos; outrossim, foi estabelecida a desclassificação das propostas que não atendam às exigências do ato convocatório e as que apresentem preço excessivo ou manifestamente inexecutável.

56. Paralelamente, as Instruções aos Proponentes demonstram que a Proposta se desdobrará em Técnica e Comercial, não sendo consideradas as ofertas que estiverem em desacordo com as normas nelas estabelecidas, e que a licitação é do tipo técnica e preço, sendo apontado vencedor o proponente que, atendidas as condições estipuladas, apresente proposta técnica aceitável e comercial, de menor preço; de outro lado, na avaliação das propostas a que ultrapassar o preço-teto, fixado nas Instruções, sofrerá desclassificação sumária, e, ainda, se os preços oferecidos na proposta comercial forem incompatíveis com os custos que o proponente terá com a realização das obras ou desproporcionais em relação aos índices de produtividade definidos na proposta técnica, a oferta será considerada financeiramente inexecutável (IP 3.1.2, 5.2, 5.3.1, 5.4.1 e 5.4.3).

57. A questão nuclear neste mandado de segurança reside em fixar-se se é válida a cláusula do preço-teto, estipulado no Edital, considerada isolada ou em conjugação com o tipo de licitação de técnica e preço, tese impugnada na douta inicial, repelida na sentença de primeiro grau e afirmada doutamente nas informações e na apelação.

58. O respeitável julgado recorrido, ao repelir a cláusula do preço teto, partiu da premissa básica de que, não acolhido em lei o preço máximo como tipo de licitação, não pode ela ser exigida no edital ou fazer-se dela consideração fundamental do julgamento, sob pena de constituir inovação não permitida na legislação pertinente, enquanto a apelante opõe que o elenco de tipos cogitados no parágrafo único do artigo 37 do estatuto respectivo não pode ser interpretado rigidamente, comportando combinações nas quais se insere validamente a cláusula discutida.

59. Posta a controvérsia nesses termos, inicialmente, numa visão rápida da sistemática do Estatuto das Licitações, no particular do tema, vê-se que, no plano da combinação de tipos, só há menção expressa ao da técnica e preço, não prevendo explicitamente outras conjugações, e que, no plano do preço, só alude à hipótese do preço mínimo, silenciando a cerca do preço máximo; de outro lado, o preço limite não se inclui entre os fatores a serem considerados no julgamento (art. 38), pois o seu alcance é eliminatório, desclassificatório e, não de ponderação.

60. Ademais, partindo-se da noção de preço base estabelecido no item IV do parágrafo único do art. 37, não há confundir-se o mesmo com preço-teto, importando a identificação de ambos em descaracterizar-se ou mutilar-se o conceito legal referido, aliás, já construído doutrinariamente.

61. De outro lado, detendo-se nas hipóteses de desclassificação de que fala o item II do art. 38 do estatuto, em primeiro lugar, não há misturar-se o conceito de preço excessivo de que fala o seu item II com a rigidez matemática do preço-teto, pois aquele - preço excessivo - é um "standart" flexível, de quantificação determinável, em função de mercado, impondo ao licitador, para sua sustentação prova plena, "a posteriori", enquanto o segundo já se encontra pré-determinado no seu "quantum", independentemente de prova específica.

62. Não se objete que a desclassificação operada encontre apoio no item I do mesmo artigo 38, porquanto é evidente que aqui o legislador se refere à cláusula editalícia legal, lícita, aspecto que ora se discute no relativo à norma do preço-teto.

63. Centrando-se a análise no edital, vê-se, de um lado, estar superada qualquer discussão a respeito da proposta técnica, considerada aceitável pela licitadora, e, de outro, que a desclassificação da proposta comercial é regida pelos itens IP - 5.4.2 e 5.4.1, inaplicáveis ao caso concreto, ressalvada a cláusula do preço-teto cuja validade ora se debate.

64. Na seqüência dessas idéias, conclui-se que o preço-teto ora focado não encontra amparo no decreto-lei 2.300/86, seja porque contraria a sua sistemática (itens 59 e 60 retro), seja por não se identificar com qualquer dos fatores a serem considerados no julgamento, explicitados no art. 36, sendo, ainda, inassimilável ao tipo preço-base, e, também, inincluível nos casos de desclassificação previstos nos itens I e II do art. 38 de mesmo estatuto; por igual, não encontra suporte em cláusula válida constante do edital respectivo.

65. Dessarte, inteiramente procedentes, “in casu”, as assertivas do ilustre sentenciante quando afirmou:

“Não acolhido na lei como **tipo** o “preço-teto” não pode ele ser exigido no edital, ou fazer dele consideração básica do julgamento, máxime quando a lei manda que este seja feito “na conformidade com os tipos de licitação”, sob pena de constituir inovação não permitida na legislação pertinente e ofensa grave ao regime de licitação.

A discricção administrativa vai até a escolha entre os tipos enumerados, taxativamente, na lei, mas o Estatuto não permite à Administração inovar, inventar, criando um tipo diferente daqueles quatro estabelecidos de forma cogente. A adoção de um quinto tipo, ao arreiPIO da lei, é ato possível de censura pelo Poder Judiciário em obediência ao princípio da legalidade do ato administrativo.

Outra não é, aliás, a linguagem da lei ao determinar o julgamento objetivo “em conformidade com os tipos de licitação” (art. 37, caput) e ao explicitar que para a obtenção do julgamento objetivo “constituem tipos de licitação” “(parágrafo único do art. 37).”

66. Em suma: não encontrando a cláusula do preço-teto suporte em lei ou em cláusula válida do edital, ela se apresenta insubsistente, de valor nenhum, ineficaz, inexigível e inexecutável juridicamente, e, assim, sem força para fundamentar a desclassificação impugnada na inicial.

67. Por fim, sublinhe-se que a eliminação da cláusula do preço-teto, por si só, não impede que novo julgamento seja feito, consoante determinado na sentença, de uma parte, porque a qualificação de uma hipótese como por-

tadora de interesse público é, antes de tudo, tarefa do legislador, valoração que vincula a Administração, e, por isso mesmo, não há falar-se em interesse público, tendo por suporte cláusula ilícita, e de outra, porque o útil não se vicia pelo inútil; ou por outras palavras, o poder-dever da Administração de realizar o interesse público é uma prerrogativa jurídica e só exercitável legitimamente num contexto de legalidade.

68. Por tudo quanto foi exposto, debatido e concluído, respondo à consulta formulada nestes termos:

a) a revogação enfocada na AMS 140.299 padece de vício essencial, quer sob a ótica da causa do ato administrativo ou pela ocorrência de desvio de poder, na concepção objetiva deste instituto, quer pela ausência de demonstração objetiva de justa causa pertinentemente ao ato impugnado;

b) no relativo à AMS 150.306, o preço-teto ora focalizado não encontra amparo no decreto-lei 2.300/86, seja porque contraria a sua sistemática (itens 59 e 60 retro), seja por não se identificar com qualquer dos tipos licitatórios modelados no art. 37, ou com qualquer dos fatores a serem considerados no julgamento de licitação, explicitados no art. 36, sendo, ainda, inassimilável ao tipo preço-base, e, também, inincluível nos casos de desclassificação previstos nos itens I e II do art. 38 do mesmo estatuto; por igual, não encontra suporte em cláusula válida constante do edital respectivo.

c) improcede a alegação de decadência do direito à impetração, num e noutro mandado de segurança, seja porque a tese afronta o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional acolhida no constitucionalismo brasileiro, seja porque a preclusão prevista no parágrafo primeiro do art. 33 do estatuto tem sua eficácia limitada ao âmbito da Administração Pública, não havendo, à luz desses pressupostos, falar-se em ilegitimação ativa das impetrantes ou em carência de ação.

É o meu parecer.

Brasília, março de 1989

Sebastião Reis