

**CONTRATO DE ARRENDAMENTO DE BENS PÚBLICOS  
— CLÁUSULA DE PREFERÊNCIA — NULIDADE —  
CONCORRÊNCIA PÚBLICA**

— *A concorrência tem por finalidade a obtenção do melhor preço. Para se alcançar esse fim é preciso assegurar aos concorrentes absoluta igualdade de tratamento.*

— *A cláusula de preferência, quando afasta os concorrentes, é contrária ao interesse público. Só o legislador pode estabelecê-la fundado em razões de alta relevância.*

**JUIZO DA 2.ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO  
DISTRITO FEDERAL**

**S.A.R.T.I. versus Prefeitura do Distrito Federal  
SENTENÇA**

Vistos, etc. :

I. A Sociedade Anônima Restaurantes de Turismo Internacional (S. A. R. T. I.) requereu mandado de segurança contra ato que diz ilegal do Prefeito do Distrito Federal, que lhe negou preferência no contrato de arrendamento dos restaurantes da Prefeitura situados no Lido, no Joá e nas Furnas da Tijuca.

Alega a impetrante que a Prefeitura arrendou aquêles próprios municipais à Sociedade Anônima Viagens Internacionais (SAVI) e consentiu, em 1940, na transferência do contrato de arrendamento da SAVI à SARTI; que findo o prazo do contrato, mas continuando a requerente na posição de arrendatária, resolveu a Prefeitura abrir concorrência para arrendamento daqueles próprios municipais; que embora se sentisse a impetrante amparada pelas leis do inquilinato, não quis usar do seu direito de continuar com o arrendamento, por entender que não devia impedir judicialmente os melhoramentos de interesse público que a concorrência parecia visar; que assim agiu por sentir resguardados os seus direitos com uma cláusula contratual que lhe assegurava *preferência em igualdade de condições, no caso de locação ou arrendamento*, o que entendeu conciliar o seu com o interesse público; que, como a Prefeitura, em casos análogos, tem subordinado o direito de preferência ao comparecimento do titular na concorrência e tivesse sido concitado a isso pelo Prefeito e ainda, como houvesse quem inferisse do não comparecimento renúncia à preferência, resolveu a impetrante apresentar proposta, mas notificou judicialmente a Prefeitura e a quaisquer interessados de que não havia renunciado ao direito de preferência; que, assim, se a sua pro-

posta fôsse considerada a mais favorável ela a executaria, como propo-  
nente, ao passo que, se outra fôsse tida como de mais vantagem para a  
Prefeitura, ela usaria do direito de *preferência em igualdade de condições*,  
nos termos em que a definem a doutrina, a jurisprudência e a própria  
Prefeitura, isto é, com o direito de aceitar e executar a proposta que o  
poder público considere mais favorável; que sendo líquido e certo o seu  
direito de preferência, nos termos acima definidos, e tendo a impetrante  
idoneidade reconhecida pelo próprio Prefeito que a concitou a concorrer  
e tendo cumprido, até agora, o contrato que obteve anteriormente com  
melhoramentos consideráveis, feitos exclusivamente às suas custas, aguar-  
dava tranquila o reconhecimento daquele seu direito, quando foi surpreen-  
dida com o ato do Prefeito que mandou adjudicar à Quitandinha S. A. o  
arrendamento dos três restaurantes em aprêço, marcando o prazo de trin-  
ta dias para desocupar os prédios em questão; que, antes da introdução  
em nosso direito do mandado de segurança, casos como êstes tinham efei-  
tos inevitáveis e redundavam em tremendas indenizações contra os cofres  
públicos, sem possível regresso prático contra os *heróis de tais façanhas*,  
mas, hoje, aquela medida arma o Judiciário de um instrumento precioso  
para impedir opressões e injustos gravames da Fazenda Pública; que, em  
vista do exposto, impetra mandado de segurança, para o efeito de con-  
tinuar no arrendamento dos três mencionados próprios municipais, de que  
é, até hoje, arrendatária, nos termos e condições da proposta que a Pre-  
feitura julgou mais favorável aos seus interesses, pois que a preferência  
de que goza a requerente lhe assegura o direito de igualar a proposta  
escolhida.

Recebendo a petição do mandado, mandei suspender o ato impugnado,  
nos termos do art. 324, § 2.º, do Código de Processo Civil.

Respondendo ao pedido de informações, o Excelentíssimo Senhor Ge-  
neral Prefeito alegou que o contrato de locação da impetrante terminou  
em 28 de fevereiro de 1946 e, daí para cá, vem ela sendo locatária a tí-  
tulo precário, visto não se aplicar à espécie a lei do inquilinato, pois que  
as locações para fins comerciais e industriais continuam a reger-se pelo  
decreto n.º 24.150, de 1934, de acôrdo com o disposto no decreto-lei n.º  
9.669, de 1946, e, assim sendo, nenhum direito lhe assiste ao que pleiteia.

Contestando o mandado, o representante legal da Prefeitura susten-  
tou que a impetrante perdeu a sua qualidade de locatária com o término  
do contrato de arrendamento, continuando na posse dos próprios munici-  
pais em lide, por mera tolerância da proprietária; que o Tribunal de Jus-  
tiça local já decidiu, nos recursos de mandado de segurança ns. 204 e 205,  
que os arrendatários de bens da Prefeitura não estão amparados pelas  
leis de emergência reguladora da locação de imóveis; que, assim, a im-  
petrante não abriu mão de direito algum, quando se submeteu à concor-  
rência; que a cláusula contratual que assegura à impetrante preferência  
em igualdade de condições com outros concorrentes, não lhe dá o direito  
de suprir as lacunas da sua oferta de modo a poder igualar as vantagens  
da oferta melhor, depois de conhecidas tôdas as propostas, pois isto im-

portaria em odioso privilégio, não em face de condições iguais, como refere a cláusula contratual invocada, mas de desigualdade de condições, *a posteriori* estabelecidas em detrimento dos outros concorrentes que tal critério é contrário à natureza da concorrência pública; que os arts. 745 e 756 do Código de Contabilidade demonstram que igualdade deve ser apurada no momento da abertura das propostas; que o art. 755 exige que qualquer preferência de que goze um dos possíveis concorrentes deve ser assinalada no edital de concorrência; que, na espécie, não constou do edital qualquer preferência, pois a impetrante já não era locatária; que as decisões e pareceres invocados são anteriores ao Código de Contabilidade que dispõe de modo contrário; que o próprio Pedro Lessa, citado pela impetrante, subcreveu acórdão em que se estatuiu que o *arrendatário provisório, que entra em concorrência com terceiros alheios à locação, perde, por ato próprio, o direito a preferência*; que não aproveita à impetrante o caso de uma concorrência em que a Prefeitura admitiu que a antiga locatária igualasse a melhor proposta, pois naquele caso isso estava expresso no contrato, não, porém, como um direito, mas como uma faculdade a juízo da Prefeitura; que realizada a concorrência, contra a qual protestara a impetrante, nenhuma preferência se estabeleceu e foi a mesma processada na forma do edital; que, julgando as propostas, achou a Prefeitura mais vantajosa a oferecida pelo Hotel Quitandinha S. A., pois se não se verificava igualdade de condições; que a proposta considerada melhor pode não ser a mais vantajosa ao interesse da Prefeitura, mas esse julgamento escapa ao exame do Poder Judiciário, que só tem a verificar se, tendo ocorrido igualdade, foi sacrificado o direito de preferência do locatário anterior; que não é, pois, caso de mandado de segurança e, se o fôsse, deverá o mesmo ser negado, uma vez que nenhum direito assiste à impetrante, no que ela pleiteia.

Pôsto isso :

II. De muito a impetrante vem sendo arrendatária, por si e por sua antecessora, dos restaurantes de turismo da Prefeitura : *Lido, Joá e Furnas da Tijuca*.

Nas proximidades do término do contrato, pediu ela prorrogação do mesmo por mais cinco anos, o que lhe foi negado.

Antes do despacho denegatório de prorrogação, o Prefeito Filadelfo de Azevedo permitiu a permanência da impetrante no arrendamento, a título precário, até que se resolvesse a situação dos contratantes pelo Governo definitivo a se instalar no País. Vindo este Governo e depois de mais de um ano, durante o qual permaneceu a arrendatária no gôzo do contrato, resolveu o atual Prefeito mandar abrir concorrência pública para novo arrendamento. Publicado edital de concorrência, a esta compareceram cinco disputantes, entre estes a antiga arrendatária, que, antes da abertura das propostas, notificou os interessados de que tinha pelo contrato anterior, preferência, em igualdade de condições. Julgada a concorrência, foi considerada melhor a proposta de Hotel Quitandinha

S. A., a quem ordenou o Prefeito se adjudicassem os imóveis objeto da concorrência.

Veio, então, a impetrante com o presente mandado de segurança para fazer valer o seu direito de preferência que, a seu ver, é incondicional e lhe assegura a faculdade de, conhecidas as propostas concorrentes, igualar a que fôr considerada mais vantajosa.

Em torno dessa tese desenvolvem-se tôdas as eruditas considerações da inicial e de um substancioso memorial que a impetrante me fêz chegar às mãos, depois de conhecida a defesa da impetrada.

III. A matéria dêsse mandado sugere uma questão preliminar que não quero deixar em aberto.

Trata-se aqui da exigência de cumprimento de uma cláusula contratual, contendo uma obrigação de fazer.

Pergunta-se : — Estabelecendo o Código Civil que as obrigações de fazer se resolvem em perdas e danos (art. 880), pode o juiz, em mandado de segurança, obrigar o promitente a fazer o pactuado ?

Clóvis, comentando o dispositivo em causa, ensina : “A obrigação de fazer não pode ser cumprida, violentando-se a vontade do indivíduo, *manu militari*, a praticar o ato prometido. Se êle se recusa a executar a prestação, que sômente por êle podia ser executada, não é lícito forçá-lo, nem seria, muitas vêzes, possível. A obrigação resolve-se, então, em perdas e danos”.

Esta a solução do direito privado.

Mas, na espécie, não se trata de contrato privado, embora contratos dessa natureza os possa realizar o Poder Público. Haja visto o contrato de locação de imóveis do domínio privado da entidade de direito público, destinados a fins puramente comerciais. Exemplo : locação dos “boxes” do Mercado das Flôres.

Aqui, o contrato é de direito público, consoante o define Rafael Bielsa : “Son contratos de derecho público los que la Administración pública celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, y que tienen por objeto *una prestación de utilidad pública*” (Rafael Bielsa, “Derecho Administrativo”, 2.ª ed., Buenos Aires, 1929, Tomo I, pág. 84).

A prestação, aqui, é de utilidade, pois o contraente pessoa jurídica de direito privado se compromete a prestar serviços de utilidade pública, qual o de concorrer para o desenvolvimento do turismo, na cidade.

Se o contrato é de direito público e se vincula a Administração a um direito do outro contratante, temos na sua violação uma lesão decorrente de ato administrativo, de que é remédio específico o mandado de segurança.

É, pois, cabível a medida impetrada.

IV. Resta examinar o mérito do pedido, que se baseia na cláusula 12.ª do contrato anteriormente existente e que rezava o seguinte : “No caso de locação ou arrendamento dos próprios municipais a que se refere o presente contrato, depois de expirado o respectivo prazo, terá a arrendatária preferência em igualdade de condições com outros concorrentes”.

tes, desde que tenha dado integral cumprimento às obrigações constantes deste termo (fls. 33).

Opondo-se à pretensão da impetrante, sustenta a Prefeitura que aquela havia perdido a sua qualidade de locatária e com ela a preferência estabelecida na cláusula citada; que, quando assim não fôsse, a sua participação na concorrência importaria em renúncia àquele direito, que, afinal, a cláusula em questão não lhe dá a faculdade de igualar a melhor oferta.

A primeira objeção não procede, pois a vigência da cláusula não estava condicionada à continuidade do contrato. É, assim, ociosa a discussão em torno da aplicabilidade ou não do art. 1.195 do Código Civil ao caso dos autos e dos efeitos da prorrogação tácita do contrato sobre as cláusulas nele existentes, no que, aliás, estou de acôrdo com a opinião de Carvalho Santos, citada pela impetrante.

A segunda também não. A renúncia de um direito não pode ser presumida quando há manifestação em contrário. A impetrante manifestou, de público, através de notificação judicial, o seu propósito de fazer valer o seu pretendido direito de preferência.

A terceira constitui o ponto fundamental da controvérsia suscitada no presente mandado.

Discute-se a extensão da cláusula de preferência. Se a mesma é absoluta ou se condicional. Se absoluta, a impetrante tinha o direito de igualar a melhor oferta, estabelecendo a *igualdade de condições*. Se condicional, a preferência só teria eficácia na hipótese de igualdade entre a proposta do titular do direito de preferência e a de outro concorrente, que com êle fizesse a melhor oferta.

A impetrante desenvolve longas considerações, sustentando a tese do direito de excluir o terceiro que fez oferta melhor. Demonstrou a quase impossibilidade, na espécie, de empate entre as duas propostas, criticou o julgamento da concorrência e sustenta que a sua foi a melhor proposta. Reconhece, porém, que o julgamento é ato discricionário da Administração e, por conseguinte, insuscetível de apreciação judiciária.

Efetivamente, por maior que fôsse a minha discordância daquele julgamento e mais fundados os meus receios de que o vencedor da concorrência não execute as obras a que se obrigou, não me permite a lei decidir com fundamento em tais bases.

Meu julgamento há de se cingir à declaração de se a cláusula de preferência, no caso *sub judice*, assegura à impetrante o direito ao arrendamento que disputa. Entendo com a impetrante, que a cláusula em apêço é absoluta. Neste sentido estão assentes a doutrina e a jurisprudência, citadas, copiosamente, pela impetrante na inicial e no memorial que me fez chegar às mãos.

Neste sentido é também a opinião de Jacques de Visscher, que dedicou substancial monografia sobre a cláusula em questão. Definindo o que seja um pacto de preferência, diz êle : "C'est la convention par laquelle quelqu'un s'engage vis-a-vis d'une autre personne, pour le cas où

il conclurait un contrat déterminé à le conclure *avec cette personne de préférence a d'autres*" (Jacques Visscher, in "Le Pacte de Préférence", Bruxelles, 1938, pág. n.º 55). E mais adiante : "... elle l'oblige simplement a ne pas conclure ce contrat avec un tiers" (Op. cit., pág. 56).

Cita este autor uma passagem do Repertório Dalloz, vol. 20, n.º 310, segundo a qual o devedor só se liberta da preferência deixando de realizar o contrato que prometera ao beneficiário (Op. e loc. citados, nota 3).

Pretende-se que com esse sentido a cláusula de preferência contenha uma condição potestativa. A essa objeção responde o autor citado, invocando as opiniões de Planiol e Ripert in "Traité Pratique de Droit Civil Français", Tomo IV, § 30, nota 24, e de A. R. Theodoresco, in "La Théorie de la Condition Potestative", Paris, 1923, p. 44, note 3.

O nosso Código Civil, no art. 115, inclui entre as condições defesas em lei as que sujeitarem o ato ao arbítrio de uma das partes.

Na cláusula de preferência tal não ocorre, pois a realização do negócio fica a depender da vontade do promitente, que pode abster-se de contratar, e da dos outros concorrentes que podem oferecer vantagens que o beneficiário da preferência não possa igualar.

Não há, assim, no caso em exame, condição potestativa, que da lei civil é proibida. O que me parece e aí está a razão fundamental do meu julgamento, é que tal cláusula é contrária ao interesse público, que se deve resguardar com todos os atos da Administração, sob pena de não valerem.

Diz Zanobini que "A revogabilidade e a anulabilidade dos atos administrativos têm a sua razão de ser, como, aliás, todos os direitos ou poderes de que se investe a administração, no interesse público. (Guido Zanobini, in "Corso di Diritto Amministrativo", 1939, vol. I, pág. 365, apud Seabra Fagundes, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 486).

Também Seabra Fagundes ensina que "os atos administrativos devem procurar atingir as conseqüências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade" ("O Contrôlo dos Atos Administrativos", 1941, pág. 57).

A concorrência tem por finalidade a obtenção do melhor preço. Para se alcançar esse fim, que é o motivo determinante daquele ato, é preciso que se assegure aos concorrentes absoluta igualdade de tratamento.

Se, em vez disto, a Administração acoberta determinada pessoa do privilégio de preferência e conseqüente direito de ganhar a concorrência se quiser igualar a melhor proposta, essa circunstância diminui as possibilidades de grandes disputas, visto que poucos serão os que se animam a enfrentar as canseiras e aborrecimentos que causa uma concorrência, se, de antemão, já sabem que um concorrente privilegiado pode arrebatá-lhe a vitória que a sua oferta lhe garanta. E com esse retraimento, o prejudicado é o interesse público.

O resultado da concorrência, em tal situação, não representaria a realidade a que se propôs. E porque a preferência é contrária ao inte-

rêsse público, não pode ela resultar de liberalidade de quem não está autorizado a concedê-la.

Velasco cita uma sentença em que se declara : “Considerando que la Administración, en sus diferentes grados, no puede contratar libremente, sino dentro de la esfera señalada por las leis administrativas, que, inspirándose en el interés público no autorizan contratos en que este pueda salir perjudicado... Considerando que alotorgar la prórroga del contrato no tenia facultades ey Ayuntamiento para atribuirse monopolio ni privilegio alguno sobre los servicios que se ejercen en la via pública... Y, por consiguiente, *no podia conceder... la preferensia... que establece... el contrato prorrogado*”... (Velasco, “Los Contratos Administrativos”, Madrid, 1927, pág. 64, nota 1).

Estabelecê-la só o legislador o pode. Mas o estabelece em resguardo de interêsse também público e preponderante.

É o caso, por exemplo, da que se concede, também nas concorrências públicas, aos nacionais sôbre os estrangeiros (art. 742 do Código de Contabilidade).

Aí, o interêsse público da proteção ao concorrente nacional supera o da obtenção do melhor preço.

Não podendo, como não podia, a Administração pactuar a cláusula de preferência, é ela nula e, como tal, inoperante. Nenhum é, pois, o direito ora pleiteado, com base naquela cláusula.

Ademais, se assim não fôra, faleceria à impetrante direito à medida constitucional, por não ter feito prova da liquidez do seu direito, visto como a preferência em que se baseia é condicionada à prova do cumprimento integral das obrigações que lhe foram impostas no contrato que continha aquela cláusula.

Não vale como prova, segundo pretensão da impetrante, o fato de haver o Prefeito, indeferindo pedido seu de prorrogação do contrato em questão, ordenado que ela entrasse na concorrência, pois não era a essa autoridade que cumpria julgar da idoneidade da antiga contratante, para participar da concorrência.

A prova da liquidez do direito deve ser limpida, extrême de qualquer dúvida.

V. Atento ao exposto, ao que dos autos consta e aos princípios de direito à espécie aplicáveis :

Julgo improcedente o pedido e indefiro o mandado, em consequência do que revogo a medida liminar de suspensão do ato impugnado, oficiando-se, neste sentido, às autoridades competentes.

P. R. e I.

Rio de Janeiro, 19 de março de 1948. — *Raimundo Ferreira de Macedo.*