

Supremo Tribunal Federal

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 19.03.2004

19/11/2003

EMENTÁRIO Nº 2 1 4 4 - 2

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.510-7 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
 IMPETRANTE(S) : NASCIMENTO CURI ADVOGADOS ASSOCIADOS
 ADVOGADO(A/S) : LUIS ANTONIO NASCIMENTO CURI E OUTRO(A/S)
 IMPETRADO(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO.

1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.

2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões).

3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável.

4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem.

A C Ó R D ã O

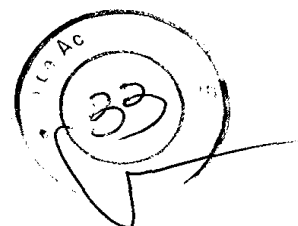
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, preliminarmente, afastar a ilegitimidade ativa da impetrante. No mérito, por maioria, indeferir a segurança.

Brasília, 19 de novembro de 2003.

Maurício Corrêa - Presidente


Ellen Gracie

- Relatora



Supremo Tribunal Federal

19/11/2003

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANCA 24.510-7 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
IMPETRANTE(S) : NASCIMENTO CURI ADVOGADOS ASSOCIADOS
ADVOGADO(A/S) : LUIS ANTONIO NASCIMENTO CURI E OUTRO(A/S)
IMPETRADO(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: O impetrante alega que foi habilitado em licitação, na modalidade tomada de preços, aberta pela CODESP – Cia Docas do Estado de São Paulo com objetivo de contratar escritório de advocacia em Brasília, para o acompanhamento de processos nos Tribunais Superiores e órgãos administrativos da Capital Federal. Diz que, na fase inicial da licitação, foram apresentados vários pedidos de esclarecimentos e impugnações e fixada a data de abertura dos envelopes e caução para 27 e 30.01.03. Entretanto, um dos participantes da concorrência, o escritório Emerenciano e Baggio Advogados Associados, sob alegação não ter obtido resposta a seus reclamos, representou ao Tribunal de Contas da União que, por sua vez, determinou a imediata suspensão do certame até que fosse julgado o mérito. Contra o acórdão do TCU concessivo da medida cautelar, o ora impetrante interpôs agravo. Porém, a autoridade coatora ignorou o requerido efeito suspensivo e, sem despachar a petição correspondente, determinou fosse o pedido incluído no sistema informatizado como “*novos elementos/informações adicionais*”, encaminhando-o ao gabinete do relator o qual alega aguardar a instrução pela SECEX antes de levá-lo novamente a Plenário.

O impetrante sustenta ter direito líquido e certo à imediata retomada do procedimento de concorrência, alega a falta de fundamentação legal da decisão atacada, a ausência de interesse pré-existente e superveniente da representação, má fé, omissão e movimentação indevida da máquina pública, por parte do Escritório Emerenciano e Baggio bem como, falta de competência do Tribunal de Contas da União, no que se refere a concessão de medida cautelar, não fundamentação de sua decisão, além de, inexistência de contraditório e instrução do feito administrativo. A lesão consiste na demorada senda administrativa trilhada por autoridades incompetentes e que desconhecem situações de fato urgentes, efeitos esses que atingem o impetrante e os demais interessados, caso o ato coator venha a ser mantido. O impetrante também enfatiza os prejuízos à própria CODESP e aos concorrentes que

Supremo Tribunal Federal

MS 24.510 / DF


ofereceram valores para caucionar a habilitação e têm direito de retomar o certame. Conclui que se encontraram presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* e requer a suspensão dos efeitos da medida cautelar adotada pelo Tribunal de Contas da União, a anulação do processo administrativo, com ciência dos interessados aos quais deve também ser concedido o direito de defesa.

A autoridade impetrada, nas suas informações, em resumo, afirma que: a) o processo de licitação não está na fase final; b) ocorreram irregularidades no procedimento de tomada de preços; c) a decisão do TCU foi motivada; d) a posição processual do impetrante, na representação que tramita no TCU, com base na interpretação extensiva, é apenas de terceiro interessado, assemelhada à figura da assistência simples; e) o impetrante não é parte legítima para propor a presente ação, uma vez que tem o direito de licitar, não o direito a uma licitação específica maculada por vícios cuja extensão e efeitos estão pendentes de julgamento no Tribunal de Contas; f) o TCU tem poder geral de cautela e é competente para fiscalizar e julgar temas inerentes a licitações e contratos. g) não há direito material do impetrante a ser tutelado e eventuais prejuízos à CODESP não podem justificar danos maiores das irregularidades indiciárias que motivaram a decisão da Corte de Contas; h) o TCU não determinou a retenção de qualquer caução, mas apenas a suspensão do certame, até o juízo de mérito. (fl. 231)

Indeferi a medida liminar por não considerar satisfeitos os requisitos para seu deferimento (fls. 318/319).

Aberta vista à Procuradoria-Geral da República, veio aos autos parecer (fls.322/329) pelo não conhecimento, ou se julgado o mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.



Supremo Tribunal Federal

MS 24.510 / DF

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): O que o impetrante, busca, pela via do presente *mandamus* é o direito, assegurado a todos quantos participem de licitação em órgão e entidades de direito público, à fiel observância do pertinente procedimento, assegurada pelo art. 4º da Lei 8.666/93. Reconheço pois sua legitimidade para propor o mandado de segurança e rejeito a preliminar

Quanto ao mérito, entretanto, o impetrante não demonstrou a existência de direito líquido e certo a ser tutelado em sede de mandado de segurança.

A eminente Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Cureau, manifestou-se no parecer, *verbis*:

“O impetrante sustenta ausência de interesse jurídico por parte dos representantes, além de má-fé, omissão e movimentação indevida da máquina pública. Todavia o já citado art. 4º e o art. 113, § 1º, ambos da Lei n.º 8.666/93, conferem a todos os que participem de licitação o direito à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei, podendo, por isso, impugná-lo administrativa ou judicialmente.

No que tange às afirmações de que (1) a representação interposta junto ao TCU carece de fundamento legal, pois, segundo o art. 113 da Lei de Licitações, a competência do Tribunal de Contas da União restringir-se-ia à fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial, não englobando procedimentos de licitação; e de que (2) o ato de suspensão cautelar seria privativo do Poder Judiciário, basta a simples leitura do dispositivo em questão, para verificarmos a sua total impertinência:

“Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

Supremo Tribunal Federal

MS 24.510 / DF

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. (destacado).

Fica claro, pois, que cabe à Corte de Contas o exame de editais de licitação publicados, o que se concilia com sua competência de “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade” (CF, art. 71, inc. IX).

Por outro lado, se as Cortes de Contas têm legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da Administração interessada adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade, possuem legitimidade para a expedição de medidas cautelares, como a ora impugnada, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões.

O art. 276 do RITCU disciplina a matéria:

“Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei n.º 8.443, de 1992.”

Supremo Tribunal Federal

MS 24.510 / DF

A alegação de que a decisão guerreada careceria de motivação também não é sustentável, eis que foi fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. Senão, vejamos o seu teor:

Acórdão 197/2003 - Plenário

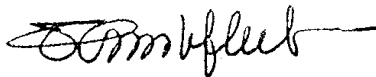
“VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos de Representação, formulada por Emerenciano, Baggio e Associados - Advogados, tendo em vista indícios de ocorrência de cláusulas restritivas à competitividade no Edital nº 18/2002 de responsabilidade da Companhia Docas do Estado de São Paulo - Codesp. Considerando que estão presentes os requisitos de admissibilidade consoante disposto no § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93; Considerando a existência de fortes indícios de restrição à competitividade no certame de interesse da Codesp, objeto do Edital nº 18/2002; Considerando haver fundado receio de grave lesão ao Erário ou a direito alheio, ou ainda, de risco de ineficácia da decisão de mérito, nos termos do art. 276 do Regimento Interno desta Corte de Contas; Considerando a proposição da Secretaria de Controle Externo deste Tribunal no Estado de São Paulo. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em: 9.1 com fulcro no art. 45 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 c/c o art. 276 do Regimento Interno desta Corte, determinar à Companhia Docas do Estado de São Paulo - Codesp que suspenda de imediato o prosseguimento do processo licitatório objeto do Edital nº 18/2002, cujo escopo é a contratação de escritório em Brasília/DF, para o atendimento das necessidades da Codesp, consistente no acompanhamento de processos nos Tribunais Superiores e nos Órgãos Administrativos da Capital Federal, até que o Tribunal de Contas da União decida sobre o mérito da questão suscitada nestes autos; 9.2 remeter o presente processo à Secex/SP para instrução e proposição das medidas saneadoras regimentais; 9.3 dar ciência deste Acórdão ao interessado. (fl. 190).

Supremo Tribunal Federal

MS 24.510 / DF

Por fim, a afirmação de violação ao contraditório e de ausência de instrução processual, de igual maneira, é impertinente, porquanto, como já ressaltamos, na fase em que se encontra a licitação, não há que se falar em direitos a serem defendidos pelo impetrante na Reclamação em trâmite perante a Corte de Contas.”
(fls. 326/329)

O parecer está correto. Pelas razões nele expendidas, que adoto,
denego a ordem.



/jsl

19/11/2003

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.510-7 DISTRITO FEDERAL

À revisão de apertes dos Srs. Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie (Relatora), Sepúlveda Pertence e Cezar Peluso.

V O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Senhor Presidente, entendo, realmente, falecer ao Tribunal de Contas da União competência para sustar a realização de licitações promovidas por órgão ou entidade da Administração Pública, *data vênia* da eminente Relatora, Ministra Ellen Gracie.

Baseio-me na Constituição Federal, que, ao inventariar as competências do Tribunal de Contas da União, parece-me, o fez em números fechados, *numerus clausus*. No tocante à questão *sub judice*, diz o inciso IX do artigo 71, quanto ao TCU:

"Art. 71.

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;"

Segundo ouvi do relatório e do voto, o Tribunal de Contas não assinou esse prazo para o órgão ou a entidade adotar as providências necessárias ao exato cumprimento da lei. A Constituição



MS 24.510 / DF

Federal fala da competência do Tribunal para sustar o ato impugnado, mas na seguinte condição:

"Art. 71.

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;"

Ou seja, o Tribunal de Contas não assinou o prazo para a suposta ilegalidade ser corrigida e, assim sendo, não poderia sustar a licitação, porque o ato de sustação — diz o inciso IX do artigo 71 — está condicionado ao não-atendimento deferido que fora determinado pelo Tribunal.

Parece-me que, no caso, cabia ao Tribunal de Contas exercer a sua competência, especificamente prevista no inciso XI do artigo 71:

"Art. 71.

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados."

O TCU deveria, a meu sentir, efetivar uma representação ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. No caso de contrato, o § 1º desse mesmo artigo diz:

"Art. 71.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis."



MS 24.510 / DF

Discordo da sustentação oral — muito bem feita pelo ilustre advogado da tribuna — no que toca, sobretudo, à consideração de ser o Tribunal de Contas um mero órgão técnico auxiliar do Poder Legislativo; no caso, auxiliar do Congresso Nacional, pois se trata do TCU.

Quando a Constituição diz caber ao Tribunal de Contas da União auxiliar o Congresso Nacional, no exercício da função de controle externo, não está dizendo ser ele mero órgão auxiliar, mas sim que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, não se fará senão com o auxílio do TCU, prestigiando a participação desse Tribunal, verdadeiramente tida pela Constituição como inafastável e imprescindível, sem daí se deduzir um vínculo de subalternidade hierárquica. Também não é correto, data venia, afirmar que o Tribunal de Contas, enquanto órgão meramente técnico, apenas emite parecer.

Ora, entre tantas competências importantes a ele adjudicadas pela Constituição, a referência a parecer comparece apenas em uma oportunidade: quando da prestação anual de contas do Presidente da República. No mais, o TCU decide, e não mereceria o nome de tribunal se não fosse para exercer competências decisórias.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Não há contradição no argumento de Vossa Excelência? Ao mesmo tempo em que postula um



MS 24.510 / DF

fortalecimento do papel do Tribunal de Contas, diz não ter ele poder para tomar medida cautelar garantida na lei. Se não me engano, o Estatuto do Tribunal assegura, expressamente, que pode.

Uma outra questão: o voto de Vossa Excelência não implicaria na declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da lei que dá essa atribuição ao Tribunal de Contas?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Ouvi, atentamente, a sempre bem fundamentada intervenção de Vossa Excelência, mas me permito lembrar que comecei a minha intervenção oral dizendo ter o Tribunal de Contas da União competências constitucionalmente deferidas a ele em *numerus clausus*, em número fechado. Entre essas competências não figura a de sustação de procedimento ou processo licitatório. Até mesmo quando há referência à Lei de Licitações (artigo 113), falando-se em uma suposta competência do Tribunal de Contas para sustar procedimento licitatório, tudo está vinculado a contrato — e não houve nenhum ainda.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA) - E demais instrumentos regidos por essa lei, inclusive o procedimento resultante no contrato; assim é a minha leitura.



MS 24.510 / DF

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Farei a leitura para ver se há uma coincidência com o voto de Vossa Excelência.

Diz o artigo 113 da Lei nº 8.666:

"Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei" - ou seja, não houve a despesa, porque o procedimento licitatório é antecipatório da despesa - "será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto."

"§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei," - aí vem o arremate - "para os fins do disposto neste artigo" - ou seja, para os fins do disposto no artigo 113.

O mandado de segurança procede e, data venia dos pontos de vista em contrário, eu o acolho.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA) - Gostaria que Vossa Excelência nos explicitasse em que medida defere esse mandado de segurança. A parte pediu suspensão dos efeitos da medida cautelar e anulação do processo administrativo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Muito bem, Vossa Excelência tem razão. Delimito o meu voto: só para suspensão da



MS 24.510 / DF

decisão cautelar do Tribunal de Contas; exclusivamente para esse fim.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Quer dizer, ele tem o poder de julgar a representação, mas não tem o poder cautelar eventualmente necessário?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Ele não tem poder cautelar.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Ele tem o poder de remediar, mas não o de prevenir? Vamos esperar seja consumada a ilegalidade para, só depois, atuar o Tribunal de Contas?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Não, ele assina prazo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Em matéria de jurisdição, temos entendido sempre ser o poder cautelar inerente à competência para decidir. Ele pode, verificando uma ilegalidade, assinar prazo para ela ser corrigida, sob pena das medidas ulteriores. Mas não pode prevenir que se torne inútil a decisão futura, enquanto se verifica se há ilegalidade ou não?



MS 24.510 / DF

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Excelência, entendo que, como diz a Constituição, cabe a ele representar ao Poder competente...

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas é textual.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Trata-se do artigo 276.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Recusou-se a incidência, no caso, do inciso IX do artigo 71, sob o fundamento de que não se assinara o prazo. Ora, assinar prazo pressupõe, segundo o mesmo inciso, uma decisão em que se verifique a ilegalidade. A indagação posta no caso é a seguinte: denunciada a ilegalidade, não tem o Tribunal o poder implícito de sustar o procedimento administrativo até verificar a ilegalidade e, conseqüentemente, determinar a correção?

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA) - Foi exatamente o teor da decisão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Quando a Constituição dá ao Tribunal de Contas o poder de assinar prazo, ela o faz no inciso IX.

MS 24.510 / DF

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Quando verificada a ilegalidade.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Exato. Mas ele está vinculado, funcionalmente, ao inciso VIII:

"Art. 71.

VIII - Aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, ..."

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Vossa Excelência está propondo aguardar até que seja aplicada a sanção? Quer esperar a consumação do ilícito, a apuração da irregularidade, para, só então, intervir o Tribunal, aplicando as sanções, quando pode prevenir o dano ao erário?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Assumo: é assim mesmo como penso.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Data venia, é uma temeridade discutir isso com Vossa Excelência zeloso especialista em questão de Tribunal de Contas. Mas, parece-me, o inciso VIII é sancionatório, ao passo que o inciso IX visa à correção da ilegalidade.

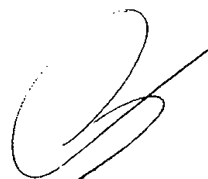


MS 24.510 / DF

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Sim, mas uma coisa está vinculada à outra.

Defiro em parte o pedido, *data venia*, para sustar os efeitos da liminar concedida pelo Tribunal de Contas.

* * * * *



19/11/2003

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANCA 24.510-7 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Sr. Presidente, penso que os princípios da legalidade e da moralidade, além da analogia estabelecida com o poder jurisdicional, implicam o poder que o Tribunal de Contas tem de prevenir uma situação em que ele atuaria **a posteriori**, para remediar os danos já causados ao erário. Noutras palavras, parece-me conforme com todos os princípios que é melhor prevenir do que remediar.

Denego a segurança.



19/11/2003

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA

n° 24.510-7

-

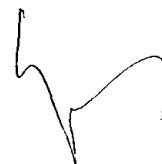
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sr. Presidente, ao me deparar com o relatório, fiquei com algumas dúvidas, já suscitadas pelo Ministro Carlos Britto.

Mas, a própria experiência desta Corte, na interpretação da sua competência, indica que esse catálogo de competências não pode e jamais será exaustivo. Temos exemplos. Há várias exceções! Tanto é que, se há uma percepção errônea digna de nota, é aquela de que a competência do Supremo Tribunal Federal - para ficarmos num exemplo claro -, há de ser interpretada **stricto sensu**. Temos, creio, dezenas de exemplos de exceções. E é natural que assim seja.

O texto constitucional - embora estejamos diante do texto brasileiro, que é marcado pelo analitismo - não logra exaurir as questões. Portanto, devemos fazer uma interpretação sistemática. Por isso perguntei-me, em seguida, se, de fato, esse poder cautelar não estaria dentre aquelas competências implícitas.



Não tenho dúvida em subscrever essa orientação
doutamente perfilhada no voto da eminente Relatora.

Portanto, também denego a segurança.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive letter 'S' with a small loop at the top and a long, thin tail extending downwards.

Supremo Tribunal Federal

19/11/2003

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.510-7 DISTRITO FEDERALV O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Sr. Presidente, também penso ser possível ao Tribunal que julgará da legalidade, do ato, expedir cautelar a fim de prevenir, vale dizer, garantir a decisão que proferirá afinal.

Peço licença ao eminente Ministro Carlos Britto - que, como é costumeiro, sempre traz luzes ao debate com seus magníficos votos - para acompanhar o douto voto da eminente Ministra-Relatora.

* * * * *



19/11/2003

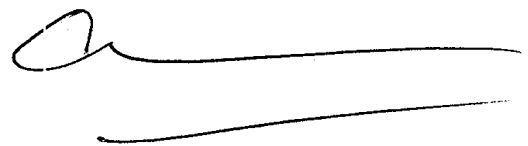
TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.510-7 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendo, Senhor Presidente, que o poder cautelar **também compõe** a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas, pois se acha **instrumentalmente** vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Alta Corte, das **múltiplas e relevantes** competências que lhe foram **diretamente** outorgadas **pelo próprio texto** da Constituição da República.

Isso significa que a atribuição de **poderes explícitos**, ao Tribunal de Contas, **tais como enunciados** no art. 71 da Lei Fundamental da República, **supõe** que se lhe reconheça, **ainda que por implicitude**, a titularidade de meios **destinados** a viabilizar a adoção de **medidas cautelares** vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, **permitindo**, assim, **que se neutralizem** situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público.

Impende considerar, no ponto, **em ordem a legitimar** esse entendimento, a **formulação** que se fez em torno dos **poderes implícitos**, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da



MS 24.510 / DF

América, no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), **ênfatiza** que a outorga **de competência expressa** a determinado órgão estatal **importa** em deferimento **implícito**, a esse mesmo órgão, **dos meios necessários** à integral realização **dos fins** que lhe foram atribuídos.

Cabe assinalar, ante a sua extrema pertinência, o **autorizado** magistério de MARCELO CAETANO ("**Direito Constitucional**", vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense), **cuja observação**, no tema, **referindo-se** aos processos de hermenêutica constitucional, **assinala** que, "*Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos*" (grifei).

Esta Suprema Corte, **ao exercer** o seu poder de indagação constitucional - **consoante** adverte CASTRO NUNES ("**Teoria e Prática do Poder Judiciário**", p. 641/650, 1943, Forense) - **deve** ter presente, **sempre**, essa técnica lógico-racional, **fundada** na teoria jurídica **dos poderes implícitos**, para, através dela, **conferir eficácia real** ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, **como** a de que ora se cuida, **consideradas** as atribuições do Tribunal de Contas da União, **tais** como **expressamente** relacionadas no art. 71 da Constituição da República.

MS 24.510 / DF

É por isso que entendo **revestir-se** de integral legitimidade constitucional a atribuição **de índole cautelar**, que, **reconhecida** com apoio na teoria dos poderes implícitos, **permite**, ao Tribunal de Contas da União, **adotar** as medidas **necessárias** ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, **diretamente**, pela própria Constituição da República.

Não fora assim, e desde que adotada, na espécie, uma indevida perspectiva reducionista, **esvaziar-se-iam**, por completo, as atribuições constitucionais **expressamente** conferidas ao Tribunal de Contas da União.

Daí a **corretíssima** advertência do eminente e saudoso Ministro OSWALDO TRIGUEIRO ("Os Poderes do Presidente da República", "in" RDA, vol. 29/22):

"Nada mais lógico, portanto, do que recorreremos eventualmente ao expediente dos poderes implícitos, para neles assentar algum poder derivado de que (...) tivesse de utilizar-se para integral desempenho de seu papel constitucional." (grifei)

Não constitui demasia relembrar, neste ponto, Senhor Presidente, a **lição definitiva** de RUI BARBOSA ("**Comentários à Constituição Federal Brasileira**", vol. I/203-225, **coligidos e**

MS 24.510 / DF

ordenados por Homero Pires, 1932, Saraiva), cuja **precisa** abordagem da teoria dos poderes implícitos - após referir as opiniões de JOHN MARSHALL, de WILLOUGBY, de JAMES MADISON e de JOÃO BARBALHO - assinala:

"**Não são as Constituições enumerações das faculdades atribuídas aos poderes dos Estados. Traçam elas uma figura geral do regime, dos seus caracteres capitais, enumeram as atribuições principais de cada ramo da soberania nacional e deixam à interpretação e ao critério de cada um dos poderes constituídos, no uso dessas funções, a escolha dos meios e instrumentos com que os tem de exercer a cada atribuição conferida.**

A cada um dos órgãos da soberania nacional do nosso regime, corresponde, implicitamente, mas inegavelmente, o direito ao uso dos meios necessários, dos instrumentos convenientes ao bom desempenho da missão que lhe é conferida.

.....
Nos Estados Unidos, é, desde MARSHALL, que essa verdade se afirma, não só para o nosso regime, mas para todos os regimes. Essa verdade fundada pelo bom senso é a de que - em se querendo **os fins**, se hão de querer, necessariamente, **os meios**; a de que se conferimos a uma autoridade uma função, **implicitamente** lhe conferimos os meios eficazes para exercer essas funções. (...).

.....
Quer dizer (princípio indiscutível) que, uma vez conferida uma atribuição, nela se consideram envolvidos todos os meios necessários para a sua execução regular. Este, o princípio; esta, a regra.

.....
Trata-se, portanto, de uma verdade que se estriba ao mesmo tempo em dois fundamentos inabaláveis, fundamento da razão geral, do senso universal, da verdade evidente em toda a parte - **o princípio de que a concessão dos fins importa a concessão dos meios (...).**

.....
A questão, portanto, é saber da legitimidade quanto ao fim que se tem em mira. Verificada a legitimidade deste fim, todos os meios que forem apropriados a ele, todos os meios que a ele forem claramente adaptáveis,



MS 24.510 / DF

todos os meios que não forem proibidos pela Constituição, implicitamente se têm concedido ao uso da autoridade a quem se conferiu o poder." (grifei)

Assiste, pois, inteira razão ao Ministério Público Federal, **cujo parecer**, da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. SANDRA CUREAU, **aprovado** pelo eminente Chefe da Instituição, Dr. GERALDO BRINDEIRO, **assim apreciou** - e bem examinou - esse **específico** aspecto da questão:

"Fica claro, pois, que cabe à Corte de Contas o exame de editais de licitação publicados, o que se concilia com sua competência de 'assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade' (CF, art. 71, inc. IX).

Por outro lado, se as Cortes de Contas têm legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da Administração interessada adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade possuem legitimidade para a expedição de medidas cautelares, como a ora impugnada, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões.

O art. 276 do RITCU disciplina a matéria:

'Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.' (grifei)

MS 24.510 / DF

Na realidade, o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, **destina-se** a garantir a própria **utilidade** da deliberação final a ser por ele tomada, **em ordem a impedir** que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine **por afetar, comprometer e frustrar** o resultado **definitivo** do exame da controvérsia.


Não se pode ignorar - consoante proclama **autorizado** magistério doutrinário (SYDNEY SANCHES, "**Poder Cautelar Geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro**", p. 30, 1978, RT; JOSÉ FREDERICO MARQUES, "**Manual de Direito Processual Civil**", vol. 4/335, item n. 1.021, 7ª ed., 1987, Saraiva; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "**A Instrumentalidade do Processo**", p. 336/371, 1987, RT; VITTORIO DENTI, "**Sul Concetto di funzione cautelare**", in "**Studi P. Ciapessoni**", p. 23-24, 1948; PIERC CALAMANDREI, "**Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti cautelari**", p. 20, item n. 8, Pádua, 1936, Cedam; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "**Tutela Cautelar**", vol. 4, p. 17, 1992, Aide, v.g.) - **que os provimentos de natureza cautelar acham-se instrumentalmente** vocacionados a **conferir efetividade** ao julgamento final resultante do processo principal, **assegurando**, desse modo, **plena eficácia e utilidade** à tutela estatal a ser prestada.

MS 24.510 / DF

Assentada tal premissa, **que confere especial ênfase ao binômio utilidade/necessidade**, torna-se essencial reconhecer - **especialmente** em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária, **e considerada**, ainda, a doutrina dos poderes implícitos - **que a tutela cautelar** apresenta-se como instrumento processual **necessário e compatível** com o sistema de controle externo, **em cuja concretização** o Tribunal de Contas desempenha, **como protagonista autônomo**, um dos mais **relevantes** papéis constitucionais **deferidos** aos órgãos e às instituições estatais.

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, **peço vênia** ao eminente Ministro CARLOS BRITTO **para denegar** o mandado de segurança, **acompanhando**, desse modo, o douto voto da ilustre Senhora Ministra-Relatora.

É o meu voto.



/rs.
/vm.

19/11/2003

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.510-7 DISTRITO FEDERAL

CONFIRMAÇÃO DE VOTO


O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Senhor Presidente, não quero deixar passar em branco a oportunidade de dizer que o Tribunal de Contas pode, sim, antecipar-se, mas nos termos em que a Constituição falou, ou seja, assirando prazo para que a Administração adote as providências corretivas.

2. Uma outra coisa: embora seja muito difícil contestar um voto do eminente constitucionalista Gilmar Mendes, não posso deixar de dizer que entendo, sim, que as competências adjudicadas pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal, no plano judicante mesmo, são em *numerus clausus*, porque se a lei ampliar esse rol de competências estará tomando dos órgãos judiciais de base, ditos inferiores; toda competência judicante que se agregar ao Supremo Tribunal Federal, pela via da legislação infraconstitucional, estará sendo subtraída, sonegada de órgãos jurisdicionais, ditos inferiores, e isso significa seguir um movimento contrário ao do princípio democrático, que é de prestigiar as bases e limitar as cúpulas da sociedade e do Poder.



MS 24.510 / DF

3. Então, data venia do Min. Gilmar Mendes, a quem sempre que posso reverencio, gostaria de fixar este meu divergente ponto de vista.

 * * * * *

19/11/2003

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA

n° 24.510-7

-

DISTRITO FEDERAL**RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE**

IMPETRANTE(S) : NASCIMENTO CURI ADVOGADOS ASSOCIADOS

ADVOGADO(A/S) : LUIS ANTONIO NASCIMENTO CURI E OUTRO(A/S)

IMPETRADO(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

À revisão de apartes dos Srs. Ministros Carlos Britto e Nelson Jobim.

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sr. Presidente, obviamente ainda vamos discutir este assunto em outras oportunidades, em sede própria e a propósito de questões que, certamente, estão ou chegarão ao Tribunal, mas estou a me referir à histórica construção de jurisprudência feita por esta Casa - e não é uma novidade, pois se nos dermos ao trabalho de fazer uma pesquisa no Direito Comparado, vamos verificar que isso é quase elementar. Para não citar ninguém mais indicado, tivemos o Mestre Canotilho, que já abre para a Corte Constitucional portuguesa a idéia das chamadas competências complementares ou implícitas. Se se admite que a própria Constituição não pode codificar, que ela não legisla, apenas positiva tópicos, então devemos admitir a possibilidade de ampliação, de compreensão ou de competências compreensivas, e temos



exemplos na Corte, a partir do próprio mandado de segurança - para não citar, agora, o caso clássico Glória Trevi, que deu ensejo, inclusive, à manifestação eminente do Ministro Carlos Velloso.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Num ponto, concordo com o Ministro Gilmar Mendes. Competências implícitas, ou seja, decorrentes de uma interpretação sistemática, é claro que tenho de admitir. Então, num ponto, estamos de acordo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Tenho medo dessas discussões meramente acadêmicas, porque, lá adiante, daqui a cinco ou seis anos, vem um fato impondo uma decisão a partir do Tribunal, mesmo não tendo explicitado na Constituição esses poderes.

Vamos devagar, para que não se comprometa no futuro, que pode nos pegar muito mal.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Teremos outras causas, outros ensejos de debate.

19/11/2003

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.510-7 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Presidente) - Sr. Presidente, de certo modo, num aparte que dei ao Ministro Carlos Britto - com os temores necessários, sempre que se tenha de contestar a sua opinião, mas que cresce se se trata do Tribunal de Contas.

Antecipei no aparte a minha premissa: nenhum poder decisório constitucional é dado para tornar-se ineficaz: e, por isso, tenho como implícito, na norma que outorga o poder de decidir, o poder cautelar necessário a garantir a eficácia da eventual decisão futura.

O inciso IX do art. 71 da Constituição, das competências mais abrangentes que se outorgaram ao Tribunal de Contas em 1988 - "*assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade*" -, pressupõe um julgamento, que nem sempre se poderá fazer de imediato. Pode consumir tempo. E as circunstâncias exigirão uma sustação cautelar para não cair no vazio a determinação posterior.

Por isso, peço vênia a S. Ex^{a.}, o Ministro Carlos Britto, para acompanhar o voto da eminente Relatora.

CR/



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA 24.510-7

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

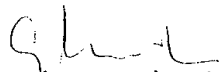
IMPTE.(S): NASCIMENTO CURI ADVOGADOS ASSOCIADOS

ADV.(A/S): LUIS ANTONIO NASCIMENTO CURI E OUTRO(A/S)

IMPDO.(A/S): TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, afastou a ilegitimidade ativa da impetrante. No mérito, por maioria, indeferiu a segurança, vencido o Senhor Ministro Carlos Britto, que a deferia, em parte, para determinar a sustação da cautelar deferida pelo Tribunal de Contas da União no processo administrativo a que se refere a aludida impetração. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Falou pelo impetrante o Dr. Luís Antonio Nascimento Curi. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 19.11.2003.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

7) 
Luiz Tomimatsu
Coordenador