



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 15.459 - DF (2010/0118918-4)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
IMPETRANTE : SOCIEDADE DIFUSORA CANGUÇU FM LTDA
ADVOGADO : LUIZ CARLOS SANTOS FERRAZ
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DAS COMUNICAÇÕES
INTERES. : UNIÃO
LITIS. PAS : SISTEMA CANGUÇU DE COMUNICAÇÃO LTDA
ADVOGADO : LUÍS MAXIMILIANO LEAL TELESCA MOTA

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE EMPRESA EM RAZÃO DE ADULTERAÇÃO EM DOCUMENTO NECESSÁRIO À HABILITAÇÃO. REVISÃO DO CERTAME EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL QUE VERSAVA SOBRE OS MESMOS FATOS. DESCABIMENTO.

1. Mandado de segurança contra ato do Ministro das Comunicações, que, após a homologação do certame, em que a impetrante fora declarada vencedora, entendeu por bem reabrir o procedimento licitatório, para rever a decisão que havia inabilitado a empresa Sistema Canguçu, ora litisconsorte passiva, considerando-a vencedora, após a reclassificação das propostas. Como fundamento, o ato coator utilizou-se do conhecimento superveniente de que o inquérito policial, que versava sobre os mesmos fatos que desclassificaram a empresa Sistema Canguçu do certame (falsidade documental), fora arquivado por atipicidade de conduta.

2. O ato impugnado se deu de forma indevida, mediante a extrapolação dos estritos limites que regem a possibilidade de alteração do desfecho do procedimento licitatório, em razão dos seguintes fundamentos:

- A questão relativa ao implemento das condições para habilitação no certame mediante a utilização de documento adulterado encontra-se acobertada pela **coisa julgada administrativa**, não mais podendo sofrer modificação nessa mesma via, ainda que sob o pretexto de superveniência de circunstâncias novas, inexistentes ou desconhecidas à época anterior da prolação do ato.
- Não se admite a revogação de decisão proferida na fase de habilitação, eis que o referido julgamento traduz o exercício de **competência** estritamente **vinculada** ao ato convocatório e ao edital.
- **Não se vislumbra ilegalidade** no procedimento licitatório capaz de ensejar o exercício do poder de autotutela administrativa.
- **No caso dos autos, não há vinculação entre a decisão penal e a administrativa**, tendo em vista que: i) a decisão que inabilita/desclassifica o concorrente do certame não tem cunho sancionador, a ensejar a vinculação à absolvição do juízo penal; ii) o fato não foi considerado inexistente no juízo penal, que apenas o declarou atípico, por se tratar de falsificação grosseira, sem potencialidade lesiva; e iii) não houve o reconhecimento de que a empresa proponente acabou por cumprir as regras editalícias atinentes à habilitação, até mesmo porque tal juízo não tinha competência para tanto; iv) o juízo penal analisou a potencialidade lesiva da conduta de adulteração documental, a fim de configuração de crime de falsidade ideológica, previsto no artigo 299 do CP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo que na seara administrativa, a questão foi examinada unicamente à luz do edital, mediante a observância ou não dos requisitos lá previstos para a fase de habilitação.

- Não obstante o arquivamento do inquérito policial tenha ocorrido em 01.09.2000, a empresa Sistema Canguçu somente levou tal fato ao conhecimento da Administração Pública em 31.01.2008, quando já havia sido homologado o certame (21.11.2007), o que caracteriza **desídia da empresa concorrente**, que poderia ter levantado tal questão em tempo hábil, antes do julgamento do seu recurso interposto da decisão que a desclassificou do certame, o que poderia ter influenciado na decisão administrativa a esse respeito.

3. Vê-se que a Administração Pública, após a homologação da concorrência e motivada pela decisão judicial de arquivamento do inquérito penal, pretendeu dar nova interpretação aos fatos que ocasionaram a desclassificação da empresa Sistema Canguçu do certame, o que não é permitido, pelos motivos acima expostos.

4. Segurança concedida, para declarar nulo o ato coator e restabelecer a homologação anterior do certame, datada de 21.11.2007. Prejudicado o agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a segurança, restando prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 14 de março de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 15.459 - DF (2010/0118918-4)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
IMPETRANTE : SOCIEDADE DIFUSORA CANGUÇU FM LTDA
ADVOGADO : LUIZ CARLOS SANTOS FERRAZ
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DAS COMUNICAÇÕES
INTERES. : UNIÃO
LITIS. PAS : SISTEMA CANGUÇU DE COMUNICAÇÃO LTDA
ADVOGADO : LUÍS MAXIMILIANO LEAL TELESCA MOTA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Sociedade Difusora Canguçu FM Ltda. contra ato atribuído ao Ministro de Estado das Comunicações, que, revendo pronunciamento anterior que declarava a impetrante vencedora do certame, lançou nova homologação à concorrência 021/1997 e adjudicou o objeto (serviço de FM) à concorrente Sistema Canguçu de Comunicação Ltda. (fls. 28).

Em suas razões, a impetrante narra que participou da concorrência 21/1997, realizada pelo Ministério das Comunicações, que teve por objeto o canal 277 em FM no Município de Canguçu/RS.

Informa que apresentou recurso administrativo contra a habilitação da concorrente, Sistema Canguçu de Comunicação Ltda., por ter se utilizado, para tanto, de documento público falsificado denominado "Termo de Declaração", aduzindo, ainda, a esse respeito, o seguinte (fls. 3):

O referido "Termo de Declarações" consiste em documento emitido pela secretaria da Comissão de Licitação a todas as proponentes, certificando que receberam o texto do edital e seus anexos. Este documento serviu à instrução da documentação de habilitação apresentada pela empresa licitante (litisconsorte passiva) e consta às fls. 031 do Processo n. 53790.000382/1997. Ficou claro, em todo o procedimento, que o documento apresentado não foi obtido (adquirido) pela licitante SISTEMA CANGUÇU DE COMUNICAÇÃO LTDA, que se utilizou, irregularmente, de um outro Termo de Declaração, adquirido por pessoa física, onde inseriu indevidamente o nome da empresa, hoje tida como vencedora no certame, dando conta da aquisição do Edital e seus anexos.

Assevera que, após o indeferimento do recurso administrativo, a impetrante ofereceu representação ao Ministro de Estado das Comunicações, que entendeu por bem declarar a inabilitação superveniente da Sistema Canguçu, "em decorrência da constatação de adulteração em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

um de seus documentos de habilitação" (fls. 4), tendo o certame, por conseguinte, prosseguido e a impetrante declarada vencedora, adjudicando o serviço de radiodifusão.

A seguir, noticia que a Sistema Canguçu de Comunicação Ltda. apresentou recurso administrativo dessa decisão, o qual foi considerado inicialmente intempestivo, o que, todavia, foi afastado na via judicial, por meio de mandado de segurança dirigido a esta Corte Superior e posterior recurso ordinário ao STF. Processado tal recurso, foi ele julgado improcedente, o que ensejou a homologação do resultado e a confirmação da impetrante como vencedora, nos termos do despacho proferido em 27.11.1998 (DJU de 30.11.1998). Afirma que todos os prazos foram cumpridos e a vencida não se irresignou contra esse resultado.

Prossegue informando que, em 31.01.2008, quando já tramitava no Congresso Nacional o processo de concessão da outorga dos serviços de radiodifusão, a Sistema Canguçu dirigiu petição nominal ao Dr. Marcelo Bechara de Souza Hobaike (Consultor Jurídico no Ministério das Comunicações), que a recebera como requerimento administrativo denominado "pedido de reconsideração". Defende que, em tal peça, a concorrente confessou expressamente ter adulterado o Termo de Declarações para poder participar do certame, senão vejamos (fls. 6):

"Para que fosse realizada a troca do Termo de Declaração da empresa Sistema Canguçu de Comunicação Ltda. fazia-se necessário que um representante da empresa se dirigisse até a cidade de Porto Alegre para realizar este procedimento. Um dia antes da abertura dos envelopes o representante da empresa se dirigiu até o Ministério das Comunicações em Porto Alegre por volta das 17:15hs. e foi surpreendido com a informação de que o expediente se encerrava às 17 para fins de licitação. Sendo assim, sem ter outra alternativa, o representante da empresa Sistema Canguçu de Comunicação Ltda. tirou cópia da folha de rosto do Termo de Declaração que constava os dados da pessoa física, autenticou em cartório e preencheu a cópia autenticada de próprio punho com os dados da pessoa jurídica, haja vista a impossibilidade deste ato ter sido praticado por funcionário do Ministério das Comunicações".

Alega que a referida autoridade propôs a revisão do certame para a localidade de Canguçu/RS, com fundamento no princípio da autotutela da Administração Pública (artigo 54 da Lei 9.784/99) e em razão do arquivamento, na esfera penal, do inquérito que tramitava em decorrência dos mesmos fatos, em que foi concluído que não estavam presentes os pressupostos caracterizadores do crime de falso, já que a falsificação do documento fora grosseira. Tal proposta foi acolhido pelo Ministro de Estado das Comunicações, resultando na reabertura do procedimento licitatório, na habilitação da Sistema Canguçu e, procedendo à nova classificação final, na indicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta como vencedora do certame, tudo sem a observância sequer do princípio do contraditório.

Sob esse arcabouço fático, alega a impetrante que o despacho ministerial ora atacado foi proferido em procedimento eivado de diversas ilegalidades, que incluem (fls. 8):

"o prestígio ao uso de meios fraudulentos em licitação, o favorecimento, a modificação da coisa julgada administrativa, o desrespeito ao direito adquirido e à boa-fé objetiva, o desrespeito ao direito constitucionalmente assegurado do contraditório e ampla defesa, culminando com abuso de poder e total afronta aos princípios administrativos da legalidade, da isonomia e da vinculação ao edital e da moralidade pública"

Defende que a exclusão do crime de falso, no âmbito penal, não afasta o ilícito do ato em sede administrativa, até mesmo porque tais esferas são independentes, além de que em nenhum momento, na seara penal, se considerou inexistente a dita adulteração ou se afastou da condição de autor o representante legal da empresa. Em outras palavras, não se afastou a ocorrência do ato, mas apenas se entendeu que, por se tratar de falsificação grosseira, não estaria configurado elemento essencial do tipo da falsidade documental.

Invoca, ainda, as teses relativas ao direito adquirido, ao abuso de poder da Administrativa sob o pretexto de autotutela, e ao princípio da boa-fé objetiva.

Por fim, a impetrante requer seja concedida a segurança, com a anulação do ato ilegal e abusivo praticado pela autoridade impetrada, assegurando-lhe, por conseguinte, a condição de vencedora da concorrência, conforme decisão homologatória anteriormente proferida.

A liminar foi por mim indeferida às fls. 2.125/2.127, o que deu ensejo ao agravo regimental de fls. 2.131/2.145.

A empresa Sistema Cangaçu de Comunicação Ltda. foi incluída no feito como litisconsorte passiva necessária (fls. 2.149), tendo apresentado manifestação às fls. 2.159/2.177.

A autoridade apontada como coatora apresentou informações às fls. 157/172, aduzindo, em suma, o seguinte (fls. 170):

"Portanto, somente quando a entidade Sistema Cangaçu de Comunicação Ltda. apresentou o requerimento administrativo, dando ensejo a revisão do ato de homologação do certame, é que se deu conhecimento à Administração de que os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivos que ensejaram sua exclusão não subsistiam, haja vista a atipicidade da conduta praticada.

Logo, uma vez constatado pela Administração que o ato de exclusão da entidade do certame teria sido injusto, não restou alternativa, impondo-se pelo exercício do poder-dever de autotutela que o resultado do certame para localidade de Canguçu fosse revisto e se declarasse que a vencedora do certame é a entidade Sistema Canguçu de Comunicação Ltda.

Oportuno destacarmos novamente que a causa da exclusão foi a suposta adulteração de um documento que a Administração sequer exige nos certames realizados posteriormente, sendo considerado desnecessária a cláusula exigindo a prova de que teria o licitante obtido o edital e seus anexos, pois corre por conta e risco dos licitantes conhecerem ou não as regras editalícias e ter ou não adquirido o edital, bem como é plenamente cabível que uma terceira pessoa não participante do certame possa obter o edital e repassar para outrem interessado em tal participação".

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, principalmente porque a alegada fraude na licitação não se encontra demonstrada de forma cabal nos autos, o que inviabiliza a utilização do mandado de segurança (dilação probatória) (fls. 2.185/2.194).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 15.459 - DF (2010/0118918-4)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE EMPRESA EM RAZÃO DE ADULTERAÇÃO EM DOCUMENTO NECESSÁRIO À HABILITAÇÃO. REVISÃO DO CERTAME EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL QUE VERSAVA SOBRE OS MESMOS FATOS. DESCABIMENTO.

1. Mandado de segurança contra ato do Ministro das Comunicações, que, após a homologação do certame, em que a impetrante fora declarada vencedora, entendeu por bem reabrir o procedimento licitatório, para rever a decisão que havia inabilitado a empresa Sistema Canguçu, ora litisconsorte passiva, considerando-a vencedora, após a reclassificação das propostas. Como fundamento, o ato coator utilizou-se do conhecimento superveniente de que o inquérito policial, que versava sobre os mesmos fatos que desclassificaram a empresa Sistema Canguçu do certame (falsidade documental), fora arquivado por atipicidade de conduta.

2. O ato impugnado se deu de forma indevida, mediante a extrapolação dos estritos limites que regem a possibilidade de alteração do desfecho do procedimento licitatório, em razão dos seguintes fundamentos:

- A questão relativa ao implemento das condições para habilitação no certame mediante a utilização de documento adulterado encontra-se acobertada pela **coisa julgada administrativa**, não mais podendo sofrer modificação nessa mesma via, ainda que sob o pretexto de superveniência de circunstâncias novas, inexistentes ou desconhecidas à época anterior da prolação do ato.

- Não se admite a revogação de decisão proferida na fase de habilitação, eis que o referido julgamento traduz o exercício de **competência** estritamente **vinculada** ao ato convocatório e ao edital.

- **Não se vislumbra ilegalidade** no procedimento licitatório capaz de ensejar o exercício do poder de autotutela administrativa.

- **No caso dos autos, não há vinculação entre a decisão penal e a administrativa**, tendo em vista que: i) a decisão que inabilita/desclassifica o concorrente do certame não tem cunho sancionador, a ensejar a vinculação à absolvição do juízo penal; ii) o fato não foi considerado inexistente no juízo penal, que apenas o declarou atípico, por se tratar de falsificação grosseira, sem potencialidade lesiva; e iii) não houve o reconhecimento de que a empresa proponente acabou por cumprir as regras editalícias atinentes à habilitação, até mesmo porque tal juízo não tinha competência para tanto; iv) o juízo penal analisou a potencialidade lesiva da conduta de adulteração documental, a fim de configuração de crime de falsidade ideológica, previsto no artigo 299 do CP, sendo que na seara administrativa, a questão foi examinada unicamente à luz do edital, mediante a observância ou não dos requisitos lá previstos para a fase de habilitação.

- Não obstante o arquivamento do inquérito policial tenha ocorrido em 01.09.2000, a empresa Sistema Canguçu somente levou tal fato ao conhecimento da Administração Pública em 31.01.2008, quando já havia sido homologado o certame (21.11.2007), o que caracteriza **desídia da empresa concorrente**, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poderia ter levantado tal questão em tempo hábil, antes do julgamento do seu recurso interposto da decisão que a desclassificou do certame, o que poderia ter influenciado na decisão administrativa a esse respeito.

3. Vê-se que a Administração Pública, após a homologação da concorrência e motivada pela decisão judicial de arquivamento do inquérito penal, pretendeu dar nova interpretação aos fatos que ocasionaram a desclassificação da empresa Sistema Canguçu do certame, o que não é permitido, pelos motivos acima expostos.

4. Segurança concedida, para declarar nulo o ato coator e restabelecer a homologação anterior do certame, datada de 21.11.2007. Prejudicado o agravo regimental.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Inicialmente, para uma melhor compreensão da lide, faço um breve resumo dos acontecimentos fáticos ocorridos nos autos:

- O Edital de Licitação relativo à Concorrência n. 02/97, do Ministério das Comunicações, foi adquirido por Gilnei Oriente Mussi e, por tal razão, o Termo de Declaração (que consta dos arquivos originais da Comissão de Licitação do Ministério das Comunicações) foi preenchido tão somente no campo relativo ao interessado pessoa física, ficando em branco o espaço destinado ao interessado pessoa jurídica (fls. 749).
- Diante da previsão contida no item 4.1 do Edital, que declarava que apenas sociedades ou fundações poderão participar da concorrência, a Administração Pública teria se encarregado de informar a todos os que retiravam o Termo de Declaração em nome de pessoa física da necessidade de substituí-lo, para participar da Concorrência. Facultou-se, então, àqueles que já tinham retirado o edital, com o respectivo pagamento da taxa de custos, a substituição do Termo de Declaração para fazer constar os dados da pessoa jurídica constituída.
- Ato contínuo, o Sr. Gilnei providenciou a constituição da pessoa jurídica Sistema Canguçu de Comunicação Ltda., tornando-se sócio-gerente dela. Porém, embora tenha tentado, por duas vezes na véspera da sessão de entrega da documentação, e mais uma vez no dia da sessão, não conseguiu, em virtude de questões atinentes ao horário de expediente, substituir o Termo de Declaração, que havia adquirido em nome de pessoa física, por outro, como nome da empresa, o que tudo indica que teria feito os responsáveis da empresa inserirem neste documento os dados com o nome da pessoa jurídica e o CNPJ, para poder participar da Licitação (fls. 747).
- Não obstante tal situação, a empresa Sistema Canguçu foi considerada habilitada no Certame, o que enseja à utilização de recurso administrativo por parte da impetrante (29/12/97 - fls. 752/759 e 764/766), o qual foi indeferido pela Comissão Especial de Âmbito Nacional do Ministério das Comunicações (Cean) (fls. 760/762). Em seguida, já na fase de julgamento das propostas das licitantes, a impetrante apresentou representação contra a classificação da referida empresa, forte no entendimento de que, não obstante ultrapassada a fase de habilitação, a questão poderia ser novamente debatida porque nunca ocorreria a preclusão diante de fato caracterizado como crime (19/06/98 - fls. 768/733). Após parecer da Consultoria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jurídica e da Cean, o Ministro das Comunicações decidiu desclassificar a empresa Sistema Canguçu, haja vista ter concluído que a mesma teria adulterado um de seus documentos de habilitação.

- Inconformada, a Sistema Canguçu apresentou recurso, cuja decisão inicial de intempestividade foi atacada via mandado de segurança. Nesse ínterim, enquanto se aguardava a decisão judicial, o certame foi homologado em 26.11.1998 e o seu objeto adjudicado às entidades vencedoras, com exceção das localidades de Canguçu e Capão do Leão/RS, para as quais foram tidas por vitoriosas as proponentes Sociedade Difusora Canguçu FM Ltda. e Central de Eventos e Promoções e Marketing Ltda, respectivamente, cujos resultados ficaram submetidos à condição resolutiva, aguardando decisão judicial sobre os mandados de segurança que tramitavam no STJ. Após o julgamento dos *mandamus* pelo poder Judiciário que afastou a alegada intempestividade (fls. 1.788/1.801), o recurso administrativo da Sistema Canguçu foi analisado e julgado improvido pelo Ministro das Comunicações (DJ 05.10.2007 - fls. 1.821), pelo fato da empresa não ter comprovado a obtenção do Edital da Concorrência (fls. 1.807/1.817). Dessa decisão não houve recurso (certidão de fls. 1.824).

- Ato contínuo, em 21.11.2007, houve a confirmação da homologação do certame, que havia inicialmente ocorrido em 26.11.1998, constando como vencedora a impetrante (fls. 1.837).

- Não obstante, em 31.01.2008, quando o processo de concessão da outorga dos serviços de radiodifusão já tramitava no Congresso Nacional (fls. 1.868/1.817), a Sistema Canguçu dirigiu petição Consultor Jurídico no Ministério das Comunicações, pugnando pela revisão do certame, ao argumento de que o inquérito policial, que versava sobre a falsidade documental, foi arquivado. Embora tal peça tenha sido considerada intempestiva, a Consultoria Jurídica, sob o manto da auto-tutela, opinou pela classificação da empresa Sistema Canguçu, reclassificação das licitantes e revogação da homologação da concorrência n. 021/97 para a localidade de Canguçu, tendo em vista que "não seria razoável que, comprovado o arquivamento do inquérito que versa sobre a falsidade do documental, por atipicidade de conduta, a falsidade constituísse motivo para o não provimento do recurso e desclassificação da empresa Sistema Canguçu de Comunicação Ltda." (fls. 1.839/1.851). Sob esse contexto, o Ministro das Comunicações tornou sem efeito a homologação da Concorrência n. 21/97 na localidade de Canguçu (fls. 1.852), o que foi atacado por recurso da empresa impetrante, Sociedade Difusora Canguçu FM Ltda, cujos argumentos, embora constantes de uma peça considerada intempestiva, foram apreciados e considerados insubsistentes (fls. 1.859/1.867).

- Por fim, foi publicado, em 08.11.2010, o ato coator, que homologou a presente licitação e adjudicou o objeto à Sistema Canguçu de Comunicações Ltda (fls. 1886).

Em suma, pode-se dizer que o contexto fático dos autos é o seguinte: A empresa Sistema Canguçu foi desclassificada da Concorrência n. 21/97 por ter adulterado um dos documentos necessário à fase da habilitação, especificamente o Termo de Declaração, que atestava a aquisição do edital e seus anexos. Após a homologação do certame, em que a impetrante fora declarada vencedora, e quando os autos já tinham sido enviados ao Congresso Nacional para a outorga do serviço de radiodifusão, a Administração Pública, em razão do conhecimento de que o inquérito policial que versava sobre os mesmos fatos (falsidade documental) fora arquivado por atipicidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta, entendeu por bem reabrir o procedimento licitatório, para rever a decisão que inabilitou a empresa Sistema Canguçu, considerando-a vencedora, após a reclassificação das propostas.

Como visto, a impetração está fundada basicamente no argumento de que o ato coator, que tornou sem efeito a anterior homologação do mesmo certame e declarou como vencedora a Sistema Canguçu, ora litisconsorte passiva, está eivado de diversas ilegalidades, principalmente porque: i) a empresa Sistema Canguçu fez uso de documento adulterado para implementar as condições de sua habilitação na Concorrência que aqui se trata; ii) houve modificação de coisa julgada administrativa; iii) houve desrespeito ao direito adquirido, à boa-fé objetiva e aos princípios administrativos da legalidade, da isonomia, da vinculação ao edital e da moralidade administrativa; e iv) a exclusão do crime de falso no âmbito penal não afasta o ilícito do ato em sede administrativa, mormente porque lá não se considerou inexistente a dita adulteração.

Tenho que assiste razão à recorrente.

Com efeito, prevê o art. 49 da Lei 8.666/93 que a "autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado".

Tal artigo consagrou, com alguma especialidade, posição pacífica acerca do controle dos atos administrativos, cuja matéria já fora objeto de súmulas n.ºs 346 e 473 do STF, que assim dispõem, respectivamente: "A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos" e "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Portanto, não há dúvida de que a Administração pode proceder, por meio da autotela, ao controle dos seus próprios atos, declarando-os nulos quando eivados de vícios que os tornem ilegais ou revogando-os quando não lhe forem mais convenientes ou oportunos.

Entretanto, no caso dos autos, entendo que foram extrapolados os estritos limites que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regem a possibilidade de alteração do desfecho do procedimento licitatório.

Digo isso primeiro porque a fase atinente à habilitação no certame, e com ela a questão acerca da falsidade documento, encontram-se preclusas para a Administração, não mais podendo ser por ela revistas.

É que a revogabilidade do ato administrativo esbarra em alguns limites, como, por exemplo, a coisa julgada administrativa, que, segundo José dos Santos Carvalho Filho (*in* Manual de Direito Administrativo, 19 ed, 2008, pag. 859), significa que determinado assunto decidido na via administrativa não mais poderá sofrer alterações nesta mesma via, embora possa sê-lo na via judicial. O instituto, consoante Celso Antônio Bandeira de Mello (*in* Curso de Direito Administrativo, 18 ed, 2004, pag. 424/425), tem o sentido de indicar, para a Administração, a definitividade dos efeitos de uma decisão que tenha tomado e diz respeito unicamente à situações nas quais haja decidido contenciosamente determinada questão.

Bem ou mal, certo é que a questão relativa ao implemento das condições para habilitação no certame mediante a utilização de documento adulterado foi devidamente analisada pela Administração Pública no decorrer no procedimento licitatório, que entendeu por bem, após vários recursos, desclassificar a empresa Sistema Canguçu da concorrência que aqui se trata.

Sendo assim, tal entendimento encontra-se acobertado pela coisa julgada administrativa, não mais podendo sofrer modificação nessa mesma via administrativa, como forma de resguardar a estabilidade da relação entre as partes, ainda que sob o pretexto de superveniência de circunstâncias novas, inexistentes ou desconhecidas à época anterior da prolação do ato.

Ainda que assim não fosse, nos ditames de Marçal Justen Filho (*in* Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12 ed, 2008, pag. 615), “se o ato tiver sido praticado no exercício de competência vinculada, não se poderá promover revogação. Logo, não se permite à Administração efetivar a revogação de atos, no curso da licitação, quando os tiver praticado sem exercício da discricionariedade.”

Com efeito, considerando que o julgamento da fase de habilitação é estritamente vinculado ao ato convocatório e ao edital, o ato daí emitido não é passível de revogação. Não é outro o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ensinamento de Marçal Justen Filho (in, comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12º Ed., 2008, pg. 553), senão vejamos:

Se a Administração expressamente reconheceu, no julgamento da habilitação, a presença dos requisitos, não caberá ignorar a existência da decisão administrativa anterior e editar uma nova, com conteúdo diverso. O que se admite é a anulação do ato pretérito, indicando-lhe um defeito apto a invalidá-lo, o que autorizaria que houvesse novo julgamento da fase de habilitação.

(...)

Pelos fundamentos acima expostos, não se admite revogação da decisão de habilitação, eis que o julgamento referido traduz o exercício da competência estritamente vinculadas (ao ato convocatório e ao edital).

Isso quer dizer que, tendo concluído que a proponente não preenchia os requisitos previstos no edital para a habilitação no certame, vincula-se a Administração a essa decisão, que somente poderá ser alterada, pelo instituto da autotutela, se constatado algum vício de legalidade, seja pela própria Administração, provocada ou *ex-officio*, ou pelo Poder Judiciário.

Ocorre que, no caso dos autos, não se vislumbra ilegalidade no procedimento licitatório capaz de ensejar o exercício do poder de autotutela administrativa, tampouco tenha o Poder Judiciário reconhecido e determinado a anulação da decisão administrativa relativa à desclassificação da concorrente.

Certo é que não só a desclassificação da Sistema Canguçu, mas o procedimento licitatório como um todo, correu em conformidade com os ditames da lei e os princípios que regem a Administração Pública, tendo consagrado a impetrante como vencedora.

Assim, a meu ver, não pode agora a Administração, sob o pretexto de que tomou conhecimento do arquivamento do inquérito policial, reabrir o procedimento administrativo já homologado e, mediante uma releitura dos fatos já devidamente analisados, rever a decisão atinente à habilitação da concorrente, adjudicando, inclusive, o objeto da licitação a ela, sob pena de violar a coisa julgada administrativa.

Não se pode dizer que o *decisum* prolatado na esfera penal, que determinou o arquivamento do inquérito por atipicidade da conduta, tem o condão de possibilitar a revisão da decisão administrativa relativa à desclassificação da concorrente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É que, como ressabido, a vinculação entre as instâncias penal e administrativa apenas ocorre quando o administrado, condenado na esfera administrativa, for absolvido no âmbito penal por inexistência de fato ou negativa de autoria. Está é a inteligência dos artigos 125 e 126, da Lei 8.112/90, que assim dispõe:

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si. (grifos nossos)

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria. (grifos nossos)

Entretanto, no caso dos autos, além de não ter havido condenação na seara administrativa, posto que a inabilitação não é pena, não foi o fato considerado inexistente no juízo penal, que apenas o declarou atípico, por se tratar de falsificação grosseira, sem potencialidade lesiva.

A inabilitação não caracteriza uma punição/condenação, mas apenas a preclusão do administrado participar do certame ante a constatação de que não foram preenchidos os requisitos do edital exigidos para tanto.

Ademais, há que se levar em consideração que o órgão ministerial, ao promover o arquivamento, em nenhum momento proclamou não ter havido a adulteração do documento questionado, mas apenas afirmou que não estavam presentes os pressupostos caracterizadores do crime de falso, já que a falsificação do documento fora grosseira. É o que se infere da referida peça ministerial, a qual tomo a liberdade de transcrever os seguintes trechos (fls. 644/645):

Da análise dos autos, em especial dos Termos de Declaração das fls. 158/159, percebe-se a adulteração dos documentos, facilmente perceptível através da análise comparativa entre os campos preenchidos pela funcionária do Ministério das Comunicações e ou outro posteriormente completado. Entretanto, cabe analisar se o ocorrido realmente configura o delito de falsidade ideológica em todos os seus aspectos.

Conforme depoimento da fls. 168, de Werlau Mendes Ussan, responsável regional pela referida concorrência, o documento Termo de Declaração tinha como escopo provar a aquisição do Edital de concorrência e de seus anexos pelos participantes. Ocorre que diversas pessoas interessadas em participar da concorrência adquiriram o edital, sendo o mesmo preenchido com os dados da pessoa física adquirente. Em virtude de posterior notícia sobre a proibição de participação de pessoas físicas em concorrência do gênero, estas constituíram pessoas jurídicas com o fim de participar do certame licitatório. Constituídas as pessoas jurídicas, o termo preenchido com os dados da pessoa física era devolvido ao funcionário do Ministério das Comunicações, os quais forneciam um novo termo, agora com dados da pessoa jurídica.

Vê-se, portanto, que, no caso em tela, os responsáveis pela empresa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sistema, em vez de trocarem os termos em tempo hábil, simplesmente preencheram junto ao campo com os dados de pessoa física o campo com os dados de pessoa jurídica. É dizer, acrescentaram, de próprio punho, os dados da pessoa jurídica constituída.

Ora, se os campos são excludentes entre si, como salientado pelo funcionário responsável, e ambos encontravam-se preenchidos, ter-se-ia, no máximo, falsidade material grosseira, incapaz de enganar, que não configura o crime de falso, pela ausência de qualquer potencialidade lesiva.

Vejam os:

“EMENTA: 1. Direito Penal. Falsificação documental. Contrafação grosseira. Não configuração do delito. 2. Quando a falsificação é grosseira, facilmente perceptível, inapta para iludir o homem de inteligência mediana, sem potencialidade lesiva contra a fé pública ou contra terceiros, ela não atinge a raiz do ilícito penal. Tal atitude mostra-se irrelevante para o Direito Penal. 3. A idoneidade da falsificação do documento público e imprescindível para a configuração do delito, segundo a jurisprudência e a doutrina. 4. Apelação provada para absolver o réu” (ACR 95.04.29733-1, Primeira Turma, Relator Juiz Gilson Dipp, Data da decisão 05/03/1996, DJU 03/04/1996, página 21317).

Ademais, tem-se que, para regularizar a habilitação, a empresa concorrente poderia trocar o Termo de Declaração com os dados de pessoa física por outro com os dados de pessoa jurídica, junto ao próprio Ministério das Comunicações, o que permitia, conclusivamente, que a compra do edital por pessoa física pudesse ser transmitida a pessoa jurídica. Também, não há dúvida de que o intuito do Termo de Declaração era tão-somente provar a aquisição do edital pela concorrente. Diante disso, no caso dos autos, não há prejuízo de direito ou alteração da verdade sobre fato juridicamente relevante.

Veja-se que “o delito do artigo 299 do CP exige como elemento subjetivo, o dolo específico, que consiste na alteração de um fato com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou modificar a verdade, sobre fato relevante, o que não ocorre quando o agente faz acréscimo inútil a documento apenas para facilitar aquilo que julga de direito, sem intenção de alterar fato juridicamente relevante e sem auferir qualquer vantagem com tal proceder (...)” TJSP in Mirabete, Júlio Fabrino, Código Penal interpretado, 1999.

Desse modo, nota-se que **a declaração aposta pelos investigados não era apta a iludir, pois contradizia outra informação já constante do próprio documento e, mais ainda, não alterava a verdade sobre fato relevante, o que leva à ausência de configuração típica do fato.**

Diante do exposto, o Ministério Público Federal requer o arquivamento do presente Inquérito, por atipicidade da conduta.

Portanto, não há dúvida de que houve a alteração de documento previsto no edital como essencial à habilitação no certame. Tal fato é certo e incontroverso nos autos, de modo que a circunstância de a alteração ter sido feita sem a potencialidade necessária para que se classificasse como falsidade documental ou ideológica não resulta na inexistência da adulteração do documento, tampouco no entendimento de que a empresa proponente acabou por cumprir as regras editalícias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atinentes à habilitação.

Vale consignar que, embora tais instâncias tenham analisado o mesmo fato, assim o fizeram sob enfoques diversos, com motivações diferentes. Enquanto o juízo penal analisou a potencialidade lesiva da conduta de adulteração documental, a fim de configuração de crime de falsidade ideológica, previsto no artigo 299 do CP, na seara administrativa, a questão foi examinada unicamente à luz do edital, mediante a observância ou não dos requisitos lá previstos para a fase de habilitação.

Assim, não há falar em vinculação de instâncias. Não há como se entender que a decisão penal, que tratou da questão sob enfoque diverso, tem influência na validade da decisão administrativa, até mesmo porque a inabilitação de participante de licitação não exige comprovação de infração, bastando o não cumprimento das condições descritas no edital, sendo certo que não houve determinação de nulidade da decisão administrativa por parte do Poder Judiciário, tampouco a proclamação de que a empresa concorrente havia cumprido os requisitos do edital no tocante à habilitação, mormente porque sequer teria competência para tanto.

Como se não bastasse, soma-se a isso tudo o fato de que, não obstante o arquivamento do inquérito policial tenha ocorrido em 01.09.2000 (fls. 1.336), a empresa Sistema Canguçu somente levou tal fato ao conhecimento da Administração Pública com a petição datada de 31.01.2008, apresentada quando já havia sido homologado o certame (21.11.2007). Disso, só se pode concluir que houve desídia da empresa concorrente, que poderia ter levado tal informação ao conhecimento da Administração em tempo hábil, antes, portanto, do julgamento do seu recurso administrativo, interposto da decisão que a desclassificou do certame, o que poderia ter influenciado na decisão administrativa a respeito.

Por tudo o que foi exposto, entendo que o ato coator, que tornou sem efeito a homologação da Concorrência n. 21/97, em prejuízo da ora impetrante, se deu de forma indevida e sem amparo legal.

Ao que tudo indica, a Administração Pública, após a homologação da concorrência e motivada pela decisão judicial de arquivamento do inquérito penal, pretendeu dar nova interpretação aos fatos que ocasionaram a desclassificação da empresa Sistema Canguçu do certame, o que não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é permitido, seja em razão da preclusão administrativa, da natureza vinculada dos atos praticados na fase de habilitação, da inexistência de ilegalidade no procedimento licitatório revisado, ou da não vinculação de tal decisão penal na esfera administrativa.

Ante o exposto, concedo a ordem, para declarar nulo o ato coator e restabelecer a homologação anterior do certame, datada de 21.11.2007.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2010/0118918-4 PROCESSO ELETRÔNICO MS 15.459 / DF

PAUTA: 29/02/2012

JULGADO: 14/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro CASTRO MEIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SOCIEDADE DIFUSORA CANGUÇU FM LTDA
ADVOGADO : LUIZ CARLOS SANTOS FERRAZ
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DAS COMUNICAÇÕES
INTERES. : UNIÃO
LITIS. PAS : SISTEMA CANGUÇU DE COMUNICAÇÃO LTDA
ADVOGADO : LUÍS MAXIMILIANO LEAL TELESCA MOTA

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

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, concedeu a segurança, restando prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.