EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO PÚBLICA. PREGÃO ELETRÔNICO. ALEGAÇÃO DE INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA VENCEDORA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. CONTROLE JUDICIAL LIMITADO À LEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação Cível interposta contra sentença que denegou a segurança em mandado de segurança por entender que o impetrante não apresentou prova pré-constituída suficiente da inexequibilidade da proposta vencedora do Pregão Eletrônico promovido pelo Município de Paraisópolis.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se a impetrante apresentou prova pré-constituída suficiente para demonstrar a inexequibilidade da proposta vencedora; e (ii) estabelecer se houve ilegalidade ou abuso de poder no ato administrativo que manteve a adjudicação da proposta classificada em primeiro lugar.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O mandado de segurança exige a demonstração de direito líquido e certo por meio de prova pré-constituída, sendo incabível quando a pretensão demanda dilação probatória.

4. A análise de exequibilidade da proposta constitui ato administrativo dotado de discricionariedade técnica, submetido ao controle judicial apenas quanto à legalidade, não alcançando o mérito administrativo.

5. O ato impugnado observou os princípios da legalidade, motivação e busca da proposta mais vantajosa (art. 5º, III, da Lei 14.133/2021).

6. Eventual impossibilidade de a empresa vencedora auferir renda por fonte diversa daquela questionada pelo impetrante reclama dilação probatória, incabível na via estreita do mandado de segurança.

7. Hipótese em que não há prova suficiente da inexequibilidade da proposta ganhadora, tampouco ficou demonstrada a ilegalidade no ato questionado.

IV. DISPOSITIVO E TESE

4. Recurso desprovido.

_ _ _ _ _ _ _ _ _ _

Dispositivos relevantes citados: Lei nº 14.133/2021, arts. 5º, III, 59, §2º, e 165.

Jurisprudência relevante citada: n/a.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.25.245678-5/001 - COMARCA DE PARAISÓPOLIS - APELANTE(S): VEROCHEQUE REFEICOES LTDA - APELADO(A)(S): MUNICÍPIO DE PARAISÓPOLIS, O 2 PLUS CARD INSTITUICAO DE PAGAMENTOS LTDA, PREFEITO DE PARAISÓPOLIS

A C Ó R D Ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI

RELATOR

DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI (RELATOR)

VOTO

Trata-se de Apelação Cível interposta por VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA. contra a sentença (eDoc 34) que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado em face de ato do PREFEITO MUNICIPAL DE PARAISÓPOLIS/MG, denegou a segurança por entender que a impetrante não apresentou prova pré-constituída suficiente da inexequibilidade da proposta vencedora do Pregão Eletrônico nº 084/2024, promovido pelo Ente Público municipal.

Em suas razões recursais (eDoc 36), a apelante narra que instruiu a inicial com documentos que demonstram que o desconto aplicado pela empresa vencedora torna a proposta inviável, uma vez que os valores ofertados seriam incompatíveis com a execução do serviço sem prejuízo à qualidade e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Defende que a proposta submetida acarretará em prejuízo impraticável que levaria à falência empresarial, em razão da discrepância entre a taxa de reembolso apresentada na proposta da concorrente e aquela aceita por grandes redes de supermercado, açougues e mercadinhos, o que demonstra o risco de inadimplemento contratual ou de prestação de serviço com qualidade inferior à esperada. Sustenta que a Administração Pública deveria ter procedido à análise da exequibilidade da proposta, nos termos do art. 59, §2º, da Lei nº 14.133/2021. Nesses termos, pede o provimento do recurso para que seja concedida a segurança.

Preparo regular (eDocs 37/38).

Contrarrazões apresentadas pelo Município de Paraisópolis à ordem 40, em natural infirmação.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (eDoc 44).

É o relatório.

Passo à análise.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, **conheço do recurso.**

A impetrante, ora apelante, narra ter participado do Pregão Eletrônico nº 084/2024, cujo objeto era o fornecimento e gerenciamento de cartão-alimentação aos servidores da Prefeitura Municipal de Paraisópolis/MG, sendo sua proposta classificada em terceiro lugar.

Por entender que as taxas de desconto apresentadas pelo primeiro e segundo lugares tornariam as propostas inexequíveis, interpôs recurso no curso do procedimento licitatório perante o pregoeiro, o qual foi julgado improcedente pela autoridade coatora (eDoc 6, fl. 8; eDoc 7).

Irresignado, impetrou o presente mandado de segurança, instruído com Parecer Técnico elabora pela empresa Norte Consultoria acerca de proposta apresentada no Pregão Eletrônico nº 076/2024, do Município de Ouro Branco, com objeto similar ao do processo licitatório tratado no presente *writ*.

No curso do *mandamus*, foram apresentadas informações pela empresa O 2 Plus Card Instituição de Pagamentos Ltda, vencedora do procedimento licitatório em apreço, por meio das quais defendeu que o certame foi conduzido com total observância aos princípios da

legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade e ampla competitividade, asseverando que viabilidade de sua proposta decorre em razão de outras fontes de receita típicas do setor, como taxas de antecipação e rendimentos do "float" bancário (eDoc 23).

O Município de Paraisópolis, por sua vez, argumentou que a proposta vencedora foi devidamente analisada quanto à exequibilidade, tendo sido comprovado pela O2 Plus Card sua capacidade de execução. Destacou que a Administração deve buscar sempre a proposta mais vantajosa, sem desclassificar ofertas de menor valor apenas por serem reduzidas, pois a inexequibilidade só se caracteriza quando comprovada a impossibilidade de cumprimento do contrato, acrescentando, ainda, que manterá seu dever de fiscalização e poderá aplicar penalidades em caso de inexecução contratual (eDoc 28).

Sobreveio a r. sentença que denegou a segurança por entender que a impetrante não apresentou prova pré-constituída suficiente da inexequibilidade da proposta vencedora do Pregão Eletrônico nº 084/2024.

Pois bem!

Consoante artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição da República, e, ainda, o artigo 1º da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09), concede-se mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente, ou com abuso de poder, alguém estiver sofrendo violação ou houver justo receio de sofrê-la, por parte de autoridade.

O essencial é que o impetrante demonstre, desde logo, os fatos necessários a comprovar o seu direito e, consequentemente, a ilegalidade do ato que com ele seja contrário.

Assim, uma das características fundamentais do *writ* é a existência de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, sem o que o interesse de agir não se configuraria.

Nesse sentido, ensina Érico Andrade, na obra Mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade. Proposta de releitura à luz da efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 373-377:

> "A primeira e central polêmica em torno do mandado de segurança ataca um dos seus principais núcleos: a fixação do que se entende por direito líquido e certo - que o legislador não ousa conceituar - ensejador do uso da ação de mandado de segurança. (...) Corrente tradicional de pensamento entendia o direito líquido e certo como aquele constatável, de plano, sem maiores considerações ou pesquisas. Seria uma espécie de direito evidente, que saltaria aos olhos, de modo que tenderia a não se enquadrar no conceito questões mais intrincadas, de fato ou de direito. Esta posição, não obstante doutrinariamente superada, encontra até hoje reflexo em alguns precedentes jurisprudenciais, que entendem incabível a impetração de mandado de segurança diante de questões complexas, difíceis, de fato ou de direito. Sem embargo, o entendimento que prevalece hoje, na jurisprudência e na doutrina, é no sentido de que controvérsias ou "complexidade" dos fatos e do direito não impedem a concessão da segurança, desde que os fatos estejam documentalmente comprovados e não exijam, para esclarecimentos, outras diligências probatórias. É hoje prevalente a posição no sentido de que a expressão "direito líquido e certo" tem natureza processual e traduz direito comprovado, normalmente de plano, por prova documental pré-constituída,

> apresentada, via de regra, com a própria petição inicial - donde a sumariedade do procedimento do mandado de segurança - já que aplicável aqui a tradicional distribuição do ônus da prova lançada no art. 333, CPC. (...) Nesse ponto, registre-se, o quadro da Lei n. 1.533/51 permanece inalterado: a Lei n. 12.016, de 07.08.2009, se limita a reiterar que o mandado de segurança cabe quando violado direito líquido e certo (art. 1º), sem maiores esclarecimentos sobre o conteúdo processual dessa expressão".

Portanto, a prova pré-constituída assume relevância excepcional, já que o conceito de direito líquido e certo repousa na indiscutibilidade dos fatos e na sua comprovação imediata, de plano.

Na hipótese dos autos, constato que ao impetrante foi garantida a interposição de recurso em face do julgamento das propostas apresentados no Pregão Eletrônico nº 084/2024, conforme preceitua o art. 165, da Lei nº 14.133/2021 e em respeito ao item 9 do edital que regeu o processo licitatório.

Em face das razões ali apresentadas, a empresa vencedora foi instada a comprovar a exequibilidade de sua proposta, tendo sido proferida decisão que concluiu pela improcedência do recurso (eDoc 7).

Nesse cenário, cumpre registrar que o ato administrativo em discussão é discricionário; contudo, a discricionariedade administrativa deve estar pautada pela legalidade e temperada pelos cânones da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que a Administração Pública tem o poder-dever de fundamentar a negativa de um direito.

Assim, não cabe ao Judiciário analisar o mérito da decisão administrativa impugnada, respeitando a discricionariedade da Administração Pública, sob pena de violação ao princípio da separação

das funções do Estado, pelo que deve circunscrever o seu controle à legalidade do ato.

E, no caso dos autos, entendo que o procedimento em questão seguiu as diretrizes presentes no edital e na lei que rege a matéria. A decisão proferida encontra-se devidamente fundamentada, tendo esclarecido que a inexequibilidade só seria declarada após comprovação de que o custo do licitante ultrapassa o valor da proposta e de que inexistem custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta (item 6.8.1 do edital). Acrescentou, ainda, que a empresa vencedora informou possuir receitas além daquelas provenientes dos descontos ora questionados, e que caberia a esta a prerrogativa de definir o quanto pode cobrar para executar os serviços solicitados (eDoc 7).

Dessa feita, tem-se que o ato impugnado observou os princípios da legalidade, motivação e busca da proposta mais vantajosa (art. 5º, III, da Lei 14.133/2021).

Noutro giro, assim como a Exma. Juízo de Direito, entendo que o parecer elaborado pela empresa Norte Consultoria não se aplica à hipótese *sub judice*, na medida em que, naquele caso, a prestadora de serviço justificara a viabilidade da execução contratual apenas por meio de antecipação de recebíveis. Além disso, a conclusão do documento não afirmou a inexequibilidade da proposta, mas a necessidade de diligenciar junto à empresa para que esta demonstrasse, através de contratos pretéritos, como a antecipação seria possível dentro do mercado do Município de Outro Branco.

Na situação dos presentes autos, que trata de município diverso, a empresa vencedora afirmou que, além da taxa de antecipação de

recebíveis, aufere receitas advindas de investimentos dos recursos em sua posse, por meio de "float" bancário.

Nesse cenário, eventual impossibilidade de a empresa O 2 Plus auferir renda por fonte diversa daquela questionada pelo recorrente reclama dilação probatória, incabível na via estreita do mandado de segurança.

Diante dessas considerações, compreendo que não há prova suficiente da inexequibilidade da proposta ganhadora, tampouco ficou demonstrada a ilegalidade no ato questionado, devendo ser mantida a sentença.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

Custas recursais na forma da lei.

DES. FÁBIO TORRES DE SOUSA - De acordo com o(a) Relator(a).

JD MARCELO PAULO SALGADO - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO."