

MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.550-1 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
IMPETRANTE: POLI ENGENHARIA LTDA
ADVOGADOS: JOSÉ CUPERTINO DA LUZ NETO E OUTRA
IMPETRADO: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU
IMPETRADO: SECRETÁRIO ADJUNTO DE ADMINISTRAÇÃO DA SUPERINTENDÊNCIA
DA ZONA FRANCA DE MANAUS
LITISCONSORTE PASSIVO: CONSTRUTORA SÓLIDA LTDA.

EMENTA: I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º).

O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou.

II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis.

Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade.

Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, **a fortiori**, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase - jurisdicional.

A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e



apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente".

A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão.

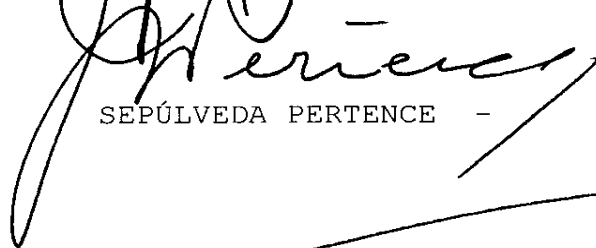
A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir parcialmente a segurança, para anular o processo a partir da remessa ao Tribunal de Contas da União, inclusive, a fim de que seja intimada a interessada, ora impetrante.

Brasília, 4 de abril de 2001.


MARCO AURÉLIO

- PRESIDENTE


SEPÚLVEDA PERTENCE

- REDATOR P/ O ACÓRDÃO

ibc/

08/02/2001

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.550-1 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
IMPETRANTE: POLI ENGENHARIA LTDA
ADVOGADOS: JOSÉ CUPERTINO DA LUZ NETO E OUTRA
IMPETRADO: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU
IMPETRADO: SECRETÁRIO ADJUNTO DE ADMINISTRAÇÃO DA SUPERINTENDÊNCIA
DA ZONA FRANCA DE MANAUS
LITISCONSORTE PASSIVO: CONSTRUTORA SÓLIDA LTDA.

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Adoto, como parte deste relatório, o que tive oportunidade de consignar na decisão de folha 603:

A Impetrante participou de licitação objetivando construção e equipamento do Centro de Biotecnologia da Amazônia, com base no Projeto Executivo, Planilha Orçamentária e Caderno de Especificação e Anexos relativos ao Edital nº 05/98 da Superintendência da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA. Veio a ser proclamada vencedora, consoante publicado no Diário Oficial da União de 23 de dezembro de 1998. Contra tal resultado, as empresas licitantes COMAGI - Construções e Comércio Athayde Girardi Ltda. e Construtora Sólida Ltda. interpuseram recurso administrativo perante a comissão de licitação, fazendo-o com base no artigo 109, inciso I, alínea "b", da Lei nº 8.666/93. Os recursos foram desprovidos, conforme peça contida no Processo Licitatório de nº 2.755/98. As interessadas não recorreram à superior instância administrativa, tampouco adentraram o Judiciário no intuito de questionar qualquer aspecto da licitação. Por isso, deu-se a homologação cabível, havendo sido adjudicada à Impetrante a obra visada, isso via decisão administrativa datada de 26 de janeiro de 1999. Em 26 de fevereiro imediato, a Impetrante e a SUFRAMA

MS 23.550-1 DF

formalizaram o Contrato nº 06/99, para a execução da obra, cogitando-se da vigência do ajuste a partir da data em que recebida pela Contratada ordem de serviço expedida pela SUFRAMA, com prazo de execução de 540 dias corridos. A Impetrante recebeu autorização, via Ordem Especial de Serviço nº 11/99, para o implemento da obra. Foi emitida a Nota de Empenho nº 1999NE001293, no valor de RS 239.000,00 (duzentos e trinta e nove mil reais), tendo início os serviços contratados, com feitura de despesas, de acordo com documentação anexada à inicial. Em 22 de setembro do corrente ano, a Impetrante, pela Ordem Especial de Serviço nº 13/99 - DEORF/SAD, foi comunicada pela SUFRAMA da "suspensão dos serviços, objeto do Termo de Contrato nº 006/99, ... em cumprimento à decisão do Tribunal de Contas da União nº 621/99 - TCU Plenário, publicada no D.O.U. de 20/09/99". Em síntese, o Tribunal de Contas estipulou o prazo de quinze dias para a Superintendência da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA adotar "as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, consistentes na anulação da Concorrência nº 005/98 e, em consequência, do contrato dela decorrente, por infringir o disposto nos arts. 3º, caput, e 7º, § 4º da Lei nº 8.666/93, haja vista não ter sido definida, de forma precisa, a quantidade de material a ser fornecida para a execução do objeto licitado, o que inviabilizou o julgamento objetivo das propostas, violando o princípio constitucional da isonomia;". Determinou-se à SUFRAMA:

a) informasse ao Tribunal de Contas as medidas adotadas com vistas ao cumprimento da ordem;

b) observasse as disposições contidas na Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94, abstendo-se de incluir, no projeto de licitação, fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não venham a corresponder às previsões reais do projeto básico ou executivo.

Na inicial, sustenta-se:

a) a legitimidade passiva do Presidente do Tribunal de Contas da União,

MS 23.550-1 DF

citando-se o precedente desta Corte formalizado quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 21.548-8, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa e cuja ementa foi publicada no Diário da Justiça de 25 de junho de 1999;

b) a existência de determinação do Tribunal de Contas da União e não de simples recomendação;

c) a incompetência do Tribunal de Contas da União para rever decisões administrativas no âmbito do Poder Executivo. Neste item, ressalta-se haver o Tribunal de Contas da União assumido a posição de simples órgão revisor da licitação;

d) a preclusão da matéria alusiva aos parâmetros, em si, da licitação, ante a ausência de interposição do recurso administrativo próprio. Ter-se-ia olvidado o disposto no artigo 109, inciso II, da Lei nº 8.666/93;

e) a nulidade da decisão do Tribunal de Contas por falta da intimação da Impetrante para atuar como litisconsorte passiva. Havendo vencido a licitação e, mais do que isso, formalizado contrato com a SUFRAMA, a modificação da situação jurídica formalizada estaria a exigir, mesmo no campo da atuação administrativa, como é a desenvolvida pelo Tribunal de Contas da União, a ciência prévia e a oportunidade de defesa;

f) a ofensa, em face à decisão do Tribunal de Contas da União, do ato jurídico perfeito e acabado estampado no Contrato nº 6/99, registrado no Cartório do Primeiro Ofício de Notas, Registro Civil e Protestos de Pessoas Jurídicas e Títulos e Documentos sob o nº 270549/99. O contrato não teria sido inquinado de qualquer ilegalidade ou fraude, limitando-se as representações à questão referente aos critérios de julgamento da Comissão de Licitação da SUFRAMA;

g) a circunstância de que a representação não teria sido antecedida da indispensável auditoria.

É pleiteada liminar que implique a suspensão do ato do Tribunal de Contas, até a decisão final

MS 23.550-1 DF

deste mandado de segurança, salientando-se o risco de manter-se com plena eficácia o quadro, a repercutir no atraso da obra e no aumento desnecessário dos custos desta, com o desfazimento de contratos de fornecimento firmados entre a Impetrante e empresas do ramo de materiais de construção e empreiteiros, provocando lesão patrimonial e moral a terceiros. O pedido final é no sentido da concessão da ordem para decretar a nulidade da Decisão nº 621/99-TC, proferida pelo Tribunal de Contas da União, ante a incompetência absoluta para anular contratos decorrentes de licitação e apreciar o merecimento de atos privativos da Administração situados no âmbito do Poder Executivo. Sucessivamente, requer-se a decretação de nulidade do Processo de Representação nº 988/99-5, pela inexistência da citação da Impetrante para dele participar. Com a inicial, vieram os documentos de folha 34 à 598.

A esta altura, consideradas as informações da autoridade apontada como coatora e o pronunciamento da litisconsorte, acresço o resumo feito pela Procuradoria Geral da República:

O Tribunal de Contas da União em suas informações (fls. 671/693 e 709/732) alega que estava apenas exercendo suas atribuições, porque entende que, somente ele, Tribunal, nos termos da Constituição, é competente para examinar a legalidade de atos administrativos que acarretem despesas, por ser o órgão incumbido de controle externo e julgar as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade que demande despesa ao erário.

No caso presente, entendeu o Plenário do Tribunal que ocorreram infrações a dispositivos da Lei 8.666/93, sendo, pois, um ato irregular capaz de produzir prejuízos ao erário, "já que a falta de observância de procedimentos definidos no Estatuto das Licitações compromete o alcance de uma das finalidades básicas do processo licitatório, que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Se esta não é selecionada, fica configurada a lesão ao

MS 23.550-1 DF

interesse público, o que coloca a situação na esfera de competência do Tribunal" (fls. 675).

Aduz que ao ser impugnada pelo Tribunal de Contas da União, que é o órgão competente para exame das licitações dos Três Poderes, a concorrência realizada pela SUFRAMA tornou-se ilegal.

Alega, também, que a impetrante em nenhum momento manifestou seu interesse em tentar obter reconsideração da decisão, embora tenha tido oportunidade para assim proceder.

E, concluindo, assinala que (fls. 692):

"(...) a determinação do TCU para adoção de providências para cumprimento da lei, observou, literalmente, a orientação contida no IX do artigo 71 da Constituição Federal. Somente se descumprida tal determinação pelos administradores da SUFRAMA - que tem competência legal para anular o contrato - e o dever de anulá-lo, quando constatado o vício no certame licitatório que o originou - é que deveria ser dada ciência do fato ao Congresso Nacional, a quem caberia adotar providências para a sustação do contrato. Assim, o Tribunal não sustou o contrato, mas apenas alertou quem poderia sustá-lo para o imperativo de fazê-lo, ante o que exige o art. 49 da Lei nº 8.666/93" (foram suprimidos os negritos do texto original).

Requer, por fim, a reconsideração da decisão que concedeu a medida liminar suspendendo os efeitos da Decisão nº 621/99 e, no mérito, a improcedência da ação.

A SUFRAMA, em síntese, sustenta que, sendo o ato apontado pela impetrante proveniente de cumprimento de decisão emanada do Tribunal de Contas da União, tal ato não importa em ilegalidade ou abuso de poder por parte da SUFRAMA, que possa ser objeto de mandado de segurança e que a decisão do TCU visa resguardar a Administração Pública de prejuízo maior.

A Construtora Sólida Ltda, litisconsorte passiva necessária, oferece contestação pugnando seja revogada a medida liminar concedida (fls. 736/755). Alega que o Tribunal de Contas, por ter constatado

MS 23.550-1 DF

ilegalidades no processo licitatório, e no uso da competência prevista no artigo 45 de sua Lei Orgânica, simplesmente assinalou prazo para que a SUFRAMA adotasse as providências administrativas que o caso exigia. Afirma, outrossim, que o TCU agiu de ofício, no âmbito de sua competência constitucional, e, não, que o Tribunal tenha admitido representação da Construtora Sólida, contestante, para assim anular os atos administrativos da SUFRAMA.

O parecer é pela concessão da segurança, estando assim sintetizado:

Mandado de segurança. Licitação que foi aperfeiçoada com a formalização do respectivo contrato. Decisão posterior do TCU que anulou a concorrência pública. "Decisum" que alcançou contrato já firmado sem que viesse a ser cientificada a empresa interessada. Ofensa aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, insculpidos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93. Tendo sido concluído o processo licitatório e o contrato assinado, o ato de sustação só poderia ser adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitaria do Poder Executivo as medidas cabíveis, a teor do estatuído no artigo 71, § 1º, da Constituição Federal. Parecer pela concessão da segurança.

Os autos voltaram-me conclusos, para exame, em 14 de novembro, sendo que neles lancei visto, declarando-me habilitado ao relato e a proferir voto, em 19 subsequente (folha 896).

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Observem-se os parâmetros do ato do Tribunal de Contas da União, Órgão que deparou com representações formuladas por unidade técnica e empresa privada. Veio, então, a proferir a Decisão nº 621/99-TCU-Plenário, que ficou assim sintetizada:

8. Decisão: o Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 - conhecer das presentes Representações, formuladas pela Secretaria de Controle Externo no Estado do Amazonas e pela Construtora Sólida Ltda, por preencherem os requisitos de admissibilidade, para, no mérito, considerá-las procedentes;

8.2 - com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei nº 8.443/92 e com o art. 195 do Regimento Interno do TCU, assinar o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, para que a Superintendência da Zona Franca de Manaus - Suframa adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, consistentes na anulação da Concorrência nº 005/98 e, em consequência, do contrato dela decorrente, por infringir o disposto nos arts. 3º, caput, e 7º, § 4º, da Lei nº 8.666/93, haja vista não ter sido definida, de forma precisa, a quantidade de material a ser fornecida para a execução do objeto licitado, o que inviabilizou o julgamento objetivo das propostas, violando o princípio constitucional da isonomia;

8.3 - determinar à Suframa que:

8.3.1 - informe a este Tribunal, no prazo fixado no subitem anterior, as medidas adotadas com vistas ao cumprimento da determinação ali consignada;

8.3.2 - observe, rigorosamente, as disposições contidas na Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94, abstendo-se de incluir, no objeto da licitação, fornecimento de materiais e serviços sem

MS 23.550-1 DF

previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo (parágrafo 4º do art. 7º do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos);

8.4 - encaminhar cópia da presente Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam;

8.4.1 - ao Superintendente da Suframa, a título de subsídio;

8.4.2 Ao Sr. Deputado Estadual Lino José de Souza Chixaro, em face da solicitação formulada com fundamento no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal (folha 523).

Então, há de concluir-se que não foram sugeridas simples providências, mas decidiu-se a respeito da matéria. O quadro distancia-se do campo em que esta Corte tem afastado a adequação do mandado de segurança, quando envolvida simples recomendação do Tribunal de Contas da União. Tanto é assim que a SUFRAMA, ao suspender os serviços, fez referência ao "(...) cumprimento à decisão do Tribunal de Contas da União nº 621/99-TCU-Plenário, publicada no D.O.U. de 20/09/99". Daí a impropriedade da articulação sobre a inexistência de ato do Tribunal de Contas da União, a desafiar o mandado de segurança. No mais, reporto-me aos fundamentos da decisão acauteladora:

2. A articulação da inicial surge relevante. Note-se que a decisão do Tribunal de Contas da União alcançou contrato já firmado e isso ocorreu sem que viesse a ser cientificada a empresa interessada. Colho da decisão proferida o móvel que se fez presente:

6. É, pois, correta a conclusão consignada nos pareceres no sentido de que houve desrespeito, quando menos, aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, cuja

MS 23.550-1 DF

observância se faz obrigatória por força do art. 3º da supramencionada Lei nº 8.666/93 (folha 14).

Ora, o Tribunal de Contas da União não é órgão revisor de decisões homologatórias de licitação. A atividade a ser desenvolvida pressupõe não o interesse deste ou daquele licitante, mas da Administração Pública, considerados os princípios que a norteiam. No caso dos autos, a empresa que formulou a representação deixara, inclusive, de protocolizar recurso para a superior instância objetivando questionar os parâmetros da licitação e da proposta vencedora. Aliás, é sintomática a advertência formalizada pelo Superintendente Adjunto de Administração da SUFRAMA:

Carece, ainda, Senhora Secretária, por dever de ofício, informar-lhe que na fase de julgamento de recursos sob a decisão da Comissão de Licitação, fui informado, o que entendi como ameaça velada, que um dos recorrentes possuía amigos importantes no TCU e que poderíamos ter problemas se não fosse acatado seu recurso. Não acredito, contudo, que esse Tribunal, por influência de terceiros, possa tomar atitudes desvinculadas de seu real objetivo (folha 379).

Relegue-se a plano secundário essa colocação e parta-se do texto da Carta da República. A decisão do Tribunal de Contas implicou anulação não só da concorrência realizada, como também do contrato dela resultante. Aí, neste primeiro exame, conclui-se que foi olvidada a regra do § 1º do artigo 71 da Constituição Federal:

§ 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.

A previsão de o Tribunal vir a fazê-lo somente se verifica na hipótese de omissão do Congresso

MS 23.550-1 DF

Nacional ou do Poder Executivo competente, no prazo de noventa dias (§ 2º do citado artigo). De qualquer forma, em jogo contrato formalizado incumbia observar, visando a retirá-lo do mundo jurídico, o direito de defesa assegurado constitucionalmente (folha 605 à 607).

Acresço a este fundamento os adinículos constantes do parecer da Procuradoria Geral da República:

Das informações prestadas pelas impetradas, observa-se que ambas sustentam que a decisão do TCU originou-se em razão da existência de irregularidades no processo licitatório e que a SUFRAMA apenas cumpriu a decisão do TCU quando emitiu a Ordem de Serviço nº 013/99.

É improcedente a alegação da Construtora Sólida no sentido de que o TCU, independentemente de provocação do Poder Legislativo pode por conta própria realizar fiscalizações em unidades do Poder Executivo, segundo o disposto no artigo 71 da Constituição Federal.

Na hipótese ora sob exame, o processo licitatório foi concluído, e após assinado o contrato pela empresa vencedora e a SUFRAMA. À época, as empresas licitantes COMAGI e a Construtora Sólida recorreram administrativamente contra o resultado do processo licitatório, recursos que não foram providos. Das decisões não interpuseram as empresas interessadas recursos à instância superior, nem ingressaram com qualquer ação junto ao Poder Judiciário.

É certo que a Administração Pública pode anular atos quando eivados de nulidade. Não é essa, entretanto, a hipótese dos autos. Tendo sido concluído o processo licitatório e o contrato assinado, o ato de sustação só poderia ser adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitaria do Poder Executivo as medidas cabíveis, a teor do estatuído no artigo 71, § 1º, da Constituição Federal.

MS 23.550-1 DF

No caso de contrato, o ato de sustação, ou a sustação do contrato, é dever do Congresso Nacional que solicitará do Poder Executivo as medidas cabíveis. Ao Congresso Nacional, pois, cabe determinar o ato de sustação. Ao Poder Executivo, a execução das medidas. Apenas, na eventualidade do Congresso não exigir do Poder Executivo as necessárias medidas, ou, se exigidas e não tomadas, caberá ao próprio Tribunal de Contas decidir. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *in* *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Ed. Saraiva, 1992, vol. 2, pág. 132, preleciona:

"Caso o Congresso Nacional deixe de sustar o contrato no prazo de noventa dias, ou, em prazo igual, o Poder Executivo não tome as providências necessárias para a correção da irregularidade, o Tribunal de Contas decidirá a respeito, diz o texto em exame. Esta decisão não poderá ser outra que a sustação definitiva da execução do contrato, com a imposição de sanção aos responsáveis, bem como, se for o caso, representação ao órgão competente, para que este venha a pleitear, de forma devida, a sanção penal e o ressarcimento dos danos".

A própria lei que regulamenta o processo licitatório - Lei nº 8.666/93 - também ampara a impetrante. O artigo 49 da referida lei dispõe que somente a autoridade competente para a aprovação do procedimento licitatório poderá revogar a licitação por razões de interesse público, porém, apenas na hipótese decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, o que, não ocorreu na presente hipótese, como se observa da transcrição de excerto da decisão do TCU ora vergastada (fls. 522).

"Conforme visto, nas duas Representações são apontadas diversas irregularidades na realização da concorrência SUFRAMA nº 005/98, promovida com vistas à contratação da empresa especializada para construir e equipar o Centro de Biotecnologia da Amazônia."

MS 23.550-1 DF

E mais, adiante, prossegue:

"Da forma como foi realizada a licitação sem definição precisa da quantidade de material a ser fornecida para a execução do objeto licitado - foram beneficiadas as empresas que, havendo se comprometido a utilizar menos material, apresentaram menor preço global, não obstante cotassem preços unitários superiores às demais licitantes."

Fica claro que o Tribunal de Contas da União agiu como tribunal revisor quando examinou e julgou representações formuladas por licitantes que não lograram êxito na concorrência, o que não era de sua competência, conforme ressalta o Ministro-relator do presente **mandamus** (folha 879 à 881).

Concedo a ordem para fulminar a Decisão de nº 621/99, do Tribunal de Contas da União, declarando insubsistente a Ordem de Serviço nº 13/99 do Superintendente Adjunto da Administração da SUFRAMA, que dela decorreu.

É como voto na espécie dos autos.

