

25/03/2004

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.421-6 DISTRITO FEDERAL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MARCO AURÉLIO
RELATORA PARA O : MIN. ELLEN GRACIE
ACÓRDÃO
IMPETRANTE(S) : TRANSEICH ASSESSORIA E
TRANSPORTES LTDA
ADVOGADO(A/S) : CRISTIANE ROMANO E OUTRO(A/S)
IMPETRADO(A/S) : PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS
DA UNIÃO

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONTROLE DE LEGALIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE, EMITIDA PELA SUPERINTENDÊNCIA DA RECEITA FEDERAL, DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO EM CURSO. ATO ADMINISTRATIVO MERAMENTE RATIFICADO PELA CORTE DE CONTAS DA UNIÃO. INOCUIDADE DA OBTENÇÃO, NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DE PROVIMENTO MANDAMENTAL VOLTADO CONTRA ATO QUE, TÃO-SOMENTE, CONFIRMOU A NULIDADE JÁ ANTERIORMENTE DECRETADA PELA ADMINISTRAÇÃO.

1. A atuação do Tribunal de Contas da União limitou-se à fiscalização de acompanhamento de um procedimento licitatório que já havia sido nulificado pelas autoridades fazendárias. Em outras palavras, o ato do órgão impetrado tão somente ratificou declaração de nulidade previamente emitida.

2. Ainda que se eliminasse o ato do Tribunal de Contas da União, permaneceria incólume a decretação de nulidade proferida pela unidade gestora e chancelada pela Secretaria da Receita Federal.

3. Inaceitável, sob pena de descaracterização da natureza instrumental do processo, a provocação da atividade jurisdicional do Estado que deságüe num provimento inútil, vazio de qualquer consequência prática.

4. Entendimento corroborado pela constatação da existência de ação ordinária em trâmite na Justiça Federal no Estado do Rio Grande do Sul, também promovida pela impetrante, na qual ataca o ato de anulação que interrompeu o procedimento licitatório.

5. Mandado de segurança não conhecido.

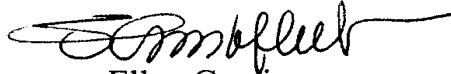


MS 24.421 / DF

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Maurício Corrêa, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, não conhecer do mandado de segurança.

Brasília, 04 de março de 2004.



Ellen Gracie

-

Relatora para o acórdão

02/10/2003

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.421-6 DISTRITO FEDERAL**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**

IMPETRANTE(S) : TRANSEICH ASSESSORIA E TRANSPORTES LTDA

ADVOGADO(A/S) : CRISTIANE ROMANO E OUTRO(A/S)

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

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Este mandado de segurança está dirigido contra a Decisão nº 969/2002 do Tribunal de Contas da União, que glosou processo licitatório para, sob o ângulo da permissão, vir a ser explorada estação aduaneira interior. A impetrante saiu-se, juntamente com outra empresa, vencedora na licitação. Julgaram-se irregulares o primeiro, segundo e terceiro estágios da concorrência, apontando-se a "insuficiência das informações constantes do Estudo de Viabilidade Econômica, e na previsão, em minuta de edital e de contrato, de indenização de bens ainda não amortizados ou depreciados". Foi mantida a declaração de nulidade do procedimento licitatório, excluída da motivação a alegada infração ao disposto no inciso III do artigo 21 da Lei nº 8.666/93.

Surgem como causas de pedir da impetração:

a) Inobservância do contraditório.

A impetrante somente teria tomado conhecimento do processo administrativo instaurado pelo Tribunal de Contas da União com a publicação da decisão de nulidade. Anteriormente, em maio de



2001, fora publicado o resultado da fase de classificação do procedimento, afastando-se, porque desclassificadas, todas as empresas, a partir de indicada base no artigo 21, inciso III, da Lei nº 8.666/93. O recurso administrativo então interposto não frutificou, sendo que a 1ª Vara Federal da Comarca de Rio Grande implementou tutela antecipada e, posteriormente, prolatou sentença no sentido da insubsistência do ato administrativo. Mesmo tendo sido a impetrante uma das vencedoras do procedimento licitatório, não lhe foi dado conhecimento. Cita-se a melhor doutrina sobre a matéria - Adilson Abreu Dalari, em "Aspectos Jurídicos da Licitação", no que proclamado que "não se revoga uma licitação sem a comprovada existência de justa causa, apurada em procedimento contraditório". Também é feita referência ao que decidido no Mandado de Segurança nº 23.550, por mim relatado, quando se teve como apropriado o princípio do contraditório.

b) Impossibilidade de o Tribunal de Contas da União apreciar o mérito do ato administrativo.

A declaração de nulidade não teria sido acompanhada da indicação da base legal. A esse dado, acresce-se a circunstância de não ser possível considerar como fundamentação simples instrução do Tribunal, ou seja, a Instrução Normativa nº 27/98. Transcreve-se Celso Antonio Bandeira de Melo, em relação ao que se entende como legalidade estrita.

c) Da improcedência do que assentado quanto ao estudo de viabilidade econômica.

Sustenta-se a observância da parte final do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal e do próprio edital veiculado. Ter-se-ia a ultrapassagem da fase de habilitação dos concorrentes, implicando o exame da matéria retroação incompatível com a sucessividade dos atos licitatórios. Argumenta-se que o § 5º do artigo 43 da Lei nº 8.666/93 estaria a obstaculizar a desclassificação, em fase posterior, por motivo relacionado com a da habilitação. A hipótese não é, segundo o sustentado, de fato superveniente ou apenas conhecido após o julgamento anterior. Menciona-se parecer no sentido da observância do edital.

d) Da indenização de bens ainda não amortizados ou depreciados.

O que decidido pelo Tribunal de Contas da União estaria alicerçado em óptica subjetiva, ou seja, a possibilidade de, cessada a permissão, vir a permissionária a alienar os bens ou destiná-los a outros objetivos. Ter-se-ia a contrariedade ao artigo 36 da Lei nº 8.987/95. O arcabouço normativo direciona à indenização. Evoca-se lição de Justen Filho sobre os parâmetros reservados à atividade a ser desenvolvida pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas da União.

e) Da inexistência de fraude.



Diz-se que o fato de as participantes do certame haverem contratado empresa única para elaboração dos envelopes não gera a presunção de fraude. Afirma-se que a empresa contratada fora escolhida pela impetrante ante o renome e a larga experiência no setor, tendo prestado serviços para inúmeras outras permissionárias de estações aduaneiras.

Requeru-se o deferimento de medida acauteladora, para tanto explorando-se o sinal do bom direito e o risco de manter-se com plena eficácia o quadro a desaguar na feitura de nova licitação, com prejuízo para o setor público, tendo em conta o conhecimento dos valores ofertados. Pleiteou-se a exibição do Processo de nº 011689-99-4, no prazo de dez dias, e a procedência final do pedido, desconstituindo-se a decisão que manteve a declaração de nulidade do procedimento licitatório.

Com a inicial, vieram os documentos de folha 25 a 200. À folha 204, o ministro Maurício Corrêa determinou fossem solicitadas informações, diante das quais seria apreciado o pedido de medida liminar. Aos autos veio o ofício de folha 208, mediante o qual encaminharam-se a decisão proferida e parecer da consultora jurídica substituta Isis Maria Passos Lima. Às folhas 241 e 242, o ministro Maurício Corrêa deferiu a liminar, consignando:

Parecem-me relevantes as razões de ordem jurídica suscitadas pela impetrante no que diz respeito à aparente inobservância das normas legais acima mencionadas, referentes ao direito da ampla defesa, às regras do procedimento licitatório e à garantia da indenização dos bens ainda não amortizados ou depreciados. Todas essas questões serão examinadas com

profundidade por ocasião da apreciação do mérito. Presente, ademais, o requisito do *periculum in mora*, uma vez de difícil reparação o prejuízo porventura sofrido pela impetrante, se forem abertas novas licitações com a mesma finalidade antes do julgamento do writ.

A Procuradoria Geral da República, em peça subscrita pelo Procurador-Geral Professor Claudio Fonteles, pronunciou-se no sentido da concessão da ordem, assim ementando o entendimento à folha 255:

Licitação. Irregularidades analisadas pelo TCU, Necessidade de se dar conhecimento ao licitante vencedor para oferecimento de razões e apresentação de provas. Vassalagem ao devido processo legal. Inocorrência na hipótese. Parecer pela concessão da ordem.

Em 17 de setembro de 2003, lancei visto nos autos declarando-me habilitado a votar.

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - O ato do Tribunal de Contas da União mostra-se de concretude suficiente a indicá-lo como órgão coator. Determinou-se à Superintendência Regional da Receita Federal - 10ª Região Fiscal que mantivesse a declaração de nulidade do procedimento licitatório, glosando-se, no entanto, certa fase do ato então praticado. Fise-se, por oportuno, que o fato de haver sido mantida a pecha de nulidade não resulta na conclusão de falta de interesse da impetrante, vencedora no certame. Em última análise, o que decidido pelo Tribunal de Contas da União mostrou-se cogente, obrigando a Administração Pública. Também não procede a tese do parecer da Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas segundo a qual o que decidido pelo órgão somente é suscetível de exame pelo Poder Judiciário quanto à verificação das formalidades legais exigidas, não sendo legítimo que se adentre no mérito das deliberações. A visão surge como extravagante, atropelando a Carta da República no que assegura ao cidadão o ingresso no Judiciário para afastar lesão a direito ou evitar que o evento ocorra. Aí, o campo de atuação que se abre é mais amplo, não estando limitado ao simples exame das formalidades exigidas para a prática do ato. A não se entender assim, ter-se-á o Tribunal de Contas com envergadura maior, ficando as decisões que profira à margem do crivo do Judiciário. As decisões proferidas pelo mencionado órgão, auxiliar

do Legislativo e que não integra o Judiciário, ficam sujeitas ao julgamento deste último. Aliás, observe-se que em se tratando de um órgão administrativo sujeita-se, quer sob o ângulo formal, quer sob o ângulo de fundo, ao princípio da legalidade estrita. Por isso é de estranhar-se a proclamação feita no parecer, aludindo-se à jurisprudência e à doutrina como a respaldá-la. Quanto ao devido processo legal, o item 35 do parecer olvida a base da articulação da inicial. Logicamente, a impetrante não veio ao Judiciário para sustentar o direito da Receita Federal de ser ouvida no processo que teve curso no Tribunal de Contas. O que restou afirmando é que, diante da situação jurídica constituída, do fato de a impetrante haver logrado êxito na licitação, incumbia ao Tribunal cientificá-la da existência do processo, o que não ocorreu na espécie, vindo a ser conhecido com a publicidade que ganhou a decisão prolatada. Vale a respeito ter presente a ementa do acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 23.550-1, por mim relatado e do qual foi redator o ministro Sepúlveda Pertence, ante o fato de haver formado convencimento sobre a concessão da ordem em maior extensão:

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 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 suprimindo 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.

No caso dos autos, conforme ressaltado na inicial, após a impetrante haver logrado êxito em ação declaratória de nulidade de ato administrativo, considerado o desprovimento de recurso administrativo que interpusera em face da declaração de insubsistência da primeira fase do processo licitatório, veio o Tribunal de Contas da União, sem estabelecer o mínimo de contraditório, a glosar os atos subseqüentes implementados, o fazendo mediante atuação de acompanhamento de procedimento licitatório de outorga de permissão para exploração de estação aduaneira interior - EAD. Em síntese, a impetrante veio a ser alcançada em situação constituída, sem que lhe tivesse sido dado conhecimento do processo em curso no Tribunal de Contas da União e

que acabou por glosar a licitação. Conforme ressaltado na ementa do referido precedente deste Plenário, está-se diante de situação concreta em que o princípio do contraditório deveria ter sido observado para, somente então, chegar-se à declaração, ou não, de prevalência do processo licitatório. Friso, por oportuno, que a espécie não autoriza a incidência do disposto no artigo 249 do Código de Processo Civil. A uma, porque o teor está ligado à nulidade do processo jurisdicional e não do administrativo. A duas, tendo em conta a via estreita do mandado de segurança, em que a dilação probatória inexistente, decidindo-se a partir de elementos anexados à inicial, do conteúdo do ato atacado e das informações, considerado, evidentemente, o direito posto. Assim, o que asseverado quanto a outras causas de pedir, ou seja, a demonstração da viabilidade econômica e do direito à indenização uma vez interrompida a permissão, contrapõe-se o que consignado no voto do relator no Tribunal de Contas da União, a ensejar exame incompatível com as balizas estreitas da ação impetrada. Sequer cabe considerar o que previsto no artigo 43, § 5º, da Lei nº 8.666/93, a preceituar que, ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento. Assim o é, tendo em conta estar o preceito direcionado à Administração Pública que implementa o processo de licitação e não à glosa do Tribunal de

Contas da União, em acompanhamento devido e, por isso mesmo, abrangente - artigo 41, inciso I, alínea "b" da Lei nº 8.443/92.

Concedo a ordem para tornar insubsistente o processo de acompanhamento implementado pelo Tribunal de Contas da União a partir do momento em que se deixou de dar ciência à impetrante, devendo ser retomado com o atendimento da formalidade que tenho como essencial e, portanto, indispensável à valia do ato, à glosa ocorrida.

É como voto na espécie.

