



P A R E C E R E S

CONCORRÊNCIA PÚBLICA

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 3335

Relator: Exmo. Sr. Desembargador DÉCIO PIO BORGES

Requerente: SHELL BRASIL S/A — Petróleo

Informante: Excelentíssimo Senhor GOVERNADOR DO ESTADO
DA GUANABARA

Mandado de Segurança. Denegação. Novos critérios de julgamento estabelecidos pelo decreto-lei federal n.º 200, de 25.2.967, opostos aos do antigo Código de Contabilidade da União Federal. No conceito lato de preço administrativo se incluem todas as vantagens econômicas. Distinção entre condição e elementos que a compõem. O Edital vincula a Administração e os Concorrentes.

P A R E C E R

DAS ALEGAÇÕES DAS PARTES

1. A SHELL BRASIL S/A — Petróleo, impetrou o presente Mandado de Segurança contra o ato do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado da Guanabara, que homologou o resultado da concorrência para a concessão de serviços de venda de gasolina e de áreas de estacionamento no Parque do Flamengo, declarando vencedora a proposta da PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. — PETROBRÁS.

Alega a impetrante que a decisão contra a qual recorre é nula porque considerou vencedora a PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. — PETROBRÁS, com base no fato de esta ter oferecido vantagens econômicas que não eram, em termos de pertinência, superiores às da considerada vencedora.

Assim julgando, a decisão homologatória da concorrência teria deixado de observar o art. 133 da Lei Federal n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, mandada aplicar aos estados e municípios pela Lei federal n.º 5.456, de 20 de junho de 1968. Sendo ainda ilegal, segundo afirma, a cláusula 24 do Edital de Concorrência, quando estabeleceu o critério de poder ser dada a preferência, no julgamento, à proposta que maior soma de vantagens complementares oferecesse ao Estado da Guanabara.

Conclui a sua petição pedindo alternativamente a adjudicação da concessão ou a nulidade da concorrência, dizendo textualmente que impetra o Mandado com o objetivo de:

“assegurar-se à Impetrante a concessão de exploração de áreas de estacionamento e postos de gasolina no Parque do Flamengo, por ter ela oferecido as melhores condições pertinentes ao objeto da licitação”

ou

“de ser declarada nula e de nenhum efeito a referida concorrência, por infração ao art. 133 do Decreto-lei 200, de 1967, e violação dos princípios essenciais que regem as licitações públicas” (fls. 16/17).

2. O Excelentíssimo Senhor Governador do Estado prestou as informações de fls. 40 a 65, onde demonstra não ter havido qualquer ilegalidade. Do próprio Edital constou, como critério de julgamento, que se levariam em conta as vantagens complementares que fossem oferecidas ao Estado da Guanabara. Esse preceito, por outro lado, não ofende o princípio que se contém no art. 33 da Lei Federal n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Citou em apoio das suas alegações larga cópia dos mais abalizados autores.

3. A PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. — PETROBRÁS, sociedade de economia mista, peticionou a fls. 66, solicitando a sua admissão no feito como Assistente do Estado da Guanabara, o que lhe foi deferido pelo despacho de fls. 82.

4. A Douta Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara ofereceu as eruditas alegações de fls. 70 a 80.

II

DOS FATOS, DAS LEIS INVOCADAS E DAS ARGÜIÇÕES FUNDAMENTAIS

5. Argüi a impetrante, na inicial, a ilegalidade do Edital e do julgamento da concorrência porque foram *consideradas vantagens complementares* que não eram condições pertinentes “ao objeto da licitação”, pág. 8, *in fine*, com violação dos limites fixados no art. 133 do Decreto-lei federal n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que só admitiu outras *condições pertinentes*.

No Edital de Concorrência, o Estado da Guanabara estipulou na cláusula n.º 24 que, no julgamento das propostas, poderia ser dada preferência à que trouxesse “*maior soma de vantagens complementares ao Estado da Guanabara*”, ou *in verbis*:

“no julgamento das propostas poderá ser dada preferência à firma contratante que tenha trazido ou trazer, direta ou indiretamente, maior soma de vantagens complementares ao Estado da Guanabara” (cláusula 24 do Edital).

Realizada a concorrência, verificou-se que a impetrante, SHELL BRASIL S/A — Petróleo, oferecera 100% (cem por cento) da receita bruta total das áreas de estacionamento e 51% (cinquenta e um por cento) do lucro dos combustíveis fornecidos nos abastecimentos; ao passo que, a PETRÓLEO BRASILEIRO S/A — Petrobrás, ofereceu percentagem de 30% (trinta por cento) e 10% (dez por cento) em relação aos mesmos itens, mas, no concernente às complementares, a PETROBRÁS ofereceu diversas outras vantagens econômicas, como a participação acionária na formação do capital social da Petrobrás Distribuidora S/A, em nível compatível com a atual posição do Estado da Guanabara no capital social da PETRÓLEO BRASILEIRO S/A (Petrobrás); recolhimento da contribuição ao INPS por intermédio do Banco do Estado da Guanabara; pagamento de dividendos, também por intermédio do Banco do Estado da Guanabara e outras constantes de publicação no Diário Oficial, que se encontram a fls. 33, 34 e 35.

A impetrante, por sua vez, se refere a outras vantagens relativas a atividades próprias que contribuem para o desenvolvimento econômico do Estado (fls. 33/35).

Em face das propostas, o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado da Guanabara, homologou o resultado da concorrência e, aceitando as vantagens oferecidas pela Petróleo Brasileiro S/A (Petrobrás), declarou vencedora a sua proposta, em despacho do seguinte teor:

“A Secretaria de Finanças: Homologo o resultado da concorrência para a concessão dos serviços de venda de gasolina e áreas de estacionamento do Parque do Flamengo.

Aceitando todas as vantagens oferecidas pela Petróleo Brasileiro S.A. — Petrobrás, inclusive participação acionária na Petrobrás Distribuidora S.A., declaro a sua proposta vencedora.

Determino que o contrato seja lavrado no livro próprio do Departamento do Patrimônio da Secretaria de Finanças.

Antes da formalização do contrato, a firma vencedora terá de depositar a importância da indenização, que será paga à Shell Brasil S.A. — Petróleo, na forma do que ficou estabelecido com a ciência da firma”.

A impetrante argúi a ilegalidade desse despacho em face dos preceitos do art. 133 da Lei n.º 200, de 1967, dizendo que o julgamento levou em consideração vantagens complementares, que não eram *pertinentes ao objeto da licitação*, ao passo que, em relação às vantagens pertinentes ao objeto da licitação a proposta vencedora foi a dela, impetrante, havendo, assim, ofensa ao preceito da lei acima citado, que só admite as vantagens que sejam *pertinentes* ao objeto da licitação.

O artigo 133 do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, é do teor seguinte:

“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 de autoridade competente, sempre que não for escolhida a proposta de menor preço”.*

São esses os fatos constantes dos autos e das alegações das partes.

III

DO ESTUDO E PARECER

6. Verifica-se da exposição que, em síntese, a impetrante pede a nulidade do despacho homologatório do resultado da concorrência, porque, no julgamento, foi considerada vencedora a proposta que ofereceu maior *soma de vantagens complementares* ao Estado da Guanabara, que não eram porém *pertinentes ao objeto da licitação*, como exige, no seu entender, o art. 133 do Decreto-lei 200, de 1967 e, além disso, porque, excluídas as vantagens complementares, a proposta de maior preço seria a da impetrante.

Não tem procedência essa argumentação.

Antes de apreciar a arguição, convém ressaltar que no regime do Código de Contabilidade da União Federal o preço, no sentido restrito, era considerado como valor absoluto e o menor preço constituía a razão fundamental para julgar as concorrências. Hoje, porém, após o advento do Decreto-lei 200, de 25.2.1967, não é mais o menor preço, exclusivamente, a razão fundamental de decidir, mas outras condições e outros critérios com predominância no interesse do *serviço público*, com a finalidade de obter maiores vantagens para a Administração.

O próprio artigo 133 do Decreto-lei 200, trazido à colação pela impetrante, declara que na fixação dos critérios de julgamento levar-se-ão em conta, *“no interesse do serviço”*, diversas condições, além do preço e, no parágrafo único do mesmo artigo, declara que a autoridade deverá justificar a decisão sempre que não for escolhida *“a proposta de menor preço”*. Este, o menor preço, não é mais o critério predominante.

O Professor HELY LOPES MEIRELLES, sempre invocado com justa razão, em trabalho publicado recentemente na REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, salienta que a legislação anterior considerava o *menor preço* como fator decisivo, mas hoje, após o advento do Decreto-lei 200, não é mais esse o critério decisivo.

Declara o eminente mestre:

“O Código de Contabilidade da União e seu Regulamento consideravam o menor preço como fator preponderante para a adjudicação do objeto da concorrência. O legislador de 67, atendendo aos reclamos da doutrina e da jurisprudência realçou o interesse do serviço público, mas o edital deve ser claro quanto ao critério adotado, tendo em vista os

fatores enumerados no art. 133 e outros que especifica, não podendo o julgador deixar de considerá-los ou levar em consideração outros que não os previstos.

A finalidade do julgamento, que deve ser feito com o máximo rigor técnico na apreciação das vantagens, é apontar a proposta mais vantajosa para a Administração, de acordo, é bom repetir, com o critério fixado no edital ou convite, adjudicando-se o objeto da licitação ao proponente vencedor". (Rev. cit., vol. 105, pág. 24).

No mesmo sentido se manifesta na 2.^a edição do seu livro DIREITO ADMINISTRATIVO, págs. 258/260.

E, em parecer, mais adiante referido, o mesmo Professor Hely Lopes Meirelles afirma que a orientação apegada ao preço no sentido absoluto para o julgamento das propostas nas concorrências, resulta num apoiar-se aos termos rígidos do Código de Contabilidade da União, sem se aperceberem, os que assim pensam, no giro de 180° (cento e oitenta graus) que foi dado nessa matéria pelo artigo 133 do Decreto-lei n.º 200, de 25.2.1967, em que se concedeu prioridade ao interesse do serviço público, passando o preço, no sentido absoluto, a figurar apenas como um elemento de aferição, ou *in verbis*:

"Por outro lado, parece-nos que as opiniões em contrário a que acima nos referimos — não se veja nisso nenhum desdouro — decorrem de um entendimento conservador, na interpretação dos novos dispositivos que, no Decreto-lei n.º 200, de 1967, regulam as licitações, principalmente o art. 133 e seu parágrafo. Tal entendimento resulta, talvez, do aparente bitolamento imposto pelas normas, já revogadas, do Código de Contabilidade da União e seu Regulamento, as quais consideravam preponderantemente o menor preço como condição essencial para a adjudicação de concorrências, só admitindo "outras razões de preferência" quando expressamente assinaladas no edital (C.C.U., art. 51, § 1.º; Regulamento, arts. 743 e 755). "... Contrariamente, o legislador de 1967, atendendo aos reclamos da doutrina e da jurisprudência, imprimiu um giro de cento e oitenta graus à orientação anterior, ao conceder prioridade ao interesse do serviço público, para a aceitação da proposta mais vantajosa, passando o preço a figurar apenas como um elemento de aferição".

(Parecer transcrito no livro CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS, de Antonio Marcello da Silva, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971).

Estabelecidas essas premissas, examinemos a impugnação da impetrante. Argúi a impetrante, como vimos, que as vantagens complementares oferecidas na proposta vencedora não são pertinentes, como exige o art. 133 do Decreto-lei 200, de 25.2.1967.

Improcede, totalmente, a arguição. Em primeiro lugar, porque, aceitando, para argumentar, as vantagens como condição, elas seriam pertinentes;

em segundo lugar, porque constaram do Edital que vincula a administração e os concorrentes, pelo que, a impetrante, que aceitou as condições, não pode agora a ele se opor; em terceiro lugar, porque essas vantagens complementares não são condições, mas elementos do preço e como tais consideradas.

De fato, se aceitarmos, para argumentar, que, essas vantagens, são condições, deveriam constar do Edital e nele figuraram (cláusula 24).

Alega-se, porém, que não são pertinentes ao objeto da licitação. E' igualmente, infundada a arguição.

A impetrante aceitou o Edital, concorreu, ofereceu vantagens complementares, enumerou vantagens que contribuem para o desenvolvimento do Estado da Guanabara, entre as quais, algumas inteiramente semelhantes às da PETROBRÁS.

De fato, entre as vantagens oferecidas pela PETROBRÁS incluem-se os depósitos no Banco do Estado da Guanabara. Pois bem, não obstante a impetrante alegar a falta de pertinência dessa e outras vantagens, ela própria, na sua proposta, também invoca que contribui para o desenvolvimento do Estado da Guanabara, fazendo seus depósitos na rede bancária desta Unidade da Federação.

Como aceitar, pois, a sua alegação?

A vantagem fundamental da proposta vencedora foi a seguinte: — facultou a participação do Estado no capital da PETROBRÁS — DISTRIBUIDORA S/A, na proporção que menciona.

Por acaso esse fator não é pertinente? E' vantagem que somente a PETROBRÁS podia ministrar?

Evidentemente, não.

A impetrante é também uma distribuidora de combustíveis petrolíferos e podia, se lhe conviesse, igualmente, propor a participação do Estado no seu capital. Com o primeiro exemplo, mostramos que a impetrante ofereceu vantagem idêntica à da PETROBRÁS; com o segundo demonstra-se que a vantagem complementar dada pela vencedora podia ser conferida pela impetrante. Com isso liquida-se a alegação de *desigualdade* e de que as vantagens complementares só podiam ser oferecidas pela PETROBRÁS.

Acentue-se que estamos acolhendo esse aspecto do debate sobre as vantagens complementares, como condição, apenas para argumentar, porque, no nosso entender, as vantagens complementares se incluem no preço.

7. No caso dos autos, a chamada soma das vantagens complementares *constaram do Edital*, mas nem precisavam ser mencionadas, porque não constituem *condição*, mas elemento componente do preço.

No conceito de preço devem ser consideradas todas as vantagens econômicas oferecidas, como entende a melhor doutrina. Pode-se dizer que o preço, no sentido lato, abrange todas as vantagens econômicas e, num sentido restrito, somente o que é pago em dinheiro.

Na espécie em que o preço foi fixado por meio de percentagens sobre o rendimento bruto das áreas de estacionamento e o lucro na venda de combustíveis, por que não aceitar como componente desse preço a vantagem econômica decorrente da possibilidade de o ESTADO tornar-se acionista da PE-

TROBRÁS DISTRIBUIDORA S. A, além dos outros benefícios econômicos e financeiros oferecidos e aceitos pelo Estado? Não é comum, no comércio, entre empresas, nos seus negócios, vantagem ou pagamento com a participação no capital da sociedade anônima?

Hoje, a doutrina vem se orientando em considerar como elemento do preço todas as vantagens econômicas que possam resultar em benefício da Administração.

No início deste capítulo, vimos, citando HELY L. MEIRELLES, as modificações introduzidas pela nova legislação a respeito do preço.

Em São Paulo, a Lei n.º 10.395, de 17 de dezembro de 1970, que dispõe sobre obras, serviços, compra e alienações da Administração, preceituou no § 1.º do art. 36 que:

“no exame do preço serão consideradas todas as circunstâncias de que resulte vantagem para a Administração”.

Comentando essa norma legal, assim se expressa ANTONIO MARCELLO DA SILVA, no seu livro sobre “Contratações Administrativas”:

“Seguindo a diretriz traçada pelo art. 133 do Decreto-lei Federal n. 200, de 1967, o dispositivo em exame adotou o interesse ao serviço público como norma para a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, enumerando os fatores que devem ser apreciados no julgamento, segundo a sua importância. Por outro lado, põe fim às controvérsias até hoje existentes sobre o conceito administrativo de preço, mandando que, para a sua verificação, se levem em conta todas as circunstâncias que resulte vantagem para a Administração” (obra citada, pág. 92).

IV

PARECER, EM SÃO PAULO, DO PROFESSOR HELY LOPES MEIRELLES.

8. No Estado de São Paulo discutiu-se se devia constar do Edital a circunstância do imposto de I. C. M. ser pago ao próprio Estado ou a outra unidade da Federação, tendo em vista que na primeira hipótese havia evidente vantagem que devia ser considerada.

Em consequência, o Professor HELY LOPES MEIRELLES, então Secretário de Justiça do Estado de São Paulo, teve oportunidade de emitir parecer onde teceu considerações e conceitos muito elucidativos quanto à natureza do preço, a caracterização da condição, distinguindo-a de simples critério de julgamento.

9. Acentue-se que o Professor HELY LOPES MEIRELLES é um dos autores, por mais de uma vez, citado pela impetrante.

Trata-se de parecer publicado no *D. O. do Estado de São Paulo*, de 2 de outubro de 1970 e aprovado pelo Senhor Governador do Estado de São

Paulo, então em exercício, o Excelentíssimo Presidente do Tribunal de Justiça daquele Estado e que se encontra transcrito, na íntegra, no livro de ANTONIO MARCELLO DA SILVA sobre "CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS", que classificou esse parecer como "um completo comentário do artigo 133 do Dec. Lei Federal 200, de 25 de fevereiro de 1967."

É também importante esse parecer porque faz a distinção entre *Condição e fatores ou orientação para apreciação de uma condição, o PREÇO*. As condições precisam constar do edital, mas as formas de apreciação de uma das condições, o preço, não precisa constar do mesmo.

Em São Paulo, uma dessas apreciações não constou do edital e, não obstante, foi considerada vantagem componente do PREÇO e, assim, perfeitamente válida a ausência de menção no edital.

No caso em espécie, na Guanabara, embora não precisassem constar do edital as chamadas vantagens complementares, porque, na verdade, são vantagens econômicas que se incluem na composição do preço, dele fizeram parte.

No caso do Estado de São Paulo tratava-se de licitação para a qual havia recomendação do Senhor Secretário da Fazenda, com aprovação do Excelentíssimo Senhor Governador aos órgãos da administração do Estado, no sentido de que fossem:

"consideradas TODAS as vantagens econômicas decorrentes das propostas apresentadas, inclusive as relacionadas com o pagamento do ICM"

e que

"não se fizesse menção dessa circunstância nos EDITAIS, POR DESNECESSÁRIO".

Inicialmente, o Doutor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Professor de Direito Constitucional da Universidade do Estado de São Paulo, ex-Chefe de Gabinete do Senhor Ministro da Justiça, Professor Alfredo Buzaid, sustentou que essa orientação não precisava constar do edital, porque não importava na fixação de *condição*, mas, apenas, de um fator de apreciação de uma condição, a do PREÇO ou textualmente:

"essa orientação não importa em FIXAÇÃO DE CONDIÇÃO, mas sim de um "fator de apreciação de uma condição, a do PREÇO", O QUE TORNA DESNECESSÁRIA A SUA MENÇÃO NO EDITAL". (obra citada, pág. 94).

O Professor HELY LOPES MEIRELLES, também aceitando a mesma distinção entre *condições e elementos componentes das condições*, declara:

"Isto posto, passamos a analisar a inexigibilidade de figurar o critério proposto no edital..."

“... E nesse campo sentimo-nos bem a vontade, porque, ao tempo em que vigorava ainda a orientação rígida do Código de Contabilidade da União... já defendíamos a tese... qualquer comprador, inclusive o Estado, no SEU PRÓPRIO INTERESSE, não poderá deixar de CONSIDERAR O EFETIVO DISPÊNDIO em face de QUALQUER COMPENSAÇÃO ECONÔMICA CONCRETA, decorrente do contrato, POIS ISSO TAMBÉM IMPORTA EM REDUÇÃO DO PREÇO.”

“TAIS ELEMENTOS NÃO PRECISAM CONSTAR DO EDITAL PORQUE NÃO SÃO CONDIÇÕES mas elementos de orientação das condições. NA BUSCA DE UM RESULTADO FINAL, representando, assim, verdadeiras CONSTANTES, QUE DEVEM ESTAR PRESENTES NUM JULGAMENTO HONESTO E IMPARCIAL” (Contratações Administrativas, ob. cit., pág. 96).

Esse estudo do Professor Hely Lopes Meirelles traz à colação sentença do Dr. Juiz da 4.^a Vara da Fazenda Pública de São Paulo e parecer do Ministro Carlos Medeiros Silva, que fazem a mesma distinção e concluem defendendo o mesmo princípio da proposta mais vantajosa para o Estado, embora não fosse a de menor preço em número absoluto. (Antonio Marcello da Silva, ob. cit. págs. 94/95).

Situação idêntica ocorre na espécie dos autos onde se considerou vencedora a proposta mais vantajosa ao Estado, embora não fosse a de maior preço no seu conceito restrito.

V

SINTESE

Resumindo, pode dizer-se que a segurança deve ser denegada. Nenhum dos dois pedidos alternativos da impetrante merece acolhimento. A solicitação relativa à adjudicação da concessão porque não cabe ao Judiciário substituir-se à Administração, para julgar propostas, como bem acentuam as Doutas Informações do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, a fls. 59; quanto ao pedido de nulidade, por não ter fundamento legítimo, como está exaustivamente demonstrado em todas as peças e elementos constantes dos autos.

CONCLUSÃO

Em tais condições, invocando os Doutos Suplementos do Colendo Tribunal, opinamos pela denegação da segurança.

Rio de Janeiro, 17 de julho de 1972.

CLÓVIS PAULO DA ROCHA
Procurador-Geral da Justiça