



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 15.102 - DF (2010/0044837-0)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
IMPETRANTE : CONSTRUTORA GAUTAMA LTDA
ADVOGADO : WENCESLÃO PIÑEIRO GONZÁLEZ E OUTRO(S)
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR OU CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ILEGALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por CONSTRUTORA GAUTAMA LTDA contra ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado do Controle e da Transparência, consubstanciado na declaração de inidoneidade da impetrante para licitar ou contratar com a Administração Pública, publicada no DOU de 19.11.2009, uma vez que constatou-se a existência de conluio entre a ora impetrante e outras empresas, materializado na celebração de um "protocolo de intenções" destinado a repartir objeto de licitação realizada pelo Departamento da Polícia Federal, frustrando o caráter competitivo do certame.

2. Segundo a documentação analisada, a decisão ora atacada foi fundamentada nas informações constantes da Nota Técnica nº 2165/2009/CGU/CRG/CPAF, fls. 91/106, e do Parecer 233/2009/ASJUR/CGU-PR, fls. 110/120, os quais, após analisarem todos os fatos ocorridos, concluíram pela existência, no processo licitatório, das irregularidades e condutas ilícitas ora combatidas, como também pela penalidade aplicada à Impetrante.

3. A Nota Técnica n. 2165/2009/CGU/CRG/CPAF, exarada no âmbito do processo administrativo n. 00190.024513/2008-81, apreciou a defesa da impetrante concluindo que ocorreram fatos capazes de caracterizar as infrações penais previstas nos arts. 90 e 95, da Lei n. 8.666/93 e atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação mencionados no art. 88, II, da mesma lei, haja vista que restou comprovada a fraude no procedimento licitatório quando da elaboração por parte da impetrante de "protocolo de intenções" (ver fls. 206/207) com outras três empresas concorrentes para dividir o objeto a ser contratado, um dia antes da data programada para o recebimento e abertura dos envelopes. Considerou que o acordo teve por fim garantir a não participação daquelas outras empresas no processo licitatório, permitindo à impetrante lograr êxito no certame, ferindo o princípio da livre concorrência. Segue a referida nota técnica analisando vasto conteúdo probatório para, ao final, sugerir a aplicação da pena de declaração de inidoneidade da impetrante para licitar ou contratar com a Administração Pública (fls. 90/105).

4. O Parecer n. 233/2009-ASJUR/CGU-PR confirmou a sugestão de aplicação da pena de inidoneidade sugerida na citada nota técnica, afastando apenas a caracterização da incidência do art. 95, da Lei n. 8.666/93, contudo, mantendo a conclusão pela incidência do art. 90 da mesma lei, o que já seria suficiente para a aplicação da pena (fls. 109/119).

5. Dessa forma, não há que se falar em ausência da demonstração da motivação do ato decisório ora impugnado, mostrando-se, a toda evidência, insubsistentes os argumentos aduzidos na exordial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Com relação à auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (fls. 126/155), esta não tem identidade de objetivos com o processo administrativo n. 00190.024513/2008-81, que culminou com a declaração de inidoneidade que se pretende afastar. A auditoria teve por objeto a própria execução das obras, enquanto que o processo administrativo investigou procedimentos prévios à própria contratação.

7. Verifica-se que o ato impugnado tem embasamento e o exame do que foi relatado pela impetrante não demonstra qualquer ilegalidade no procedimento adotado.

8. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Seção, por unanimidade, denegou a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 26 de março de 2014.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 15.102 - DF (2010/0044837-0)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
IMPETRANTE : CONSTRUTORA GAUTAMA LTDA
ADVOGADO : WENCESLÃO PIÑEIRO GONZÁLEZ E OUTRO(S)
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA
TRANSPARÊNCIA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por CONSTRUTORA GAUTAMA LTDA contra ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado do Controle e da Transparência, consubstanciado na declaração de inidoneidade da impetrante para licitar ou contratar com a Administração Pública, publicada no DOU de 19.11.2009, uma vez que constatou-se a existência de conluio entre a ora impetrante e outras empresas, materializado na celebração de um "protocolo de intenções" destinado a repartir objeto de licitação realizada pelo Departamento da Polícia Federal, frustrando o caráter competitivo do certame.

O pedido liminar refere-se à imediata suspensão do ato de declaração de inidoneidade. Alega o impetrante que o *fumus boni juris* reside na escassez e inconsistência dos fundamentos aduzidos para a declaração de inidoneidade (fl. 13). Afirma que a obra foi contratada mediante regular procedimento licitatório, inclusive por preço inferior ao previsto no edital de licitação e que auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União não teria constatado dano ao erário em razão das irregularidades verificadas na obra. Entende que o "protocolo de intenções" firmado com outras empresas concorrentes não frustrou o procedimento licitatório.

Com relação ao *periculum in mora*, informa que a persistência da declaração de inidoneidade pelo longo prazo de dois anos previsto no art. 97, III, da Lei n. 8.666/93, agravará os prejuízos que já vem sofrendo sem qualquer julgamento ou condenação desde a deflagração dos procedimentos investigatórios, pois está oficiosamente proibida de realizar obras para a Administração Pública, ou seja, de cumprir sua finalidade institucional (fl. 13).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 235/236).

Devidamente notificada, o douto Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União de Estado dos Transportes prestou informações. Aduziu, preliminarmente, a inadequação da via



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eleita. No mérito alegou: (i) a existência de motivação para a declaração de inidoneidade; (ii) as empresas signatárias do "protocolo de intenções" tinham possibilidade de participar no certame; (iii) que a auditoria do TCU, acerca do processo licitatório em questão, visava a obra realizada e não o procedimento que a sucedeu, sendo irrelevante para a avaliação da conduta do ora impetrante.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 15.102 - DF (2010/0044837-0)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR OU CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ILEGALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por CONSTRUTORA GAUTAMA LTDA contra ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado do Controle e da Transparência, consubstanciado na declaração de inidoneidade da impetrante para licitar ou contratar com a Administração Pública, publicada no DOU de 19.11.2009, uma vez que constatou-se a existência de conluio entre a ora impetrante e outras empresas, materializado na celebração de um "protocolo de intenções" destinado a repartir objeto de licitação realizada pelo Departamento da Polícia Federal, frustrando o caráter competitivo do certame.

2. Segundo a documentação analisada, a decisão ora atacada foi fundamentada nas informações constantes da Nota Técnica nº 2165/2009/CGU/CRG/CPAF, fls. 91/106, e do Parecer 233/2009/ASJUR/CGU-PR, fls. 110/120, os quais, após analisarem todos os fatos ocorridos, concluíram pela existência, no processo licitatório, das irregularidades e condutas ilícitas ora combatidas, como também pela penalidade aplicada à Impetrante.

3. A Nota Técnica n. 2165/2009/CGU/CRG/CPAF, exarada no âmbito do processo administrativo n. 00190.024513/2008-81, apreciou a defesa da impetrante concluindo que ocorreram fatos capazes de caracterizar as infrações penais previstas nos arts. 90 e 95, da Lei n. 8.666/93 e atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação mencionados no art. 88, II, da mesma lei, haja vista que restou comprovada a fraude no procedimento licitatório quando da elaboração por parte da impetrante de "protocolo de intenções" (ver fls. 206/207) com outras três empresas concorrentes para dividir o objeto a ser contratado, um dia antes da data programada para o recebimento e abertura dos envelopes. Considerou que o acordo teve por fim garantir a não participação daquelas outras empresas no processo licitatório, permitindo à impetrante lograr êxito no certame, ferindo o princípio da livre concorrência. Segue a referida nota técnica analisando vasto conteúdo probatório para, ao final, sugerir a aplicação da pena de declaração de inidoneidade da impetrante para licitar ou contratar com a Administração Pública (fls. 90/105).

4. O Parecer n. 233/2009-ASJUR/CGU-PR confirmou a sugestão de aplicação da pena de inidoneidade sugerida na citada nota técnica, afastando apenas a caracterização da incidência do art. 95, da Lei n. 8.666/93, contudo, mantendo a conclusão pela incidência do art. 90 da mesma lei, o que já seria suficiente para a aplicação da pena (fls. 109/119).

5. Dessa forma, não há que se falar em ausência da demonstração da motivação do ato decisório ora impugnado, mostrando-se, a toda evidência, insubsistentes os argumentos aduzidos na exordial.

6. Com relação à auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (fls. 126/155), esta não tem identidade de objetivos com o processo administrativo n. 00190.024513/2008-81, que culminou com a declaração de inidoneidade que se pretende afastar. A auditoria teve por objeto a própria execução das obras, enquanto que o processo administrativo investigou procedimentos prévios à própria contratação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Verifica-se que o ato impugnado tem embasamento e o exame do que foi relatado pela impetrante não demonstra qualquer ilegalidade no procedimento adotado.
8. Segurança denegada.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por CONSTRUTORA GAUTAMA LTDA contra ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado do Controle e da Transparência, consubstanciado na declaração de inidoneidade da impetrante para licitar ou contratar com a Administração Pública, publicada no DOU de 19.11.2009, uma vez que constatou-se a existência de conluio entre a ora impetrante e outras empresas, materializado na celebração de um "protocolo de intenções" destinado a repartir objeto de licitação realizada pelo Departamento da Polícia Federal, frustrando o caráter competitivo do certame.

A decisão do Ministro de Estado do Controle e da Transparência foi antecedida pela Nota Técnica n. 643/2009/CGU/CRG/CPAF e pelo Parecer n. 88/2009-ASJUR/CGU-PR, que sugeriram a instauração do processo administrativo que veio a receber o número 00190.024513/2008-81.

Dos autos consta a regular intimação da impetrante para se defender no processo administrativo n. 00190.024513/2008-81, por meio do Ofício n. 16.324/2009/CGU-PR (fl. 27).

Segundo a documentação analisada, a decisão ora atacada foi fundamentada nas informações constantes da Nota Técnica nº 2165/2009/CGU/CRG/CPAF, fls. 91/106, e do Parecer 233/2009/ASJUR/CGU-PR, fls. 110/120, os quais, após analisarem todos os fatos ocorridos, concluíram pela existência, no processo licitatório, das irregularidades e condutas ilícitas ora combatidas, como também pela penalidade aplicada à Impetrante.

A Nota Técnica n. 2165/2009/CGU/CRG/CPAF, exarada no âmbito do processo administrativo n. 00190.024513/2008-81, apreciou a defesa da impetrante concluindo que ocorreram fatos capazes de caracterizar as infrações penais previstas nos arts. 90 e 95, da Lei n. 8.666/93 e atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação mencionados no art. 88, II, da mesma lei, haja vista que restou comprovada a fraude no procedimento licitatório quando da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elaboração por parte da impetrante de "protocolo de intenções" (ver fls. 206/207) com outras três empresas concorrentes para dividir o objeto a ser contratado, um dia antes da data programada para o recebimento e abertura dos envelopes. Considerou que o acordo teve por fim garantir a não participação daquelas outras empresas no processo licitatório, permitindo à impetrante lograr êxito no certame, ferindo o princípio da livre concorrência. Segue a referida nota técnica analisando vasto conteúdo probatório para, ao final, sugerir a aplicação da pena de declaração de inidoneidade da impetrante para licitar ou contratar com a Administração Pública (fls. 90/105).

O Parecer n. 233/2009-ASJUR/CGU-PR confirmou a sugestão de aplicação da pena de inidoneidade sugerida na citada nota técnica, afastando apenas a caracterização da incidência do art. 95, da Lei n. 8.666/93, contudo, mantendo a conclusão pela incidência do art. 90 da mesma lei, o que já seria suficiente para a aplicação da pena (fls. 109/119).

A declaração de inidoneidade foi formalizada mediante a Decisão de 17 de novembro de 2009, publicada no DOU de 19.11.2009, Seção 1, p. 1, tendo adotado como motivação o conteúdo o disposto na já citada Nota Técnica n. 2165/2009/CGU/CRG/CPAF e no também citado Parecer n. 233/2009-ASJUR/CGU-PR (fls. 122 e 124).

Demonstrando a correição do procedimento adotado, transcrevo trecho das informações prestadas acerca da existência de motivação para a declaração de inidoneidade (fls. 245/246):

[...]

14. Dito isso, a fim de dissipar qualquer dúvida acerca da motivação do ato decisório que declarou a inidoneidade da impetrante, convém trazer os fundamentos de fato e de direito apontados na Nota Técnica nº 2165/2009/CGU/CRG/CPAF e no Parecer nº 233/2009/ASJUR/C.GU-PR. Nesses termos, serviram como fundamentos de fato:

a) as empresas Construtora Gautama Ltda., Habra Engenharia Ltda., Construtora Atlanta Ltda. e Vértice Engenharia Ltda. celebraram "protocolo de intenções" (DOC. 2), em 31.10.2001 (um dia antes da data marcada para o recebimento e a abertura dos envelopes dos licitantes), destinado a repartir o objeto licitado no caso da demandante sagrar-se vencedora do certame, na seguinte proporção: 67% para a Gautama e 11% para cada uma das demais signatárias do pacto;

b) as empresas Vértice e Atlanta, em que pese terem retirado o edital, não participaram da concorrência (embora tivesse, ao menos a Vértice, condições para tanto, como se demonstrará adiante);

c) a Habra, por sua vez, "participou" da licitação, ou melhor, apenas apresentou seus envelopes, eis que foi inabilitada por não ter apresentado Atestado Técnico que comprovasse já ter executado obra similar, ter apresentado balanço patrimonial diferente do exercício exigido no edital, ter apresentado apenas o recibo da Declaração de informação Econômico-Fiscais e, também,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porque seu capital sócia! era inferior ao exigido no edital (DOC. 3). Ora, tantas e tão primárias foram as falhas na documentação que a única conclusão a que se pode chegar é a de que sua conduta foi absolutamente incompatível com aquela que se espera de um licitante que efetivamente pretende vencer o certame;

d) após a adjudicação do objeto da licitação à Gautama (que sagrou-se vencedora do certame sem que ela concorresse as demais signatárias do "pacto"), os representantes das empresas Vértice, Atlanta e Habra, por meio de reuniões e expedição de ofícios, passaram a exigir dos representantes da Gautama o cumprimento do que fora acordado. Chegaram, inclusive, a contratar advogado para tentar forçar a execução do "contrato" (DOC. 4); e

e) finalmente, a Construtora Atlanta Ltda., descontente com o não cumprimento do "protocolo de intenções" pela Gautama, ingressou em juízo contra esta pleiteando indenização por perdas e danos. As manifestações da Atlanta (iniciais e réplica - DOC. .5) nesse processo representam verdadeira confissão acerca do caráter fraudulento; e doloso do já citado "pacto", conforme se vê dos seguintes trechos desses arrazoados:

- "Tanto a Autora quanto a Ré preenchiem, individualmente, as condições exigidas no instrumento convocatório, de sorte que retiraram o Edital respectivo e iniciaram a preparação para a disputa." (petição inicial)

- "Feito tal ajuste, declinou a Autora de participar diretamente da licitação, posto estarem acertadas na execução compartilhada da obra, caso fosse a Ré a vencedora do certame, como tudo indicava, e efetivamente veio a ocorrer, na medida em que, com o somatório de esforços mencionados, os custos da Ré foram notavelmente reduzidos, tendo assim, apresentado a proposta de menor preço." (petição inicial)

- "Por outro lado, e ainda com as devidas vênias, afronta e constrange a ordem legal (e moral) o enriquecimento sem causa, defendido pela Ré, que sobre não negar o negócio jurídico celebrado entre as partes, nem os entendimentos posteriores, reconhecendo portanto a colaboração da Autora no processo que culminou com a sua vitória no certame licitatório que originou a a vitória, pretende agora, simplesmente, por meio de frágeis e insustentáveis argumentos de ordem adjetiva, ignorar o ajuste e apropriar-se, singularmente, dos ganhos por ele proporcionados, ou através dele obtidos." (réplica).

15. Diante desse quadro fático, robustamente comprovado no bojo do processo administrativo nº 00190.024513/2008-81, a Comissão de Processo Administrativo de Fornecedores, a Assessoria jurídica da CGU e o próprio Sr. Ministro de Estado do Controle e da Transparência (autoridade julgadora), no intuito de proceder ao enquadramento jurídico, firmaram entendimento no sentido de que as empresas signatárias do "protocolo de intenções" praticaram ato ilícito tipificado no art. 90 da Lei nº 8.666/93, na medida em que, mediante tal ajuste, fraudaram o caráter competitivo do procedimento licitatório. [...]

Dessa forma, não há que se falar em ausência da demonstração da motivação do ato decisório ora impugnado, mostrando-se, a toda evidência, insubsistentes os argumentos aduzidos na exordial.

Ademais, com relação à auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (fls. 126/155), esta não tem identidade de objetivos com o processo administrativo n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

00190.024513/2008-81, que culminou com a declaração de inidoneidade que se pretende afastar. A auditoria teve por objeto a própria execução das obras, enquanto que o processo administrativo investigou procedimentos prévios à própria contratação.

Assim, verifica-se que o ato impugnado tem embasamento e o exame do que foi relatado pela impetrante não demonstra qualquer ilegalidade no procedimento adotado.

Ante o exposto, DENEGO a segurança.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2010/0044837-0 PROCESSO ELETRÔNICO MS 15.102 / DF

PAUTA: 12/03/2014

JULGADO: 26/03/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO**

Secretária

Bela. Zilda Carolina Vêras Ribeiro de Souza

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CONSTRUTORA GAUTAMA LTDA

ADVOGADO : WENCESLÃO PIÑEIRO GONZÁLEZ E OUTRO(S)

IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Licitações

SUSTENTAÇÃO ORAL

Compareceu à sessão, a Dra. **MARIANA SARAIVA SAMPAIO**, pelo impetrado.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, denegou a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.