

# A CONCORRÊNCIA PÚBLICA E OS LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO

ANTÔNIO CLÁUDIO LIMA VIEIRA

Advogado

**SUMÁRIO:** — *Princípios informativos* — *Conceito do poder discricionário* — *Contrôle Jurisdicional* — *Mandado de segurança* — *Conclusão.*

## I

No Direito brasileiro o instituto da concorrência pública é tratado pelo Código de Contabilidade Pública da União — decreto n.º 4.536, de 28 de janeiro de 1922, e seu regulamento, decreto n.º 15.783, de 8 de novembro de 1922.

Na ausência de uma atualização legislativa dessa importante matéria, a jurisprudência dos nossos tribunais vem elaborando conceitos em que procura melhor fixar os contornos do instituto. Não é ela muito vasta, deixando de abranger todos os ângulos que se oferecem ao exame do jurista, entre eles o que diz respeito aos limites do arbitrio administrativo na determinação das condições básicas de capacidade e idoneidade, que devem ser atendidas pelos concorrentes e que, via de regra, vêm inseridas no edital de convocação.

Na lição de Duez e Debeyre, pelo processo da concorrência retira-se da Administração a livre escolha dos contratantes, impondo-se-lhe formalidades que conduzem à determinação coativa do fornecedor (1). Ela visa, como salientou o eminente Des. Dimas de Almeida, relatando o mandado de segurança n.º 89.265, no Tribunal de Justiça de São Paulo (2), a assegurar à Administração Pública as vantagens naturais da lei da oferta e da procura, quanto à qualidade e preço dos serviços, pela eliminação do arbitrio que possibilitaria a outorga de favores pessoais a um certo e determinado concorrente.

Reconhece-se que a Administração Pública usa de certa discricção ao determinar os requisitos de capacidade e idoneidade dos concorrentes, mas, por outro lado, é certo não lhe ser lícito, no exercício dessa faculdade, ferir as razões de interesse público, que aconselham e mesmo impõem a realização do concurso. De outra forma, estaria contrariando a finalidade do instituto, o qual encontra sua razão de ser nos princípios da igualdade jurídica e moralidade pública.

Não é dado à Administração Pública navegar nos mares da concorrência pública, onde a corrupção faz surgir tantos recifes, senão em direção aos fins de moralidade e igualdade impostos pelo interesse público. O instituto é, por natureza, limitativo da discricção do administrador (v. Jéze, "Les Contrats Administratifs", 1932, vol. II, pág. 205; Menegale, "Direito Administrativo", 1939, vol. II, pág. 204).

Seabra Fagundes (3) acentua que a jurisprudência do Conselho de Estado, na França, evoluiu, para admitir que a concorrência não se realiza só no interesse da

---

(1) "Traité de Droit Administratif", 1952, pág. 897.

(2) "Rev. dos Tribs.", vol. 284, pág. 182.

(3) "Apud" "Rev. Forense", vol. 174, pág. 162.

Administração, como no dos administrados, abrindo-lhes ensejo para cooperar na realização das finalidades estatais e lhes permite usufruir, em contrapartida, determinadas vantagens econômicas; daí o Conselho prover recursos para anular concorrências processadas com excesso de poder, como aquelas em que o indivíduo é excluído por motivos políticos ou por erro de apreciação da autoridade.

A teor do exposto, não é dado à Administração, ao determinar os concorrentes, fixá-los em níveis e condições que restrinjam a área da concorrência, mesmo porque essa restrição poderá importar — conhecemos casos dessa natureza — em favorecimento a grupos, propiciando a formação de monopólios.

## II

Vê-se nas linhas anteriores que o assunto ora versado, constitui tão apenas parte de um dos temas mais interessantes do Direito Administrativo, que é o chamado poder discricionário.

Estamos com Alcino Pinto Falcão quando, alhures, considerou o poder discricionário como velharia, mas entendemos não constituir demasia tratá-lo aqui, ao prisma dos princípios informativos do Estado de Direito. Seabra Fagundes (4) e Caio Tácito (5), em duas obras clássicas, cravaram tôdas as estacas da nova construção. As repercussões dos novos conceitos, no entanto, ainda mal atingiram os tribunais, como não impressionaram os administradores.

A constatação não nos pertence. O ilustre Magistrado paulista, Hely Lopes Meirelles, ao tratar da matéria adverte sobre sua oportunidade para que o administrador não converta, por insciência, discricionariedade em arbítrio. Lembrando a existência de limitações aos elementos discricionários do ato administrativo, impostas pelos princípios gerais de Direito e pelas regras da boa administração, que, em última análise, são preceitos de moralidade administrativa, conclui o juiz e tratadista:

"O poder concedido à autoridade administrativa tem limites certos e foram legal de utilização. Não é carta branca para arbítrio, capricho, prepotências, improbidades ou favoritismos administrativos. Todo ato do Poder Público, para ser irrepreensível, há de conformar-se com a lei, a moral e com a finalidade social. Legalidade, moralidade e finalidade são pressupostos indissociáveis a todo ato administrativo que almeje ser legítimo. A utilização do poder administrativo, há de ser orientada pelo interesse público, nunca pelo interesse pessoal do administrador, por seus correligionários e mentores. O interesse público e não a vontade de autoridade, é que impera nos domínios da Administração" (6).

Prevalecendo no Estado de Direito o princípio de que a natureza discricionária do ato não exime o agente administrativo de ser fiel aos fins, explícita ou implicitamente, previstos na lei, disso decorre que o exame da finalidade do ato administrativo passa a relacionar-se com a sua legalidade, sendo pôsto em plano diferente do em que se situa a pesquisa em tôrno da oportunidade ou conveniência do ato.

O atual Procurador-Geral da República, Dr. Carlos Medeiros Silva, elaborou um valioso transunto da matéria em parecer emitido quando exercia a Consultoria-Geral da República. Vejamo-lo:

"Ainda que discricionário, o ato administrativo deve conformar-se à finalidade legal, dizem autores de nota: "No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro" (Seabra Fagundes, voto "in" "Rev. de Dir. Administrativo", vol. 14, pág. 58). "O fim legal é, com efeito, um limite ao poder discricionário. Portanto, se a opção administrativa desatende a essa finalidade, deve-se concluir que extralimitou da sua zona livre, violando uma prescrição jurídica expressa ou implícita, o que a transpõe, por definição, para a zona vinculada" (Victor Nunes Leal, "Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração", vol. 14, pág. 53, da "Rev. de Dir. Administrativo"). A estas opiniões

---

(4) "O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário."

(5) "Desvio de Poder em Matéria Administrativa."

(6) "Rev. de Dir. Administrativo", vol. 51, pág. 17.

se vem juntar a de Caio Tácito em tese recente, de mérito destacado: "A finalidade do ato administrativo é condição essencial e constitui um limite no poder discricionário da Administração" ("Desvio de Poder em Matéria Administrativa", 1951). No Direito estrangeiro a matéria tem ensejado largas discussões, conforme se lê em Hauriou, "Précis Élémentaire de Droit Administratif", 1946, pág. 124; Bonnard, "Précis de Droit Administratif", 1935, pág. 228; Cino Vitta, "Diritto Amministrativo", vol. I, pág. 426; A. R. Queiroz, "A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo", "in" "Rev. de Dir. Administrativo", vol. 6 e 7. Não é necessário, todavia, fazer maior explanação do assunto, de vez que o nosso Direito positivo já prevê a declaração de nulidade do ato administrativo por excesso ou abuso de poder (lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13, § 9.º, "b"; Constituição Federal, art. 141, § 24) (7).

A teor das lições citadas, o exame da legalidade do ato administrativo se desdobra quanto à legalidade externa (competência, forma prevista ou não proibida em lei, objeto lícito), como no que toca à legalidade interna (existência de motivos, finalidade). O desvio de poder é, então, vício de legalidade interna, que conduz, tal como ensina Seabra Faundes, à nulidade absoluta do ato.

Vamos trazer à coleção, de novo, Caio Tácito, nesta passagem de sua monografia:

"É necessário que se observe a finalidade específica, ou seja, o fim expresso ou implícito, relacionado com a própria natureza do ato. Se o agente visou à realização de outro fim, socialmente legítimo, mas em discrepância com o objetivo da regra legal executada, haverá igualmente vício substancial de nulidade e o ato se tornará irrito ou nenhum. Desviando-se da finalidade legal e específica, o agente conservou a roupagem exterior da competência, defraudando-a, porém, a sua razão de ser no conjunto do mecanismo de funcionamento da atividade do Estado" (8).

A moralidade administrativa, diz-nos o reputado A. Spota, ficaria apenas parcialmente protegida, de modo incompleto, se os atos administrativos só pudessem ser anulados por vícios de forma, incompetência ou violação da lei, olvidando que uma coisa é proceder sem poderes jurídicos e outra exercer um direito para fins divorciados daqueles que inspiraram a outorga do direito (9).

### III

Não pode ser posta em dúvida a competência do Poder Judiciário para examinar as condições internas da legalidade do ato administrativo, mesmo porque se trata de problema em cujo deslinde pode-se surpreender a prática de um ilícito penal, desde que, como acentua Flener, a extralimitação do poder discricionário constitui um ato ilícito (10).

Tomando-se a lição de Caio Tácito, ilustre Consultor do DASP, na monografia referida por Carlos Medeiros Silva:

"Não é preciso recorrer a novidades teóricas para colocar sob o ângulo de visão do Juiz o exame da finalidade do ato administrativo. Ele se inscreve, perfeitamente, entre as condições de legalidade, desde que se entenda a expressão no seu justo sentido" (11).

Avulta entre os pronunciamentos judiciais o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, com o magistral voto do então Des. Seabra Faundes, publicado na "Rev. Forense", vol. 121, pág. 209. Cite-se, também, o da Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, estampado no vol. III da "Jurisprudência da Imprensa Nacional", pág. 292. Mas os tribunais superiores também têm enfrentado o tema, como se vê na "Rev. de Dir. Administrativo", vol. III, pág. 80 e no "Diário da Justiça", de 22 de janeiro de 1951, pág. 183, onde está publicado brilhante acórdão da lavra do eminente Ministro Rocha Lagoa, então com assento no Tribunal Federal de Recursos, contendo este lance:

- 
- (7) "Rev. dos Tribs.", vol. 201, pág. 86.
  - (8) Ob. cit. pág. 18.
  - (9) "Tratado de Derecho Civil", vol. 2, pág. 18.
  - (10) "Derecho Administrativo", pág. 119.
  - (11) Ob. cit., pág. 30.

"Se é a legalidade o limite do contrôlê judicial, cumpre não olvidar que entre os elementos dela, se encontra a finalidade do ato administrativo em aprêço. Indaga-se desta finalidade, para apurar se tal ato foi praticado, visando ao escopo desejado pelo texto legal."

É preciso, no tema, adverte Caio Tácito, que o Judiciário não se detenha, sob errôneo respeito ao poder discricionário, no exame puramente externo da conduta administrativa; é necessário que êle vá ao exame dos fatos para surpreender violações subreptícias (e por isso mesmo mais perigosas), com que se acoberta a arbitrariedade ou o favoritismo (12).

#### IV

A nosso parecer o exame judicial de que se trata, indo além da exterioridade do ato, nem por isso descabe no processo do mandado de segurança, em face mesmo da evolução do instituto, que nasceu justamente para servir de escudo do cidadão contra os atos arbitrários, inclusive contra os poderes discricionários empregados fora da "mens legis", como lembra Arnold Wald (13). Este autor traz à colação o acórdão do Rio Grande do Norte e conclui que a jurisprudência brasileira tem admitido a concessão do mandado de segurança quando o ato praticado pela Administração Pública, embora legal, disfarça evidente desvio ou abuso de poder (14).

Estamos inteiramente de acôrdo com Wald quando, na linha da redação adotada pela Constituição de 1946, defende uma ampliação do conceito de direito líquido e certo, a que se refere o texto constitucional, de modo a abranger aquêles casos em que a violação se traduz pela utilização da lei em sentido contrário à sua finalidade.

Em tais casos, agindo a Administração Pública com desvio dos fins ou valorizações segundo os quais lhe foram outorgados os poderes que fundamentam sua ação, pode haver interêsse legítimo a reclamar postulação judicial, visando à nulidade do ato, e não apenas um indefinido interêsse simples, sômente tratável por via de outros remédios, como a ação popular.

A ampliação indistarfada do conceito de legalidade do ato administrativo, que e decorrência da restrição da discricionariedade deixada ao agente público, conduz, forçosamente, a uma maior variedade de casos de violação da lei corrigíveis pelo mandado de segurança.

Não se pode negar ao constituinte de 1946 haver compreendido a involução do poder discionário, ou melhor, a necessidade de impor-lhe limitações, quando conferiu ao instituto do mandado de segurança, a ampla abrangência com que êle hoje se apresenta, nela situando-se os casos de ilegalidade interna do ato administrativo, em virtude de desacôrdo com a finalidade especifica a que êle deve respeito.

Essa ampla compreensão do instituto, sem dúvida desejada pelo constituinte de 1946, é necessária à plena vigência do principio de legalidade estando a democracia brasileira a reclamar uma severa disciplina judiciária dos atos administrativos praticados com desvio de poder, tanto mais quanto falta aos nossos homens públicos, salvante exceções, aquêle conjunto de qualidades que Duguit (15) apontava como base cons-trutora da grandeza de um povo: sentimento do dever, nobreza de idéias e altas virtudes morais.

---

(12) Ob. cit., pág. 66.

(13) "Mandado de Segurança na Prática Judiciária", pág. 14.

(14) Wald., ob. cit., pág. 89.

(15) "Leçons de Droit Public Général", pág. 297, ed. 1926.