

JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 583 — DF

(Registro nº 97.0040414-5)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Autora: *União Federal*

Ré: *SRM Participações Empresariais Ltda.*

Advogados: *João Leal Júnior e outro*

Sustentação Oral: *Dr. Sérgio Roberto Roncador, pela ré*

EMENTA: *Processual Civil. Ação rescisória (CPC, art. 485, IX). Erro de fato. Inexistência. Improcedência do pedido.*

Consoante dispõe a lei (CPC, art. 485, IX), o erro de fato consiste em admitir-se, na sentença (rescindenda), um fato inexistente ou em considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

In casu, ao decidir a causa, o acórdão (que se pretende rescindir) promoveu ao expurgo inflacionário correspondente ao período considerado (fevereiro de 1991), dele subtraindo os 7% pertinentes à TR, eis que já incluídos na atualização, realizando mera operação aritmética sem louvar-se em fato inexistente (ou existente e desconsiderado).

Ação rescisória julgada improcedente. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazen-

do parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Adhemar Maciel, Ari Pargendler, José Delgado, Garcia Vieira e Hélio Mosimann votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Custas, como de lei.

Brasília, 11 de março de 1998
(data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS,
Presidente. Ministro DEMÓCRITO
REINALDO, Relator.

Publicado no DJ de 18-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: A União promoveu ação rescisória em desfavor de SRM — Participações Empresariais Ltda., visando à desconstituição do acórdão da egrégia Primeira Seção e proferido no julgamento do Mandado de Segurança nº 3.433-DF, e que determinou a correção do TDA, no período de fevereiro de 1991, no percentual de 14,87%. O percentual encontrado resultou do índice de 21,87%, de que se subtraiu 7% correspondente à TR e já incluída na atualização do valor do título respectivo.

Alega, a autora, que ao deferir o **mandamus**, a colenda Primeira Seção, nesse aspecto, fundou-se em *erro de fato*, uma vez que o percentual correto (para a correção do mês indicado) é de 13,87%, transcrevendo, na Inicial, fórmula, com base na qual deve ser efetuado o cálculo para encontrar o percentual exato da correção monetária.

Juntou documentos, inclusive cópia do acórdão rescindendo e a prova de que transitou em julgado.

A ré contestou a ação, defendendo a inexistência de erro de fato.

Nas alegações finais, a União sustentou os argumentos da peça exordial, pugnando pela procedência da ação.

A ré manifestou-se, em razões finais, pela improcedência da ação.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela improcedência do pedido.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Senhores Ministros: A União promoveu ação rescisória em desfavor de SRM — Participações Empresariais Ltda. objetivando rescindir o acórdão proferido por esta egrégia Primeira Seção no julgamento do Mandado de Segurança nº 3.433, em que figurou como impetrado o Ministro da Fazenda.

Alegou, a autora, que o aresto que pretende desconstituir concedeu, ao impetrante, o percentual de 14,87%, relativo a fevereiro de 1991, na correção dos seus TDAs. O acórdão da colenda Primeira Seção ficou assim ementado: “Índices de atualização Monetária 8,03%, 21,87% e 70,28%. Impõe-se a correção monetária do valor indenizatório com a TDA, na desapropriação por interesse social, para resguardar o princípio da justa indenização (art. 184 da Constituição Federal). Incidência da correção, no pertencente aos TDAs não resgatados, com a aplicação dos índices explicitados, com exclusão daqueles previamente mencionados”.

Aduz, na Inicial, que, na concessão do **mandamus** para determinar a correção do TDA no mês de feve-

reio de 1991, o acórdão fundou-se *em erro de fato*, uma vez que o percentual correto é de 13,87%.

A ação, todavia, não tem como prosperar, porquanto inexistente pressuposto para justificar a rescisão do aresto indicado. Com efeito, a autora funda a sua pretensão no disposto no art. 485, IX, que autoriza a rescisão do julgado “quando fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa”.

No caso, não há que falar em *erro de fato*. Com efeito, esclarece **J.C. Barbosa Moreira**:

“O erro de fato consiste em a sentença admitir um fato inexistente em considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido”.

E acrescenta:

“Pode acontecer que ambas as partes hajam sido concordes em afirmar existente o fato, ao passo que a sentença, apesar disso, o supôs inexistente; ou vice-versa, que ambas hajam sido concordes em afirmá-lo inexistente, e a sentença tenha suposto existente” (Coms. ao Código de Processo Civil, vol. V, págs. 145 e 147).

Como se observa não há razão para o rescindimento pleiteado, desde que *erro de fato*, no julgamento do mandado de segurança, não houve. Efetivamente, ao determinar a correção monetária do TDA, no mês de fevereiro de 1991, “o acórdão nem admitiu um fato inexistente e nem considerou inexistente um

fato evidentemente ocorrido. Ao contrário: o acórdão rescindendo se fundou nos argumentos das partes e na prova coligida, indicando o índice de 14,87%, que é a diferença entre 21,87% menos 7% correspondente à TR e já incluídos na atualização do título. Mera operação matemática. Nada de considerar fato inexistente, nem de desconsiderar o que realmente existia.

Daí, asseverar **Barbosa Moreira**, “o pensamento da lei é o de que só se justifica a abertura de via para a rescisão quando seja razoável presumir que, se houvesse atentado na prova, o juiz não teria julgado no sentido em que julgou. Não, porém, quando haja julgado em tal ou qual sentido, por ter apreciado mal a prova em que atentou” (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, págs. 644/645).

In casu, sequer houve mal apreciação da prova. O que se fez, no acórdão, foi buscar-se o índice de correção correspondente ao período considerado (fevereiro de 1991) e, dele, subtrair os 7% referentes à TR, já incluídos na atualização. Mera operação aritmética, sem nenhuma base em fato inexistente (ou existente e não considerado).

Somente ocorre erro de fato, preleciona **Nelson Nery**, “a ensejar a rescisória quando for admitido um fato inexistente ou considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido” (REsp 8.830, DJU de 24/02/92 — Código de Processo Civil e Legislação Civil Extravagante, pág. 602).

A autora não indica, em sua postulação, qual o fato *inexistente* em que se fundou o acórdão, nem o fato

que realmente existiu e não foi considerado na decisão rescindenda.

Ausentes, pois, os pressupostos da rescisória.

Demais disso, em casos idênticos, essa egrégia Primeira Seção tem desconsiderado a rescisória.

O meu voto é julgando improcedente a ação, fixando em dez por cento (10%) os honorários advocatícios sobre o valor atribuído à causa a serem suportados pela autora, além das custas processuais.

É como voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL

Nº 20.641 — SP

(Registro nº 96.0034293-8)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Embargante: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Embargada: *Central de Produtos Químicos Ltda.*

Procuradores: *Drs. João Saraiva Lima e outros*

Advogados: *Drs. José Luiz Matthes e outros*

EMENTA: Processual Civil. Execução. Embargos do devedor. Honorários advocatícios. Impossibilidade de duas verbas honorárias (execução e embargos). CPC, art. 20. Lei 6.830/80 (arts. 1º, 2º, § 2º, e 19, II). Súmula 153/STJ.

1. Os embargos não se confundem com ação de execução (Liebman). Conquanto assim seja, embargada a execução, obvia-se contradita aos honorários prévia e provisoriamente fixados na inicial da execução, a final, verificando-se única sucumbência. Improcedentes os embargos, a parte embargante (executado) pela seteira de uma só sucumbência pagará somente os honorários da condenação nos embargos, excluindo-se os estabelecidos no processo da execução fiscal.

2. Embargos acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, receber os embargos, nos termos do voto do Senhor Ministro-

Relator, vencidos os Senhores Ministros Adhemar Maciel e Humberto Gomes de Barros que os rejeitaram, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Senhores Ministros Ari Pargendler, José Delgado, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo votaram com o Senhor Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Hélio Mosimann. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Peçanha Martins.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS, Presidente. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

Publicado no DJ de 28-09-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: A interessada opôs Embargos de Divergência, em face do acórdão exarado pela Segunda Turma desta Corte, relatado pelo ínclito Ministro Peçanha Martins, cuja ementa está abreviada nestes termos:

“Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Embargos do devedor. ICM. Autolançamento. Cerceamento de defesa. Verba honorária. Condenação cumulativa. Correção monetária. Termo inicial. Preclusão. CTN, art. 204, § único — C.F., art. 105, III — Precedentes STJ.

— A realização de perícia em execução fiscal, para cobrança de ICMS declarado e não pago, está condicionada à inequívoca demonstração de erro ou engano, sem o que não se configura o cerceamento de defesa.

— Havendo no processo de execução a oposição de embargos do devedor, impõe-se a condenação em honorários por sucumbência, independente daquela relativa à execução.

— Se o acórdão não decidiu sobre a correção monetária, impossível a apreciação da mesma em sede de recurso especial, a teor da disposição constitucional.

— Recurso parcialmente provido” (fl. 116).

Manifestados Embargos de Declaração foram recebidos, **verbis**:

“Processual Civil. Embargos de Declaração. Contradição. Ocorrência.

1. Comprovada a contradição entre os termos do acórdão e a ementa, impõe-se o acolhimento dos declaratórios para corrigi-la.

2. Embargos declaratórios recebidos tão-só para esse fim” (fl. 157).

Segundo a Embargante o v. acórdão divergiu do prolatado pela egrégia Primeira Turma deste Tribunal, no REsp 58.782-4-SP, assim ementado:

“Processual. Honorários. Cumulação. Embargos de Devedor. Processo Execução.

No processo de execução por título extrajudicial impõe-se a condenação em honorários por sucumbência. Em havendo oposição de embargos do devedor, faz-se oportuna outra condenação, independente daquela relativa à execução” (fl. 125).

Os Embargos foram admitidos, porque demonstrado o confronto entre os julgados (fls. 162/163).

Transcorreu **in albis** o prazo para apresentação de impugnação.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Conseqüente às premonitórias notícias contidas no relatório, a divergência centra-se na imposição dos honorários advocatícios, concomitantemente, nos processos de execução fiscal e dos decorrentes embargos, a respeito, assim estadeando os v. Acórdãos confrontados:

— “... Havendo no processo de execução a oposição de embargos do devedor, impõe-se a condenação em honorários por sucumbência, abrangendo execução e embargos do devedor, sem cumulação” (2ª Turma — Rel. Min. Peçanha Martins — fl. 155).

— “Processual. Honorários. Cumulação. Embargos de devedor. Processo de Execução.

No processo de execução por título extrajudicial impõe-se a con-

denação em honorários por sucumbência. Em havendo oposição de embargos do devedor, faz-se oportuna outra condenação, independente daquela relativa à execução” (1ª Turma — Rel. Min. Humberto Gomes de Barros — fl. 125).

No mesmo sentido da última ementa transcrita foram apontados outros precedentes: REspS nºs 40.986-1-SP e 9.808-0-SP (fls. 130 e 136).

Às expressas, certo que o v. Acórdão embargado empolgou a compreensão favorável à cumulação dos honorários, enquanto que o paradigma restringiu-os à única sucumbência, apropriada aos embargos à execução, manifestamente configurada, a divergência merece ser considerada.

Com esse propósito, de súbito, anoto que, em verdade, a Primeira Turma, diante da sucumbência, cultivou o entendimento da dúplice condenação (nos processos de execução e dos embargos contra ela lançados). Porém, amadurecidas as reflexões sobre o tema, por maioria, vem repudiando a cumulação da verba honorária.

Não obstante, atualmente, as Turmas estejam conciliadas na diretriz de afastar a duplicata condenatória, inafastável que os presentes embargos colocam a questão em evidência, impondo-se o exame do antagonismo dominante à época.

Em assim sendo, e assim é, sob o timbre da cumulatividade, ou não, de honorários fixados no despacho inicial do processo de execução e na

vertente dos embargos provocados, alinhado às razões que aduzi, em votos já proferidos, começo por relembrar que a duplicidade ressoou da conclusão ditada no Simpósio de Direito Processual Civil, textualmente:

“... no processo de execução cabe a cominação de honorários advocatícios, devendo o Juiz fixá-los no despacho liminar, mesmo na ausência de requerimento do credor. Havendo embargos de devedor, será cabível condenação em honorários novamente, respeitado o limite total de 20% sobre o valor da ação de execução” (in Rev. Tribs. 482/272 — conclusão XLVI).

Sim, em verdade, na alcatifa da sucumbência, dúvidas não pairam quanto à obrigação do pagamento de verba honorária, abrangida na cláusula “demais encargos” (arts. 2º, § 2º, e 19, II, Lei 6.830/80 —; subsidiariamente, aplicando-se a lei processual comum — art. 1º, Lei ref. —, portanto também, por submissão ao art. 20 e parágrafos, CPC). Nesse prumo, inclusive, aviva-se a Súmula 153/STJ.

Diferente não pode ser, por merecida louvação aos ensinamentos de **Liebman**, afirmando que os embargos consubstanciam “ação incidente do executado”, em que se procura desconstituir o título executivo. Nesse plano, os embargos não se confundem com a ação de execução. Nesta, há exequente e naqueles embargante (executado) e embargado (exequente). São, portanto, ações

distintas, tanto que a petição inicial dos embargos devem preencher os requisitos do artigo 282, CPC (Rev. TFR, 84/736 —; REsp 17.000-SP — julgado em 7.6.93).

Conquanto fortes essas razões, repensando a questão, logo se vê irradiar-se que, rejeitados os embargos, o título executivo continua íntegro, respondendo o devedor pelo principal, consectários legais e, conseqüente à sucumbência, pagando os honorários, nessa ação, o embargante vencido. A sucumbência é única. Em contrário, teríamos que aceitar a sua ocorrência pela simples decisão inicial, ordenando a citação e, provisoriamente arbitrando o percentual da verba honorária, sem contraditório, nem a concretude da sucumbência. Pois o valor da dívida, os juros, correção monetária e despesas, são previstos na respectiva certidão de inscrição na dívida ativa já líquida e certa, enquanto que os honorários, provisoriamente estabelecidos, são aditados na expectativa de aceitação do devedor. Porém, inconformado com a dúvida, embargando a execução, obvia-se que contradita a mesma e, **ipso facto**, ditos honorários: a final, acolhidos os embargos, ficará desconstituído o título executivo e, por dedução lógica, desobrigado de pagar honorários, arbitrados na presunção de liquidez e certeza da dívida. Se assim não for, o devedor pagaria honorários sem causa. Por outro lado, rejeitados os embargos, a sucumbência prende-se à concreta condenação dos mesmos, uma vez que, **per si**, inexistindo contraditório no processo de execução, a su-

cumbência algema-se à condenação na ação dos embargos: principal e acessórios, nestes incluindo-se os honorários. A sucumbência, como dito, é uma só. Se admitidas duas sucumbências, (na execução e embargos), pela mesma razão, acolhidos os embargos, o credor (embargado vencido) deveria pagar honorários em favor do devedor (embarcante vencedor), também, impostos no processo de execução.

Por isso que, mesmo sem anteposição à comemorada lição de **Liebman** — execução e embargos não se confundem —, articulados estes, compreendo que, embora distintos processualmente, **lato sensu**, há conexão instrumental entre a execução e os embargos, tendentes estes a desconstituir o processo daquela ou conter-lhe os excessos.

Enfim, em se admitindo uma só sucumbência, ajuizada a execução e arbitrada a verba honorária, não interpostos os embargos consubstanciar-se-á a obrigação de pagar a dívida e acessórios, incluindo-se os honorários que passam a ser definitivos. Interpostos os embargos, a parte sucumbente pagará os honorários, conseqüente a essa ação. Compreensão que encontra vigoroso apoio em precedente do memorável Tribunal Federal de Recursos, abreviado na ementa:

“Processual Civil. Embargos do Devedor. Honorários Advocáticos.

I — Vencido nos embargos do devedor, isto não quer dizer que o Embargante (executado) deve-

rá pagar duas verbas honorárias: a dos embargos e a da execução. A sucumbência é uma só. Improcedentes os embargos, o devedor responderá pelo principal e acessório constantes da execução, inclusive a verba honorária.

II — Agravo provido”. (Ag. Inst. 44.090-BA — Rel. Min. Carlos Mário Velloso — in DJU de 8.9.83).

Não se contraponha que o entendimento malfez o princípio da sucumbência, porque o excelso Supremo Tribunal, no pertencente ao pagamento de uma só verba honorária, tem julgado afirmando que a interpretação é *razoável* (RE 94.494 — Rel. Min. Cunha Peixoto — in DJU de 20.8.81).

Nesta Corte, alinhando motivos contra a acumulação, a Segunda Turma editou o acórdão formado por maioria, conduzido pelo relator eminente Ministro José de Jesus Filho, em resumo, assoalhando:

“Execução Fiscal. Honorários de Advogado, fixados de plano. Condenação cumulativa de honorários dos embargos e da execução.

Impossibilidade. A fixação da verba honorária em execução fiscal é sempre posterior ao procedimento, não podendo o Juiz antecipa-lo no começo da execução, pois não tem elementos suficientes para assim proceder. E a sucumbência é uma só. Incidência cumulativa de condenação nos embargos e na execução. Recurso especial parcialmente provi-

do.” (REsp 36.020-0-SP — in DJU de 21.3.94).

Durante o julgamento, apoiando o voto condutor, o nobre Ministro Américo Luz, objetivamente, aduziu:

“... entendo que a rejeição dos embargos importa no pagamento, pelo embargante, da verba honorária fixada na respectiva sentença, excluindo-se a fixação nos autos da Execução Fiscal.

Entendo, outrossim, que aquele arbitramento na Execução Fiscal é para o caso de inexistência de embargos” (REsp *cit.*).

Por derradeiro, trago da memória o REsp 11.381-0-SP, relatado pelo eminente Ministro Garcia Vieira, sobre o tema, no voto acolhido unanimemente, estadeando:

“... merece reforma a parte do venerando aresto hostilizado que admitiu a acumulação dos honorários de 10% arbitrados na execução (fls. 02 dos autos em apenso), com os 10% fixados na sentença que julgou procedentes os embargos (fls. 161). Esta condenação cumulativa não pode prevalecer porque o seu arbitramento, na execução, foi provisório e incidiu sobre o valor total da condenação. Somente nos embargos esta condenação se tornou definitiva e sucumbência só houve nos embargos. Esta Egrégia Turma no Recurso Especial 28.273-5-SP, julgado no dia 18.11.92, à unanimidade, entendeu que:

‘A verba honorária arbitrada na inicial da Execução Fiscal sobre o total da condenação não é adicionada à fixada na sentença sobre o débito.

A fixação provisória é substituída pela sentença, posto haver uma só condenação e só uma sucumbência.’

Por ocasião deste julgamento, salientei em meu voto condutor que:

“Ao despachar a inicial da execução fiscal, o julgador monocrático arbitrou os honorários de advogado em 10% (dez por cento) sobre o total da condenação (desp. de fls. 02 dos autos em apenso) e na sentença proferida nos embargos à execução fixou estes honorários em 10% sobre o total do débito, ‘mantida a verba honorária estipulada do despacho inicial de processamento da execução’ (fls. 20). O v. acórdão recorrido manteve a sentença (fls. 51/52).

Resta saber se prevalece ou não esta condenação cumulativa. A meu ver, no caso, ela não prevalece, porque o seu arbitramento em 10% (dez por cento) sobre o valor total da condenação foi provisório, e se houve embargos, a condenação somente ocorreu nestes e não pode haver, nos embargos, outra condenação em honorários de advogado, porque a condenação da devedora, na dívida, foi uma só e somente houve uma sucumbência”.

A ementa, na parte referida, ficou assim redigida:

“... A verba honorária arbitrada no início da execução fiscal sobre o total da condenação não é adicionada à fixada na sentença sobre o débito”. (in DJU de 21.2.94.).

Confluyente à exposição, em que pesem as razões informadoras do v. Acórdão embargado, das quais, como adiantado, deixei de ser acólito, com adargas na fundamentação contrária a vergastada cumulatividade, *voto acolhendo os embargos*, erguendo a prevalência do julgado paradigma, enraizando uma só sucumbência, geratriz de única condenação nos honorários advocatícios, fixados nos embargos à execução.

É o voto.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Sr. Presidente, peço vênias ao Sr. Ministro Milton Luiz Pereira para rejeitar os embargos. Entendo que se trata de duas ações: uma ação de conhecimento e outra de execução. O advogado trabalha duas vezes, e até podem ser advogados diferentes.

Leio ementa de 1992, do Sr. Ministro Cláudio Santos, no Recurso Especial n. 20.806/SP, que diz o seguinte: (Lê)

“Processual Civil. Honorários de advogado. Execução a embargos. Devidos são os honorários de advogado nas ações de execução e de embargos à execução. Observados, tanto quanto possível, o teto máximo de 20% na soma das

duas verbas para não onerar em demasia o devedor”.

Claro que, nesse caso, não se trata de execução fiscal, mas, *mutatis mutandis*, é a mesma coisa.

Em sendo assim, até que se prove o contrário, fico com a orientação da Quarta Turma.

É como voto.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, peço vênias aos ministros que estão divergindo, mas meu entendimento sempre foi na linha aqui posta pelo eminente Ministro-Relator. Penso que se não for esse o entendimento, poderá cair naquilo que foi mencionado pelo Sr. Ministro Demócrito Reinaldo, que é a possibilidade de haver excesso no arbitramento de honorário. Temos um princípio de que os honorários não poderão ultrapassar...

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Aparte): Nesse caso ultrapassou 30%.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Esse é um caso típico de que o princípio foi violado. Embora respeitando a jurisprudência que conheço, mais ou menos assentada, pois há muita divergência, não mudando meu entendimento, peço vênias para acompanhar o eminente Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, o eminente Mi-

nistro-Relator teve a gentileza de citar um precedente meu, no qual meu pensamento está refletido. Acompanho-o com prazer.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Sr. Presidente parece-me que, no atual sistema brasileiro, temos três ações. No caso, temos a ação condenatória e o sucumbente condenado fazendo tábula rasa da condenação, forçou o credor a propor uma ação de execução. Ninguém confunde esta ação de execução com a ação condenatória. São absolutamente diferentes. O título condenatório e o executivo são autônomos; a ação é autônoma. O Código não instituiu a contestação no processo executório, porque ele parte do princípio de que esse título é líquido e exequível; não suscita discussão em torno do mesmo processo.

Pontes de Miranda explica a condenação dizendo que o juiz ao receber o pedido de execução examina o título e o declara exequível. Este aparente despacho do juiz é, em verdade, uma sentença em que se declara a exequibilidade do título. Em sendo sentença, abre-se ensejo para condenação. Na vida prática, como já fiz ver anteriormente, a parte, para executar a sentença contra o condenado recalcitrante, necessariamente deve contratar um advogado. E quando o recalcitrante agride o título executivo, o exequente necessariamente deverá contratar um advogado para o defender desta agressão voltada contra o seu título. Parece-me que sob todos os aspectos, o da técnica processual, o didático e o da Justiça, é oportuno que se autonomize essas duas condenações.

Peço vênia ao eminente Ministro-Relator para acompanhar o voto do Sr. Ministro Adhemar Maciel.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5.289 — DF

(Registro nº 97.0053243-7)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Impetrante: *Telet S.A.*

Impetrado: *Ministro de Estado das Comunicações*

Litisconsortes: *GFTT S.A., Consórcio Avantel Comunicações Pessoais, Consórcio Brascom e TT2 Telecomunicações Ltda.*

Advogados: *Drs. Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros, Américo Lourenço Masset Lacombe e outros, Alúcio Xavier de Albuquerque e outros, Marta Mitico Valente e outros, e Roberto Ferreira Rosas*

EMENTA: Administrativo. Mandado de segurança. Licitação. Vinculação ao edital. Afastamento de critério subjetivo na apreciação de recurso administrativo. Ilegalidade do ato inabilitador de concorrente. Constituição Federal, artigos 5º, II e LV, 37 e inc. XXI, 84, III. Lei 6.404/76, Lei 8.666/93. Lei 8.883/94. Lei 8.987/95. Súmula 473/STF.

1. **Habilitação técnica reconhecida pela via de critérios objetivos não pode ser derruída por afirmações de índole subjetiva, contrapondo-se às avaliações vinculadas às disposições editalícias. A legislação de regência louva os critérios objetivos e dá vinculação ao instrumento convocatório (§ 1º, art. 44, Lei 8.666/93; art. 14, Lei 8.987/95).**

2. **O processo licitatório inadmitindo a discriminação, desacolhe ato afrontoso ao princípio da isonomia, numa clara proibição do abuso de poder por fuga à vinculação ao Edital. Ato, decorrente de expressas razões recursais, desconhecendo-as para fincar-se em outras de caráter subjetivo, fere o princípio da legalidade. No caso não se compõe a discricionariedade sob os alhores do interesse público, conveniência e oportunidade.**

3. **Segurança concedida parcialmente.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente o mandado de segurança, nos termos do voto do Senhor Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Senhores Ministros Adhemar Maciel, Ari Pargendler, José Delgado, Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros votaram com o Senhor Ministro-Relator. Sustentaram, oralmente, o Doutor Pedro Augusto de Freitas Gordilho, pela impetran-

te Telet S.A., o Doutor Walter do Carmo Barletta, pela União e o Doutor Aluisio Xavier Albuquerque, pelo Consórcio Avantel Comunicações Pessoais. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Peçanha Martins.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de novembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS,
Presidente. Ministro MILTON
LUIZ PEREIRA, Relator.

Publicado no DJ de 21-09-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Trata-se de Mandado de

Segurança, com pedido de liminar, impetrado por Telet S.A., contra ato do Sr. Ministro de Estado das Comunicações, que a inabilitou como concorrente à concessão para exploração do serviço de telefonia móvel celular (áreas 1, 2 e 3).

O Consórcio impetrante narrou que, estabelecidas áreas geográficas de concessão do serviço de telefonia móvel celular, candidatou-se para as de números 1 a 6, sendo habilitado pela Comissão de Licitação em todas elas, reconhecendo o próprio ato impugnado que a atendeu “o formalismo e objetividade”, decorrente “da análise dos documentos do certame”.

Continuou dizendo que a experiência necessária à execução do serviço, segundo o Edital, item 5.2.3, reiterado pelo item 5.9.1, pode ser comprovada “por meio de documentos fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, em relação à pessoa jurídica proponente ou a pelo menos uma das entidades que constituam o consórcio proponente, admitido o somatório dos quantitativos, diretamente, ou através de coligadas, controladas ou controladoras”.

Ressaltou que os quantitativos referidos correspondem ao número de terminais em operações por essas sociedades coligadas ou por suas controladoras ou controladas, cujo número é “altíssimo”, pois, numa cidade como São Paulo, o proponente “tem que provar que uma ou mais coligadas suas operam, atualmente, pelo menos 1.800.000 terminais, quantidade superior à dos que se

encontram em funcionamento em Nova York (1.498), Los Angeles (2.013), Chicago (1.392), cabendo observar que em todas essas cidades há mais de um operador.”

Observou que “a empresa coligada foi definida como aquela ‘cuja maioria do capital votante pertence ao sócio ou acionista que detenha, direta ou indiretamente, pelo menos 20% do capital votante da proponente’ (item 5.3.2.3.1 do edital).”

Somou que o edital por um lado foi liberal (quanto à comprovação da experiência técnica), mas foi exigente quanto à “prova da operação do número de elevadíssimo número de terminais estabelecido, que a aptidão para a exploração do serviço fosse feita por sociedades coligadas, em cadeia, isto é, direta ou indiretamente.” Essa base de cálculo limita a concorrência “aos gigantes da telefonia celular no mundo.” Continuou concluindo que “a aceitação da prova da experiência pelas coligadas, porém, decorre da necessidade de compatibilizar a comprovação do número de terminais já explorados com a limitação da concorrência a empresas cuja maioria do capital pertença a brasileiros. Como não existem sociedades brasileiras detentoras de capacidade técnica nesta área empresarial, nem tantas empresas internacionais, operando no patamar exigido, a administração foi obrigada a adotar a fórmula expressa no edital de admitir a soma do número de terminais operados, direta ou indiretamente, pelas sociedades coligadas.”

Destacou que os requisitos foram observados, já que cuidou de consultar a Comissão de Licitação a respeito da comprovação da sua “capacidade técnica através da experiência de coligadas de suas acionistas”.

Aduziu que “o ato impugnado entra em choque frontal com o esclarecimento prestado pela Comissão de Licitação. Esta, interpretando crucialmente o edital, sustentou que a prova da capacidade técnica podia ser feita diretamente por acionista da concorrente ou por empresa coligada ao acionista.”

Entendeu que o ato impugnado concluiu que “o vínculo entre os concorrentes e as operadoras de terminais pode ser indireto”, mas, no entanto, “nega eficácia ao vínculo indireto entre a impetrante e a Celcom, operadora de 860.000 terminais na Malásia”, sendo que a justificativa do Sr. Ministro, em entrevista dada à imprensa, é a de que a “ligação entre a impetrante e a Malásia causava-lhe desconforto.” Continuou dizendo, que “é possível concluir, portanto, que o desconforto ministerial é o fundamento do ato impugnado”.

Sustentou que “não pretende estabelecer um descabido contraditório sobre matéria de fato. O fundamento do pedido é o desrespeito aos dois princípios do processo licitatório. Mas não pode deixar sem resposta a leviana suspeita de que a Telesystem International com um capital de 162 milhões de dólares canadenses, que explora Telecomunicações sem fio em todos os continentes menos a África, poderia es-

tar prestando uma informação falsa no referido prospecto o qual lido com olhos de ver, mostra que ela ao se referir às suas atividades fora do Canadá só menciona as suas próprias acionistas e, nunca, os acionistas destas.”

Alegou que houve violação ao princípio do efeito vinculante do Edital, observando que “o desconforto do Ministro, portanto, não é razão válida para excluir da competição um concorrente que cumpriu as exigências do edital.”

Segundo o Impetrante houve violação ao princípio do julgamento objetivo, pois o respeito ao Edital garante esse critério, mas, o Sr. Ministro, ao fundar-se “na sensação de desconforto”, agiu de modo subjetivo.

Disse que o “interesse público pelo qual cumpre a todo administrador zelar” não socorre o Sr. Ministro, já que o processo licitatório foi alterado, levando à suspeita de “que este era um jogo de cartas marcadas, com ganhadores previamente escolhidos, ameaçados pelo concorrente *parvenu* que cumpria alijar da competição a qualquer custo, mesmo do preço da desmoralização da Administração”.

Insistiu que “não ampara, também, o ato impugnado o fato de a coligação societária se haver concretizado às vésperas da licitação. O parecer dos Profs. **Alfredo Lamy** e **Caio Tácito**, respondeu antecipadamente a essa objeção, em termos que desafiam contestação”.

Concluiu dizendo que “o Impetrante pede a concessão liminar do

mandado para o efeito de que as suas propostas para as áreas 1, 2 e 3 de que foi excluída sejam abertas juntamente com as dos demais concorrentes.”

A liminar foi deferida pelo eminente Presidente Ministro Américo Luz, em decisão assim circunstanciada:

“I — Cuida-se de mandado de segurança idêntico ao MS 5.281, recentemente despachado durante o recesso, no qual tive a oportunidade de me manifestar nos seguintes termos, no essencial, **verbis**:

I — O Ministério das Comunicações promoveu licitação para exploração do Serviço Móvel Celular, conhecido como ‘Banda B’, por intermédio da Concorrência 001/96 — SFO/MC, procedimento ao qual as Impetrantes compareceram constituídas em consórcio.

II — Na fase de habilitação, o Consórcio foi inabilitado ao fundamento de irregularidade na procuração outorgada a uma das integrantes, bem como na tradução de documentos, porque efetuada por profissional não habilitado. Manejado recurso administrativo, foi desprovido pelo eminente Ministro de Estado das Comunicações.

III — Daí a presente ação mandamental, via da qual pretendem os Impetrantes mediar a liminar objetivando assegu-

rar a participação do Consórcio nos demais atos do procedimento, até que se julgue o **mandamus**.

IV — O procedimento licitatório em tela versa sobre matéria de transcendental importância, com profundas implicações na política governamental de modernização dos Serviços Públicos. Nesse contexto, a transparência do procedimento e sua acessibilidade pelo maior número possível de concorrentes é demonstração de seriedade e lisura exigíveis de uma Administração responsável e atenta aos interesses públicos.

V — Os defeitos apontados pela douta comissão de licitação estão a merecer um exame mais detalhado, porquanto, em linha de princípio, não se afiguram idôneos, só por si, a comprometer a verdadeira capacitação técnica do Consórcio licitante para disputar o certame. O excesso de rigor formal, a meu sentir, não deve afastar, **ab initio**, um licitante que talvez possa se constituir no mais adequado e conveniente para o interesse público, a final, sopesados os verdadeiros requisitos técnicos importantes para a concessão do serviço.

VI — À luz desse entendimento, considero presentes os indispensáveis pressupostos legais indicados no art. 7º, inciso II, da Lei 1.533/51, concernentes à plausibilidade jurídi-

ca do direito controvertido e a possibilidade de lesão irreparável, razão pela qual defiro a liminar para autorizar, até o julgamento do mérito do presente *writ*, que as Impetrantes, formadoras do Consórcio Tess, prossigam participando do procedimento licitatório (Concorrência 001/96 — SFO/MC), suspendendo a eficácia do indeferimento ministerial'.

II — Mantenho o entendimento segundo o qual o excessivo apego às formas editalícias rígidas não deve alijar do certame empresas cujos aspectos de capacitação técnica e financeira se acham cumprimidamente demonstradas, como na espécie. Sem dúvida alguma, o grande perdedor resulta sendo o interesse público. Quanto maior o universo dos participantes em condições de cumprir o objeto da licitação, maior se afigura a possibilidade da escolha final recair no verdadeiro melhor contratante.

III — Eis que basta, sem adentrar no mérito, para deferir a liminar, como o faço. Diligencie-se ofício de requisição de informações à autoridade apontada como coatora. Expeçam-se, com urgência, telex e ofício.

Citem-se os litisconsortes passivos apontados na inicial, **in fine**.

Após, vista ao Ministério Público Federal.” (fls. 290/291).

Em suas informações, a autoridade coatora, preliminarmente, mani-

festou seu repúdio “às palavras injuriosas contidas na petição de ingresso de Mandado de Segurança ajuizado pela Impetrante, aliás impróprias ao decoro e à ética que devem presidir o relacionamento processual das partes litigantes.”

No mérito, disse que, no exercício de sua competência, houve por bem deferir parcialmente dois recursos interpostos contra a habilitação da Impetrante, fazendo-o em “nome do interesse público a que está jungido e obrigado a tutelar”.

Esclareceu que a inabilitação deveu-se “à fragilidade de comprovação real e efetiva de capacitação técnica para operar sistemas de telefonia móvel celular em regiões de elevada demanda e alta densidade populacional, como exigido pelo edital.” Ponderou que a análise da comprovação técnica é bem mais ampla do que o simples atendimento dos requisitos exigidos no edital e que, no caso, a Impetrante “não detém quantidade necessária de terminais móveis celulares em operação para se habilitar em todas as Áreas de Concessão a que concorre.”

Registrou:

“O Edital, para fins de comprovação de capacitação para prestar Serviço Móvel Celular nas Áreas de Concessão 1, 2 e 3, exigiu os seguintes números de terminais móveis celulares em operação: 1.800.000, 1.800.000 e 1.500.000, respectivamente. Significa dizer que, para a prestação adequada do serviço à população, a cada licitante caberá deter experiência

na operação de terminais móveis celulares na quantidade indicada.

A Telet S.A. apresentou o número de 2.091.312 terminais, sendo que, destes, 860.000 originaram-se de sua sócia Telesystem International Wireless (Brazil) Inc. e o restante detido pelo grupo Bell Canada.

A Telesystem International Wireless (Brazil) Inc. (doravante determinada TIWB) não detém a origem legítima dos 860.000 terminais móveis celulares que foram somados para efeito do atingimento, pela Telet S.A., do número mínimo exigido.

É que referidos terminais são operados pela empresa Cellular Communications Network (Malásia) Sdn. Bhd. — Celcom, que é controlada pela Alpine Resources Sdn. Bhd., que por sua vez é controlada pela Tecnology Resources Industries Berhad TRI, todas estabelecidas na Malásia.

A utilização pela Telet S.A. de terminais da Celcom (que não participa da TIWB) exigia que esta fosse coligada efetiva de empresa que oferece sua experiência técnica para comprovação de capacidade no certame licitatório. A comprovação do número de terminais através de coligadas de sócios de empresa licitante deve seguir o disposto no item 5.3.2.3.1.b do Edital de Licitação.

A Telesystem International Wireless Corporation N.V. (doravante denominada TIWC — que

era a única sócia da TIWB — cedeu à TRI 20% do capital votante da TIWB, (que detém apenas 20% do capital votante da Telet S.A.). Assim, TRI e TIWB passaram a ser coligadas (a primeira detém 20% do capital votante da segunda), porém a TRI não opera nenhuma planta de terminais celulares, assim como Alpine que é controlada pela TRI. Somente a Celcom que está sob controle acionário da Alpine é que comprova efetivamente uma planta de 860.000 terminais celulares.

Na verdade, não restou suficientemente comprovada coligação da TRI com a TIWB. Ao que tudo indica, trata-se de uma operação montada especificamente com o intuito de criar uma situação onde, através de artifícios legais, a Telet S.A. passaria a 'deter' 860.000 terminais móveis celulares em operação a mais que os cabalmente comprovados pela Bell Canada (1.231.312), e, artificialmente, poder habilitar-se às Áreas de Concessão 1, 2 e 3, pois:

- a TIWB foi constituída em Barbados sob a forma de International Business Company em 17/03/97 como subsidiária integral da Telesystem International Wireless Corporation N.V. (TIWC), destacando-se como já demonstrado que ambas não operam serviço móvel celular.

- no dia 26/03/97, a TIW cede à TRI, por USD2.000,00, exatamente 20% do capital vo-

tante da TIWB — de forma que as duas passam a ser coligadas sem antes terem se relacionado, ou a TIWB ter participado das atividades de telefonia celular da Celcom.

• no dia 07/04/97 — data de entrega das propostas — a Telet S.A. faz constar de sua documentação de habilitação que possui indiretamente 2.091.312 terminais móveis celulares em operação e, assim, deteria capacidade técnica para operar o serviço móvel celular nas Áreas de Concessão 1, 2 e 3’.

Diante desse contexto, paira dúvida, no mínimo razoável. A Celcom, operadora de 860.000 terminais móveis celulares é controlada pela Alpine que, por sua vez é controlada pela TRI, não restando suficientemente sólida a comprovação direta de capacidade técnica na operação de serviço móvel celular.”

omissis

“O expediente usado pela Telet S.A. é contrário à finalidade da licitação (selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração dentre aqueles capazes). Ele fere o elevado Princípio da Moralidade que, de acordo com **Wolgran Junqueira Ferreira** (‘Licitações e Contratos na Administração Pública’, Bauru, Edipro, 1994, pág. 39), ‘... constitui hoje em dia pressuposto de todo o ato da Administração Pública’, conforme ressalta **Hely Lopes Meirelles**, trazendo a opinião de

Maurice Hauriou ‘não se trata de moral comum, mas sim de moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’.”

omissis

“Aceitar a habilitação de proponente que precisa construir sua capacitação técnica através de artifícios legais, sem nunca ter operado uma linha de serviço móvel celular (TIWB) não pode ocorrer. Seria como outorgar-lhe uma vantagem indevida, um tratamento privilegiado, o que é vedado.” (fls. 308 a 312).

Contra a decisão que deferiu a liminar requerida a União interpôs Agravo Regimental, assim articulando:

“O eminente Ministro Presidente deferiu medida liminar no Mandado de Segurança impetrado por Telet S/A, na linha do precedente contido no MS 5.281/DF, reconhecendo, no essencial, que:

‘... Os defeitos apontados pela douta comissão de licitação estão a merecer um exame mais detalhado, porquanto, em linha de princípio, não se afiguram idôneos, só por si, a comprometer a verdadeira capacitação técnica do Consórcio licitante para disputar o certame. O excesso de rigor formal, a meu sentir, não deve afastar, **ab initio**, um licitante que talvez possa se consti-

tuir no mais adequado e conveniente para o interesse público, a final, sopesados os verdadeiros requisitos técnicos importantes para a concessão do serviço...'

Em face do precedente, o nobre Ministro Américo Luz ressaltou que perseverava no entendimento

'... segundo o qual o excessivo apego às formas editalícias rígidas não deve alijar do certame empresas cujos aspectos de capacitação técnica e financeira se acham cumpridamente demonstradas, como na espécie. Sem dúvida alguma, o grande perdedor resulta sendo o interesse público. Quanto maior o universo dos participantes em condições de cumprir o objeto da licitação, maior se afigura a possibilidade da escolha final recair no verdadeiro melhor contratante.'

Todavia, prestadas as informações pela digna autoridade Impetrada, percebe-se que o caso presente tem natureza diversa dos precedentes nos quais foi adotada a tese estampada na referida decisão, ou seja, do abrandamento do excessivo rigor formal.

As informações revelam que a Impetrante não reúne capacitação técnica para operar nas Áreas de Concessão 1, 2 e 3, mas, apenas, nas áreas 4, 5 e 6. O critério habilitante, na espécie, exigia (como ainda o exige) fosse com-

provada pelo licitante o número mínimo de telefones celulares em operação. Vale dizer, o candidato à concessão deve demonstrar que já opera um número mínimo de telefones, para se habilitar à adjudicação do objeto da licitação.

Em relação às áreas 4 a 6, há comprovação de capacitação técnica em razão da sócia da Impetrante, Bell Canada International LTD, haver demonstrado já operar uma planta com mais de um milhão e duzentos mil terminais.

Para alcançar o restante de telefones em operação, a Impetrante lançou mão da associação com outras empresas que, ao final, culminaram por atribuir-lhe uma experiência em mais 860.000 terminais. Segundo se afirma, quem verdadeiramente opera os restantes terminais utilizados para atingir o grau de capacitação exigido é a empresa Cellular Communications Network (Malásia) Snd. Bhad. (Celcon). Para se chegar a essa empresa (verdadeiramente capacitada) o expediente utilizado foi a criação, aos 17 de março deste ano, em Barbados (paraíso fiscal), de uma empresa: Telesystem International Wireless (Brazil) Inc. (TIWB). A empresa foi criada como subsidiária integral da Telesystem International Wireless Corporation N.V. (TIWC), que não opera com celulares. Esta, por sua vez, cedeu à outra empresa, Technology Resources Industries Sdn. Bhad. (TRI), com sede na Malásia, em 26

março do corrente, uma parte da sociedade com a TIWB. Com a cessão das quotas (noticiada pela importância de USD 2,000.00), passou a existir coligação entre todas elas (TIWB-TIWC e TRI). Ocorre que essa circunstância permite se possa utilizar o controle acionário que a coligada TRI detém sobre uma outra empresa, Alpine Resources Sdn. Bhd., igualmente localizada na Malásia e que, do mesmo modo, não opera telefones, embora detenha o controle acionário da Celcon (empresa que verdadeiramente opera os terminais e ostenta a capacitação exigida).

Em resumo, criada uma empresa em Barbados (TIWB) como subsidiária de outra (TIWC), foi negociada parte das ações da nova empresa (TIWB) para outra empresa (TRI), que controla outra (Alpine), que, por sua vez controla empresa operadora de celulares (Celcon). De tal modo que a cadeia de associações permite, do ponto de vista contábil, que a empresa criada em Barbados (TIWB) se apresente com a mesma capacitação técnica da empresa que, de fato, opera com telefones celulares (Celcon).

Argumenta a autoridade Impetrada que essa cadeia de associações de empresas que controlam empresas que detêm o controle de outras, num jogo mais contábil que técnico, enfraquece a certeza quanto à verdadeira capacitação da Impetrante, razão pela qual esta somente foi admi-

tida a licitar nas áreas onde sua sócia, Bell Canada, exibiu experiência comprovada.

Parece-me, sem dúvida alguma, que o contexto dos autos não é igual aos precedentes referidos na decisão do em. Ministro Presidente. Naqueles, detalhes formais da documentação (atinentes com a forma) teriam levado à inabilitação. Na espécie, há fundadas dúvidas quanto à experiência técnica para executar o serviço.

Em face disso, no exercício do juízo de retratação ensejado pela interposição tempestiva de agravo regimental de fls. 345/352, reformo a decisão recorrida para cassar a liminar concedida às fls. 290/291.

Prossiga-se, dando cumprimento à parte final da decisão do eminente Ministro Presidente.” (fls. 354/355).

À vista do Agravo Regimental, contra essa decisão, apresentado pela Impetrante, foi proferida a seguinte decisão:

“A União ofereceu agravo regimental em face da decisão proferida pelo eminente Ministro Presidente que concedeu medida liminar. No exercício da Presidência, após prestadas as informações, autorizado pelo efeito regressivo da interposição do agravo, proferi juízo de retratação daquela decisão.

A impetrante formula, agora, agravo regimental tirado da re-

tratação, cumulado com pedido de providência acautelatória.

Dê-se vista à União para manifestar-se, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Após, conclusos, com urgência, ao eminente Ministro-Relator.” (fl. 383).

No exame do Agravo Regimental, assim decidi:

“A leitura das peças informativas, de pronto, revela que em procedimentos de concorrência agregada à exploração de telefonia móvel celular, referente às áreas geográficas delimitadas de acordo com o volume da demanda, uma das concorrentes, ora agravante, foi inabilitada, motivando a impetração de segurança, com pedido de decisão *liminar*, “para o efeito de que as suas propostas para as áreas 1, 2 e 3 de que foi excluída *sejam abertas juntamente com as dos demais concorrentes*”. (item 31 — fl. 21).

Pois bem; distribuída a ação durante o período das férias forenses (art. 81, § 1º, RISTJ), obediente ao Regimento Interno, o Senhor Ministro Presidente, *deferiu a liminar* (fls. 290 e 291), cuja decisão provocou a interposição de Agravo Regimental, articulado pela União Federal. Sucedeu que, então, no exercício da Presidência, na via do juízo de retratação, “para cassar a liminar, aquela decisão foi reformada pelo Senhor Vice-Presidente (fls. 354 e 355).

Daí o surgimento de novo Agravo Regimental, cumulado com o pedido de providência acautelatória, objetivando o restabelecimento da Medida Liminar cassada,

“... para o efeito de se abortar o risco de prejuízo aos cofres públicos determinando que não seja a oferta da Agravante alijada do procedimento licitatório, pelo menos enquanto não for julgado definitivamente este Agravo Regimental, determinando-se para tanto que seus envelopes permaneçam sob custódia da Administração, oficiando-se, neste sentido, ao Senhor Presidente da Comissão Especial de Licitação modo a conjurar a ameaça de devolução de suas propostas, conforme divulgação ampla nos jornais de que é exemplo a nota difundida pela Agência O Estado...” (item 6.4. — fl. 380).

É o perfil simplificado da situação processual.

Feita breve comemoração, à vista da pretensão deduzida pela Agravante, com forte somido, proclama-se que a sua exclusão, por si, significará a impossibilidade de concorrer, caso complementem-se os procedimentos afeitos à concorrência em curso: bem se percebendo a irreparabilidade e pronunciados gravames, é a visualização do **periculum in mora**. Outrossim, pela vertente da de-

monstração probatória e luzes de juízo provisório, afigura-se-me o **fumus boni iuris**.

Em assim compreendendo, configurados os requisitos à emergencial composição judicial, parcialmente, *defiro* a providência acautelatória pedida, para determinar que os envelopes com a proposta da Agravante, até o julgamento do agravo, permaneçam fechados e sob a custódia do Presidente da Comissão de Licitação.

Nesse sítio, pois, a legalidade, ou não, do ato impugnado no Mandado de Segurança permanece **sub judice**.

Prossiga-se com o processamento do Agravo Regimental.” (fls. 434/435).

O Agravo Regimental foi parcialmente provido, em acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança. Licitação de telefonia móvel celular. Liminar deferida e cassada. Agravo regimental cumulado com providência acautelatória. Cabimento. Parcial provimento. Lei 1.533/51 (art. 7º, II). Lei 4.348/64 (art. 4º). RISTJ, artigos 258 e 259.

1. No cenáculo de acirrada polêmica doutrinária e jurisprudencial, ocorrendo reconsideração por ato do relator, o caso concreto favorece a afirmação do cabimento de Agravo Regimental para obstar os efeitos da decisão que, sem afeiçoar-se à “suspensão” (art. 4º, Lei 4.348/64), desconstituiu a liminar inicialmente deferida.

2. Demonstrada a urgência, presente objetiva situação de perigo e divisada a fumaça do bom direito, com louvações à instrumentalidade e efetividade do processo, urge fincar providência urgente para resguardar a parte contra a irreparabilidade de danos. Salvaguarda liminar garantindo que os envelopes com a proposta da Impetrante permaneçam fechados e lacrados, sob a custódia do Presidente da Comissão de Licitação, até o julgamento do Mandado de Segurança.

3. Precedentes jurisprudenciais.

4. Agravo Regimental parcialmente provido.” (fl. 596).

Como litisconsorte, GFTT/SA apresentou sua contestação às fls. 404/408, sustentando que a “Bell Mobility não mencionou explicitamente em seus atestados a capacidade, por experiência anterior, em execução de projeto, implantação, comercialização, operação, manutenção dos sistemas e faturamento em relação aos clientes, na medida em que faltam provas de que a Impetrante pudesse execução (**sic**) de projeto de um sistema de comunicação móvel celular e ainda faltam provas (**sic**) de sua aptidão para a implantação, para a comercialização, para a operação, para a manutenção ou para o faturamento, resulta inafastável sua desqualificação.” Disse ainda que não foi apresentada prova do relacionamento societário da Impetrante com a operadora Concel, descumprindo o item

5.7.3 do edital. Aduziu que “a qualificação técnica é imperfeita, pois a declaração prestada por Concel, operadora colombiana está desacompanhada da prova dos poderes de quem a subscreve”.

O Consórcio Avantel Comunicações Pessoais, em sua contestação, disse:

“Para participação na concorrência, o respectivo edital exige qualificação técnica consistente na ‘aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidade e prazos com a Área de Concessão objeto de sua (do proponente) proposta, no que se refere à execução de projeto, implantação, comercialização, operação, manutenção e faturamento em sistemas de Serviço Móvel Celular, em tecnologia analógica ou digital’ (item 5.3.2).

Denota tal aptidão, a par de outros elementos, a experiência anterior decorrente de já explorar o proponente sistema integrado por certo número mínimo de terminais celulares em operação, número mínimo, esse, que varia decrescentemente de 1.800.000 a 700.000, conforme a área de concessão objetivada na proposta (*idem*). Para as áreas 1 e 2, a exigência é de no mínimo 1.800.000 terminais; para a área 3, de 1.500.000 (*ibidem*). As demais áreas de concessão não estão em causa no presente feito.

Para o implemento desse requisito, comprova-se tal experiência

com sua atestação ‘por meio de documento(s), fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, em relação à pessoa jurídica Proponente ou a pelo menos uma das entidades que constituam o consórcio Proponente, admitido o somatório dos quantitativos, diretamente ou através de coligadas, controladas ou controladoras’ (item 5.3.2.3). Semelhantes documentos devem referir-se aos ‘serviços prestados pelas pessoas jurídicas Proponentes (caso da impetrante Telet S/A), suas coligadas, controladas ou controladoras, cuja maioria do capital votante pertença a sócio ou acionista, que detenha, direta ou indiretamente, pelo menos 20% de capital votante da Proponente, desde que o somatório do número de terminais em operação iguale ou exceda os limites estabelecidos’ (item 5.3.2.3.1, alínea **b**).

Compõem o quadro acionário da Telet S/A, de um lado e perfazendo 51% do capital, empresas nacionais e fundos de pensão também brasileiros, aquelas e estes obviamente desprovidos de qualquer experiência anterior com a operação de sistemas de Serviço Móvel Celular; e de outro lado, perfazendo os restantes 49% do capital, o Citibank — também desassistido de semelhante qualificação técnica —, com 9%; e ainda, com 20% cada uma, a (1) Bell Canada International BVI Ltd., subsidiária da Bell Celular Mobility Inc., que opera 1.065.474 terminais naque-

le país e 165.838 na Colômbia, aqui através de sua controlada Concel — no total, pois, de 1.231.312 terminais —, e a (2) Telesystem International Wireless Brazil Inc., de cujo capital, 20% pertencem à Technology Resources Industries Behard que, através de sua controlada Celcom, opera 860.000 terminais na Malásia.

Para nominalmente atender, pois, ao requisito de um mínimo de 1.800.000 terminais em operação (áreas 1 e 2), ou de 1.500.000 (área 3), valeu-se a Telet S/A daqueles operados pela Bell — 1.065.474 no Canadá e dela própria, e 165.838 na Colômbia e de sua controlada Concel, no referido total de 1.231.312 —, e mais, somados a estes, daqueles 860.000 operados na Malásia pela Celcon, controlada indireta da Technology Resources Industries Behard, esta, detentora de 20% do capital da Telesystem International Wireless Brazil Inc., a qual, por sua vez, é acionista da proponente, aqui impetrante, com 20% do seu capital.

É matematicamente certo, ressalte-se que, sem semelhante adição, a Telet S/A não se qualifica tecnicamente para concorrer à concessão nas áreas 1, 2 e 3, objeto da contenda.

Sucede que a Telesystem International Wireless Brazil Inc., acionista da Telet S/A, é empresa constituída em Barbados a 17.3.97, inicialmente como subsidiária integral da Telesystem International Corporation NV,

com o capital — francamente simbólico — de US\$ 10.000,00. Foi somente às vésperas da licitação, que dela passou a participar, com 20% desse capital — traduzidos, pois, por ínfimos US\$ 2.000,00 —, a Technology Resources Industries Behard.

Essa foi a operação-gancho que pretendeu, em tortuosa cadeia de coligações societárias, atribuir à qualificação técnica da Telet S/A agregação da experiência da Celcon, controlada indireta da mesma Technology Resources Industries Behard, com a operação daqueles 860.000 terminais malaios!." (fls. 457/459).

Já a Construtora Andrade Gutierrez S. A. na qualidade de líder e representante do Consórcio Brascom, comentou:

"15. A Telet alega ter apresentado, em seus documentos de habilitação, comprovação de operação de 2.091.302 terminais móveis celulares, número este superior ao exigido na habilitação para a participação em qualquer uma das 10 áreas, sendo que o número mínimo de terminais em operação exigido no Edital para a comprovação de sua capacidade técnica teria sido obtido conforme autorizado pelo item 5.3.2 do Edital.

16. Desses 2.091.302 terminais móveis celulares, 860.000 são, segundo a Telet, de origem de sua sócia Telesystem International Wireless (Brazil) Inc. ("TIWB") e o

restante, do Grupo Bell Canada ('Bell Canada').

17. Ocorre que a TIWB não possui a origem legítima dos 860.000 terminais, sendo esses operados, na realidade, pela empresa Cellular Communications Network Sdn. ('Celcom')."

omissis

"20. Vê-se que a intenção expressa da Telet, já àquela época, foi de buscar uma maneira de contornar as condições estabelecidas no Edital, de forma a que a operadora não precisasse mais ser coligada da proponente, mas de sócio da proponente.

21. Ao se confirmar esse entendimento, estariam alteradas, através de resposta da Comissão, as condições do ato convocatório e, através deste 'caminho torto', a Telet conseguiria adicionar mais 860.000 terminais ao seu portfólio. A adição dos aludidos terminais provém do fato de que a TRI, empresa com sede na Malásia que, após a cessão, passou a deter 20% do capital votante da TIWB, que detém, direta e indiretamente, 100% do capital da Celcom (operadora). Com isso, a Celcom passaria a ser coligada da TIWB. Se prevalecesse a redação do Edital, isso pouco importaria porque a Celcom precisaria ser coligada da Telet (proponente), o que, na realidade, não é."

omissis

"28. Além da expressa afronta ao Edital por meio da ausência de demonstração da relação socie-

tária, como mencionado acima, outros fatores levam à inabilitação da Telet para a participação no certame. A habilitação da Telet causa, ao Poder Público, aos demais licitantes e aos administrados, insegurança devido à frágil estrutura societária apresentada para a sua capacitação técnica."

"37. Não basta que o candidato à concessão demonstre possuir um patrimônio ou capital social mínimo, índices contábeis adequados, quitação de tributos ou inexistência de pendências judiciais capazes de comprometer o seu desempenho futuro para habilitar-se à outorga. Ele deverá, por exemplo, demonstrar que possui capital próprio ou acesso a linhas de crédito suficientes para prover os investimentos necessários, via de regra vultosos, e manter o melhor atendimento ao usuário. Ele (licitante pessoa jurídica ou física) deverá também provar que detém a técnica necessária para operar a concessão.

38. Isso não ocorre no presente caso. É impossível, com base nos documentos apresentados pela Telet, confirmar que a cadeia societária apresentada pela licitante oferece a confiança e idoneidade na prestação do serviço, tão procurada pela Lei, Edital e Poder Público. Diante dos documentos apresentados pela Telet, é impossível saber, primeiramente, quem são os acionista da TIWB. Como ela foi constituída sob a forma de *International Business Company*, em Barbados (famoso

paraíso fiscal), onde o anonimato é prática constante, a identificação de seus acionistas não pode ser divulgada a quem quer que seja.

39. Como o vínculo entre as empresas caracteriza um inusitado relacionamento, e não há meios de se verificar a sua extensão e veracidade, não seria demasiado perquirir-se, na data da entrega das propostas, a TRI ainda era acionista da TIWB; e se, na presente data, tal situação ainda subsiste.” (fls. 517/523).

Por seu turno, a TT2 Telecomunicações Ltda., em suma, contestou:

“Não se pode, portanto, obrigar-se a Administração a contratar com quem foi, por ela, previamente considerado inidôneo para a execução do serviço. Conceder-se a segurança para a participação no certame equivale a impor-se ao Poder Público a obrigação de celebrar contrato com candidato declarado sem aptidão técnica, caso ofereça o melhor preço. Em Mandado de Segurança, o Judiciário não tem como substituir a avaliação administrativa, pois dependeria de extenso exame de fatos, provas, perícias e assistência de especialistas na matéria. O critério da Administração, neste particular, é tutelado pela presunção **iuris tantum** de legalidade.” (fl. 580).

O douto Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre

Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Guskow, manifestou-se pela denegação do *writ*, pelas seguintes razões:

“...a empresa impetrante não logrou êxito em comprovar que efetivamente detinha capacitação técnica para operar sistemas de telefonia celular, nas condições exigidas pelo edital.

De fato, a aparente capacitação da impetrante não subsiste a uma análise mais profunda dos documentos por ela apresentados.

Na verdade, a questão versada envolve não somente a análise formal dos documentos colacionados, mas a observância fiel ao princípio da legalidade, que norteia a prática administrativa e que se acha intimamente relacionado ao princípio da finalidade ...”.

omissis

“O edital disciplinador da concorrência em tela determinou que, para fins de comprovação de qualificação técnica, ficava o proponente obrigado a demonstrar que possuía os seguintes números de terminais celulares móveis em operação: 1.800.000, nos casos das áreas 1 e 2, e 1.500.000, no caso da área 3.

Admitiu, ademais, o instrumento de convocação que para alcançar o total de terminais acima mencionado fossem somados os terminais em operação do Proponente ou das entidades que o

constituíssem, bem como de suas coligadas, controladas ou controladoras.

Evidentemente, a admissão de tal possibilidade fundou-se no pressuposto de que entre as empresas ocorreria intercâmbio de tecnologia e de experiência, de modo a possibilitar que a licitante vencedora pudesse prestar os serviços concedidos satisfatoriamente.

Contudo, notório é que entre a impetrante e as empresas a ela associadas não há qualquer transferência de tecnologia e experiência nem mesmo compromisso nesse sentido. Na verdade, inexistente lastro organizacional que demonstre que há experiência em câmbio entre as empresas.

De fato, a associação celebrada entre as empresas poucos dias antes da entrega das propostas, mediante participação da irrisória quantia de dois mil dólares da Technology Resources Industries Behard — TRI no capital social da recém-formada Telesystem International Wireless — Brazil, que, a seu turno, detém apenas vinte por cento do capital ordinário da impetrante, bem revela a provável intenção da empresa Telet de atender apenas formalmente os requisitos do edital, posto que não existe entre as empresas mencionadas lastro operacional ou vínculo tecnológico ou de sua transferência a justificar a experiência exigida no edital.

Ademais, nem mesmo a empresa Technology Resources Indus-

tries Berhad — TRI detém *know-how* no ramo da telefonia celular, havendo comprovação de que somente a Celcom, empresa controlada pela TRI, possui conhecimento e experiência para operar no ramo da telefonia celular.

Daí porque não há como se entender que o requisito da capacitação técnica para atuar no ramo da telefonia celular tenha sido atendido pela impetrante, posto que a mesma operou apenas uma associação formal com outras empresas, não atendendo às exigências efetivas do edital com respeito à capacidade técnica de prestação dos serviços a que concorre.” (fls. 613/616).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Pela métrica do relatório evidencia-se que o *Consórcio* impetrante, objetivando o direito de concessão à exploração do serviço de telefonia móvel celular (“Banda B” — áreas 1 a 6), seguindo o Edital, *foi* previamente *habilitado* pela Comissão Especial de Licitação.

Todavia, sucederam-se recursos interpostos pelos Consórcios *Brascom* e *Avantel*, participantes da mesma concorrência (Edital nº 001/96 — SFO/MG), com provimento parcial, advindo o ato impugnado, *inabilitando* o Impetrante “para explorar o Serviço Móvel Celular nas áreas de concessão 1, 2 e 3 (fls. 48, 49 a 51 e 506 a 508 e 509).

A *inabilitação*, pois, decorreu de recurso na via administrativa, ganhando evidência o insurgimento do *Consórcio Avantel*, basicamente, flamejando que a *Telet S.A.*, ora impetrante, não comprovou condições para as obrigações decorrentes da concessão objetivada (áreas 1, 2 e 3; subitens 5.3.1, 2 e 3 — Edital) — recurso às fls. 466 a 487 —, para tanto, argumentando:

.....

“5. Compõem o quadro acionário da Telet S/A, de um lado e perfazendo 51% do capital, empresas nacionais e fundos de pensão também brasileiros, aquelas e estes obviamente desprovidos de qualquer experiência anterior com a operação de sistemas de Serviço Móvel Celular; e de outro lado, perfazendo os restantes 49% do capital, o Citibank — também desassistido de semelhante qualificação técnica —, com 9%; e ainda, com 20% cada uma, a (1) Bell Canada International BVI Ltd., subsidiária da Bell Celular Mobility Inc., que opera 1.065.474 terminais naquele país e 165.838 na Colômbia, aqui através de sua controlada Concel — no total, pois, de 1.231.312 terminais —, e a (2) Telesystem International Wireless Brazil Inc., de cujo capital, 20% pertencem à Technology Resources Industries Behard que, através de sua controlada Celcom, opera 860.000 terminais na Malásia.

Para nominalmente atender, pois, ao requisito de um mínimo

de 1.800.000 terminais em operação (áreas 1 e 2), ou de 1.500.000 (área 3), valeu-se a Telet S/A daqueles operados pela Bell — 1.065.474 no Canadá e dela própria, e 165.838 na Colômbia e de sua controlada Concel, no referido total de 1.231.312 —, e mais, somados a estes, daqueles 860.000 operados na Malásia pela Celcom, controlada indireta da Technology Resources Industries Behard, esta, detentora de 20% do capital da Telesystem International Wireless Brazil Inc., a qual, por sua vez, é acionista da proponente, aqui impetrante, com 20% do seu capital.

É matematicamente certo, ressalta-se, que, sem semelhante adição, a Telet S/A não se qualifica tecnicamente para concorrer à concessão nas áreas 1, 2 e 3, objeto da contenda.

6. Sucede que a Telesystem International Wireless Brazil Inc., acionista da Telet S/A, é empresa constituída em Barbados a 17.3.97, inicialmente como subsidiária integral da Telesystem International Corporation NV, com o capital — francamente simbólico — de US\$ 10.000,00. Foi somente às vésperas da licitação, que dela passou a participar, com 20% desse capital — traduzidos, pois, por ínfimos US\$ 2.000,00 —, a Technology Resources Industries Behard.

Essa foi a operação-gancho que pretendeu, em tortuosa cadeia de coligações societárias, atribuir à qualificação técnica da Telet S/A

a agregação da experiência da Celcom, controlada indireta da mesma Technology Resources Industries Behard, com a operação daqueles 860.000 terminais malaios!” (fls. 458 e 459).

Indagou dito Consórcio recorrente: “O lançamento do *gancho* atendeu *formalmente*, como sustenta a impetrante, ao reclamo do edital? Ela própria respondeu: “Parece inequívoco, de todo modo, que não atendeu *substancialmente*, nem, portanto, *teleologicamente*” (fl. 459).

Por essa travessia de razões, averiguando e no sítio da demonstração probatória (documental) questionada pelas recorrentes, a Comissão Especial sintetizou as objeções lineadas nos recursos:

“A Telet S/A pretende utilizar-se de 860.000 terminais operados pela TRI. Empresa que possui 100% da Celcom. Já a TRI vincula-se a Telesystem Brazil por possuir 20% desta, que é, finalmente acionista da proponente Telet S.A. Possuindo 20% de suas ações. Ocorre que o fato de TRI possuir 20% do capital votante da Telesystem Brazil não possibilita a esta última computar o número de terminais da Celcom para demonstrar a experiência da Telet S.A. De fato, a Telesystem Brazil — coligada à Telet S.A. — não é coligada à TRI — controladora, por sua vez, da Celcom. Com efeito, é a TRI quem detém 20% das ações da Telesystem Brazil, o que determina que a TRI é coligada à Telesystem Brazil. Mas o inver-

so não é verdadeiro; a Telesystem Brazil não é coligada indireta da Celcom. A Telet não preenche os requisitos da alínea ‘b’ do subitem 5.3.2.1 do Edital; não pode a Telet invocar o número de terminais da Celcom, pois não é coligada, direta ou indiretamente, da Telesystem Brazil e ambas não têm qualquer direito de influir na administração da TRI, controladora da Celcom; a Telet não atende nem mesmo à disposição da alínea ‘c’ do subitem 5.3.2.3.1 do Edital; desatendimento ao item 5.3.2 do Edital (págs. 15 a 20). Utiliza argumentação baseada em prospecto da *Holding* do grupo Telesystem, datado de 30.04.97 (pág. 7); afirma que o grupo Telesystem não tem qualquer experiência na prestação do serviço móvel celular (pág. 21)” — fls. 219 e 220.

Para decifrar o antagonismo desencadeado entre as concorrentes também sumariou a impugnação da Telet S.A., **verbis**:

“O manifesto equívoco da Recorrente é pensar que a coligação exige participação recíproca. Ora, a participação recíproca é proibida pela Lei 6.404 (art. 244).

Fls. 9-16: ... Carecem de qualquer relevância as restrições à experiência da Telesystem Internacional no campo da telefonia móvel celular, se o Edital não exige capacidade da própria pessoa jurídica proponente, o fato de uma coligada não possuí-la é des-

piciendo, desde que se mostre que na base da pirâmide de coligadas, aparece uma detentora daquela aptidão.

Fls. 9-17: E, no caso, não se põe em dúvida a autenticidade dos atestados que qualificaram a Bell Canada e a Celcom como operadoras experientes do sistema” (fl. 220).

Nesse contexto de razões e contrapontos, apreciando tecnicamente e improvando as articulações recursais, a *Comissão Especial* averbou:

“Em conformidade com o subitem 5.3.2.3.1 do Edital e a resposta CEL 001/96 — SFO/MC — 117/97 à pergunta 14/2 ii, serão aceitos documentos de comprovação de aptidão de desempenho de serviços fornecidos por pessoas jurídicas cuja maioria do capital votante pertença à coligada, controlada ou controladora de empresa que detenha, direta ou indiretamente, pelo menos, 20% de participação no consórcio.

A Celcom, diretamente (49%) e indiretamente (51% via Alpina Resources Sdn. Bhd.) é controlada em 100% pela Technology Resources Industries Berhad — TRI.

A TRI é coligada (em 20%) da Telesystem International Wireless (Brazil) Inc., que detém 20% da pessoa jurídica proponente podendo comprovar a aptidão através de sua controlada Celcom.” (fls. 220 e 221).

Desta forma concluiu a aludida *Comissão*:

“... conhece do recurso administrativo interposto pelo proponente Consórcio Avantel Comunicações Pessoais e da impugnação apresentada pela proponente Telet S.A., negando provimento ao recurso administrativo, mantendo, em todos os seus termos, o ato que habilitou a proponente Telet S.A. para as áreas de concessão 1.2.3.4.5 e 6.” (fls. 217 a 218 e 221 — grifei).

À mão de bem entender os pontos controvertidos, calha comentar que, a exemplo de outras concorrentes, foi endereçada à multicitada *Comissão* prévia *consulta* versando a interpretação de condições editais, conforme assinalado na decisão antes transcrita (resposta CEL 001/96 — SFO/MC — 117/97), deste modo redigida:

.....
“2. A regra contida no subitem 5.3.2.3.1 estabelece que, para fins de comprovação de experiência, serão aceitos os documentos indicados no subitem 5.3.2.3, em três diferentes hipóteses, dentre as quais poderão surgir as seguintes situações:

(I) O subitem 5.3.2.3.1 **c** estabelece que a prova de experiência poderá ser feita por intermédio de pessoa jurídica cuja maioria do capital votante pertença à coligada controlada ou controladora da empresa que

detém, direta ou indiretamente pelo menos 20% de participação no Consórcio Proponente.

Estamos entendendo que a maioria do capital votante citada será apurada de *forma direta ou indireta*. Gostariamos que este entendimento fosse confirmado.

(II) Por sua vez, o subitem 5.3.2.3.1 **b** do Edital se aplica à hipótese de a proponente ser uma pessoa jurídica.

Entendemos que, nesse caso, a exemplo da letra **c** do subitem 5.3.2.3.1, também será aceita a prova de experiência de pessoa jurídica cuja maioria do capital votante pertença, *direta ou indiretamente*, a coligadas, controladas ou controladora de sócio ou acionista que *detenha, pelo menos 20% de participação do capital votante da empresa proponente*. Pedimos confirmar o entendimento.” (fl. 207) — grifos do autor.

Os esclarecimentos foram incisivos:

“Resposta à pergunta 2.i. *Confirmado*.

Resposta à pergunta 2.ii. *Confirmado*.” (fl. 210).

No estuário desses apontamentos, estimulada pela via do recurso, sob a ótica de apreciação técnica, sem nenhuma bruma, a *Comissão*

Especial de Licitação, cuja idoneidade e conhecimento ou competência dos seus integrantes não despertaram dúvidas ou restrições, timbrou a *capacitação* do Impetrante, ficando ser capaz de desempenhar as atividades pertinentes para “a execução de projeto, implantação, comercialização, operação, manutenção e faturamento em sistemas de Serviço Móvel Celular, em tecnologia analógica ou digital”, consono imana do Edital; textualmente:

“5.3.2.2 — O exercício de parte destas atividades não será considerado como suficiente, exigindo-se responsabilidade final e experiência em todas estas atividades, ainda que supervisionadas ou executadas por terceiros.”

“5.3.2.3 — Estará comprovada a experiência desde que atestada por meio de documento(s), fornecido(s) por pessoa(s), jurídica(s) de direito público ou privado, em relação a pessoa jurídica Proponente ou, a pelo menos, uma das entidades que constituam o consórcio Proponente, admitido o somatório dos quantitativos diretamente ou através de coligadas, controladas ou controladoras” (fls. 62 e 63).

Encadeadas as observações consignadas no enredo até aqui lineado, em favor do Impetrante enraizasse a *aptidão* prenunciada no chamamento editalício. Por isso, com veemência, profligou o ato impugnado, ferretado como violador “dos princípios do efeito vinculante do Edital e do julgamento objetivo.”

Não bastante, para manter a *habilitação*, conseqüente de remessa necessária, a decisão da *Comissão Especial* foi encaminhada ao Senhor *Ministro de Estado das Comunicações*, indigitado como autoridade coatora, com a finalidade de ser proferida decisão administrativa final na proposição recursal em comento (Subitens 11.6.1 e 2 — Edital — fl. 87). Aí a ensancha à decisão contestada, com o seguinte conteúdo formal:

“À vista do disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e considerando o teor do subitem 11.6.2 do Edital de Concorrência nº 001/96 — SFO/MC, dou provimento parcial ao recurso do Consórcio Brascom contra a habilitação da Telet S.A. para, também, de conformidade com o Parecer nº 536/96 — Conjur/MC, desta data, declará-la inabilitada para explorar o Serviço Móvel Celular nas áreas de concessão 1, 2 e 3.” (fl. 48).

Não variou a fundamentação para a decisão pertencente à Avantel (fls. 506 a 508 e 509).

A decisão objurgada, notoriamente, calcou-se no retromencionado Parecer Conjur/MC nº 536/97, comportando destacar a respectiva motivação:

“Os Consórcios Brascom e Avantel, participantes da Concorrência nº 001/96 — SFO/MC, destinada a selecionar propostas para exploração do Serviço Mó-

vel Celular — SMC na denominada Banda B, em áreas geográficas descritas no Edital, recorreram, tempestivamente, contra a decisão da Comissão Julgadora que habilitou a Concorrente Telet S.A., argumentando, em síntese, como ponto capital, que não restou cabalmente comprovada a sua vinculação societária, capaz de qualificá-la tecnicamente para operar o serviço, em afronta ao subitem 5.3.2.3.1, do ato convocatório. Em conseqüência, o Grupo Telesystem não possui qualquer experiência na prestação do serviço móvel celular. Como decorrência, é requerida a inabilitação da Telet para as áreas de concessão 1, 2 e 3, pela Avantel, e para as áreas de concessão 1, 2, 3, 4, 5 e 6, pela Brascom.

A Comissão Especial de Licitação à luz do que foi apresentado e das disposições editalícias que impõem a análise objetiva das exigências e comparações, concluiu pelo não provimento dos recursos. Merecem contudo destaque a seqüência de eventos e os fatos decorrentes que permitiram viesse ser considerada a planta da Celcom (860 mil terminais) para a habilitação técnica da Telet:

— em 14.03.97 foi constituída, em Barbados, a empresa Telesystem International Wireless (Brazil) Inc. — TIW (B) com capital integralmente pertencente à Telesystem International Corporation, NV — TIWC;

— dias após foi efetivada alteração de capital da TIW (B), que passou a ter 80% do seu capital pertencente a TIWC e 20% à Technology Resources Industries Berhard — TRI;

— a TRI é que controla de forma indireta, através da Alpine Resources Sdn. Bhd., 51% do capital da Celcom.

Esta situação, que se verifica também com a Mcom Wireless S.A., inabilitada por outras razões, foi muito particular a esses dois casos, de vez que, nos demais, toda a seqüência de controle societário mostrou sempre um vínculo direto ou indireto com as empresas proponentes ou participantes de consórcio o que propicia segurança quanto à responsabilidade de cada empresa participante sobre as empresas que oferecem a planta para comprovação da capacidade técnica.

Tal fato, não obstante tenha respaldo no formalismo e objetividade da análise dos documentos do certame, causa insegurança ao administrador que é, finalmente, o guardião do interesse público, não se podendo admitir deliberações que possam causar riscos à sociedade.”

.....

“Assinale-se, demais disto, que os princípios da moralidade e da autotutela igualmente conduzem as ações do administrador no sentido de controlar seus próprios atos, com a possibilidade de anulá-los ou revogá-los, independente-

mente de recurso ao Poder Judiciário.

Na hipótese, vertente, e considerando o poder outorgado à autoridade competente pela Lei de Licitações para rever a decisão da Comissão de Licitação, e tendo em vista, no caso, o interesse público que a Administração incumbe tutelar, é de se dar provimento parcial aos recursos interpostos.

Diz-se que o provimento é apenas parcial, inabilitando a Telet para as áreas de concessão 1, 2 e 3 e mantendo-a habilitada para as áreas de concessão 4, 5 e 6, visto que a planta vinculada à Bell Canada International BVI — V Ltd. (1.231.312 terminais) assegura a capacitação técnica para tais áreas” (fls. 49 a 51).

De pronto, ganha estridência comentar que a *Consultoria* não analisou ou refutou a vertente técnica realçada pela *Comissão Especial*, quando esta albergou a impossibilidade de ser derruída a posição das sociedades participantes, mesmo porque o Edital apenas exigiu a integração substancial dos licitantes dentro do grupo (subitem 5.7.3), comprovando qualificação para os serviços licitados. Demais, qualquer fato fraudulento foi colocado à deriva de acolhimento, outra vez, a respeito, ganhando significância as respostas dadas à Consulta precedentemente noticiada (fl. 210). Sobrenota-se, quanto à relação de *controle e capacitação técnica* das “coligadas”, conforme as exigências

do Edital, o supradito Parecer não filiou qualquer reparo ou oposição; pelo contrário, às expressas, reconheceu que:

“... não obstante tenha respaldo no formalismo e objetividade da análise dos documentos do certame ...” (fl. 50).

Sob o foco do item 5.3.2 — Edital, com distanciamento dos motivos aviados nos recursos administrativos, sem poder pretextar que houve desobediência às matrizes disciplinadoras do Edital e referentemente à validade da proposta da Impetrante, à força aberta, a decisão impugnada desviou-se por razões inovadoras, sinalizando que, em que pese o favorável exame levado a efeito pela *Comissão Especial*, mesmo assim:

“... causa insegurança ao administrador que é, finalmente, o guardião do interesse público, não se podendo admitir deliberações que possam causar riscos à sociedade” (fl. 50).

Sem enganos, fora a percebida censura à *Comissão Especial* — diga-se, constituída sob os albores ministeriais — a decisão hostilizada plasmou-se em fundamento genérico, sem determinar quais as faltas das consorciadas, suficientes para assentar a conjecturada “insegurança e riscos à sociedade”.

O subjetivismo mostra-se devastador no espaço conclusivo:

“Assinale-se, demais disto, que os princípios da moralidade da autotutela igualmente conduzem as ações do administrador no sentido de controlar seus próprios atos, com a possibilidade de anulá-los ou revogá-los, independentemente de recurso ao Poder Judiciário” (fl. 51).

Tal subjetivismo bate de frente com expressa vedação legal: § 1º, art. 44, Lei 8.666/93; art. 14 — somente critério objetivo —, Lei 8.987/95.

Dessas enfáticas asserções, ressoando o subjetivismo, vinga exacerbada louvação à infalibilidade do administrador público, mesmo sem investigar a verificação técnica especializada, movido por confessada inquietação, de inopino, **motu proprio**, investindo-se de autoridade para definir critérios agenciados nas suas convicções pessoais para *inabilitar* concorrente que demonstrou à *Comissão Técnica* o atendimento das condições estabelecidas no Edital. A propósito do alvedrio quanto aos comentados critérios definidos pelo administrador, memorizo a eloquência latina de **Cícero**, lembrando-me do registro colhido na sua “Ad C. Herennium De Rationae Dicendi” (Retórica a **Herênio** — cap. 2, 21, 34): **Tres res sunt quae omnes homines sollicitent: metus, cupiditas et aegritudo** — Três coisas há que fazem agir todos os homens: o medo, o desejo e a inquietação — (Livraria Garnier Frères — Paris — pag. 76).

Movido por essa advertência feita entre 86 e 82, a.C., trago da me-

mória as razões levantadas pela ilustre autoridade coatora quando falou da “insegurança e riscos” (fls. 50 e 51), segundo as comemoradas prédicas a **Herênio**, a sua decisão resultou de “inquietação”. Respeitável sim, mas, segundo penso, atalho sinuoso do subjetivismo, na espécie, constituindo discriminação pelos critérios adotados. Ora, nas lições doutrinárias colhe-se que:

“A discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que *se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade* de tratamentos jurídicos dispensados a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.” (**Celso A. B. de Mello** — “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade” — Ed. Rev. Tribs. — SP — 1978 — pág. 49).

Demais, em se tratando de concorrência pública, com a necessária marca da igualdade entre os concorrentes, cabe recordar:

“O princípio de igualdade reclama a adequação entre o critério de diferenciação e a finalidade por ela perseguida, consistindo no fundo numa proibição da arbitrariedade.” (**Manoel Gonçalves Ferreira Filho** — “Comentários à Constituição Brasileira de 1988” — Saraiva — SP — 1990 — vol. I, pág. 28).

Igualmente, avulta lembrar que a decisão proveu *parcialmente* os recursos — somente no tocante às áreas 1, 2 e 3. Por conclusão lógica, quanto às áreas 4, 5 e 6, a *capacitação técnica* não foi afetada. Com os olhos de bem se ver e com os ouvidos bem se ouvindo, em se tratando do mesmo *Consórcio*, concludente que, em relação às áreas 1, 2 e 3, persiste a regularidade da integração substancial (seja quanto à participação do capital, ao controle e experiência), espraiando-se a *capacitação técnica* para os serviços licitados. Em contrário pensar — dividindo-se o que é substancial —, ferindo a razão, seria diluir a concorrente: dependendo da situação será capacitada por inteiro ou, apesar da sua estrutura una, pela metade.

Nessa planura localiza-se o vertedouro da questão jurídica primacial. De efeito, *a uma*, conforme asseverado no Parecer orientador da decisão verberada, conciliada a proposta com as exigências editalícias, e, *a duas* sem argumentação demonstrando contrariamente, será legal a *inabilitação* hasteada em princípios gerais?

Pela guia tormentosa de assinalações filosóficas e pragmáticas, tendo por luzeiro a “moralidade e o interesse públicos”, sem dúvidas, a resposta reclama vaticínios fascinantes. Porém, como o administrador público está aprisionado à lei, preferencialmente, urge seguir esse brevíário para o exame reclamado.

Com essa deliberação, no caso, não podem ser tangenciadas as específicas razões recursais, objeto de

impugnação e enfrentadas pela *Comissão*. Conquanto assim seja, foram esquecidas pelo provimento administrativo contraditado.

Contudo, por inteiro, olvidando os fundamentos da decisão discutida, ao depois, para salvá-la, os incorporou nas informações prestadas; confira-se:

.....
“Deveu-se a inabilitação, em resumo, à fragilidade de comprovação *real e efetiva* de capacitação técnica para operar sistemas de telefonia móvel celular em regiões de elevada demanda e alta densidade populacional, como exigido pelo Edital” (fl. 308 — gfs. originais).

Encostando-se nas renegadas assertivas da *Comissão*, a autoridade informante, a trato de capacitação, na verdade, discorreu sobre assuntos de natureza técnica (fls. 308 a 311), estranhamente, agora, sem vincular-se às razões fulcrais do Parecer acolhido. Vale dizer, omitindo-se na decisão a respeito dos fundamentos técnicos erguidos nos recursos e resolvidos pela *Comissão* que reconheceu estar a Impetrante respaldada formalmente no Edital, tardiamente, pelo viés das informações procurou reanimar questões vencidas, conforme sumariado nas letras **a, b, c, d** (fl. 311). É certo que, no círculo da finalidade da licitação, aditou comentários sobre o “princípio da moralidade”, tecendo considerações alusivas à capacitação técnica (fls. 312 e 313).

Ocorre que, como demonstrado, a avaliação técnica não integrou a motivação do ato desafiado, portanto, ficando intangida a demonstração de capacitação técnica.

Em assim sendo, e assim é, no caso, tudo se resume no reconhecimento, ou não, da Administração Pública, transmigrando razões, poder anular seus próprios atos, levada pela conveniência ou oportunidade. Significa dizer, embora não mencionada pelo Impetrado, a aplicação linear da Súmula 473/STF.

Por esse leito, primeiramente, anota-se que, efetivamente, desviando-se das originárias proposições recursais, a decisão não *anulou*, mas, isto sim, em provendo, *revogou* parcialmente a prévia *habilitação*.

Tal como ocorreu, poderia fazê-lo? Penso que não. Deveras, demonstrado que a *habilitação* decorreu do cumprimento das condições postas no Edital, sem que a decisão impugnada se compatibilizasse com as razões dos recursos das concorrentes, destramou aquela (*habilitação*), contrariando a verificação administrativa anterior. É que, mesmo admita-se, ao invés de *revogação*, o exercício de competência revisional da decisão formalizada pela *Comissão* (subitens 11.6.1 e 2 — Edital — fl. 87), desviando o enfoque e atadeando critérios pessoais (subjetivos) e inovadores, sem a notícia de fatos supervenientes, **per si**, não podia a autoridade coatora *inabilitar*, ignorando ato antecedente, formalmente regular e vinculado ao Edital. Adversa compreensão

significaria aceitar que, por via oblíqua, ao seu alvitre, o administrador enveredasse pelo ínvio caminho da fuga de precedente ato vinculado ao Edital. Quer dizer: sentindo-se alforriado da vinculação invalidando ato praticado com procedimentos licitatórios cativos ao Edital.

Com efeito:

“A vinculação ao edital, a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora” (**Hely Lopes Meirelles**, in *Licitação e Contrato Administrativo* — pág. 31 — Ed. Malheiros — 11ª ed. — 1996).

Norteando-me pela guia dessas noções, anima-se observação necessária, afluyente do *princípio da legalidade* (arts. 5º, II, 37 e 84, III, C.F.). Com efeito, consagrado que o Executivo não pode agir divorciado da *Lei* para disciplinar a liberdade e a propriedade dos administrados, impondo-lhes obrigações de fazer ou não fazer, nem mesmo radicado em regulamentos (daí o surgimento de discussão doutrinária sobre o “regulamento *autônomo*”), poderá, por seus próprios critérios, fazê-lo? De

riste, parece-me que a resposta tem a estridência sinfônica: *não*. Deveras, resultando o controle executivo do sistema legal, sobressai que, no caso, não podia o agente administrativo — ilustre autoridade coatora — ainda que sob as alvíssaras de boas intenções, patrocinar, forma regulamentar **sui generis**: por conclusões e critérios de índole pessoal, inabilitar concorrente previamente habilitada por satisfazer as exigências formais, conforme reconhecido na própria decisão sob exame. Salvo com a quebra da legalidade, criando distorções dos fins que regem o desempenho estatal.

Daí porque, inclinando-se por critérios novos afastando-se da apreciação adstrita à satisfação, ou não, das regras do Edital e dos pontos balizados pelos recursos, a decisão multirreferida descaminhou-se de condições inafastáveis. No dizer do ínclito **José Cretella Júnior**, o administrador alterou “as regras do jogo” durante as sucessivas fases do procedimento prévio seletivo. (Das *Licitações Públicas*, pág. 105 — Ed. Forense — 3ª edição — 1993). Provocada pelos recursos impunha-se ater-se às questões alvorçadas, objeto de formal impugnação. Mudando o “libelo” (expressão de reforço), em surpreendendo a recorrida no transcurso do procedimento instaurado, a rigor, violou o “*devido processo legal*” (art. 5º, LV, C.F.). Como dito, fatos supervenientes não surgiram e nem foram alegados para o criticado desvio.

Agrava notar que a falta de publicidade ensejadora do contraditório

rio para a ampla e correspondente defesa não é mais problema de Direito Administrativo, mas um problema de Direito Constitucional.

Voltando ao circunlóquio da reogabilidade (Súmula 473/STF), mostra-se apropriado reavivar que, no caso em tela, simplisticamente viabilizar o ato seria sombrear a situação geradora, afrontando direito reconhecido à luz do Edital, implantando a abusividade pela administração: desfazendo hoje o que foi assegurado ontem para a habilitação — ato vinculado à capacidade de licitar.

Não se contemplam, também, as pregações em torno da “oportunidade ou da conveniência”. Pois, como prenunciado, ausentes fatos supervenientes é inadmissível ferir situação constituída, máxime por mutação administrativa que, desfilando-se de precedente consulta e da fundamentação técnica, filiada a juízo pessoal de avaliação, desvinculou-se dos termos editalícios e da lei (C.F., art. 37, XXI; Lei 8.666/93, art. 30, II, IV, § 1º e a; §§ 3º e 5º, Lei 8.883/94).

Insista-se, à guisa de acenado *interesse público* (a rigor, expressão vaga), somente fato *superveniente* à *habilitação* admitida poderia levar à decisão revisional ou à revogação, conforme ditam as disposições do art. 49, Lei 8.666/93.

Exalta-se, por oportuno, sempre ficando afastado do julgamento o critério *subjetivo* (§ 1º, art. 44, Lei 8.666/93). E, surgindo o *fato superveniente*, não podem ser desrespeitados “os princípios da ampla defe-

sa e do contraditório”. Denota-se, assim, para argumentar, no caso, mesmo na hipótese da superveniência de fato, a decisão revisional padeceria de vício porque surpreendeu o administrado com ajuste de critérios novos sem facultar-lhe contrarrazoar. Nesse toar não cabe falar em discricionariedade, acertado que a decisão reptada adveio de provocação de outrem, sem que o Impetrado comprovasse ter a Administração agido desconforme à legislação de regência e, especialmente, em relação à “lei interna” da licitação (Edital).

Em conclusão: para a *inabilitação*, objetivamente, não foi aplicada a lei nem o Edital, no leito amplo do “interesse público” — o ato derivou-se para suportes subjetivos, nascidos de “inquietações e inseguranças” do administrador. Muito embora possam ser louváveis, não se prestam para ancorar a *legalidade*.

Pelo alarde que pode provocar a explanação alicerçadora do desfecho desta composição oferecida ao colegiado da Primeira Seção, parece-me aconsoantada à relevância do processo licitatório, realçar que a habilitação em causa foi aprovada pela unanimidade dos oito membros da *Comissão Especial*, entre os quais encontram-se prestigiadas autoridades do Ministério das Comunicações, apegados ao exame de mais de um milhar de documentos.

No caso, pois, o afastamento dessa realidade, seria desprezar a transparência do exame coletivo, prestigiando apreciação singular do Se-

nhor Ministro das Comunicações, impedindo concorrente de disputar a licitação. Só argumento sólido e juridicamente irretocável pode justificar o solitário exame revisional. Como explicado, está derreada a genérica proclamação do “interesse público” e contestáveis as justificativas da “conveniência e oportunidade”, porque irrefragável que houve *desvio* de enfoque, com o ato sofrendo o crivo da ilegalidade. Aceitá-lo pelas “inquietações” e cogitada “segurança da sociedade”, em verdade, seria substituir a *administração racional* pela *sociedade passional*. Daí porque não se pode abandonar critérios técnicos e objetivos para adejar razões — apesar de reconhecer a boa intenção — órfãs de sustentação submissa à legalidade.

Cruzando, pois, pelos caminhos descritos, inclinei-me à compreensão de que o ato revogatório ou, como pode ser pensado, apenas revisional, revelando atividade juridicizada, não escapa do processo racional, voltado à Administração liberal (**pace et justitia**), marcada pelo Estado-constitucional oponente do absolutismo do administrador.

Esta visão, assinalo, não renega a propensão à “conformação social” do Estado, contraponto ao *laissez faire* que abjura a prestação de serviços estatais reclamados por circunstâncias sócio-econômicas. Todavia, é contrária ao administrador — potestade executiva. Quero dizer que, nos termos da lei, a Administração Pública não pode ser personalizada. Sobrepe-se-lhe o direito estabelecido.

Embora não seja usual, com o intuito de fixar a interpretação que esperei no exame da decisão impugnada, esclareço que fugi da dogmática estreita e não me rendi à simples descrição das normas positivas, preferindo considerar a sua função prescritiva, como forma de combater qualquer juízo de valor subjetivo, valorando os critérios técnicos, objetivamente válidos e logicamente fundamentados. Estabelecida a ordem jurídica deve-se-lhe cumprimento.

Senhores Ministros, apesar de desnecessárias ou prolixas as últimas notas em torno do direito e do Estado, foi meu intuito explicar que procurei asseverar tranqüilidade ao julgador na aplicação das regras postas para exame (**lex data**). Afinal, como aprendi alhures, “a essência do direito é a sua realização prática. Em contrário é abstração no imenso mecanismo de autoproteção de uma sociedade justa”.

Desenvolvidos os fundamentos e reveladas as fontes mais remotas da interpretação inspiradora do convencimento, ao fundo e cabo, só resta ajustar a parte dispositiva ao pedido assim redigido:

“... a impetrante espera que o E. Tribunal conceda a segurança para o efeito de, anulado o ato impugnado, determinar que a Administração considere suas propostas em igualdade de condições com as outras e lhe adjudique o objeto da concorrência, na área em que sua proposta for a mais favorável” (fl. 22).

Conhecidas a motivação e a pretensão deduzida, atento aos limites objetivos da causa de pedir e pedido, configurada a ilegalidade da decisão sob ferrete, em desconstituindo-a (ato impugnado), parcialmente, *voto concedendo a segurança*, ficando restabelecida a prévia *habilitação* do Consórcio impetrante, adstrita às áreas de concessão 1, 2 e 3 (Banda "B"), por óbvio, mantida quanto às áreas 4, 5 e 6 — não afetadas pelo ato. Via de consequência, assegura-se a participação nos procedimentos seguintes, não cabendo desclassificação pelos motivos relacionados à *habilitação* resgatada, "salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento".

Por fim, para precaver o alcance e compreensão do julgado, ênfase que a concessão é parcial para não dessoar dos efeitos da decisão derruída, circunscrita às áreas 1, 2 e 3, descogitando-se de "adjudicação por proposta mais favorável".

É o voto.

RELATÓRIO (Aditamento)

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Senhor Presidente, adito oralmente ao relatório porque, apesar do cuidado nos exames anteriores, só posteriormente verifiquei que a petição da litisconsorte TT2 Telecomunicações Ltda. não está assinada pelo Advogado constituído. No momento apenas faço esse aditamento. A respeito do acontecido manifestar-me-ei quando do voto.

QUESTÃO-PRELIMINAR

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Senhor Presidente, conseqüente à adição oral que fiz ao meu relatório, reitero que o ilustre Advogado da litisconsorte TT2 Telecomunicações Ltda. esqueceu-se de assinar a sua petição de ingresso e de razões formuladas contra a impetração. Todavia, tem regular procuração nos autos e comprovou que foi outorgada por representante legal da TT2. Este fato, se percebido foi, não mereceu nenhuma observação das partes que se interrelacionam no processo.

Como preliminar solução, entendendo que é falta suprível fazendo interpretação conjugada do art. 13, combinado com os artigos 36 e 284, todos do Código de Processo Civil. É mera irregularidade passível de suprimimento. Portanto, encaminho esta solução, votando para ser fixado prazo de 10 dias no máximo, para que o ilustre Advogado venha subcrever a petição.

O Senhor Ministro Adhemar Maçiel: De acordo (sem explicitação).

VOTO-PRELIMINAR (VENCIDO)

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER: Senhor Presidente, se o advogado estiver presente ratificará a petição, regularizando-a. Se não estiver, a petição será inexistente, à míngua de assinatura. É assim que voto.

VOTO-PRELIMINAR
(VENCIDO)

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, minha preocupação é que o precedente será uma revolução, penso, no sistema recursal especial.

É impressionante a colocação feita pelo Sr. Ministro Ari Pargendler. Não devemos ser escravos de formas, e sabem V. Exas. que defendo a não-escravidão à forma. Se o advogado estiver presente, nada impede que haja uma ratificação, mas aceitamos uma petição sem assinatura...

Peço vênia ao Sr. Ministro Milton Luiz Pereira para acompanhar a posição do Sr. Ministro Ari Pargendler, porque nada vai assegurar-me — o processo também é segurança — que o nobre advogado, mais cedo ou mais tarde, diga que escreveu ou não o que há ali posto. A ausência da autenticidade da presença de sua assinatura não me dará essa segurança a respeito, o que me obriga a considerá-la como inexistente, a não ser que a Seção ache por bem suspender o julgamento e conceder um prazo de cinco ou dez dias para que essa falha seja suprida, mas penso que no mandado de segurança, no momento total, não cabe, em pauta para julgar.

Peço vênia ao eminente Relator e ao Sr. Ministro Adhemar Maciel para acompanhar o voto do Sr. Ministro Ari Pargendler, não traindo os meus princípios de não-apego ao formalismo processual.

É como voto.

VOTO-PRELIMINAR
(VENCIDO)

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente — Também entendo que a petição não assinada é inexistente. É claro que, como disse o Sr. Ministro Ari Pargendler, se o advogado aqui estivesse, poderíamos abrir uma exceção e S. Exa. assinaria a petição. Como estamos em uma sessão de julgamento, não podemos adiar ou julgar e aceitar essa petição, que não existe.

Peço vênia para acompanhar o Sr. Ministro Ari Pargendler.

VOTO-PRELIMINAR

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, não temos aceito, realmente, as razões e as contra-razões que não contêm assinatura. Não pretendo abalar esses conceitos. Mas, pela excepcionalidade e pela peculiaridade da situação, estou endossando a posição que acaba de externar o Eminentíssimo Relator.

VOTO-PRELIMINAR
(VENCIDO)

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, também peço a devida licença ao Eminentíssimo Relator para acompanhar o Eminentíssimo Ministro Ari Pargendler. Trata-se aqui de mandado de segurança em que não se aplica o art. 13 do Código de Processo, que diz respeito a defeito de representação. Trata-se de inexistência da própria petição do litisconsorte, e, no man-

dado de segurança, não pode haver dilação probatória e nem qualquer outra diligência, na fase do julgamento.

Portanto, meu voto é acompanhando o do Eminentíssimo Ministro Ari Pargendler, com o devido respeito que sempre propicie ao Eminentíssimo Ministro-Relator.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Aparte): Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, essa petição foi feita em papel timbrado do Advogado?

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Quero aproveitar a oportunidade da pergunta de V. Exa. para escursar-me. Não mandei juntar a petição sem examiná-la, pois essas petições são juntadas automaticamente. É óbvio que eu a teria, se esta petição me viesse antes, examinado e verificado a regularidade da representação e da assinatura. Mas, como sabe, essas petições chegam ao Tribunal, e, do Protocolo, vão para a Secretaria e são juntadas, automaticamente, sem essa conferência.

O que aconteceu também foi que, ao examinar a petição, verifiquei que o seu conteúdo, na verdade, contém uma transcrição da decisão do Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, e, ao derredor daquela fundamentação, ela se louva para chegar a uma conclusão. Então, não havia razão de maior detença.

Respondendo, agora, à indagação de V. Exa., efetivamente todas as folhas da petição trazem o nome do advogado que está constituído por mandato nos autos.

VOTO-PRELIMINAR

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, a petição existe e, se existe, alguém a elaborou. Se for elaborada no papel timbrado do advogado, que é o procurador da parte, não sei — o bom senso nos levaria a admitir. Lembro-me, na minha época de advocacia, de que a jurisprudência, se não me engano, do Tribunal de São Paulo — não tenho certeza se o Supremo já apreciou isso —, era no sentido de que se aproveita por este fundamento. Ela não se imprimiu no papel espontaneamente; alguém a fez; alguém colocou no papel aqueles pensamentos, aquelas declarações de vontade, aquela explicitação da vontade. Se alguém a fez num papel timbrado, em nome do advogado, que é o procurador, a presunção é a de que foi este advogado que a fez. Parece-me que não faz sentido, **data venia**, hoje, ignorarmos uma petição nessas condições.

Acompanho o Eminentíssimo Relator.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Senhor Presidente, quero aditar mais uma informação à Seção. Todas as informações, neste momento, principalmen-

te considerando a circunstância do empate, ganham relevância. O ilustre advogado já esteve no meu gabinete para falar a respeito deste mandado de segurança. Evidentemente, não cuidamos deste pormenor, mas ele foi levar a apresentação de razões suas a respeito disso. E hoje, estive aqui no plenário, o que significa que, efetivamente, demonstrou interesse. Por último, só ele pode alegar prejuízo, que poderá dizer que, em tese, essa petição não saiu do seu escritório e nem foi da sua lavra. Na verdade, ele é o único que poderia trazer essa questão de prejuízo, por estar sendo considerada uma petição que ele não teria elaborado. Tanto que as outras partes, a respeito nada alegaram.

RETIFICAÇÃO DE VOTO- PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, modifico o meu voto porque defendo o princípio da realidade processual. No caso presente, o eminente Relator me traz um dado novo, em que se comprova que o advogado esteve em data posterior à apresentação da petição.

Acompanho o eminente Relator.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Sr. Presidente, não há dúvida de que hoje estamos tendo uma noite consagrada a **Cícero**... Três grandes oradores falaram da tribu-

na, honrando o maior dos advogados, o Estóico de Arpinum.

O eminente Ministro Milton Luiz Pereira, também um grande orador, invocou, com felicidade, o grande tribuno romano. Também vou reportar-me a outra frase lapidar de **Cícero**: “Sejamos escravos da lei para que possamos viver em liberdade”.

Assim, a lei deve ser o parâmetro de tudo. No caso concreto — o eminente Ministro-Relator bem explicou — o impetrado desbordou da lei, caindo num autêntico subjetivismo. Passou por cima do art. 44 da Lei n. 8.666/93, e deixou de lado a decisão objetiva da Comissão Especial de Licitação.

Com essas rápidas considerações, acompanho o voto do eminente relator.

É meu voto.

VOTO-MÉRITO

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER: Compreendo a decisão impugnada. Imagino que, se a concorrência fosse na Malásia e uma empresa brasileira participasse da licitação, haveria quem não acreditasse nesse consórcio.

Agora, na Malásia ou no Brasil, se, ao invés da Celcom da Malásia ou de qualquer empresa brasileira, estivesse participando do consórcio, mesmo em condições minoritárias, a ATT, ninguém poria em dúvida sua legitimidade.

A dominação cultural é a pior de todas as dominações.

O preconceito vem daí, porque se a empresa não fosse malaia, mas do “Primeiro Mundo”, nenhum óbice teria sido oposto.

Repito, compreendo a decisão impugnada, mas não a justifico, porque todas as decisões exigidas pelo edital foram cumpridas, e o que tanto espanta tem explicação razoável, pela pena do eminente jurista Dr. Bulhões Pedreira, no belíssimo parecer oferecido à instrução da causa:

“Acresce que a dúvida ou insegurança alegada em razão do valor do capital inicial da Tiwbrazil revela desconhecimento das práticas usuais na capitalização de sociedades que têm por objeto a realização de determinado projeto. Todo grande empreendimento econômico requer vultosos capitais, que são aplicados à medida da sua execução, durante prazos de anos, e não de meses, e a sociedade que tem por objeto executá-lo jamais é constituída com o capital total a ser investido. Começa como “sociedade-piloto”, com capital mínimo ou simbólico, que vai sendo aumentado à medida em que são necessários os recursos. Caso contrário, grande parte do capital final ficaria ocioso durante a execução do projeto.

No caso da consulta, o projeto da Consulente e de seus sócios é empresa de serviços de telefonia móvel que exigirão investimentos a serem efetuados durante anos, mas o projeto somente será exe-

cutado se a Consulente for vencedora na concorrência. Por conseguinte, não faria sentido que, sem ter a certeza de que poderiam executá-lo, os acionistas da Consulente integralizassem todo o capital exigido pelo projeto — que teria de lhes ser devolvido caso não obtivessem a concessão do serviço.

Mais:

“O outro fato alegado para fundamentar “suspeitas, dúvidas ou insegurança” sobre a habilitação técnica da Consulente foi a constituição da Tiwbrazil em Barbados, qualificado como “paraíso fiscal”.

Essa alegação também implica criação de requisito não prevista no Edital, que não estabelece qualquer restrição quanto ao local da sede das sociedades estrangeiras associadas à Proponente. Além disso, traduz preconceito contra os países cuja legislação não tributa as companhias internacionais que não operam no seu território, e revela desconhecimento das práticas adotadas pelas empresas transnacionais.

Barbados, tal como Cayman e as Ilhas Virgens Britânicas, são pequenos países que integram a comunidade britânica. Essa condição e a tradição da cultura e do sistema jurídico inglês lhes asseguram estabilidade política e econômica, e como sua legislação não impõe tributos às sociedades cons-

tituídas por estrangeiros que não exercem atividade econômica no seu território, são usadas pelas empresas transnacionais como sede de algumas das suas sociedades.

É fato notório que, com a multiplicação das empresas transnacionais e a globalização das atividades econômicas, toda organização empresarial de algum porte é uma estrutura de companhias que operam em diversos países e compreende sociedades com a função exclusiva de deter participações em outras companhias, ou são formas jurídicas de *joint-venture* ou associação de dois ou mais grupos econômicos. E é prática corrente nos negócios internacionais que essas sociedades *holdings* sejam constituídas nos chamados “paraísos fiscais” por três razões fundamentais: (a) a exclusão de risco de qualquer influência política que resulta da localização da sede da sociedade nesses pequenos países, (b) a confiança na estabilidade do sistema jurídico inglês e na tradição do seu Poder Judiciário, e (c) a segurança de que essas sociedades intermediárias — não operacionais — não serão causa da criação de impostos em cascata.

A TIWC e a TRI, empresas respectivamente da Holanda e da Malásia, usaram como instrumento de sua associação no projeto da Consulente no Brasil companhia com sede em Barbados. O conhecimento das práticas usuais na associação das empresas

internacionais mostra que essa solução seria a preferida por quaisquer grupos internacionais nas mesmas circunstâncias, e não justifica suspeitas, dúvidas ou inseguranças.

Para confirmá-lo, basta verificar que o Grupo da Bell Canada associou-se à Consulente através de sociedade com sede nas Ilhas Virgens Britânicas, com denominação que revela ser a quinta sociedade do mesmo Grupo naquele país”.

Quando as sociedades cujo capital é do “Primeiro Mundo” fazem isso, o procedimento é respeitado como resultado de legítimo planejamento tributário. Nos demais casos, a dúvida e a suspeita assomam.

Acompanho, por isso, o voto do eminente Relator.

VOTO — MÉRITO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, diz o art. 33 da Lei de Licitações que, quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

“I — Comprovação do compromisso público

.....
inciso I deste artigo.”

Vê-se, Sr. Presidente e eminentes ministros, que o regime de consorciamento para licitação é um regime onde há cláusulas fixadas e

um compromisso futuro, compromisso esse que, se não for obedecido, o contrato não será firmado. Assentado, primeiramente, nessas informações postas na lei, que complementam o dispositivo constitucional referente à qualificação técnico-jurídica, que, como diz a Constituição, tem por finalidade tão-somente a qualificação técnico-jurídica hoje alçada em nível constitucional para garantir a execução do contrato. Nessa garantia de execução do contrato quando é em forma de consórcio, há, primeiramente, um compromisso para depois haver a constituição definitiva.

É profundamente estranho, Sr. Presidente, que, numa licitação situada dentro do mesmo ambiente, a administração pública reconheça que esta qualificação técnica está devidamente preenchida e apresentada para áreas 1, 2 e 3, como aqui foi demonstrado.

Penso, Sr. Presidente, que, com base nesses dois princípios, houve um extrapolamento por completo da chamada regra da lógica a ser aplicada numa decisão em licitação, onde os administrados esperam que, especialmente os licitantes, seja seguido um caminho retilíneo para a adoção de fatos de igual natureza, e também vinculado ao fato de que o consórcio é apenas um compromisso e que aqui as empresas apresentaram as exigências postas no edital, que o edital não registrou, não exigiu que houvesse uma participação de capital no valor de X ou valor H, mas, tão-somente, que houvesse um consorciamento. Não

vejo razão pela qual esse ato administrativo possa prevalecer. Fere a qualquer princípio lógico de aceitação de um procedimento da administração nesse campo.

Sr. Presidente, penso que nada mais tenho a acrescentar porque o voto do Eminentíssimo Ministro Milton Luiz Pereira e os demais votos que aqui o acompanharam esgotou por completo o tema, especialmente quando S. Exa. fez aqui uma apologia do julgamento objetiva, embora tenha uma posição que merece meditação, porque penso que o julgamento puramente objetivo é tão-somente para a apreciação da proposta no que se refere à licitação propriamente dita e não para o julgamento da habilitação, porque afirmam os doutrinadores — e estou de acordo com eles — que o julgamento da habilitação, em face do seccionamento que foi feito pelo artigo que determina a forma do julgamento, não tem a rigidez dos julgamentos objetivos.

Mas esta é uma situação doutrinária de menor importância aqui para este caso, porque penso que, acima dessa discussão doutrinária, ficam os dois aspectos aqui mencionados.

Acompanho o eminentíssimo Ministro-Relator, especialmente, na parte em que S. Exa. foi bem claro quando disse que está concedendo o mandado de segurança unicamente para reconhecer a empresa como habilitada, sem qualquer vinculação com possível adjudicação no futuro.

É como voto.

VOTO — MÉRITO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, também concedo a segurança e o faço estribado nas próprias palavras, aqui proferidas, pelo Eminentíssimo Ministro Xavier de Albuquerque, meu mestre e, quiçá, nosso mestre. O Ministro Xavier de Albuquerque, advogado de um dos litisconsortes, proclamou em alto e em bom som que, nos procedimentos licitatórios, existe a prova formal e matematicamente regular de que a impetrante preenche os requisitos da idoneidade técnica.

Aprendi, muito antes de ser magistrado, que o juiz julga de acordo com o alegado e provado. O juiz está jungido à lei e à prova. Ora, se há

uma prova formal e matematicamente regular de que a impetrante preenche os requisitos da idoneidade técnica, outro caminho não há a seguir, senão o de conceder a segurança, porque o juiz não pode se desbordar da prova, dos fatos e da lei para perquirir, ainda que subjetivamente, fazer indagações, utilizar-se de seus conhecimentos pessoais, mesmo que impliquem em motivações relacionadas com o interesse público, para julgar um caso concreto. O juiz estaria se desbordando da lei e da prova para o caminho do arbítrio, senão do próprio Direito alternativo, que ainda não foi acolhido pelo nosso Direito positivo e pela jurisprudência pátria.

Com essas ligeiras considerações, acompanho o voto do Ministro-Relator, concedendo a segurança.

