

# CONCORRÊNCIA — PROVA DE QUITAÇÃO FISCAL — MANDADO DE SEGURANÇA

## CONSULTA

### A. *Exposição dos fatos*

1. Na execução do chamado Projeto Integrado de Apoio ao Pequeno Produtor Rural — Pro-rural — financiado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento — BID — a ora consultante, Companhia Agropecuária de Fomento Econômico do estado do Paraná — Café do Paraná — sociedade de economia mista, com sede nesta capital, vinculada à Secretaria da Agricultura, instaurou a Concorrência Internacional nº 1/81, destinada à aquisição de máquinas, equipamentos e veículos, agrupados em 22 lotes. Regem a licitação as normas federais do

Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, das Leis n.ºs 5 456, de 20 de junho de 1968, e 6 457, de 1º de janeiro de 1977, e da Portaria do Ministério da Fazenda de 14 de janeiro de 1969, bem como os Decretos estaduais n.ºs 21 380, 705 e 1 057, respectivamente de 23 de outubro de 1970, 26 de agosto de 1971 e 5 de setembro de 1979 — tudo de acordo com o contrato de empréstimo celebrado com o BID, o Edital e o Aviso de Licitação publicado para conhecimento dos interessados.

2. Entre os licitantes compareceu a firma A, pessoa jurídica de direito privado, com proposta de fornecimento dos 48 conjuntos de fenação, objeto do *lote 14*, mas que foi julgada *inabilitada* pela Comissão de

Licitação, porque deixou de apresentar, oportunamente, a certidão negativa de débito com a Fazenda do estado do Paraná, expedida pela Coordenação da Dívida Ativa da Secretaria de Estado das Finanças, exigida no item 5.1.2.3 do Edital. O documento somente veio a ser exibido pela ofertante com o recurso manifestado à mesma Comissão de Licitação, que manteve a decisão impugnada, ante o disposto no subitem 12.4, do referido Edital, a saber: “Em nenhuma hipótese, será concedido prazo complementar para a apresentação de documentos exigido no Edital e não apresentado na reunião de abertura dos envelopes nº 1. No entanto, a seu exclusivo critério, a Comissão poderá solicitar informações ou esclarecimentos complementares e permitir a regularização de falhas meramente formais.”

3. Em seguida, foi devolvido à recorrente, intacto e lacrado, mediante recibo, o envelope contendo a sua proposta de preços, relativa aos equipamentos que pretendia fornecer, o que foi feito nos termos do subitem 142 do Edital, *in verbis*: “Os invólucros nº 2 das empresas não habilitadas ou não qualificadas serão devolvidos intactos, mediante recibo.”

4. Posteriormente, quando já haviam sido abertas as propostas de preços dos licitantes habilitados, impetrou a firma excluída mandado de segurança, distribuído ao MM. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas, do estado do Paraná, pedindo o seguinte: a) medida liminar — já concedida — de suspensão da contratação com a firma B, autora da proposta de fornecimento do mesmo material compreendido no lote 14 do Edital; b) a anulação da licitação, ou seja, da *Concorrência Internacional nº 1/81*, instaurada pela Café do Paraná.

5. Na sua petição, alegou a impetrante, em síntese: a) violação do princípio da isonomia, em seu prejuízo, posto que a Comissão de Licitação admitiu que, tardiamente, a firma C, ofertante do material do lote 7, apresentasse documento idêntico àquele já referido e que, também intempestivamente, a firma D, interessada em fornecer o equipamento do lote 6, prestasse a caução igual-

mente exigida pelo Edital; b) que não fora fixada a oportunidade da juntada da certidão negativa de débito fiscal, incluída pelo Edital entre as *exigências adicionais* e cuja ausência deve ser havida como falha meramente formal; c) que a decisão da Comissão de Licitação, insuscetível de reexame por outra autoridade, lesou direito líquido e certo da postulante e não impede que esta, embora excluída da licitação, impugne o seu resultado, inclusive pela via judicial; d) que a sua direta competidora oferece o equipamento do lote 14 mediante preços exorbitantes e até mesmo superiores aos tabelados pela própria fabricante; e) que as especificações técnicas constantes do Edital correspondem àquelas do material oferecido pela outra concorrente e foram adotadas com o fim de afastar os demais fornecedores, vulnerando o princípio da similaridade, que protege os produtos nacionais.

6. Todavia, segundo as informações prestadas pelos Sr. Presidente da Comissão de Licitação e as razões produzidas pela litisconsorte B, também aqui resumidas: a) não houve os precedentes invocados pela impetrante, já que a falta do documento cuja juntada fora pedida pela firma C estava suprida pela oportuna apresentação do certificado de regularidade jurídico-fiscal, instituído pelo Decreto federal nº 84 701, de 13 de maio de 1980, nos termos do subitem 5.01.4, do Edital, enquanto que a firma D foi excluída da licitação *pela intempestividade da caução*; b) não há *relação de similaridade* entre o material produzido pela impetrante e o ofertado pela sua competidora, tendo aquela expressamente reconhecido, por escrito, que seu equipamento não reúne as características técnicas exigidas pelo Edital e seu Anexo I; c) os preços cotados pela litisconsorte não podem ser comparados com os da proposta da impetrante, que foi retirada da licitação, nem com os de tabela anteriormente divulgada, porque incorporam custos adicionais, destinados ao atendimento de outras exigências da licitadora e, sobretudo, expressam as inevitáveis alterações decorrentes do processo inflacionário, considerando-se que o equipamento em questão se-

rá fornecido e pago oito meses depois da publicação daquela tabela; d) inexistente, no caso, direito líquido e certo suscetível de amparo pelo mandado de segurança, inclusive porque o pedido se fundamenta em fatos controvertidos e que não podem ser provados no curso desse sumário procedimento jurisdicional.

## B. Quesitos formulados

Com base no que foi exposto apresenta-me a consulente, Café do Paraná, os seguintes quesitos, que serão adiante respondidos:

1º) É válida a decisão da Comissão de Licitação, julgando inabilitada a impetrante?

2º) Da divisão, em lotes, do material que será fornecido pelos licitantes, resultam consequências jurídicas relevantes, no caso sob exame?

3º) Ante as circunstâncias expostas, pode a firma inabilitada legitimamente sustentar as vantagens da sua proposta, no âmbito do mandado de segurança impetrado e postular a anulação do procedimento?

## PARECER

### 1. Quanto ao primeiro quesito

#### 1.1 A exigência da quitação fiscal nas licitações

No direito estrangeiro e nacional, está a licitação submetida a princípios e normas que, conquanto protejam os interesses dos que pretendam contratar com o Estado, têm a finalidade precípua de preservar os superiores interesses públicos em causa, que afinal se confundem com os da própria sociedade. A tutela desses interesses coletivos já se evidencia na fase inicial do procedimento, no sentido da adequada *seleção* dos competidores, mediante padrões de idoneidade definidos pelas normas legais e regulamentares. Como ensina Rafael Bielsa, a proclamada igualdade dos proponentes não significa que possa ser invocado um direito subjetivo à participação nas atividades públicas, *'sino que ese derecho se atribuye al que, en igual-*

*dad de condiciones generales, acredite más idoneidad técnica, financeira y moral'*. Assim, ainda conforme o tratadista argentino, dois motivos explicam a importância jurídica, administrativa e econômica da licitação: a igualdade ante a lei para propor a prestação do serviço público e a *eleição do mais idôneo e conveniente* (Bielsa, Rafael. *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires, El Ateneo, 1947. t. 1. p. 318).

Referindo-se ao *avviso* de convocação da *asta pubblica*, explica Guido Zanobini, por sua vez, que esse documento deve indicar os requisitos que as pessoas e as firmas devem cumprir para serem admitidas — requisitos que concernem “oltre le condizioni generali di capacità, anche quelle particolari d'idoneità generica e specifica in relazione al contratto di cui si tratta”. Ainda segundo as normas de contabilidade pública vigentes na Itália, a administração “ha piena e insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente, senza che l'escluso possa reclamare alcuna indennità nè pretendere di conoscere le ragioni dell' esclusione” (Zanobini, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 3. ed. Milão, Giuffrè, 1948. v. 4. p. 329).

No direito francês, não obstante o princípio de livre acesso à *l'adjudication*, há várias restrições impostas aos *soumissionnaires* ou proponentes, relacionadas com a capacidade jurídica e profissional, sendo ainda excluídos da licitação os que não tenham cumprido as obrigações fundadas na *legislação social, do trabalho e fiscal*. Mesmo na modalidade da *adjudication publique ouverte*, informa André de Laubadère, dispõe a administração pública com certa amplitude, a respeito das condições de admissão, desde que preservado o princípio de *igualdade dos concorrentes* (Laubadère, André de. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, t. 1. p. 269-75).

Aqui no Brasil, desde as primeiras leis orçamentárias, votadas a partir de 1827, foram estabelecidas regras de direito financeiro, posteriormente consolidadas no *Código de Contabilidade Pública* adotado pelo Decreto (lei formal) nº 4 536, de 28 de ja-

neiro de 1922, e objeto do Regulamento baixado com o Decreto nº 15 783, de 8 de novembro do mesmo ano, e que veio a ser aprovado pelo art. 162 da Lei nº 4 632, de 6 de janeiro de 1923, como esclarece Carlos José de Assis Ribeiro (Código de Contabilidade da União — Justificação do Anteprojeto. *Revista de Direito Administrativo*, 72:442 s.). Disciplinando as *concorrências* — especialmente a *concorrência pública* — prescreve o aludido Regulamento importantes normas sobre a *idoneidade dos proponentes*, estatuinto que no edital serão indicados os documentos comprobatórios da satisfação desse e de outros requisitos “que se tornarem indispensáveis para poderem os proponentes ser admitidos à concorrência” (arts. 741 e 745, d).

Como se percebe, o Código atribuiu ao administrador larga competência para definir o conceito de idoneidade dos concorrentes e especificar a sua prova. Escrevendo sobre a matéria, reconhece Themístocles Brandão Cavalcanti que mesmo no *juízo* de tal idoneidade, compreensiva dos aspectos moral, técnico e financeiro, exerce a administração pública, em certa medida, poder discricionário, ficando ao seu critério “dar o valor que entender aos atestados e documentos apresentados” (Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo, Freitas Bastos, 1960. v. 1. p. 360-1). O outro especialista, antes citado, ao enumerar os documentos havidos como principais e que devem ser apresentados pelos interessados para a comprovação da idoneidade técnica e financeira, dentre eles inclui os de “quitação dos impostos federais, estaduais e municipais” (Ribeiro, C. J. de Assis. *Financiamento de obras públicas*. Rio de Janeiro, Financieiras, 1956. p. 222-3). No mesmo sentido é o pronunciamento de J. Nascimento Franco e Nisseke Gondo, que mencionam a necessidade de o proponente demonstrar *regularidade ou quitação*, perante a previdência social e o fisco (*Concorrência pública*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1969, p. 50).

A questão da exigibilidade da prova referida, nas licitações, já está em parte resolvida, no direito brasileiro, ante a clara e imperativa regra do art. 193 do Código Tributário Nacional, estatuinto que, salvo disposição legal em contrário, “nenhum departamento da administração pública da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova de quitação de todos os tributos *devidos à Fazenda Pública interessada*, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre” (grifou-se). Como esclarece Aliomar Baleeiro, a cautela adotada “já era observada invariavelmente nas propostas de fornecedores, empreiteiros, etc., em concorrência pública ou coleta de preços. Alguns diplomas federais e estaduais já proibiam que concorresse quem estivesse em mora com o fisco” (Baleeiro, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1971. p. 544).

O Decreto-lei nº 200, de 1967, retro mencionado, editando normas mais genéricas sobre o assunto, prescreve que “na habilitação às licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa: I — à personalidade jurídica; II — à capacidade técnica; III — à idoneidade financeira” (art. 131). Mas ainda que invocando apenas esse diploma, nos dois julgamentos aludidos pela autoridade informante e pela litisconsorte passiva, confirmou o Supremo Tribunal Federal que a exigência da quitação fiscal “é legítima e pressupõe a inexistência de débito” (*RDA*, 98:164 s. — RMS nº 18.462, Rel. Ministro Thompson Flores) e que descabe discutir a exigibilidade do crédito tributário, “quando o que está em causa é a exigência de certidão negativa de débito fiscal, elemento necessário à qualificação preliminar” (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, 58(2):509 s. — MS nº 19 903, Relator Ministro Djaci Falcão).

Na sua acepção mais ampla, enunciada por Hely Lopes Meirelles, a *idoneidade financeira* significa a capacidade do licitante “para satisfazer os encargos econômicos de-

correntes do contrato" e que, por isso, deve ser objetivamente demonstrada, na fase de habilitação, "para que seja admitido a licitar". Essa idoneidade é comumente comprovada "pelo capital realizado da empresa e pela demonstração da sua real situação econômico-financeira diante dos compromissos assumidos e dos créditos e débitos existentes" (Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, p. 133-4).

Ora, se assim é, sem dúvida importa conhecer o comportamento dos licitantes, não só quanto ao cumprimento das obrigações contraídas nas suas relações privadas, mas também daquelas de natureza fiscal e, sobretudo, das que sejam do interesse direto da pessoa pública promotora da licitação. Não se trata, apenas, de apreciar o aspecto moral da questão, aferível pelos índices de pontualidade na satisfação de compromissos assumidos, mas principalmente de verificar, em toda a sua exata extensão, o estado de endividamento e de solvabilidade de cada empresa e que estão imediatamente relacionados com aquela idoneidade financeira e econômica. E é no exame dessa situação que assume maior relevância a existência ou inexistência de débitos fiscais, dadas as excepcionais garantias oferecidas à Fazenda Pública, na execução dos seus créditos.

Seria admissível, *de lege ferenda*, decisão discricionária da administração pública a respeito da matéria, para avaliar a idoneidade em referência, tomando em consideração, entre outros inúmeros fatores, o montante das dívidas pendentes de pagamento, mas o certo é que o legislador, adotando um critério mais rigoroso, impõe a quitação fiscal.

Cumpra acrescentar, a propósito, que o Decreto federal nº 73 140, de 9 de novembro de 1973, regulamentando a concorrência e a tomada de preços, no tocante aos contratos de obras e serviços de engenharia, reiterava a necessidade de tal quitação com as Fazendas federal, estadual e municipal (art. 16, III, nº 4, em combinação com o art. 21, § 2º). A mesma exigência é repetida no texto do Decreto nº 84 701/80, que

institui o Certificado de Regularidade Jurídico-Fiscal (art. 2º, V). Sobreveio, finalmente, a Lei federal nº 6 946, de 17 de setembro de 1981 e que, modificando diversas disposições do Decreto-lei nº 200/67, expressamente incluiu a *regularidade* fiscal entre os requisitos de idoneidade que os licitantes devem cumprir (art. 4º, I).

## 1.2 A inabilitação da impetrante, em face do Edital da licitação

O Edital da Concorrência Internacional nº 1/81 dedicou o item 5 à *habilitação preliminar* e todo o subitem 5.1 à *documentação legal* exigida, que é especificada nos seus desmembramentos, a saber: no subitem 5.1.1, os documentos relativos à *personalidade jurídica* e no seguinte os demais, compreendendo certidões negativas de débitos fiscais, previdenciários, trabalhistas, de falência e concordata, de protestos de títulos, além de atestados de idoneidade financeira. Exatamente entre esses documentos foi incluída a questionada certidão negativa de débito com a Fazenda do estado do Paraná (subitem 5.1.2.3). Ora, o Edital não fez qualquer distinção, ao estabelecer que o envelope nº 1, relativo à habilitação preliminar e à pré-qualificação, "deve conter os documentos em três vias, ordenados em três cadernos distintos" (item 5) e, mais ainda, que "a falta de quaisquer documentos mencionados ou sua apresentação em desacordo com o presente Edital implicará a não habilitação do licitante" (item 6, subitem 6).

É de toda evidência, portanto, que essa falta caracteriza descumprimento de requisito *substancial, de fundo* e não mera irregularidade formal, que comportasse suprimimento por iniciativa da própria Comissão, a seu exclusivo critério, nos termos do subitem 12.4, retro transcrito.

Ainda que não se tratasse de imposição legal, estaria a administração pública obrigada a zelar pelo seu cumprimento, uma vez que, no caso ora apreciado, a exigência em questão também decorre de texto expresso do Edital. Conforme a opinião generalizada dos juristas, salientada por Hely Lopes Mei-

relles e Adilson Abreu Dallari, “é o edital a lei interna da licitação, vinculando inteiramente as partes às suas cláusulas, de sorte que nada se pode exigir e decidir além ou aquém do que dele conste” (Dallari, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo, Juriscredi, s. d. p. 77). “A habilitação é um ato vinculado” — acrescenta Lucia Valle Figueiredo — “porque o exigível ao interessado, para que comprove sua qualificação, deverá, expressamente, estar contido no texto do edital”, cabendo a este especificar os documentos comprobatórios da capacidade jurídica, técnica e financeira dos interessados. “A descrição da administração, na inexistência de texto legal taxativo, fica, tão-somente, a escolha dos meios através dos quais o interessado provará sua capacidade técnica, financeira e jurídica, como é o caso da nossa legislação. Entretanto, especificando a administração os documentos que deverão ser apresentados, vincula-se inteiramente. Ao examinar a habilitação deverá fazê-lo de acordo com o preestabelecido no edital” (Figueiredo, Lucia Valle. *Direito dos licitantes e prerrogativas da administração*. São Paulo, Resenha Universitária, 1977, p. 39-40).

### 1.3 Resposta ao primeiro quesito

Ante o que foi exposto, respondo afirmativamente ao quesito formulado: proferiu a Comissão de Licitação decisão válida, ao julgar inabilitada a impetrante pelo descumprimento de exigência indispensável, qual seja a da apresentação de certidão negativa de débito com a Fazenda do estado do Paraná.

## 2. Quanto ao segundo quesito

### 2.1 A divisão do fornecimento em lotes

O Edital da licitação ora apreciada não se limitou a repartir, em lotes, as máquinas, equipamento e veículos objeto da licitação, em função da *quantidade e qualidade* desse material (item 1), mas igualmente estabeleceu, nos itens e subitens a seguir mencio-

nados, *que essa divisão deveria ser observada*: na apresentação da proposta de preços (9.1.1), na sua cotação (9.1.2) e na elaboração das respectivas tabelas (9.2), bem como para efeito da qualificação das empresas, segundo sua capacidade técnica (13.5) e, ainda, quanto às condições ofertadas, a respeito do prazo de fornecimento do material e do treinamento do pessoal (13.5.4).

Dessas disposições normativas se infere, de modo bem nítido, que o critério estabelecido pela entidade licitadora foi o de aceitar e examinar propostas de qualificação técnica e de preços que tenham por objeto específico o material correspondente a cada um dos 22 lotes, entre os quais foi distribuído todo o fornecimento. Assim, ao invés da dispendiosa multiplicidade de licitações, para a compra de máquinas, veículos e outros equipamentos de variadas características e diversas quantidades, há o econômico aproveitamento de um mesmo caderno procedimental, permitindo o parcelamento das ofertas, segundo as possibilidades e conveniências dos licitantes.

### 2.2 A divisibilidade das ofertas impõe a divisibilidade do procedimento e do julgamento da licitação

Embora sujeita a um conjunto normativo unitário, por preceder a celebração de uma mesma espécie de contrato administrativo — o de fornecimento — a divisibilidade das ofertas necessariamente se reflete no critério de aplicação daquelas normas e dos preceitos fundamentais regentes da matéria — o da publicidade, da igualdade entre os proponentes, da rigorosa observância do Edital — que têm sua matriz, como realça Celso Antônio Bandeira de Mello, “no princípio da isonomia” (*Licitação*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 2).

Como é sabido, consiste a licitação, basicamente, no procedimento pelo qual, dentre as propostas formuladas por interessados idôneos, sobre o mesmo objeto e em igualdade de condições, a administração pública *seleciona a mais vantajosa*, sob os aspectos técnico e econômico. Assim sendo, é ine-

gável que todo o procedimento é dominado pelo *seu caráter eminentemente competitivo*, aliás benéfico tanto para os particulares, empresários, isto é, para a iniciativa privada, quanto para o Estado.

Acontece que, ao admitir a divisão das ofertas, segundo a natureza e a quantidade do fornecimento, o próprio Edital *pluralizou a concorrência*, que efetivamente se manifestará *entre os ofertantes do mesmo material*. Em outras palavras: somente entre os participantes dos diversos grupos, formados para a disputa dos fornecimentos relativos aos lotes, é que se estabelecerá a *competição*. Assim, como parece óbvio, apenas entre esses licitantes é que serão invocáveis e aplicáveis as normas da licitação, especialmente o princípio da isonomia. A observação vale para cada uma das fases do procedimento e ainda por melhores razões, em se tratando da definição da *melhor oferta*. Não seria admissível, nem logicamente possível, realmente, fixar *critérios de comparação*, isto é, de apreciação e julgamento, quando estejam sob exame propostas que objetivem o fornecimento de coisas distintas, quanto às suas características técnicas e os seus preços.

Na verdade, como os interesses dos licitantes e mesmo os seus direitos subjetivos somente atuam no âmbito restrito do *respectivo grupo*, é inevitável a conclusão de que *não auferem nenhum proveito, nem sofrem qualquer prejuízo*, pelos atos praticados em vantagem ou em detrimento dos demais licitantes, cuja sorte lhes é juridicamente irrelevante. Sejam esses atos válidos ou defeituosos. E isso pelo fato indiscutível de que esses outros ofertantes, estranhos ao grupo, *não são seus competidores*.

Portanto, a divisibilidade das ofertas comporta, necessariamente, a divisibilidade do procedimento formal da licitação e do seu julgamento, do que decorrem as consequências jurídicas cabíveis. Assim é que, referindo-se ao princípio da *legitimidade*, ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que a infração das normas e preceitos jurídicos que regem a matéria acarreta a nulidade do procedimento “no caso de ocorrer dano à ad-

ministração pública ou aos interessados que concorram à licitação, pois que, segundo a conhecida expressão francesa, *pas de nullité sans grief*”. E é preciso ressaltar: “a nulidade pode ser total ou parcial, considerando-se, então, tão-somente a parte viciada, que padece, realmente, de invalidade” (Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. *Da licitação*. São Paulo, José Bushatsky, 1978, p. 37).

Outra lição que se ajusta ao caso, é esta de Hely Lopes Meirelles: “A divisibilidade do julgamento é possível desde que o pedido no edital conste de itens ou subitens distintos e a proposta possa ser aceita por partes. Nesse caso a homologação ou a anulação do julgamento podem ser parciais” (op. cit. p. 156).

### 2.3 Resposta ao segundo quesito

Assim respondo ao quesito: a divisão do fornecimento e das respectivas propostas, admitidas no Edital, importará a divisão do procedimento, até a fase final do julgamento, de modo que a validade ou a invalidade dos atos praticados no âmbito de cada grupo de interessados, reunidos pela identidade de objeto das suas propostas, não se comunica às outras partes da licitação, nem afeta a situação jurídica dos demais proponentes.

### 3. Quanto ao terceiro quesito

#### 3.1 O mandado de segurança e a proteção dos direitos individuais

Ao enumerar os direitos e garantias dos brasileiros e estrangeiros aqui residentes e, ao demais, revigorar o sistema de jurisdição una, reza a Constituição da República que não poderá a lei excluir da apreciação do poder judiciário “qualquer lesão de direito individual” (art. 153, § 4º). Mais adiante, ao mencionar o mandado de segurança, mais restritivamente dispôs que, por essa via processual, será protegido “direito líquido e certo” (art. cit. § 21). Conforme têm salientado os especialistas, a expressão não guarda correspondência com aquela empregada no campo do direito material, ou mais precisamente no art. 1533 do Código Civil.

A sua significação deve ser apreendida no campo mais apropriado do direito processual. “Assim” — proclama Alfredo Buzaid — “para os efeitos aqui considerados, direito líquido e certo é aquele insuscetível de contestação e se apresenta sob estes dois aspectos: o positivo, caracterizado pela existência de um direito certo e atual e o negativo, pela sua incontestabilidade, isto é, pela impossibilidade de impugnação, séria e válida, do direito reclamado pelo impetrante no mandado de segurança” (Do mandado de segurança. RDA, 44:26-40, esp. p. 33-4).

Assim, enquanto o prejuízo a simples interesses está fora do alcance da proteção jurisdicional, a lesão a direito com aquelas precisas características, por ato administrativo, *outorga ao lesado o direito subjetivo de ir a juízo e exigir do Estado o cumprimento de prestação que lhe devolva a situação ocupada antes da edição do ato*. Por isso, adianta José Cretella Júnior, desde que não prefira valer-se dos recursos hierárquicos próprios ou impróprios, poderá o titular do direito postular junto ao poder judiciário a anulação da medida lesiva (*Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 5-6).

Analisando as condições da ação, frente ao mandado de segurança, Celso Agrícola Barbi igualmente expende considerações que merecem uma breve síntese. No que toca à primeira — diz o autor — não basta a invocação da norma legal porventura reguladora da matéria, mas é preciso estabelecer a sua necessária conexão com os fatos, certos e incontestáveis. É imprescindível a exata definição desses fatos, a sua prova. Como se vê, o conceito de direito líquido e certo é tipicamente *processual*, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo *no processo*: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a característica de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, *no processo*. E isso normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma de-

monstração imediata e segura dos fatos. Por outro lado, somente haverá legitimação ativa (a segunda condição), quando o impetrante se identificar com a pessoa favorecida pela lei, de modo a que essa possa, proveitosamente, impulsionar o processo. Isso significa que apenas o titular do direito em questão pode reclamá-lo em juízo, inclusive no mandado de segurança. É indispensável, finalmente, o interesse de agir (terceira condição), ou seja, que se demonstre a necessidade da prestação jurisdicional para que se obtenha a atuação da vontade da lei, pois sem esse recurso haveria dano para o autor (Barbi, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 3. ed. 3. tir. Rio de Janeiro, Forense, 1980. p. 74-109).

### 3.2 A inércia da licitante inabilitada e a renúncia do seu direito

#### 3.2.1 Dos recursos oportunamente cabíveis contra a decisão impugnada

Nos precisos termos do Edital — item 22 e seus subitens — “das decisões da Comissão de Licitação caberá recurso, com efeito suspensivo, para o licitador, da fase de Habilitação Preliminar e Pré-Qualificação, o qual, sob pena de preclusão, só poderá ser interposto antes de iniciada a abertura das propostas de preços”. A norma invocada se ajusta perfeitamente ao que dispõe o art. 137 do Decreto-lei nº 200/67, combinado com o prescrito no art. 41, § 2º, do Decreto nº 73 140/73, *in verbis*: “Os recursos referentes à fase de habilitação terão efeito suspensivo e só poderão ser interpostos, sob pena de preclusão, antes do início da abertura das propostas.”

A afirmação de que a Comissão é o órgão julgador da concorrência e, nessa condição, insubstituível, apenas significa o reconhecimento da sua competência originária, para decidir sobre as questões suscitadas. Em caso de irregularidade ou erro, a autoridade competente poderá anular a decisão, através de recursos ou *ex-officio*, determinando que a Comissão corrija o erro ou proceda a novo julgamento em forma regular (Meirelles, Hely Lopes. op. cit. p. 62-3).

A exigibilidade do efeito suspensivo, nos recursos manifestados contra atos da Comissão, fundamenta-se em uma razão óbvia, como expõe Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “Provido o recurso cabe ao interessado, antes desqualificado, habilitar-se na licitação, coparticipar dela. E isso não seria possível sem o efeito suspensivo do recurso, mas sempre ressalvado ao licitante invocar a tutela do poder judiciário” (op. cit. p. 84).

Realmente, a disponibilidade de recurso administrativo dotado daquele efeito nem mesmo impediria a impetração oportuna de mandado de segurança, apesar do que dispõe o art. 5º, I, da Lei nº 1533, de 31 de dezembro de 1951. É que em nosso sistema, pelo menos enquanto não regulado, por lei, o disposto na parte final do art. 153, § 4º, da Constituição, manifesta-se o interesse de agir do particular mesmo antes do esaurimento da via administrativa. Apenas ocorre o seguinte: “Se o recurso suspensivo for utilizado, ter-se-á que aguardar o seu julgamento, para atacar-se o ato final; se transcorre o prazo para o recurso, ou se a parte renuncia a sua interposição, o ato se torna operante e exequível pela administração, ensejando desde logo a impetração. O que não se admite é a concomitância do recurso administrativo (com efeito suspensivo) com o mandado de segurança, porque se os efeitos do ato já estão sobrestados pelo recurso hierárquico, nenhuma lesão produzirá enquanto não se tornar exequível e operante (Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967. p. 9).

Também no direito estrangeiro prevalece a mesma orientação, no sentido da impugnabilidade dos atos administrativos dotados de individualidade e autonomia, integrativos do procedimento licitatório — *actes détachables*. Como lembra o tratadista argentino José Roberto Dromi, separando-se o contrato dos atos que o precedem, confere-se mais ampla proteção jurídica aos proponentes. “Aun antes del contrato y de modo independiente de la impugnación contractual, cualquier oferente puede impugnar el acto de admisión, inadmisión, rechazo de ofertas,

adjudicación, etcétera” (Dromi, José Roberto. *La licitación pública*. Buenos Aires, Astrea, 1975. p. 129-30).

Em suma: em qualquer das fases da licitação é oferecida a possibilidade de suspensão ou extinção dos efeitos de atos administrativos lesivos a direito subjetivo líquido e certo dos seus participantes, quer pela interposição dos recursos hierárquicos cabíveis, quer pela impetração de mandado de segurança.

### 3.2.2 A preclusão de direito no procedimento da licitação

A inabilitação da impetrante importou a preclusão do direito de participar das fases subsequentes da concorrência — preclusão lógica e irremediável — oponível na instância administrativa e judicial.

“Sob o ponto de vista objetivo” — escreve José Frederico Marques — “a preclusão é um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para fases anteriores do procedimento. Do ponto de vista subjetivo, é a perda de uma faculdade ou direito processual que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo oportuno, fica praticamente extinto. Enquanto a preclusão temporal é a perda de uma faculdade processual oriunda do seu não-exercício no prazo ou termo fixado pela lei processual, a preclusão lógica é a que decorre da incompatibilidade da prática de um ato processual com outro já praticado. Ambas são preclusões impeditivas” (*Instituições de direito processual civil*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 1962. v. 2. p. 375-6).

Esses conceitos têm rigorosa aplicação também no campo do direito administrativo e em relação ao tema ora apreciado, dado o caráter procedimental da licitação, como decorre da lei e da doutrina.

Preceitua o Código de Contabilidade Pública, em seu art. 51, § 1º: “Verificada, em primeiro lugar, a idoneidade dos concorrentes, será escolhida, salvo outras razões de preferência antecipadamente assinaladas no edital, a proposta mais barata ...”. Ainda

mais explícito é o art. 741 do Regulamento daquele Código: “Em todas as concorrências públicas ou administrativas, a questão da idoneidade dos proponentes será examinada e julgada previamente, antes de abertas as propostas. As propostas cujos autores não tiverem sido considerados idôneos, não serão abertas.” O Decreto-lei nº 200/67 não diverge dessa orientação: “Nas concorrências, haverá, obrigatoriamente, uma fase inicial de habilitação preliminar destinada a comprovar a plena qualificação dos interessados para a realização do fornecimento ou execução da obra ou serviço programados” (art. 127, § 2º) — orientação essa reafirmada pelo recente Decreto federal nº 86 025, de 22 de maio de 1981, nos termos dos seus arts. 11 e 12, repetindo este último que a “habilitação preliminar precederá, sempre, a abertura das propostas”. Aliás, conforme foi antes anotado, o art. 41, § 2º, do Decreto nº 73 140/73, expressamente estatui que os recursos referentes à fase de habilitação deverão ser interpostos “antes do início da abertura das propostas, sob pena de preclusão” — no que foi seguido pelo Edital, mediante norma do mesmo teor (subitem 22.1).

Comentando o aludido art. 741 do Regulamento que acompanha o Código de Contabilidade Pública, assevera J. Guimarães Menegale que a administração pública está sujeita à dupla regra da *anterioridade* e da *irrevogabilidade* da habilitação dos candidatos. “A combinação dessas duas regras da anterioridade e da irrevogabilidade” — observa Quancard — “constitui garantia muito séria em proveito dos concorrentes. A colusão entre a administração pública e o concorrente torna-se mais difícil. A garantia de moralidade, oferecida pela observância dessa regra, perderia, entretanto, todo o vigor, se a decisão quanto à idoneidade dos candidatos fosse passível de revogar-se, depois de classificados os concorrentes, ou simplesmente conhecidas as propostas. De tal sorte, a regra da irrevogabilidade firmou-se na jurisprudência exatamente para evitar que a da anterioridade venha a burlar-se: a admissão do candidato é definitiva. Registre-

se que essa definitividade é o corolário de outro princípio, segundo o qual a decisão de admitir o candidato não é discricionária. Nem a administração pública pode habilitar pretendente que não satisfaça as condições exigidas, nem lhe é lícito excluir o candidato que as preencher nos termos do edital, sob pena, em relação a esta hipótese, de ofender direito líquido e certo” (Menegale, J. Guimarães. *Direito administrativo e ciência da administração*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro, Borsoi, 1957. p. 381-2). Igualmente M. Seabra Fagundes reitera que a questão da idoneidade de um licitante deve ser apreciada e decidida “no momento próprio, segundo os trâmites de seu processamento”, ou seja “no momento que medeia entre o recebimento formalizado das propostas pela autoridade que preside a concorrência e a abertura e leitura delas, o que pode ocorrer numa só assentada, ou em assentadas sucessivas”, de acordo com as normas do Código de Contabilidade Pública e seu Regulamento. Embora examinasse, no caso concreto, a oportunidade de impugnação da idoneidade de proponente, as lições do jurista se ajustam à situação presente: “Uma vez que o impugnante silenciou ante a rejeição das suas objeções, não interpondo recurso e nem sequer protestando nelas insistir, tem-se que aceitar essa decisão como justa (a da autoridade, resolvendo sobre a idoneidade)... Em situações como essas bem se pode falar de preclusão, assemelhável àquela que se conhece no processo judicial (Giannini, Massimo Severo. *Lezioni di diritto amministrativo*. 1950. v. 1. p. 418) se não se quiser mesmo utilizar a expressão menos feliz, conquanto mais correntia, coisa julgada administrativa (Linares, Juan Francisco. *Cosa juzgada administrativa*. 1945. p. 11-4). Os arts. 51, § 4º, e 740, respectivamente, do Código de Contabilidade Pública e do seu Regulamento, não acobertam o reclamante tardio (Seabra Fagundes, M. Parecer. *RDA*, 34:398-408, esp. p. 399-400).

Não é diferente o ensinamento de Hely Lopes Meirelles: “A verificação da idoneidade dos concorrentes é matéria preliminar do julgamento da concorrência, e, por

isso mesmo, não pode ser relegada para a fase subsequente, da apreciação das propostas (envelope 2 — Propostas), em que se confrontam as ofertas e se valoram as vantagens para a escolha do melhor proponente. Sendo a concorrência um procedimento administrativo, a administração a realiza por fases, que se vão precluindo à medida que se praticam os atos próprios de cada uma. Se na fase adequada os interessados não impugnaram o ato através do recurso cabível, fecha-se para o concorrente a possibilidade de obter a modificação administrativa do decidido e passa-se à fase seguinte, porque se dá a preclusão administrativa ou, por outras palavras, a coisa julgada administrativa” (*Licitação* ... cit. p. 61-2).

### 3.2.3 A extinção do direito da impetrante

Discorrendo sobre as razões de ordem lógica e de ordem legal, incluindo os princípios fundamentais, regentes da licitação e que exigem o rigoroso acatamento da sequência prevista para os diversos estádios do procedimento, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: “não seria racional nem conseqüente estabelecer-se uma fase prévia à fase de exame das propostas e ao depois integrá-las em uma única, até porque, tal proceder poderia levar à inversão da sequência fixada, isto é, redundar em qualificação ou desqualificação do proponente, em função da proposta, resultado rigorosamente oposto à razão de ser do itinerário sequencial (...); é meridiano, é solar, que se a habilitação compreende unicamente o exame das condições subjetivas com o propósito de determinar quem pode ser considerado em condições de ofertar, em hipótese alguma caberia conhecer das ofertas, isto é, das propostas, enquanto não resolvida preliminarmente a questão antecedente, pena de ilogismo, de irracionalidade do próprio procedimento, tal como foi concebido.”

Mais adiante, invocando o Decreto-lei nº 200/67, bem como a legislação do estado e do município de São Paulo, reguladora da matéria, no mesmo sentido daquele diploma federal, acentua o tratadista: “Eis, pois, que a lei é clara e expressa: não são

abertos os envelopes *proposta* senão depois do julgamento dos recursos interpostos contra o ato declarador da habilitação, salvo transcurso *in albis* do prazo para impetração deles ou desistência *expressa* do direito de recorrer. É certo que, se a sucessão legal das fases fosse inobservada, resultariam facilidades para *tratamento desigual entre os participantes do certame*. O prévio conhecimento do teor das propostas põe em risco o pressuposto de *isonomia na fase de habilitação*, permitindo que o juízo sobre o teor das propostas refluisse sobre o juízo concernente à idoneidade dos participantes da licitação (Bandeira de Mello, Celso Antônio. op. cit. p. 52-4).

É irrecusável, portanto, a conclusão de que é pela habilitação que o interessado se investe em uma nova situação jurídica, perante a administração, da qual decorre o direito de apresentação da proposta. Ou seja: “é a habilitação a condição para que o interessado se converta em licitante” (Figueiredo, Lucia Valle. op. cit. p. 40). Daí por que “a proposta por licitante inidôneo não será objeto de consideração, pois o seu autor já não existe para aquela licitação” (Dallari, Adilson Abreu. op. cit. p. 92). Idêntico princípio é observado no direito estrangeiro, conforme esclarece o jurista uruguaio Enrique Sayagues Laso: “La elección del adjudicatario se hace entre las ofertas que están en debidas condiciones, o sea que han cumplido los requisitos de admisión (...), y respetado íntegramente las estipulaciones del pliego (...) Las restantes son declaradas inadmisibles y no se toman en cuenta” (*La licitación pública*. Montevideo, Acali, 1978. p. 105). Por isso mesmo, segundo a oportuna observação de Gaston Jèze, fundada em decisão do Conselho de Estado francês: “Las únicas personas que tienen interés y, por consiguiente, personería para entablar el recurso por exceso de poder, son los proponentes admitidos a la adjudicación. Un empresario cualquiera, a quien ha descartado la Administración a pesar de su intención de hacer una propuesta, no puede interponer el recurso...” (*Principios generales del derecho administrativo*, Trad.

argentina. Buenos Aires, Depalma, 1950. v. 4. p. 124).

#### 5.2.4 Observações finais

Ante o que foi exposto, verifica-se que a impetrante carece de legitimação para questionar a idoneidade de proponentes integrados em grupos distintos. Já agora, consumada a sua inabilidade, sequer dispõe do direito de participar do ato fundamental da licitação, consistente no julgamento das propostas apresentadas.

Em primeiro lugar, ante a preclusão lógica que se operou, dada a absoluta incompatibilidade entre o ato de revisão da habilitação preliminar — etapa já vencida — e o de admissão à fase subsequente da licitação, *quando a proposta da empresa competidora já foi aberta*. A segunda razão é a de que, *ao retirar a sua própria oferta*, mediante recibo dado à licitadora, a impetrante *renunciou* a todo e qualquer direito de participação no resultado da concorrência.

Portanto, não se trata, apenas, de negar a quem foi oportunamente excluído do procedimento a legitimação processual ativa para argüir matéria atingida pela preclusão. Importa, isso sim, reconhecer que está defi-

nitivamente extinto o próprio direito material, suscetível de proteção jurisdicional e que, no mandado de segurança, há de ser *líquido, certo e atual*. Na verdade, em que aproveitaria à postulante a pretendida anulação, ainda que parcial, da licitação? Em nada, posto que a sua proposta, já retirada, *perdeu toda a autenticidade*.

Nessa oportunidade, a apreciação de tal proposta e a sua comparação com a da competidora, já agora devassada e por isso conhecida, em todos os seus aspectos, pela impetrante interessada, representaria uma completa subversão, não só do procedimento da licitação, mas do próprio ordenamento jurídico, *que terminantemente veda o exame das propostas formuladas pelas licitantes inabilitadas*. O pedido é, sem dúvida, inviável perante o direito.

#### 3.3 Resposta ao terceiro quesito

A esse quesito respondo negativamente, reportando-me ao que consta do subitem imediatamente anterior.

Curitiba, 11 de dezembro de 1981. — *Fernando Andrade de Oliveira*, professor titular de Direito Administrativo na Universidade Federal do Paraná.