

GRUPO II – CLASSE III – Plenário

TC 031.983/2010-3

Natureza: Consulta

Órgão: Ministério das Comunicações

Interessado: Ministro de Estado das Comunicações

Advogado constituído nos autos: não há.

SUMÁRIO: CONSULTA FORMULADA PELO MINISTRO DE ESTADO DAS COMUNICAÇÕES. QUESTIONAMENTO SOBRE O TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL PARA A ADMINISTRAÇÃO ANULAR OS SEUS ATOS EIVADOS DE VÍCIOS, NO EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA, NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS DE RADIODIFUSÃO. ENTENDIMENTO FIXADO NO ACÓRDÃO 2264/2008-PLENÁRIO. MATÉRIA EM APRECIACÃO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO. CONHECIMENTO. ESCLARECIMENTOS À AUTORIDADE CONSULENTE. COMUNICAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Adoto, como parte integrante deste Relatório, a instrução produzida no âmbito da 2ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação (SEFID-2), vazada nos seguintes termos:

“I. Introdução

1. *Trata-se de consulta formulada pelo então Ministro de Estado das Comunicações, José Artur Filardi Leite, nos termos do Aviso 180/MC, de 16/11/2010, solicitando resposta para a seguinte pergunta:*

Aplicando-se o art. 54 da Lei nº 9.784/99, qual o termo inicial do prazo decadencial para a Administração anular os seus atos eivados de vícios, no exercício da autotutela, nos procedimentos licitatórios de radiodifusão?

2. *Nesses termos, a consulta recai sobre a aplicação do art. 54 da Lei 9.784, de 21/1/1999, no que tange, especificamente, ao dies a quo para a contagem do prazo decadencial no qual a Administração pode rever os seus atos nos procedimentos licitatórios de radiodifusão.*

3. *Segundo o consulente, o Tribunal de Contas da União (TCU), no Acórdão 2264/2008-TCU-Plenário, teria firmado o entendimento de que o prazo decadencial para a anulação do ato administrativo, a ser observado pela Administração no exercício da autotutela, tem como termo inicial a data da homologação do certame, uma vez que somente esta tem o condão de conferir validade aos atos praticados pela Comissão de Licitação. No entanto, informa que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao decidir sobre mandados de segurança, vem se manifestando no sentido de que o prazo decadencial para a Administração exercer o seu poder de autotutela, anulando os atos eivados de vícios, inicia-se da habilitação da licitante.*

4. *Esclarece que existem inúmeros procedimentos pendentes de homologação em que foram detectados vícios na habilitação da licitante e já transcorreram cinco anos da prolação do ato inquinado. Assim, enfatiza que a uniformização do entendimento quanto ao assunto representará*

economia e celeridade processual, além de conferir maior segurança jurídica na análise das licitações de radiodifusão.

II. Exame de admissibilidade

5. A consulta não preenche os requisitos exigidos para o seu conhecimento definidos nos artigos 264 e 265 do Regimento Interno do TCU (RITCU), aprovado pela Resolução-TCU 246/2011, pois, embora tenha sido formulada articuladamente por autoridade competente, conter a indicação precisa de seu objeto e estar demonstrada a pertinência temática com atribuição do Ministério, versa sobre casos concretos em que ainda não há deliberação definitiva do TCU, conforme se demonstra a seguir.

III. Exame técnico

6. No Acórdão 2264/2008-TCU-Plenário, publicado no DOU de 17/10/2008, mencionado pelo consultante, tratou-se de representação, objeto do TC 007.776/2007-6, em que se questionou decisão do Ministério das Comunicações fundamentada no reconhecimento da decadência do direito de a Administração, por ocasião da homologação da licitação, anular anterior ato de habilitação, dado que já havia transcorrido o prazo de cinco anos previstos no artigo 54 da Lei 9.784/1999.

7. Ao deliberar sobre essa representação, o TCU determinou a anulação do questionado ato de habilitação. Entre as razões para essa deliberação foi desenvolvido o argumento de que a contagem do prazo decadencial para a anulação do ato de habilitação somente tem início com a homologação da licitação. Essa tese está insculpida em trecho de instrução da então Sefid transcrito no relatório que precede o Acórdão 2264/2008-TCU-Plenário e a seguir reproduzido:

55. Dispõe a Lei nº 8.666/93, em seu art. 43, que “a licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...) VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação”.

56. Observa-se que a homologação é ato que confirma a validade de todos os atos anteriormente praticados no curso do certame. É praticada pela autoridade competente para tanto, que não se confunde com a Comissão de Licitação; age, de fato, controlando os atos praticados pela Comissão, atestando sua validade ou não. Assim, todos os atos praticados pela Comissão de Licitação dependem, ao final do procedimento, da análise da autoridade competente, a autoridade a quem cabe decidir, dar a palavra final sobre a correção daqueles.

57. Pendentes se tornam, portanto, os atos da Comissão de Licitação da análise procedida pela autoridade competente na homologação, para que possam se tornar definitivos. Não pode a Comissão de Licitação praticar ato sem que passe pela homologação, vez que a Comissão de Licitação não é a autônoma para praticar atos sem a necessária supervisão da autoridade competente.

58. Desse modo, o procedimento licitatório se reveste da característica de um processo administrativo complexo pois, ainda que seus atos constituintes, praticados pela Comissão de Licitação, sejam válidos e produzam efeitos para o transcurso do certame, estes pendem do posterior reconhecimento de sua legalidade pela autoridade competente, para que possam levar ao atendimento do objetivo da Administração. Os atos da Comissão de Licitação não podem levar à contratação de forma autônoma, independente da manifestação da autoridade competente. Somente a concordância da autoridade competente confere validade ao procedimento licitatório como um todo, para que a Administração possa contratar ou, no caso, permitir a exploração do serviço público de radiodifusão.

59. Não se pode admitir, portanto, que o decurso do tempo impeça a autoridade competente de realizar a avaliação da legalidade dos atos da licitação que lhe são submetidos. Entende-se que o prazo decadencial para a anulação do ato administrativo, a ser observado pela Administração no exercício da autotutela, deva ter como termo de início, no âmbito de procedimento licitatório, a homologação pela autoridade competente, por ser este o ato administrativo que valida todos os atos anteriormente praticados, e sem o qual impossível a conclusão do certame. Não há como aceitar que um ato irregular praticado pela

Comissão de Licitação produz qualquer efeito no mundo jurídico sem a verificação da autoridade competente, pois não poderia produzir efeitos de forma autônoma.

60. *Conclui-se, por todo o exposto, pela impossibilidade de aplicação da “prescrição administrativa” a atos irregulares de procedimento licitatório, praticados somente pela Comissão de Licitação e pendentes de homologação pela autoridade competente, **devendo iniciar o curso do prazo decadencial do ato de homologação, por ser este o ato que confere validade aos atos antecedentes e que permite a consecução do objetivo administrativo**, que é a contratação ou, no caso concreto em análise, a outorga de permissão de exploração de serviço de radiodifusão. (negritei)*

8. *Essa posição foi respaldada no Voto do Ministro Raimundo Carreiro conforme se demonstra pelo excerto abaixo:*

3. *Na defesa da regularidade desses fatos, a tese da prescrição (...) foi suficientemente rebatida pela Unidade Técnica e pelo Judiciário, conforme as transcrições acima. Além de ser inegável que a habilitação (...) ao não se vincular aos princípios do edital e do julgamento objetivo, constituiu ato administrativo nulo de pleno direito e que, portanto, não está sujeito à convalidação e muito menos à prescrição, também está correta a tese de que, independentemente da legalidade do ato, o **dies a quo** da contagem do prazo não poderia ser a data da publicação do ato de habilitação, vez que a questão da habilitação permaneceu controversa até a publicação do Parecer/MC/CONJUR/RMC/Nº 0504-2.17/2005.*

9. *Em outra representação, objeto do TC 006.518/2008-5, também foi examinado ato do Ministério das Comunicações que recusou pedido de anulação de concorrência, sob a mesma convicção de contagem do prazo decadencial a partir do ato de habilitação. Nesse novo feito, a Sefid, em instrução datada de 1º/9/2008, reafirmou a tese de que a “prescrição administrativa” prevista na Lei 9.784/1999 não pode ser aplicada a atos de procedimento licitatório pendentes de apreciação pela autoridade competente, na fase de homologação.*

10. *Assim, diante de notícias de que tramitavam no Ministério das Comunicações outros procedimentos licitatórios cujo deslinde dependia de definição quanto ao critério para fixação do termo inicial para contagem do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999, a Unidade Técnica propôs, no TC 006.518/2008-5, recomendar ao Ministério das Comunicações que:*

em procedimentos licitatórios, inclusive nos de outorga de serviços de radiodifusão, adote a data de publicação da homologação da licitação pelo Ministro de Estado das Comunicações como termo inicial para contagem do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, e não a data em que a Comissão de Licitação praticou tais atos, com vistas a que a Administração possa anular qualquer dos atos constituintes do certame por vício insanável

11. *No entanto, como ressaltou o consulente, após a publicação do Acórdão 2264/2008-TCU-Plenário sobrevieram decisões do STJ contrárias à tese defendida pela Sefid e respaldada no Voto do Relator. Como exemplo disso, foram mencionadas decisões tomadas nos seguintes mandados de segurança, nos quais também se tratou da possibilidade de anulação de atos de habilitação em licitações de radiodifusão conduzidas pelo Ministério das Comunicações: MS 15.743, MS 14.722 e MS 15.160.*

12. *A propósito, ato do Ministro das Comunicações anulando anterior habilitação de licitante no certame tratado no TC 006.518/2008-5 é objeto do MS 18.525, em tramite no STJ, no qual foi proferida decisão liminar do Ministro Benedito Gonçalves (DJe de 28/5/2012) sustando o procedimento licitatório, considerando a:*

existência de precedentes desta Corte, que, em princípio, amparam a tese defendida no writ, no sentido de que é inviável rever decisão administrativa que habilitou licitante em processo

licitatório, após o prazo decadencial assinalado no artigo 54 da Lei 9.784/1999 (MS n. 15.160/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 16.6.2010; e MS 14.722/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 18/03/2010).

13. Não obstante às mencionadas decisões do STJ, as instruções da Unidade Técnica foram conclusivas quanto a dever-se fixar o início da contagem do prazo decadencial para a viabilidade de anulação dos atos de habilitação a partir da homologação do certame. Entretanto, há motivos que obstam o conhecimento da presente consulta.

14. Primeiramente, não se deve, a rigor, afirmar que pelo Acórdão 2264/2008-TCU-Plenário o TCU firmou o entendimento de que a contagem do prazo em questão inicia-se na data da homologação. Embora na ementa, no relatório e no voto constem afirmações nessa linha e que contribuíram como fundamento para a viabilidade da determinação consubstanciada no item 9.4 do acórdão propriamente dito, na parte dispositiva do decisum não foi expressa essa posição. Recorde-se que, conforme art. 469, inciso I, do Código de Processo Civil (CPC), os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, não fazem coisa julgada e que, nos termos da Súmula TCU 103, as disposições do CPC têm aplicação subsidiária nos processos desta Corte de Contas.

15. Ademais, como ainda não foram julgados embargos de declaração opostos ao Acórdão 2264/2008-TCU-Plenário, não se consumaram efeitos de decisão definitiva sobre o caso concreto então analisado. Também ainda se encontra pendente de julgamento o TC 006.518/2008-5.

16. Outrossim, verifica-se que a presente consulta busca antecipar o julgamento de dois casos concretos no âmbito do TCU: TC 007.776/2007-6 e TC 006.518/2008-5, bem como de provimentos jurisdicionais que se encontram pendentes de julgamento no STJ, a exemplo dos MS 15.743 e 18.525. Ressalte-se que o TCU já se manifestou pela impossibilidade de uso da consulta como meio para antecipação administrativa de provimentos jurisdicionais (Acórdão 1182/2012-TCU-Plenário). A elucidação da questão formulada na consulta recai, portanto, sobre o deslinde de dois casos concretos que ainda deverão ser julgados pelo TCU, assim não está preenchido requisito essencial para o conhecimento da consulta.

17. Não obstante, as informações trazidas aos autos acerca de decisões do STJ a respeito do termo inicial para contagem do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999 no tocante à anulação de atos de habilitação em licitações poderão ser úteis ao definitivo julgamento do TC 007.776/2007-6 e do TC 006.518/2008-5, cabendo, assim, a juntada de cópia desta instrução e da deliberação que for proferida nesta consulta àqueles processos de representação.

III. Proposta de Encaminhamento

18. Ante o exposto, propõe-se que:

não seja conhecida a presente consulta, por versar sobre casos concretos, com amparo no art. 265 do RITCU;

sejam juntadas cópias da presente instrução e da deliberação que for proferida neste TC 031.983/2010-3 aos autos do TC 007.776/2007-6 e do TC 006.518/2008-5;

seja este TC 031.983/2010-3 arquivado, após a devida comunicação ao atual Ministro de Estado das Comunicações, nos termos do art. 169, inciso V, do RITCU.”

2. O Diretor da 3ª DT e o Secretário da SEFID-2 manifestaram-se de acordo com a proposta formulada na instrução.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de consulta formulada pelo então Ministro de Estado das Comunicações, José Artur Filardi Leite, por intermédio do Aviso 180/MC, de 16/11/2010, vazada nos seguintes termos:

“Aplicando-se o art. 54 da Lei nº 9.784/99, qual o termo inicial do prazo decadencial para a Administração anular os seus atos eivados de vícios, no exercício da autotutela, nos procedimentos licitatórios de radiodifusão?”

2. A consulta versa, portanto, sobre a aplicação do art. 54 da Lei nº 9.784/99, objetivando o consulente extrair desta Corte o melhor entendimento acerca do **dies a quo** para a contagem do prazo decadencial dentro do qual a Administração poderá rever atos praticados em procedimentos licitatórios de radiodifusão.

3. Ressalta o consulente que o TCU, por meio do Acórdão nº 2264/2008-Plenário, teria deixado assente o entendimento de que o prazo decadencial, a ser observado pela Administração no exercício da autotutela, com vistas à anulação de ato praticado em procedimento licitatório, tem como termo inicial a data da homologação do certame. Informa, ainda, que o STJ, ao deliberar sobre mandados de segurança, vem se manifestando de forma contrária àquele entendimento, sustentando que o prazo decadencial para a Administração anular atos eivados de vícios tem como marco inicial a habilitação do licitante.

4. A propósito, no Acórdão nº 2264/2008-Plenário, mencionado pelo consulente, tratou-se de representação – objeto do TC 007.776/2007-6 – por meio da qual foi atacada decisão do Ministério das Comunicações que reconheceu a decadência do direito de a Administração, por ocasião da homologação da licitação, anular anterior ato de habilitação, sob o argumento de que já havia transcorrido o prazo de cinco anos previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, que assim dispõe:

“Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

5. Ao deliberar sobre a referida representação, o TCU determinou a anulação do ato de habilitação. Naquela assentada, prevalecera então o entendimento de que a contagem do prazo decadencial para a anulação do ato de habilitação somente tem início com a homologação do certame licitatório.

II

6. No que concerne à admissibilidade da presente consulta, a SEFID-2 entende que esta **“não preenche os requisitos exigidos para o seu conhecimento**, definidos nos artigos 264 e 265 do Regimento Interno do TCU, aprovado pela Resolução-TCU 246/2011, pois, embora tenha sido formulada articuladamente por autoridade competente, conter a indicação precisa de seu objeto e estar demonstrada a pertinência temática com atribuição do Ministério, **versa sobre casos concretos em que ainda não há deliberação definitiva do TCU.**” (grifei).

7. Em síntese, não obstante ressaltar a legitimidade do então Ministro de Estado das Comunicações para formular consulta a este Tribunal, a unidade técnica opina no sentido de que dela não se conheça, por versar sobre caso concreto.

8. Isso porque, “como ainda não foram julgados embargos de declaração opostos ao Acórdão 2264/2008-TCU-Plenário [acima referenciado], não se consumaram efeitos de decisão definitiva sobre o caso concreto então analisado. Também ainda se encontra pendente de julgamento o TC 006.518/2008-5”, em que se examina, no âmbito desta Corte, ato do Ministério das Comunicações que

recusou pedido de anulação de concorrência, sob a mesma convicção de contagem do prazo decadencial a partir do ato de habilitação.

9. Segundo a SEFID-2, a presente consulta teria como propósito não só antecipar o julgamento desses dois casos concretos no TCU (TC 007.776/2007-6 e TC 006.518/2008-5), bem como o de processos judiciais em trâmite no STJ, a exemplo dos Mandados de Segurança 15.743 e 18.525.

10. Quanto a este último propósito, a unidade técnica registra que *“ato do Ministro das Comunicações anulando anterior habilitação de licitante no certame tratado no TC 006.518/2008-5 é objeto do MS 18.525, em trâmite no STJ, no qual foi proferida decisão liminar do Ministro Benedito Gonçalves (DJe de 28/5/2012) sustentando o procedimento licitatório, considerando a existência de precedentes desta Corte, que, em princípio, amparam a tese defendida no writ, no sentido de que é inviável rever decisão administrativa que habilitou licitante em processo licitatório, após o prazo decadencial assinalado no artigo 54 da Lei 9.784/1999 (MS n. 15.160/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 16.6.2010; e MS 14.722/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 18/03/2010).”*.

11. A corroborar sua proposta de não conhecimento da presente consulta, a unidade técnica assevera que o TCU já se manifestara, em outra oportunidade, pela *“impossibilidade de uso da consulta como meio para antecipação administrativa de provimentos jurisdicionais (Acórdão 1182/2012-TCU-Plenário)”*.

12. Com as devidas vênias, discordo do encaminhamento proposto pela SEFID-2, pelas razões que passo a expor.

13. Entendo que não se trata de consulta sobre caso concreto. O fato de o consulente haver mencionado acórdão do TCU que aborda a questão jurídica ora posta em discussão não autoriza a ilação de que o seu desiderato é, pura e simplesmente, antecipar o julgamento dos embargos de declaração opostos ao referido **decisum**, pendentes de deliberação definitiva desta Corte.

14. A dúvida formulada na presente consulta tem sim razão de subsistir, mormente em função de posteriores deliberações do STJ sustentando tese diferente da esposada no âmbito do TCU. E esses entendimentos conflitantes têm gerado, sim, insegurança jurídica aos aplicadores do Direito no âmbito do Ministério das Comunicações. Aliás, não é por outra razão que o consulente informa existirem *“inúmeros procedimentos pendentes de homologação em que foram detectados vícios na habilitação da licitante e já transcorreram cinco anos da prolação do ato inquinado”*.

15. Diferente da situação que ora se aprecia foi aquela enfrentada no Acórdão nº 1182/2012-Plenário, tomado como parâmetro pela unidade técnica para respaldar sua tese de que a presente consulta versa sobre caso concreto. Da leitura do voto condutor do sobredito **decisum**, constata-se que se buscava, aí sim, no âmbito desta Corte, solução jurídica para um caso específico pendente de julgamento no Judiciário. A corroborar tal assertiva, julgo oportuno transcrever o seguinte excerto daquele voto:

“10. E aí destaco que a informação prestada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, à diligência desta Corte, revela que a consulta ora em apreço decorre diretamente de questionamento do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, que se deparou com o caso concreto da aposentadoria de uma servidora de seu quadro, tendo ficado registrado, à Peça nº 16 destes autos, o que se segue:

‘(...) A consulta de que cuidam os autos, submetida à consideração dessa e. Corte pela Presidência do TST e do CSJT, decorreu de questionamento formulado pelo Tribunal Regional

do Trabalho da 9ª Região a respeito da interpretação a ser conferida ao § 2º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 20/1998.

Referido questionamento foi apresentado com o intuito de viabilizar a análise do pedido de servidora daquele Tribunal Regional, a respeito da possibilidade de carrear para os proventos os quintos incorporados até 4/9/2001, no caso de aposentadoria com fundamento em regra anterior à edição da Emenda Constitucional nº 20/1998 (...).’” (grifei)

16. Tratava-se aquela consulta, portanto, de verdadeira antecipação, pela via indireta, de provimento jurisdicional, haja vista que a solução do caso concreto, no âmbito do TRT da 9ª Região, dependia da interpretação do TST e do CSJT sobre o § 2º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 20/1998, interpretação essa que fora buscada, por aqueles dois órgãos, junto ao TCU.

17. Diferente é a situação da presente consulta, haja vista que nenhum provimento jurisdicional está no aguardo de eventual decisão (resposta de mérito) desta Corte de Contas. Não se vislumbra, nos presentes autos, a tentativa de uso da resposta a esta consulta como instrumento de antecipação administrativa de provimento jurisdicional.

18. Assim sendo, pugno por que a consulta em apreço seja conhecida, não incidindo sobre ela o óbice previsto no art. 265 do Regimento Interno do TCU, o qual aduz:

*“Art. 265. O relator ou o **Tribunal não conhecerá de consulta** que não atenda aos requisitos do artigo anterior ou **verse apenas sobre caso concreto**, devendo o processo ser arquivado após comunicação ao consulente.” (grifei).*

19. Ad argumentandum, ainda que remanescesse dúvida quanto ao fato de a consulta estar ancorada em caso concreto, invoco, nesta oportunidade, os lídimos fundamentos aduzidos pelo Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU nos autos do TC 930.039/1998-0, acolhidos quando da prolação da Decisão nº 215/99-Plenário, verbis:

“Tendo em vista a minudência do caso narrado pelo consulente, é bem possível que a presente consulta esteja ancorada em um caso concreto [...].

*Contudo, é de ver que, **em regra, a consulta ao Tribunal, quanto a dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais ou regulamentares, tem em vista a solução de caso concreto, mesmo que não revelado no texto. Afinal, é para isso - para a solução de casos concretos - que servem as normas. Entender de outro modo seria admitir que este Tribunal estaria, no uso dessa competência, prestando-se a solução de questões jurídicas meramente teóricas ou acadêmicas, sem interesse imediato para a Administração.***

*Se a presente consulta tivesse sido formulada de outra maneira, sem detalhar o caso, mas apenas argüindo a possibilidade de extensões de contratos administrativos além dos limites legais preestabelecidos, ou argüindo a submissão das alterações unilaterais dos contratos administrativos, em face de mudanças de projeto ou especificações, aos mencionados limites, nada se poderia opor a ela quanto à concretude. **Se o Tribunal vier a rejeitá-la, nada impediria o consulente de repeti-la sem mencionar o caso concreto, retirando-lhe o óbice à admissibilidade.***

*[...] Com base nisso - de que se cuida também de questão em tese relevante -, opinamos no sentido de que seja superada a incidência do art. 217 do Regimento Interno, **para que seja conhecida a presente consulta.**” (grifei)*

III

20. Quanto ao mérito da consulta que ora se examina, cabe preliminarmente trazer à colação, para o deslinde da matéria, o entendimento perfilhado no Acórdão nº 2264/2008-Plenário, tendo em

vista que, nesta deliberação, como bem pontua a SEFID-2, esposou-se entendimento que não encontra guarida no âmbito do Poder Judiciário.

21. Compulsando o relatório e o voto que embasaram o aludido acórdão, prolatado nos autos do TC 007.776/2007-6, chego à conclusão, pelas razões a seguir expostas, que a ilação feita naquela oportunidade – pela unidade técnica, num primeiro momento, e posteriormente pelo relator, que a acompanhou – foi equivocada, senão vejamos.

22. No âmbito daquele processo, em sede de oitiva, o Consultor Jurídico do Ministério das Comunicações afirmara ter ocorrido, com fundamento na Lei nº 9.784/99, a decadência do direito de a Administração anular o ato que habilitou irregularmente a empresa Rádio e TV Schappo Ltda., de modo que restara, tão somente, homologar a licitação e adjudicar seu objeto à referida empresa.

23. Sustentou, ademais, que o julgamento de recursos na fase de habilitação não substituíra a decisão favorável anterior, de modo que o prazo decadencial para anulação deveria correr a partir do ato que habilitou a empresa Rádio e TV Schappo Ltda., e não do ato que negou provimento aos recursos apresentados e manteve a decisão inicial.

24. Naquela oportunidade, a manifestação da unidade técnica fora certamente influenciada pela tese perfilhada pelo Superior Tribunal de Justiça quando do exame do MS nº 12.592-DF. A propósito, a par da representação junto a esta Corte (TC 007.776/2007-6), a empresa Cable-Link Operadora de Sinais de TV a Cabo Ltda. impetrou mandado de segurança no STJ (MS nº 12.592-DF) contra o ato do Ministro das Comunicações que homologou o resultado da Concorrência nº 029/2001-SSR/MC.

25. Naquele MS, pediu a autora que fosse excluída a empresa Rádio e TV Schappo Ltda. do certame, com a anulação parcial do procedimento licitatório, a partir da sua habilitação, mantendo-se a licitação até a escolha de um novo vencedor. Pediu, ainda, concessão de liminar para que fosse suspenso o processo.

26. Quanto à ocorrência de “prescrição” para a anulação da habilitação, alegada pelo Ministério das Comunicações, posicionou-se o Ministério Público Federal no sentido de que se há recurso administrativo contra a habilitação, o prazo prescricional só tem início a partir do julgamento do recurso.

27. Em seu voto, a Ministra Eliana Calmon (relatora) entendeu que o prazo prescricional deve ter, de fato, como termo inicial, o julgamento final da autoridade administrativa. Por oportuno, impende transcrever o seguinte excerto daquele voto:

“A concorrência pública é constituída de um processo administrativo complexo que tem início com a publicação do edital e termina com a adjudicação da obra, etapa na qual é entregue ao vencedor do certame a obra ou o serviço licitado. Cada etapa constituiu-se em ato autônomo e que pode sofrer impugnação pelos interessados, impugnação que segue a tramitação de um procedimento, findo com o julgamento final da autoridade administrativa.

Se um ato do processo licitatório é impugnado, mesmo não havendo efeito suspensivo, o que propicia a continuidade do processo, enquanto não decidido por inteiro, com o julgamento final da impugnação não há preclusão ou prescrição, eis que o termo inicial da extinção é a decisão administrativa final do recurso.

[...]

Segundo o impetrado, a fase da habilitação estava finda a partir do ato que declarou as empresas habilitadas no certame, ultrapassando-se assim a fase inicial, e não mais poderia reabrir-se a querela. Entretanto, esqueceu-se que, embora tivesse avançado o processo licitatório,

com a abertura das propostas, inclusive, ficou em pendência recurso administrativo, só podendo computar-se o prazo prescricional a partir da decisão desse recurso.” (grifei)

28. Finalmente, após exame do mérito, decidiu a Primeira Seção do STJ conceder a segurança. Opostos embargos de declaração pela empresa Rádio e TV Schappo Ltda., a relatora reafirmou, em seu voto, que ***“conforme mencionado no acórdão recorrido, verifica-se que a impetrante impugnou a habilitação da outra embargante no processo licitatório examinado, recurso este que somente foi decidido pela autoridade apontada como coatora em 07/12/2006, data na qual se iniciou o prazo prescricional para discutir judicialmente a referida decisão administrativa”***. Por deliberação da Primeira Seção do STJ, foram rejeitados os embargos de declaração.

29. Quando da apreciação do TC 007.776/2007-6 no âmbito do TCU, defendeu a unidade técnica que ***“a homologação é ato que confirma a validade de todos os atos anteriormente praticados no curso do certame. É praticada pela autoridade competente para tanto, que não se confunde com a Comissão de Licitação; age, de fato, controlando os atos praticados pela Comissão, atestando sua validade ou não. Assim, todos os atos praticados pela Comissão de Licitação dependem, ao final do procedimento, da análise da autoridade competente, a autoridade a quem cabe decidir, dar a palavra final sobre a correção daqueles.”*** (grifei)

30. Ainda de acordo com a unidade técnica, ***“o procedimento licitatório se reveste da característica de um processo administrativo complexo pois, ainda que seus atos constituintes, praticados pela Comissão de Licitação, sejam válidos e produzam efeitos para o transcurso do certame, estes pendem do posterior reconhecimento de sua legalidade pela autoridade competente, para que possam levar ao atendimento do objetivo da Administração. Os atos da Comissão de Licitação não podem levar à contratação de forma autônoma, independente da manifestação da autoridade competente. Somente a concordância da autoridade competente confere validade ao procedimento licitatório como um todo, para que a Administração possa contratar ou, no caso, permitir a exploração do serviço público de radiodifusão.”*** (grifei)

31. Entendeu a unidade técnica, portanto, que ***“o prazo decadencial para a anulação do ato administrativo, a ser observado pela Administração no exercício da autotutela, deva ter como termo de início, no âmbito de procedimento licitatório, a homologação pela autoridade competente, por ser este o ato administrativo que valida todos os atos anteriormente praticados, e sem o qual impossível a conclusão do certame. Não há como aceitar que um ato irregular praticado pela Comissão de Licitação produza qualquer efeito no mundo jurídico sem a verificação da autoridade competente, pois não poderia produzir efeitos de forma autônoma.”*** (grifei)

32. Concluiu, por fim, ***“pela impossibilidade de aplicação da ‘prescrição administrativa’ a atos irregulares de procedimento licitatório, praticados somente pela Comissão de Licitação e pendentes de homologação pela autoridade competente, devendo iniciar o curso do prazo decadencial do ato de homologação, por ser este o ato que confere validade aos atos antecedentes e que permite a consecução do objetivo administrativo, que é a contratação ou, no caso concreto em análise, a outorga de permissão de exploração de serviço de radiodifusão.”*** (grifei)

33. Em síntese, da decisão do STJ sobre o MS nº 12.592-DF, a unidade técnica extraiu a compreensão de que ***“o prazo prescricional só poderia ser contado a partir da homologação ministerial, por haver controvérsia quanto à regularidade do ato de habilitação. Remete, portanto, ao fato do procedimento licitatório ser complexo e depender da manifestação da autoridade competente, na verificação da legalidade dos atos praticados pela Comissão de Licitação [...]”***.

34. Constata-se, no entanto, com a devida vênia, ter sido equivocada a conclusão a que chegou a unidade técnica, nos autos do TC 007.776/2007-6, a respeito da indigitada decisão judicial. Explico.

35. O que disse a Ministra Eliana Calmon no MS nº 12.592-DF foi que a licitação é um “processo administrativo complexo”, com início na publicação do edital e término na adjudicação do objeto, “*etapa na qual é entregue ao vencedor do certame a obra ou o serviço licitado*”. Assinalou ainda que cada etapa constitui-se em “ato autônomo” e que pode sofrer impugnação/recurso pelos interessados.

36. Segundo a Ministra, se um ato do processo licitatório é impugnado (objeto de recurso), mesmo não havendo efeito suspensivo, enquanto “não decidido por inteiro”, com o julgamento final da impugnação/recurso, “*não há preclusão ou prescrição, eis que o termo inicial da extinção é a decisão administrativa final do recurso*”. Só poderia, portanto, “*computar-se o prazo prescricional a partir da decisão desse recurso*”.

37. Em apertada síntese, o que disse a Ministra foi que a licitação é um processo administrativo complexo, e não que ela é composta de atos complexos, como concluiu a unidade técnica. Ao contrário, a licitação é constituída de atos autônomos, que podem sim sofrer impugnações ou recursos. No caso de ser interposto recurso contra a habilitação (ato autônomo), disse a Ministra, o termo inicial da extinção é a decisão administrativa final do recurso.

38. A habilitação é, portanto, um ato administrativo autônomo, e não complexo. No abalizado magistério de Diogenes Gasparini (*in* Direito Administrativo. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 76), atos complexos são “*os atos resultantes da conjugação de vontades de órgãos diversos. Exemplo desses atos é a nomeação, pelo Governador, do Procurador-Geral de Justiça, indicado, em lista tríplice, pelo Colégio de Procuradores, consoante dispõe o art. 94, II, da Constituição do Estado de São Paulo. Há, no caso, duas manifestações: uma do Colégio de Procuradores e outra da Governadoria. O primeiro órgão indica; o segundo, nomeia. Ainda é exemplo de ato complexo a nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal, dado que, nos termos do parágrafo único do art. 101 da Constituição Federal, cabe ao Presidente da República a promoção desse ato, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal.*”.

39. Diferente é a natureza da homologação, que, de acordo com aquele renomado administrativista, é o “*ato administrativo vinculado pelo qual a Administração Pública concorda com o ato jurídico praticado, se conforme com os requisitos legitimadores de sua edição*”.

40. A propósito, costuma-se distinguir o ato complexo, em que a aprovação integra a manifestação de vontade, das formas de mero controle de legalidade, em que o ato, apesar de perfeito, depende, para sua eficácia, de ação de outro agente público, verdadeira condição suspensiva. O pronunciamento inicial constitui, assim, um ato perfeito, de eficácia condicionada à manifestação posterior. Mais especificamente, a eficácia de certos atos administrativos, em razão do interesse público, fica suspensa até que outra autoridade a aprove, mas esta nada acrescenta ao ato: declara-lhe, apenas, a conformidade com a lei.

41. Tal é a natureza do ato de homologação, que não integra a habilitação, já anteriormente acabada e perfeita. A autoridade a quem é cometida a homologação da licitação colabora com a sua vontade no acabamento ou aperfeiçoamento dos atos praticados no certame, entre eles o de habilitação.

42. Nesse diapasão, a licitação seria, na verdade, um procedimento administrativo, assim definido por Diogenes Gasparini (*in* Direito Administrativo. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 87): “*Ao se observar o agir da Administração Pública, nota-se que o resultado por ela desejado somente é alcançado depois da realização de uma série de atos administrativos interligados, em que a prática de qualquer um depende da efetivação do que lhe é imediatamente anterior. Quando isso ocorre, está-se diante do que os autores chamam de procedimento administrativo. Este é, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo’.* Ressalte-se que **a prática de qualquer dos atos do procedimento**

depende da integral realização do que lhe é anterior, e, como este pode ser contestado, a edição daquele, enquanto não transcorrer in albis o prazo de contestação ou não for decidido o recurso interposto, não pode acontecer.” (grifei)

43. O próprio autor cita, como exemplo, o procedimento licitatório: “Vejam, para exemplificar, no procedimento da licitação, pressuposto indispensável à legalidade de certas contratações do Estado, os atos que o compõem. Nesse procedimento, têm-se: I – a publicação do edital; II – o exame da capacidade jurídica, da idoneidade técnica, da capacidade econômica e da regularidade fiscal dos proponentes; III – o exame das propostas; IV – a classificação das propostas; V – a homologação da licitação e adjudicação do seu objeto ao classificado em primeiro lugar, ainda que se possa afirmar que esses atos não integram tal procedimento. Só depois de percorrido esse caminho pode a Administração Pública contratar.”.

44. A homologação do certame seria então condição de eficácia da habilitação. Com a homologação é que seriam produzidos efeitos, todavia retroativos. Tem-se aqui a chamada eficácia retroativa ou declaratória. Sobre esse tema, assim discorreu Marçal Justen Filho (in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11^a ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 426): “**A homologação possui eficácia declaratória enquanto confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação.** Possui eficácia constitutiva enquanto proclama a conveniência da licitação e exaure a competência discricionária sobre esse tema”. (grifei)

45. Assim se justifica, portanto, a vedação imposta pelo § 5º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, o qual dispõe: “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.”. O referido dispositivo legal determina que os requisitos para habilitação não mais serão objeto de questionamento na fase de julgamento das propostas. Impede-se, assim, a eliminação da proposta sob fundamento de ausência de idoneidade do licitante para contratar com a Administração.

46. O § 5º do art. 43 da Lei nº 8.666/93 não obsta, obviamente, a incidência do art. 49 da mesma lei, segundo o qual a autoridade competente para a homologação deve invalidar a licitação em caso de ilegalidade (controle de legalidade). Logo, se houve nulidade na decisão de habilitação, ao se comprovar que determinado licitante não preenchia os requisitos para habilitação, e que o defeito fora ignorado pela comissão de licitação, a autoridade homologadora do certame tem o dever de rever o ato administrativo anterior (ato de habilitação).

47. Perfeitamente possível, portanto, em decorrência do poder de autotutela da Administração, a anulação de ato que habilitou irregularmente empresa no certame licitatório, diante de vício insanável não detectado ao tempo da fase de habilitação. Mas isso tem que ser feito, nos termos do art. 54 da Lei nº 9.784/99, no prazo de cinco anos a contar da habilitação inquinada.

48. Significa dizer que a Administração tem prazo de cinco anos para exercer seu poder de autotutela, a teor do art. 54 da Lei nº 9.784/99, corolário do princípio da segurança jurídica. Inviável, pois, a revisão de decisão administrativa – que habilitou licitante em processo licitatório – após o prazo decadencial assinalado pela Lei nº 9.784/99.

49. Não se trata a habilitação, portanto, de ato complexo, representando a homologação, na verdade, o mero exercício da autotutela. E o art. 54 da Lei nº 9.784/99 tem justamente o objetivo de mitigar o uso indiscriminado do princípio da autotutela administrativa, fazendo-o inoperante em casos em que colaboraria para a insegurança das relações jurídicas providas pelo Estado, em prejuízo dos administrados.

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a decisão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.



TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 29 de agosto de 2012.

JOSÉ JORGE
Relator

ACÓRDÃO Nº 2318/2012 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 031.983/2010-3.
2. Grupo II – Classe de Assunto: III – Consulta.
3. Interessado: Ministro de Estado das Comunicações.
4. Órgão: Ministério das Comunicações.
5. Relator: Ministro José Jorge.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação 2 (SEFID-2).
8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de consulta formulada pelo então Ministro de Estado das Comunicações, acerca do *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial dentro do qual a Administração poderá rever atos praticados em procedimentos licitatórios de radiodifusão.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. conhecer da consulta, por atender aos requisitos de admissibilidade;
- 9.2. responder ao consulente que o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, a ser observado pela Administração no exercício da autotutela, com vistas à anulação de ato praticado em procedimento licitatório, tem como termo inicial a data do respectivo ato, salvo no caso da interposição de recurso, hipótese em que o termo inicial da extinção é a decisão final sobre o recurso;
- 9.3. enviar cópia do acórdão que vier a ser proferido pelo Tribunal, bem como do relatório e do voto que o fundamentarem, ao consulente;
- 9.4. determinar o arquivamento do presente processo.

10. Ata nº 34/2012 – Plenário.

11. Data da Sessão: 29/8/2012 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2318-34/12-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Benjamin Zymler (Presidente), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Jorge (Relator), José Múcio Monteiro e Ana Arraes.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ JORGE
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral