



SENADO FEDERAL

PARECERES

Nº s 624 e 624-A, DE 2003

(Da Comissão de Educação)

PARECER Nº 624, DE 2003

Relator: Senador Jefferson Péres

I – Relatório

Chega a esta Comissão, para parecer, o Projeto de Decreto Legislativo nº 645, de 2002 (nº 2.089, de 2002, na Câmara dos Deputados), que aprova o ato que outorga concessão à Elo Comunicação Ltda. para explorar o serviço de radiodifusão de sons e imagens na cidade de Maceió, Estado de Alagoas.

Por meio de mensagem presidencial, o Presidente da República submete ao Congresso Nacional o ato constante do Decreto de 15 de abril de 2002, que outorga concessão para a exploração de canal de radiodifusão de sons e imagens, nos termos do art. 223, § 3º, da Constituição Federal.

A exposição de motivos do Ministro das Comunicações ao Presidente da República, documento que integra os autos, dá conta de que a presente solicitação foi instruída de conformidade com a legislação aplicável, o que levou ao seu deferimento.

O referido projeto foi aprovado pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados, que seguiu

o parecer favorável de seu relator. Na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação daquela Casa, o projeto foi considerado jurídico, constitucional e vazado em boa técnica legislativa.

Durante a tramitação do processo, já no Senado Federal, uma das partes interessadas no processo licitatório encaminha ofício a esta Casa informando que o Ministério das Comunicações teria anulado a concessão concedida à empresa Elo Comunicação Ltda.

II – Análise

Conforme determina o Regimento Interno do Senado Federal, no seu art. 102, IV, cumpre à Comissão de Educação opinar acerca de proposições que versem sobre comunicação, imprensa, radiodifusão, televisão, outorga e renovação de concessão, permissão e autorização para serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, devendo pronunciar-se também sobre a constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa dessas proposições.

O processo de exame e apreciação dos atos do Poder Executivo que outorgam ou renovam concessão, permissão ou autorização para que se executem serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens,

nos termos do art. 223 da Constituição Federal, orienta-se, nesta Casa do Legislativo, pelas formalidades e pelos critérios estabelecidos na Resolução nº 39, de 1992, do Senado Federal. Essa norma interna relaciona os elementos a serem informados pela entidade pretendente e pelo Ministério das Comunicações que devem instruir o processo submetido à análise da Comissão de Educação.

O exame da documentação que acompanha o PDS nº 645, de 2002, não evidenciou violação das formalidades estabelecidas na Resolução nº 39, de 1992, do Senado Federal.

A matéria é de competência exclusiva do Congresso Nacional, sendo o projeto de decreto legislativo o instrumento adequado, conforme preceitua o art. 213, II, do Regimento Interno do Senado Federal.

A proposição oriunda da Câmara, destinada a aprovar o ato do Poder Executivo sob exame, atende aos requisitos constitucionais formais relativos à competência legislativa da União e às atribuições do Congresso Nacional, nos termos dos arts. 49, XII, e 223 da Constituição. Consta-se que o referido projeto não contraria preceitos ou princípios da Lei Maior, nada havendo, pois, a objetar no tocante à sua constitucionalidade material.

A ocorrência de fatos supervenientes, resquícios dos processos licitatórios recém concluídos, não é incomum. Ocorrem, com certa raridade, todavia, recursos judiciais cujos desenlaces alcançam as concessões e renovações já no Congresso Nacional. Nesses casos, tem sido praxe a decisão pelo sobrestamento do processo até que se obtenha, da parte do Ministério das Comunicações, a solução administrativa ou judicial definitiva.

III – Voto

O exame da documentação que acompanha o PDS nº 645, de 2002, não evidenciou violação das formalidades estabelecidas na Resolução nº 39, de 1992, do Senado Federal. Também não se fazem reparos quanto aos aspectos de constitucionalidade, juridicidade e de técnica legislativa da peça em análise. Opinamos, entretanto pelo sobrestamento do processo ora em exame – na forma do art. 335, do

Regimento Interno do Senado Federal –, até que se tenha obtido, do Ministério das Comunicações, as informações, de natureza administrativa ou judicial, que definam a aprovação ou rejeição do Ato ora em exame, mediante o seguinte

REQUERIMENTO Nº , DE 2003

Solicito, nos termos do § 2º do art. 50, da Constituição Federal, e do art. 216 do Regimento Interno do Senado Federal, sejam requeridas ao Senhor Ministro de Estado das Comunicações informações referentes à regularidade do processo licitatório a que se refere a Mensagem Presidencial nº 295, de 2002 (TVR nº 2.015, de 2002), que submete à apreciação do Congresso Nacional o ato constante do Decreto de 15 de abril de 2002, que outorga concessão à Elo Comunicação Ltda. para explorar, pelo prazo de quinze anos, sem direito de exclusividade, serviço de radiodifusão de sons e imagens, na cidade de Maceió, Estado de Alagoas.

Sala da Comissão, 18 de abril de 2003. –
Osmar Dias, Presidente – **Jefferson Péres**, Relator
– **Fátima Cleide** – **Flávio Arns** – **Ideli Salvatti** –
Duciomar Costa – **Aelton Freitas** – **Íris de Araújo** –
Valdir Raupp – **Gerson Camata** – **Sérgio Cabral** –
Lutz Otávio – **José Jorge** – **Renildo Santana** –
Leonel Pavan – **Reginaldo Darte** – **Almeida Lima**.

REQUERIMENTO DE INFORMAÇÃO

Nº 143, DE 2003

Solicito, nos termos do § 2º do art. 50, da Constituição Federal, e dos arts. 215 inciso I, alínea a e 216 incisos I, IV e V do Regimento Interno do Senado Federal, sejam requeridas ao senhor Ministro de Estado das Comunicações informações referentes à regularidade do processo licitatório a que se refere a Mensagem Presidencial nº 295, de 2002 (TVR nº 2.015, de 2002), que submete à apreciação do Congresso Nacional o ato constante do Decreto de 15 de abril de 2002, que outorga concessão à Elo Comunicação Ltda., para explorar, pelo prazo de quinze anos, sem direito de exclusividade, serviço de radiodifusão de sons e imagens, na cidade de Maceió, Estado de Alagoas.

Sala das Comissões, 18 de março de 2003. –
Osmar Dias, Presidente – **Jefferson Péres**, Relator
– **Fátima Cleide** – **Flávio Arns** – **Ideli Salvatti** –

**Aelton Freitas – Íris de Araújo – Valdir Raupp –
Gerson Camata – Sérgio Cabral – Luiz Otávio –
José Orge – Renildo Santana – Leonel Pavan –
Almeida Lima.**

**DOCUMENTOS ANEXADOS NOS TERMOS
DO ART. 250, PARÁGRAFO ÚNICO DO
REGIMENTO INTERNO.**

OF. SF/668/2003

Em 20 de maio de 2003

A Sua Excelência

Senador Osmar Dias

Presidente da Comissão de Educação

Senado Federal

Senhor Presidente,

Tenho a honra de enviar a Vossa Excelência, o Aviso nº 188/2003, de 14 do corrente, do Ministro de Estado das Comunicações, encaminhando as informações em resposta ao Requerimento nº 143, de 2003, de iniciativa da Comissão de Educação.

Com referência ao Parecer/Conjur/MC nº 2.640/2002, citado às fls. 268, do processado do Projeto de Decreto Legislativo nº 645, de 2002, o mesmo encontra-se às fls. 170, da referida proposição.

Esclareço, outrossim, que as informações também foram anexadas ao processado da matéria acima citada, que retorna à essa Comissão para continuar sua tramitação.

Atenciosamente, – **Romeu Tuma**
Primeiro-Secretário.

Aviso nº 188 /2003/MC

Brasília, 14 de maio de 2003

A Sua Excelência o Senhor

Senador Romeu Tuma

Primeiro-Secretário do Senado Federal

Assunto: Requerimento de Informação nº 143, de 2003

Senhor Primeiro-Secretário,

Reporto-me ao Ofício nº 357 (SF), de 9 de abril de 2003, dessa procedência, por meio do qual foi encaminhada a este Ministério cópia do Requerimento de Informação nº 143, de 2003, de autoria do Exmº Senhor Senador Jefferson Péres.

2. A respeito do assunto, transmito a Vossa Excelência cópia do Memorando nº 394/2003/CONJUR-MC, de 29 de abril de 2003, bem como da documentação apensa em que o Consultor Jurídico deste Ministério presta as informações solicitadas.

Atenciosamente, – **Miro Teixeira**, Ministro de Estado das Comunicações.

Memo. nº 394/2003 /Conjur-MC

Em 29 de abril de 2003

A Senhora Chefe de Gabinete do Ministro

Assunto: Encaminhamento de Pareceres
Conjur

Encaminho a Vossa Senhoria cópia dos Pareceres Conjur-MC nºs 279/2003 e 284/2003, bem como os Despachos que os aprovaram, que tratam da Concorrência Pública nº 119/1997-SSR/MC a fim de que, por meio da Assessoria Parlamentar desse Gabinete, sejam encaminhados ao Senado Federal, em atendimento ao Requerimento de Informação nº 3, datado de 18 de março de 2003, do Senador Jefferson Péres da Comissão de Educação do Senado Federal

Atenciosamente, – **Erasmu Vila-Verde Filho**
Consultor Jurídico.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES
CONSULTORIA JURÍDICA
Órgão de execução da Advocacia-Geral da União
(Lei Complementar n.º 73, de 10/2/1993, art. 2º, II, "b")

PARECER CONJUR/MC N.º 279/2003.

Processo n.º 53000.003574/2003-57

Interessado: Comissão Especial de Licitação.

Assunto: Solicitação de orientação quanto aos procedimentos a serem adotados pela CEL, tendo em vista o contido no Parecer CONJUR/MC n.º 2639/2002, aprovado por despacho do Ministro de Estado das Comunicações de 23 de dezembro de 2002, publicado no Diário Oficial da União em 7 de janeiro de 2003.

Ementa: Despacho Ministerial. Manutenção, com ressalva. Cumprimento estrito de orientação do Tribunal de Contas da União, com efeito *ex nunc*. A aplicação retroativa de orientação do TCU, quando aquele Tribunal determinou fosse seguido o seu entendimento apenas em licitações futuras, fere os princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório e deve, portanto, ser afastada.

Conclusão: Pela aplicação do Despacho Ministerial de 23 de dezembro de 2002, publicado em 7 de janeiro de 2003, nos termos sugeridos pelo Parecer CONJUR/MC n.º 2639/2002, com as ressalvas contidas neste Parecer.

I – DO RELATÓRIO

Trata o presente expediente dos Memorandos n.º 028 e 035/2003, da Comissão Especial de Licitação deste Ministério, que solicita, em síntese, orientações desta Consultoria Jurídica quanto aos procedimentos a serem por ela adotados, em razão do contido no Despacho Ministerial de 23 de dezembro de 2002, publicado no Diário Oficial da União em 7 de janeiro de 2003, o qual determinou a revisão de todos os processos licitatórios compreendidos nos Lotes I a IV, em conformidade com o disposto no Parecer CONJUR/MC n.º 2639/2002.

2. O referido Parecer aborda questões que suscitam indícios de irregularidades praticadas pela Comissão Especial de Licitação na condução dos processos licitatórios referentes ao Lotes de I a IV, abertas em 1997 e 1998.

3. Da análise empreendida dos autos, pode-se sustentar que o ponto nodal da questão refere-se à *aplicação ou não de dispositivo editalício por parte da CEL, dada a interpretação que a referida Comissão teria adotado de manifestação do Tribunal de Contas da União*, que, sob o enfoque jurídico conferido à questão, é de crucial importância, sendo fator determinante no resultado final das referidas licitações.

4. A manifestação contida no Parecer CONJUR/MC n.º 2639/2002, além de focar o ponto em questão, ainda discorre sobre indícios de irregularidades que teriam sido praticadas pela Comissão Especial de Licitação no exercício de suas funções, o que, inevitavelmente, implica a necessidade de apuração dos fatos ali expostos, como forma de garantir e estabelecer a transparência dos atos administrativos praticados no âmbito do Ministério das Comunicações.

5. Sugere a ilustre parecerista que sejam adotadas medidas que visem sanar os erros e irregularidades suscitadas, assim concluindo:

" 1 – declaração de nulidade plena dos atos administrativos que outorgaram pontuação máxima a SISTEMA LAGEADO DE COMUNICAÇÃO LTDA, nas concorrências de que se trata e, bem assim, nas demais concorrências de que participe, retificando-os para a correta pontuação que, no caso destes autos, será de 98 (noventa e oito) pontos;

2 – alteração da pontuação, conforme já sugerido para, somente após a publicação da nova nota técnica da empresa SISTEMA LAGEADO DE COMUNICAÇÃO LTDA, acolher definitivamente seu pedido de desistência;

3 – alteração da pontuação técnica da mesma empresa nas demais concorrências referentes aos Lotes I, II, III e IV de que participe, onde vigora o critério da propriedade cruzada, considerando a data de 02/01/2001, momento em que passou a ser permissionária do serviço de radiodifusão sonora em FM, como marco inicial para o desconto;

*4 – correção de todas as pontuações irregularmente atribuídas aos proponentes das Concorrências dos Lotes I, II, III e IV e resultantes da não aplicação do mencionado critério, como medida de Justiça e respeito aos princípios e normas disciplinadores do procedimento licitatório, tendo em vista que a regra da propriedade cruzada vigora plenamente nas citadas concorrências;
(...) " (salientou-se).*

6. Nesse sentido, publicou-se Despacho Ministerial em 7 de janeiro de 2003, onde o então Ministro das Comunicações, acatando em sua totalidade as orientações contidas no referido Parecer, determinou, *verbis*:

" Processo n.º 53000.004190/02-71. Adoto o Parecer CONJUR/MC n.º 2639/2002. Recebo o recurso interposto pela GC Comunicações S/C Ltda., e dou provimento, determinando à Comissão Especial de Licitação que promova as medidas propostas no parecer que ora adoto. Determino, ainda, a revisão de todos os processos que cuidam da mesma matéria, mencionados ou não no citado parecer, para que seja aplicado tratamento igual a todas as licitantes que se encontrem em situação similar".

7. Essa determinação ministerial fez surgir alguns questionamentos por parte da CEL, constantes dos Memorandos n.ºs 028 e 035, de 21 de março e 4 de abril de 2003, respectivamente, ora analisados, os quais elencam situações que poderiam advir do efetivo implemento desse comando, nos seguintes termos:

" Memorando n.º 028/2003

A Comissão Especial de Licitação – CEL participa que, de ordem, cumprirá o despacho do Sr. Ministro, mas, para tanto, faz-se necessário a realização de estudo, envolvendo levantamento de todos os processos dos lotes 1 – editais de n.ºs 001 a 061/97; lote 2 – 062 a 115/97; lote 03 – 116º 164/97; lote 4 – 001 a 035/98, referente à análise de 197 editais de concorrência, para 517 (quinhentas e dezessete) localidades em todo o país, com uma abrangência de aproximadamente 3.000 (três mil) processos e, no mínimo 6.000 (seis mil) sócios, acionistas, etc.

...

Considerando as determinações contidas no Despacho do Senhor Ministro de 23 de dezembro de 2002, publicado no DOU de 07/01/2003, o qual foi exarado no Parecer CONJUR/MC n.º 2639/2002 (doc. 01) alcançará situações consolidadas de outorgas e permissionários e concessionários que já foram referendadas pelo Congresso Nacional, e se encontram funcionando regularmente, ocasionando um trabalho de pesquisa e de longa duração.

...

Pelo critério de reduzir pontos estabelecidos no edital e no despacho do ex-Ministro informamos que uma empresa outorgada, que tenha pago valor a maior, e que se encontra funcionando regularmente, pode vir a perder a licitação e ser obrigada a devolver a outorga concedida. Resta saber se a nova administração pública estará disposta a arcar com o ônus da devolução do valor pago, corrigido monetariamente, além de sofrer medidas judiciais de ações indenização por danos morais, materiais e de lucros cessantes".

Memorando n.º 035/2003

" Em aditamento ao documento da referência, encaminhamos a V.N. 03 (três) simulações com valores reais, sem os nomes das empresas que já possuem outorgas dos serviços e radiodifusão e encontram-se funcionando regularmente, quanto à aplicabilidade da redução de pontos, constantes do quesito 10.7.1.7, dos editais dos lotes 01 a 04, para aferir valores das perdas para o erário público, caso ocorra a devolução dos recursos, que serão corrigidos monetariamente, com juros, além das medidas judiciais de ações de indenizações por danos morais, materiais e de lucros cessantes, conforme anexo (doc. 01). (grifo nosso) ...".

8. A matéria posta em exame traz em sua essência um embate de teses entre a postura adotada pela CEL, que conferiu efeito *ex tunc* à orientação do TCU, e o Parecer CONJUR/MC nº 2639/2002, aprovado por despacho Ministerial, que sustenta ter a manifestação do TCU eficácia, tão-somente, em relação a futuras licitações.

9. Cumpre esclarecer que a orientação do Tribunal de Contas da União insurge-se contra o critério de pontuação que se convencionou chamar de "propriedade cruzada", segundo o qual são descontados pontos de licitantes que já possuem outorgas de serviços de radiodifusão. Aquele Corte de Contas entende que esse critério ofende o princípio da isonomia. Todavia, o TCU jamais mandou afastar esse critério de licitações em curso. Ou seja, esse entendimento do TCU tem eficácia apenas *ex nunc*.

10. Ocorre que a Comissão Especial de Licitação deste Ministério, antes mesmo que fosse proferida decisão do TCU sobre a matéria, passou a desconsiderar o referido critério de pontuação nas licitações em andamento, contrariando, assim, o item 10.7.1.7 do Edital de Concorrência Pública n.º 141/97-SSR/MC e malferindo os princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.

11. O mencionado despacho ministerial publicado em 7/1/2003, que aprovou o Parecer CONJUR/MC n.º 2639, determinou que fossem revisitos apenas os processos em que a CEL deixou de aplicar o critério da propriedade cruzada.

12. Vale dizer: em relação às licitações dos Lotes I a IV, cujo edital prevê o critério em exame, deve ser observada a cláusula 10.7.1.7 do Edital de Concorrência Pública n.º 141/97-SSR/MC. Com relação às demais licitações, do lote V em diante, não há discussão: o próprio Ministério se encarregou de afastar o critério da propriedade cruzada, razão por que o TCU entendeu ter ocorrido a perda de objeto da representação em que a matéria fora submetida à apreciação daquela Corte de Contas.

13. É esse o objeto da consulta submetida à apreciação da CONJUR.

II – DA FUNDAMENTAÇÃO

14. O Parecer CONJUR/MC n.º 2639/2002 esclarece que a CEL estaria se valendo de decisões do TCU para validar seus atos em detrimento das regras editalícias. A seguir, alguns pontos defendidos no referido parecer:

“(…) Ocorreu que, posteriormente, quando a Recorrente citou casos que ficou configurado tratamento diferenciado para situações similares, o presidente da CEL, sem enfrentar nenhum dos casos apontados, alegou que estaria agindo em observância a determinações emanadas do Tribunal de Contas da União.

Sobre essa postura, a única hipótese aceitável para justificá-la seria admitir que os membros da Comissão sequer leram as decisões que utilizam para esse fim, pois seus textos são de tamanha clareza que qualquer pessoa que se propuser a lê-los, não terá nenhuma dificuldade em lhes guardar fiel observância. Confira-se.

- *Decisão 1060/2000 – determina à ANATEL que suprima de futuros editais de licitação de autorização de serviços de telecomunicações o critério que atribui pontuação à proposta técnica em função do número de outorgas relativas ao licitante, vez que contraria legislação que regula esse assunto. (MMDS)*
- *Decisão 230/2001 – determina à ANATEL que nas próximas licitações de serviço de TV a Cabo que vier a realizar, estabeleça nos editais critérios de julgamento de proposta técnica objetivos relacionados unicamente com o objeto da licitação.*

Verifica-se, daí, que tais determinações são dirigidas à ANATEL e, por conseguinte, são decorrentes de análise de editais relativos a serviços de telecomunicações, onde o TCU determina que a ANATEL suprima, de futuros editais, o critério que atribui pontuação à proposta técnica em função do número de outorgas, e que estabeleça, nas próximas licitações, critérios de julgamento de proposta técnica objetivos relacionados unicamente com o objeto da licitação.

(...)

De qualquer sorte, todas as determinações do TCU no sentido de suprimir o citado critério, referem-se a futuros editais, próximas licitações, até porque não poderia ser diferente, considerando que supressões nos textos editalícios somente podem ocorrer quando ainda são objetos de análise, em forma de minuta, ou seja, não pode ser feita qualquer alteração nas regras estabelecidas no edital quando a licitação já estiver em curso.

Se assim não fosse, a Corte de Controle Externo teria também determinado à ANATEL e ao Ministério das Comunicações que anulassem todos os julgamentos anteriores de propostas técnicas que tivesse sido aplicado o critério de pontuação em função do número de outorgas. Mas assim não o fez, certamente porque, sendo o Edital a lei que rege o certame, dele não podem se desviar nem o administrador nem os administrados. (grifos do original)".

15. Não foi outro o entendimento do Tribunal de Contas da União quando da análise de representação feita àquela Corte acerca de indícios de irregularidades no processamento das licitações referentes aos lotes V a VII deste Ministério, onde foi abordado o tema em comento, merecendo os seguintes comentários daquele Tribunal:

" (...)

Observa-se que, nos editais posteriores constantes dos Lotes V, VI e VII, a disposição aqui questionada foi excluída. Dessa forma, deixa de haver necessidade de se determinar ao Ministério das Comunicações que deixe de incluí-las nos editais para outorga de concessão ou permissão de direito de exploração de serviços de radiodifusão que venha a realizar.

Os denunciante reclamam de supostos vícios das comunicações feitas para operacionalizar o dispositivo editalício em apreço (a cláusula 16.7.1.7) dos editais relativos aos lotes I a IV, cujas disposições, conforme informado, não mais constam dos editais relativos aos lotes V e posteriores; portanto, essa questão levantada perde o objeto."(grifo nosso)".

16. Conforme demonstrado, não há contradições entre o Parecer CONJUR/MC n.º 2639/2002 e a manifestação do TCU, pois esta não tem efeito retroativo, e aquela defende o cumprimento das regras estabelecidas nos Editais de Convocação. O que se percebe é que a CEL, equivocada e precipitadamente, *data venia*, passou a afastar o referido critério de pontuação das licitações em curso, infringindo, assim, o princípio legal da vinculação ao instrumento convocatório e, também, o da isonomia, na medida em que tratou de igualmentemente licitantes em igual situação, ora aplicando o critério da propriedade cruzada, ora deixando de aplicá-lo.

17. Dessa forma, não procedem algumas das preocupações levantadas pela CEL em seus memorandos. Como ela mesma afirma, vinha aplicando o referido critério de pontuação e, somente após ser instada a comparecer ao TCU para dar explicações, passou a não aplicar. Assim, a CEL não precisará fazer a revisão de todos os processos dos Lotes de I a IV. Deverá apenas rever aqueles em que deixou de aplicar o critério de pontuação pela chamada "propriedade cruzada".

18. Há, contudo, *data maxima venia*, uma ressalva a fazer no Parecer CONJUR/MC n.º 2639/2002, aprovado pelo despacho ministerial publicado em 7/1/2003. É que a revisão não deve ser tão abrangente quanto se extrai do aludido parecer.

19. Com efeito, as situações já consolidadas não devem ser revistas, em razão do princípio da estabilidade das relações jurídicas, que também há de ser levado em consideração na hipótese dos autos. A revisão determinada no aludido despacho ministerial não pode alcançar as concessões e permissões que já tenham sido aprovadas por Decreto do Presidente da República ou por Decreto Legislativo editado pelo Congresso Nacional, no exercício da competência que lhe é atribuída pelo § 3º do art. 223 da Constituição da República.

20. É que o Ministro de Estado das Comunicações, obviamente, não tem competência legal para anular atos praticados pelo Presidente da República ou pelo Congresso Nacional. A outorga de serviços de radiodifusão é ato composto, para o qual concorrem a vontade do Poder Executivo e a do Poder Legislativo na sua formação. E, no seu desfazimento, é necessária também a manifestação do Poder Judiciário, nos termos do § 4º do mesmo art. 223 da Constituição da República.

21. A relevância social dos serviços de radiodifusão, estreitamente relacionados com a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (CF, art. 5º, IX), impossibilita que a matéria fique relegada a segundo plano de competência legal, razão porque, segundo deve observar o sistema tripartite de exercício dos poderes do Estado.

22. É certo que a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de ilegalidade, como já dizia o verbete 473 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, atualmente positivado pelo art. 53 da Lei nº 9.784/99.

23. Ocorre, no entanto, que os atos de outorga de serviços de radiodifusão não são atos próprios da Administração, entendida como atividade típica do Executivo. Como visto, são atos compostos, em relação aos quais os três Poderes do Estado detêm parcela de competência constitucional. Não podem, portanto, ser anulados unilateralmente pelo Poder Executivo.

24. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.º 300.116-SP (2001/0005309-2), da lavra do eminente Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, conforme acórdão publicado no DJ de 25/2/2002, p. 222, e na RSTJ, v. 154, p. 104, sobre a matéria, assim se manifestou:

"I – Se não se nega à Administração a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer disso, o reino do arbítrio." (STF – RE 108.182/Min. Cezar Corrêa).

II – "A regra enunciada no verbete 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do Direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência." (STJ – RMS 407/Humberto).

III – A desconstituição de licitação pressupõe a instauração de contraditório, em que se assegure ampla defesa aos interessados. Esta é a regra proclamada pelo art. 49, § 3º da Lei 8.666/93.

IV – A declaração unilateral de licitação, sem assegurar ampla defesa aos interessados ofende o Art. 49, § 3º da Lei 8.666/93" (Grifou-se).

25. Essa é a hipótese objeto da presente ressalva. As outorgas que tenham sido aprovadas por decreto presidencial ou decreto legislativo, não podem ser objeto da revisão determinada no despacho ministerial publicado no DOU em 7/1/2003. Em tais situações, os atos não podem ser revistos porquanto já serviram de "fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência", sendo, portanto, insuscetíveis de anulação unilateral pelo Poder Executivo, conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, expressa no mencionado acórdão da lavra do eminente Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (RESP 300.116-SP, DJ 25/2/2002, p. 222, RSTJ, v. 154, p. 104).

III – DA CONCLUSÃO

26. Posto isso, com base nos fundamentos retro mencionados, onde fica evidenciado que *há consonância entre as disposições do Parecer CONJUR/MC n.º 2639/2002 e a manifestação do Tribunal de Contas da União*, esta Consultoria Jurídica sugere sejam adotadas as seguintes providências, sem prejuízo de outras que se fizerem necessárias:

- a) cumprimento da decisão constante do Despacho Ministerial de 23 de dezembro de 2002, publicado no Diário Oficial da União em 7 de janeiro de 2003, com a ressalva de que a revisão determinada não alcançará outorgas aprovadas por Decreto do Presidente da República ou por Decreto Legislativo do Congresso Nacional, as quais constituem atos que serviram “de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência”, insuscetíveis, portanto, de anulação unilateral pela Administração, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ora adotada (Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, RESP 300.116-SP, DJ 25/2/2002, p. 222, RSTJ, v. 154, p. 104);
- b) cumprimento das medidas sugeridas nos dispositivos finais do Parecer CONJUR/MC n.º 2639/2002 (itens de 1 a 6), com a ressalva constante da alínea “a” supra;
- c) esclarecimento no sentido de que o entendimento estabelecido no Ofício n.º 080/2002 do TCU tem efeito *ex nunc*, a partir do recebimento neste Ministério da comunicação daquela manifestação do Tribunal de Contas da União;
- d) encaminhamento dos presentes autos à Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica para que sejam apurados os indícios de irregularidade apontados no Parecer CONJUR/MC n.º 2639/2002.

É o Parecer. À consideração do Senhor Ministro de Estado das Comunicações.

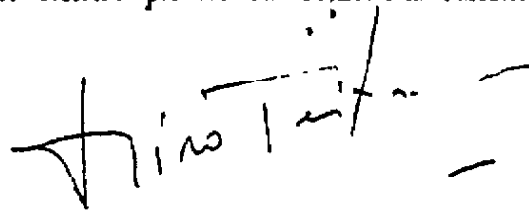
Brasília, 15 de abril de 2003.


ERASTO VILLA-VERDE FILHO
Consultor Jurídico

DESPACHO DO MINISTRO

Em 25 de abril de 2003

Processo nº 53000.003574/2003-57. Acolho o PARECER CONJUR/MC N.º 279/2003. O Despacho do Ministro de Estado das Comunicações de 23 de dezembro de 2002, publicado no Diário Oficial da União de 7 de janeiro de 2003, Seção 1, p. 71, referente ao Processo n.º 53000.004190/02-71, que determinou a revisão de todos os processos que cuidam da mesma matéria (licitação de serviços de radiodifusão), não alcançará outorgas já aprovadas por Decreto do Presidente da República ou por Decreto Legislativo do Congresso Nacional. Depois de outorgada a concessão de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens por Decreto do Presidente da República, exaure-se a competência do Ministro de Estado das Comunicações para praticar atos no processo licitatório que lhe deu origem. O dever da Administração de anular seus próprios atos, previsto no verbete n.º 473 da súmula do Supremo Tribunal Federal e positivado no art. 53 da Lei n.º 9.784/99, não pode alcançar atos que "tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência", conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ora esposada (v.g. acórdão proferido no RESP n.º 300.116-SP - 2001/0005309-2, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, publicado no DJ de 25/2/2002, p. 222, e na RSJ, v. 154, p. 104). À Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica, para cumprimento das orientações preconizadas no referido parecer da Consultoria Jurídica ora acolhido. Publique-se.



MIRO TEIXEIRA

Ministro de Estado das Comunicações

PARECER/CONJUR-MC/N.º 284/2003

Ref.: Processo nº 53000.005050/2003-09 (Anexos:
Processos nºs 53610.000055/98; 53610.000056/98;
53610.000057/98; 53610.000058/98; 53000.000153/98; e
53000.000305/2003

EMENTA: Decreto de outorga de concessão de serviço de radiodifusão de sons e imagens sob apreciação do Congresso Nacional, para os fins previstos no § 3º do art. 223 da Constituição Federal. Nulidade do despacho ministerial tornando sem efeito decisão anterior que respaldou o ato corporificado no Decreto presidencial. Requerimento de Informação nº 143, de 2003, do Senador Jefferson Péres.

I – RELATÓRIO

Trata-se de Requerimento de Informação de n.º 143, de 2003, do Senador Jefferson Péres, endereçado ao Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado das Comunicações, solicitando-lhe informações quanto à regularidade do processo licitatório a que se refere a Mensagem Presidencial n.º 295, de 2002, que submeteu à apreciação do Congresso Nacional o ato constante do Decreto de 15 de abril de 2002, de outorga de concessão à ELO COMUNICAÇÃO LTDA. do serviço de radiodifusão de sons e imagens, na cidade de Maceió-AL.

2. Sobre o assunto, a propósito, tramita neste Ministério o Processo nº 53000.000305/2003, relativo a recurso interposto pela empresa Elo Comunicação Ltda. contra ato do Senhor Ministro de Estado das Comunicações, que, em Despacho de 18 de dezembro de 2002, publicado no Diário Oficial da União de 7 de janeiro de 2003, Seção 1, p. 71, pretendeu invalidar decisão anterior que consagrou a Recorrente como apta a receber a concessão de serviço de radiodifusão de sons e imagens na cidade de Maceió-AL, em decorrência da Concorrência Pública nº 119/1997-SSR/MC, e veio de reconhecer como vencedora do certame, em seu lugar, a Rede União de Rádio e Televisão Ltda., tomando como base, para tanto, o PARECER CONJUR Nº 2640/2002, de 17 de dezembro de 2002.

3. O citado Despacho ministerial de 18 de dezembro de 2002 acolheu recurso da Rede União de Rádio e Televisão Ltda., reconhecendo-a como vencedora da licitação, quando já tinha sido encaminhado ao Congresso Nacional, por meio da Mensagem nº 295, de 2002, o Decreto de 15 de abril de 2002, de outorga de concessão à Elo Comunicação Ltda., para fins das disposições constantes do art. 49, inciso XII, combinado com o § 3º do art. 223 da Constituição Federal, o qual já havia sido aprovado pela Câmara dos Deputados, estando atualmente no aguardo de deliberação do Senado Federal.

4. Nesse mesmo Despacho, foi determinada a expedição de Aviso à Casa Civil da Presidência da República, solicitando gestões junto ao Congresso Nacional para devolução do Processo nº 53610.000055/98, de outorga de concessão à Elo Comunicação Ltda.

5. Em sua petição, requer, ao final, a Elo Comunicação Ltda.: o cancelamento, tornando sem qualquer efeito, o Despacho ministerial de 18 de dezembro de 2002; seja comunicado à Casa Civil da Presidência da República a desnecessidade de devolução, pelo Congresso Nacional, do processo de outorga de concessão; e seja comunicado ao Senado Federal, onde, atualmente, tramita o processo de outorga, da decisão cancelando o Despacho de 18 de dezembro de 2002.

6. O recurso interposto pela Elo Comunicação Ltda. foi recebido com efeito suspensivo, nos termos do Despacho de fl 30, do Senhor Consultor Jurídico, que no mesmo ato determinou a intimação da Rede União de Rádio e Televisão Ltda.

7. Em sua resposta, a Rede União de Rádio e Televisão Ltda., em petição datada de 24 de fevereiro de 2003, sustenta, em resumo:

- a) que o ato praticado pelo Senhor Consultor Jurídico, ao receber o recurso interposto pela Elo Comunicação Ltda. e dar-lhe efeito suspensivo, é nulo, por considerar que lhe falta competência para, em nome do Senhor Ministro, proferir despacho em petição de recurso;
- b) que o recurso da Elo Comunicação Ltda., visando garantir os efeitos do Decreto de 15 de abril de 2002 é inócuo, pois, de rigor, o ato de outorga somente produzirá efeitos legais após a deliberação do Congresso Nacional;
- c) que a adjudicação à Elo Comunicação Ltda. da concessão objeto da Concorrência nº 119/1997-SSR/MC decorreu de procedimento licitatório viciado, e que, portanto, é desprovida de amparo legal;
- d) que cabe ao Administrador anular seus próprios atos quando viciados de ilegalidade, e que, portanto, o Despacho do Senhor Ministro das Comunicações, de 18 de dezembro de 2002, publicado no Diário Oficial da União de 7 de janeiro de 2003, Seção 1, p. 71, que declarou a Rede União de Rádio e Televisão Ltda. vencedora da Concorrência nº 119/1997-SSR/MC, em lugar da Elo Comunicação Ltda., visou anular decisão anterior equivocada, pautada em procedimento licitatório viciado.

8. Com esses argumentos, em suma, a Rede União de Rádio e Televisão Ltda. requer, ao final, a declaração de nulidade do despacho exarado pelo Senhor Consultor Jurídico, e o não recebimento do recurso interposto pela Elo Comunicação Ltda.

9. Pois bem. Para a compreensão exata de toda a questão e até com o fito de melhor articular a manifestação jurídica que servirá de base para a decisão ministerial, nestes autos, em face do recurso interposto pela Elo Comunicação Ltda. e bem assim da resposta apresentada pela Rede União de Rádio e Televisão Ltda., convém fazer, com o máximo de objetividade e brevidade possível, o relato de todos os fatos, até porque já constituíram objeto do citado PARECER CONJUR/MC Nº 2640/2002.

10. De começo, portanto, importa registrar, aqui, que a Rede União de Rádio e Televisão Ltda. chegou, de fato, a ser declarada vencedora da Concorrência nº 119/1997, com resultado de julgamento, pela Comissão Especial de Licitação, publicado no Diário Oficial da União – DOU de 8 de novembro de 2001, Seção 3, p. 70.

11. No decorrer, contudo, dos procedimentos subsequentes, o Diretor do Departamento de Acompanhamento e Avaliação de Serviços de Radiodifusão, por meio do Memorando nº 109/2001/DAAR/SSR-MC, de 23 de novembro de 2001, de fl. 125, do Processo nº 53610.000058/98, comunicou à Comissão Especial de Licitação que a Rede União de Rádio e Televisão Ltda., vencedora, também, da licitação de concessão de outorga do serviço de radiodifusão de sons e imagens na cidade de Rio Branco – Acre (Edital nº 051/97 – SFO/MC), embora notificada, reiteradamente, a realizar, no prazo devido, o pagamento do preço da citada outorga, não o fizera, até aquele momento, contrariando, assim, dispositivo do respectivo edital de concorrência, e que outro não fora o objetivo da comunicação senão o de prevenir os responsáveis pela condução dos trabalhos de licitação sobre futuras adjudicações à mencionada empresa, em face do seu inadimplemento.

12. Em tomando conhecimento da referida comunicação, os membros da Comissão Especial de Licitação decidiram, por unanimidade, desclassificar a empresa licitante, Rede União de Rádio e Televisão Ltda., a teor das razões consubstanciadas na Informação nº 0002/2002/CEL-SSR/MC, de 6 de fevereiro de 2002, de fls. 141/143, do Processo nº 53610.000058/98, *verbis*:

"1. Vem a esta Comissão o Memorando sob referência, subscrito pelo Diretor do Departamento de Acompanhamento e Avaliação de Serviços de Radiodifusão – DAAR, cuja finalidade é "(...) prevenir essa Comissão Especial, ao que diz respeito a futuras adjudicações, face à inadimplência (...)” do concorrente Rede União de Rádio e Televisão Ltda., caracterizada pela recusa em celebrar o Contrato de Concessão relativo à outorga de serviços de radiodifusão de sons e imagens, de acordo com o estabelecido no Edital da Concorrência nº 051/97-SFO/MC, localidade de Rio Branco, Estado do Acre.

2. O Diretor do DAAR juntou o PARECER CONJUR/MC Nº 667/2.001, de 11 de maio de 2001, em cujo pronunciamento do parecerista é admitida a "possibilidade, in these, de assinatura do contrato de concessão após o prazo de 60 (sessenta) dias previsto no citado Regulamento", desde que se verifique a conveniência administrativa MÉRITO ADMINISTRATIVO da prorrogação (...)"

3. Foram juntadas, também, ao memorando, cópia de CERTIDÃO subscrita pelo Coordenador-Geral de Outorga, datada de 28 de agosto de 2001, e cópia do Ofício nº 6425/2001-DORS, de 29 subsequente, assinado pelo Diretor do Departamento de Outorga de Serviços de Radiodifusão, este endereçado ao Sócio-Gerente da Rede União de Rádio e Televisão Ltda., todos estes expedientes convocando representantes da citada empresa para a celebração do contrato.

4. Em resposta, o concorrente protocolizou, em 05/12/2001, na Delegacia Supervisora do Ministério, em Manaus, Estado do Amazonas, expediente em que solicita "(...) ampliação do prazo para a assinatura do contrato, ao mesmo tempo que formaliza consulta a essa DAAR, quanto a aceitação de títulos e papéis creditícios para pagamento dos valores ofertados" – Doc. Anexo

5. Como se verifica, a atitude cautelar do Diretor do DAAR merece a atenção desta Comissão, uma vez que o proponente, além de não ter cumprido outro compromisso assumido perante o Poder Público (Concorrência 051/97-SFO/MC, localidade de Rio Branco, AC – Serviço TV), como antes indicado, - vem propor ao Ministério das Comunicações a prorrogação do prazo para celebração de outro contrato de outorga de concessão, propondo condição de pagamento completamente diferente da prevista no Edital.

6. Assim, a Comissão Especial entende que, já estando o concorrente Rede União de Rádio e Televisão Ltda. em situação de inadimplência perante o Ministério, fica evidenciada sua incapacidade financeira para fazer face a mais um compromisso, caso venha a sagrar-se vencedor da Concorrência nº 119/97, localidade de Maceió, no Estado de Alagoas, serviço TV referenciado

7. Desta forma, e considerando que se trata de fato superveniente, só conhecido após a superação da fase classificatória do procedimento licitatório, não pode a Comissão Especial deixar de decidir sobre a permanência ou não do concorrente no respectivo certame, sob pena de incorrer em improbidade por ato de omissão, especialmente por tratar-se de fato danoso ao interesse público, que poderá ocorrer em futuro.

8. Ao agente público cabe a responsabilidade pelos atos que pratica e, como se trata de lesão previsível também contra o erário, importa dizer que estaria o agente incurso em improbidade civil, pois, a omissão dolosa ou culposa remete o responsável ao ressarcimento do dano, nos termos do art. 5º, da Lei nº 8.429/92 e art. 159 do Código Civil, ainda sujeito às penalidades pertinentes, previstas na Lei nº 8.112, de 1990.

9. Sendo esta Comissão Especial conhecedora do dano potencial que este caso encerra, o seu Presidente e seus membros titulares decidem, de ofício, pela exclusão da empresa Rede União de Rádio e Televisão Ltda., da Concorrência nº 119/97 – SSR/MC, localidade de Maceió, Estado de Alagoas, Serviço TV."

13. Decidida a exclusão, *rectius*, a desclassificação da Rede União de Rádio e Televisão Ltda., a Comissão Especial de Licitação reuniu-se em 8 de fevereiro de 2002, e nos termos da Ata de fl 88, do Processo nº 53610.000055/98, declarou vencedora da Concorrência nº 119/1997-SSR/MC a Elo Comunicação Ltda., classificada em terceiro lugar, pois a empresa que ficou em segundo lugar, qual seja, a OTP – Organização de Telecomunicações de Pernambuco Ltda. já houvera, em 4 de junho de 2001, formulado desistência do certame (cf. fl 118, do Processo nº 53610.000056/98), acatada pela Comissão Especial de Licitação (cf. Ata de fl 119, de 2 de julho de 2001, Proc. cit.).

14. Em 4 de março de 2002, foi publicado no Diário Oficial da União, na Seção 1, p. 49, Despacho do Senhor Ministro de Estado das Comunicações homologando a decisão da Comissão Especial de Licitação, que deu por vencedora da Concorrência a empresa Elo Comunicação Ltda.

15. Em ato contínuo, foi editado o Decreto de 15 de abril de 2002, que concedeu, além de outras entidades que menciona, à Elo Comunicação Ltda., a outorga para exploração do serviço de radiodifusão de sons e imagens na cidade de Maceió-AL. E, por meio da Mensagem nº 295, de 23 de abril de 2002, o ato constante do mencionado Decreto foi submetido à apreciação do Congresso Nacional, ao qual compete, nos termos do art. 49, inciso XII, combinado com o § 3º do art. 223 da Constituição Federal, apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão.

16. Assim, tendo sido encaminhada a matéria ao Congresso Nacional, há, praticamente, oito meses atrás, só em 3 de dezembro de 2002 é que veio o Sócio-Gerente da Rede União de Rádio e Televisão Ltda. de peticionar ao Senhor Ministro de Estado das Comunicações a nulidade do resultado do julgamento que desclassificou a referida empresa na Concorrência nº 119/1997, levada a efeito.

17. Submetido o recurso subscrito pelo Sócio Gerente da Rede União de Rádio e Televisão Ltda. ao exame e manifestação desta Consultoria Jurídica, esta, nos termos do PARECER CONJUR/MC Nº 2640/2002, de 17 de dezembro de 2002, concluiu, em síntese, pela ocorrência de uma série de equívocos na condução dos trabalhos da Comissão Especial de Licitação, e recomendando fosse declarada a nulidade do ato que considerou vencedora do certame a Elo Comunicação Ltda. e de todos os atos subsequentes. Adotando o aludido parecer, o Senhor Ministro das Comunicações deu provimento ao recurso interposto e, indo além do que fora recomendado pela CONJUR/MC, reconheceu como vencedora da Concorrência Pública nº 119/97 a empresa então recorrente (Rede União de Rádio e Televisão Ltda.), por meio do citado Despacho de 18 de dezembro de 2002, publicado no Diário Oficial da União de 7 de janeiro de 2003. Seção 1, p.71.

18. Na mesma data de 18 de dezembro de 2002, pelo Aviso nº 230/MC, o então Ministro das Comunicações solicitou à Casa Civil da Presidência da República gestão junto ao Congresso Nacional no sentido de vir a ser devolvido a esta Pasta o processo de concessão de outorga, com vistas à revisão dos fundamentos que levaram a adjudicação dos serviços à empresa Elo Comunicação Ltda.

19. Em 7 de janeiro de 2003, a Casa Civil da Presidência da República, por meio do Ofício nº 4-SUPAR/C.Civil, devolveu a questão a este Ministério, para reavaliação do que se pretendeu com o Aviso nº 230/MC.

20. Em 10 de janeiro de 2003, a **Elo Comunicação Ltda.**, tendo tomado conhecimento do despacho ministerial, de 18 de dezembro de 2002, que deu provimento ao recurso da **Rede União de Rádio e Televisão Ltda.**, e que, concomitantemente, a reconheceu como vencedora da licitação, protocolizou petição objetivando, em suma, a suspensão dos efeitos do referido despacho.

21. Esses os fatos sintetizados. Passo à manifestação jurídica.

II – FUNDAMENTAÇÃO

22. Preliminarmente, não assiste razão à da **Rede União de Rádio e Televisão Ltda.** em alegar que o ato praticado pelo Senhor Consultor Jurídico, ao receber o recurso interposto pela **Elo Comunicação Ltda.** e dar-lhe efeito suspensivo é nulo, por lhe faltar competência para, em nome do Senhor Ministro, proferir despacho em petição de recurso.

23. Com efeito, tendo sido remetido à esta Consultoria Jurídica, pelo Senhor Ministro de Estado das Comunicações, o Processo contendo o recurso da **Elo Comunicação Ltda.**, outra coisa não fez o Senhor Consultor Jurídico senão dar atendimento ao disposto no art. 16 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que estabelece:

"O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências."

24. Bem se vê, portanto, que o argumento da **Rede União de Rádio e Televisão Ltda.**, na vã e inócua tentativa de demonstrar a alegada nulidade do ato praticado pelo Senhor Consultor Jurídico não tem, absolutamente, qualquer sustentação, face à expressa disposição legal, acima transcrita. Quanto ao efeito suspensivo conferido ao recurso, a decisão do Senhor Consultor Jurídico se limitou a corroborar aquilo que já fora decidido pela Casa Civil da Presidência da República, que, em 7 de janeiro de 2003, por meio do mencionado Ofício nº 4-SUPAR/C.Civil, devolveu a questão a este Ministério, suspendendo, portanto, a decisão recorrida, que solicitara gestões ao Congresso Nacional visando à devolução dos autos ao Executivo.

25. No mérito de toda a questão atacada, tanto por parte da **Elo Comunicação Ltda.**, quanto da **Rede União de Rádio e Televisão Ltda.**, bem diversas devem ser as medidas de cunho administrativo em relação àquelas até agora adotadas.

26. Ora, tendo ou não ocorrido falhas no processo licitatório, nos autos da Concorrência Pública nº 119/1997-SSR/MC, não competia a este Ministério, *dada venia*, desconstituir ato corporificado em Decreto presidencial. Quanto muito poderia fazê-lo o próprio Presidente da República, se de tudo não houvesse, ainda, encaminhado o ato de outorga de concessão à apreciação do Congresso Nacional, que detém competência para aprová-lo ou não.

27. À toda evidência, o despacho ministerial de 18 de dezembro de 2002, que reconheceu a **Rede União de Rádio e Televisão Ltda.** como sendo a vencedora do certame, não se revestiu da necessária legitimidade e competência, não podendo, portanto, gerar qualquer efeito.

28. Com esses pressupostos, já de início despiciendo se me revela demostrar, aqui, minimamente, na análise de mérito tanto do recurso da **Elo Comunicação Ltda.**, como na resposta da **Rede União de Rádio e Televisão Ltda.**

29. O fato é que a análise da questão está preclusa na esfera do Poder Executivo.

30. E se enganos ou equívocos vieram a ocorrer na condução do procedimento licitatório, como, aliás, buscou-se demonstrar por ocasião do PARECER CONJUR/MC Nº 2640/2002, o máximo que era e é possível fazer é dar deles conhecimento ao Congresso Nacional, para sua deliberação, e não solicitar, *data venia*, a devolução do Processo a este Ministério, como sugerido no citado Parecer, *máxime* quando, àquela altura, sobre a questão já tinha deliberado a Câmara dos Deputados, tendo seguido a matéria à apreciação, por sua vez, do Senado Federal.

31. Ademais, não é crível que, passados oito meses da edição e publicação do Decreto de 15 de abril de 2002, pudesse, *data maxima venia*, vir a ser recebido o recurso da Rede União de Rádio e Televisão Ltda., e muito menos ter-lhe sido dado provimento, pela Administração, quando a matéria já estava em fase de alçada do Poder Legislativo.

32. Não quero dizer, aqui, que a Administração não possa rever os seus próprios atos, a qualquer momento, quando eivados de ilegalidade. Mas, no caso sob exame, porque manifestamente intempestivo o recurso apresentado pela Rede União de Rádio e Televisão Ltda., e porque, também, preclusa a questão na esfera do Poder Executivo, não poderia a Administração, em hipótese alguma, ter recebido e dado provimento ao recurso, a teor do Despacho ministerial de 18 de dezembro de 2002, e no mesmo ato reconhecer como vencedora da licitação empresa diversa daquela a que se refere o Decreto de 15 de abril de 2002, já sob apreciação do Congresso Nacional.

33. Quanto ao mérito em si do PARECER CONJUR/MC Nº 2640/2002, não há que se lhe fazer reparos, exceto em relação, *permissa venia*, ao que já foi dito e às questões específicas abaixo colocadas.

34. É de se ressaltar que as conclusões do Parecer foram baseadas, exclusivamente, em documentação trazida pela própria Rede União de Rádio e Televisão Ltda., anexa ao seu recurso, face à impossibilidade que teve a douta parecerista de compulsar os autos do processo de licitação, conforme, aliás, sua própria afirmativa, logo a seguir ao seu relatório, à página 3.

35. Assim, não teve oportunidade, certamente, a autora do PARECER CONJUR/MC Nº 2640/2002 de considerar as razões constantes da Informação nº 0002/2002/CEL-SSR/MC, de 6 de fevereiro de 2002, transcrita no item 9 deste Parecer, razões essas que levaram a Comissão Especial de Licitação a desclassificar a Rede União de Rádio e Televisão Ltda., mesmo a despeito de ultrapassada a fase de habilitação.

36. Nesse aspecto, em particular, peço vênias para sustentar, diferentemente do entendimento constante do PARECER CONJUR/MC Nº 2640/2002, que mesmo já ultrapassada a fase de habilitação, na licitação pública, não estará impedido, em absoluto, o julgador, diante de fatos supervenientes capazes de pôr em risco a execução do futuro contrato, de proceder ao reexame dos requisitos relativos à capacitação jurídica, técnica, ou financeira dos licitantes.

37. Outro não é o entendimento expresso na obra de Hely Lopes Meirelles - LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO - 13ª edição, Malheiros Editores, p. 143, abaixo transcrito, citando, por sua vez, Antônio Marcello da Silva, que teve sua tese "Qualificação dos licitantes na concorrência" aprovada, por unanimidade, no I Congresso Estadual do Ministério Público em São Paulo, em dezembro de 19721, RT 435/25:

"...Presentemente, aceitamos, com Marcello da Silva, que fatos supervenientes à habilitação ou só posteriormente chegados ao conhecimento do julgador justificam o reexame dos requisitos de capacitação jurídica, técnica ou financeira, "sempre que pesem no juízo da exequibilidade da proposta ou possam influir negativamente na efetivação do futuro contrato." A primeira hipótese, no dizer do citado autor, abrange os casos de "inviabilidade relativa da proposta", ou seja, aqueles em que uma oferta incomum, mas aparentemente viável, mostra-se, a final, inexequível, por não possuir o proponente os recursos técnicos ou financeiros específicos para sua execução, embora tenha sido regularmente habilitado de acordo com os requisitos exigidos no edital. São exemplos da segunda hipótese os casos que configuram impedimento para a contratação do proponente, tais como sua insolvência, a dissolução da sociedade ou a morte do licitante, a decretação de sua inidoneidade para contratar com a Administração e a redução da sua real capacidade operativa ou financeira, pelo comprometimento total ou parcial dos recursos existentes à época da elaboração da proposta. Qualquer desses fatos supervenientes, ou só chegados ao conhecimento do órgão julgador ou da autoridade competente para a homologação posteriormente à fase de habilitação, pode ensejar a desclassificação da proposta, que se tornou assim, manifestamente inexequível, e a eliminação do proponente. Agora, a lei encampou essa doutrina no art. 43, § 5º."

38. Com efeito, reza o citado art. 43, § 5º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:

"A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

.....

§ 5º Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incs. I e II) e abertas as propostas (inc.III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento." (negrito meu)

39. Vê-se, pois, que a Comissão Especial de Licitação, nesse aspecto, não agiu mal; ao contrário, agiu com cautela e responsabilidade, justificando, pormenorizadamente, sua decisão em desclassificar a Rede União de Rádio e Televisão Ltda.

PARECER CONJUR/MC Nº 234/2003

40. Por outro lado, assiste plena razão à autora do PARECER CONJUR/MC Nº 2640/2002 quando sustentou que não podia a Comissão Especial de Licitação ter acatado o pedido de desistência da OTP – Organização de Telecomunicações de Pernambuco Ltda., classificada em segundo lugar. É inquestionável essa posição, pois assim prescreve o mesmo art. 43 da Lei nº 8.666, de 1993, em seu § 6º:

"Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão."

41. Ora, compulsando os autos do Processo nº 53610.000056/98, à fls 118 e 119, vê-se que a desistência da citada empresa ocorreu em 4 de junho de 2001, e em 2 de julho de 2001 a Comissão Especial de Licitação acolheu, textualmente, a desistência formulada, após, portanto, a fase de habilitação, que ocorreu em 9 de setembro de 1999, a teor da publicação do Resultado de Habilitação, no Diário Oficial da União de 14 de setembro de 1999, Seção 3, p. 18.

42. Em assim tendo agido, equivocou-se a Comissão julgadora, pois, de fato, com a adjudicação dos serviços à terceira colocada, no caso a Elo Comunicação Ltda., deixará o erário de recolher importância mais vantajosa para a Administração, por ocasião da assinatura do futuro contrato.

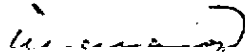
III – CONCLUSÃO

43. Destarte, considerando que os atos de outorga de serviços de radiodifusão não são atos próprios e exclusivos da Administração, assim entendidos como atividades típicas do Executivo, já que os três Poderes do Estado detêm sobre eles parcela de competência constitucional, como bem salientado, neste aspecto, em recente Parecer desta Consultoria Jurídica (PARECER CONJUR/MC Nº 279/2003, de 15 de abril de 2003); considerando, consequentemente, que o Presidente da República não poderia desconstituir seu próprio ato, consubstanciado no Decreto de 15 de abril de 2002, uma vez já tendo sido ele encaminhado ao Congresso Nacional, para os fins constantes do art. 49, inciso XII, combinado com o § 3º do art. 223 da Constituição Federal; considerando, ainda, que o Despacho ministerial de 18 de dezembro de 2002, publicado no Diário Oficial da União de 7 de janeiro de 2003, Seção 1, p. 71, não pode, muito menos, desconstituir ato de competência do Presidente da República, e que, portanto, não se revestiu, em qualquer momento, de legalidade para declarar a Rede União de Rádio e Televisão Ltda. como vencedora da licitação; considerando, finalmente, que a Câmara dos Deputados já se pronunciou sobre o ato constante do Decreto de 15 de abril de 2003 e que a matéria pende, agora, de deliberação do Senado Federal; sou de parecer que:

- a) seja comunicado ao Senado Federal, em atendimento ao Requerimento de Informação nº 143, de 2003, do Senador Jefferson Péres, cópia do despacho ora proferido neste Processo pelo Senhor Ministro de Estado das Comunicações, cuja minuta segue anexa, acompanhada de cópia deste e do Parecer de nº 2640/2002, a fim de que o Poder Legislativo, ao deliberar sobre a outorga, leve essas informações na consideração que julgar devida, no exercício independente do Poder que lhe confere a Lei Maior (art.2º);
- b) prestadas as informações ao Senado Federal, na forma da alínea “a” supra, fica prejudicado o recurso da ELO COMUNICAÇÃO LTDA. (Processo nº 53000.000305/2003), uma vez que não cabe ao Ministro de Estado das Comunicações decidir sobre matéria já submetida à apreciação do Poder Legislativo;
- c) seja publicado no Diário Oficial da União o Despacho do Senhor Ministro, dando-se, também, ciência aos interessados, por meio de Ofício.

É o Parecer que levo à apreciação do Senhor Consultor Jurídico, acompanhado de minuta de despacho a ser submetida à consideração do Senhor Ministro.

Brasília, 16 de abril de 2003



JORGE EUDES DO LAGO

Coordenador-Geral de Assuntos Administrativos

Estou de pleno acordo com o percuciente parecer, pelos seus próprios fundamentos. Peço licença apenas para transcrever, como reforço de fundamentação, excerto de parecer que proferi sobre situação semelhante, cujas considerações são também aplicáveis à hipótese em exame:

"19. Com efeito, as situações já consolidadas não devem ser revistas, em razão do princípio da estabilidade das relações jurídicas, que também há de ser levado em consideração na hipótese dos autos. A revisão determinada no aludido despacho ministerial não pode alcançar as concessões e permissões que já tenham sido aprovadas por Decreto do Presidente da República ou por Decreto Legislativo editado pelo Congresso Nacional, no exercício da competência que lhe é atribuída pelo § 3º do art. 223 da Constituição da República.

"20. É que o Ministro de Estado das Comunicações, obviamente, não tem competência legal para anular atos praticados pelo Presidente da República ou pelo Congresso Nacional. A outorga de serviços de radiodifusão é ato composto, para o qual concorrem a vontade do Poder Executivo e a do Poder Legislativo na sua formação. E, no seu desfazimento, é necessária também a manifestação do Poder Judiciário, nos termos do § 4º do mesmo art. 223 da Constituição da República.

"21. A relevância social dos serviços de radiodifusão, estreitamente relacionados com a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (CF. art. 5º, IX), impossibilita que a matéria fique relegada a segundo plano de competência legal, razão por que deve observar o sistema tripartite de exercício dos poderes do Estado.

"22. É certo que a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de ilegalidade, como já dizia o verbete 473 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, atualmente positivado pelo art. 53 da Lei nº 9.784/99.

"23. Ocorre, no entanto, que os atos de outorga de serviços de radiodifusão não são atos próprios da Administração, entendida como atividade típica e exclusiva do Executivo. Como visto, são atos compostos, em relação aos quais os três poderes do Estado detêm parcela de competência constitucional. Não podem, portanto, ser anulados unilateralmente pelo Poder Executivo.

"24. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 300.116-SP (2001/0005309-2), da lavra do eminente Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, conforme acórdão publicado no DJ de 25/2/2002, p. 222, e na RSTJ, v. 154, p. 104, sobre a matéria, assim se manifestou:

' I – Se não se nega à Administração a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer disso, o reino do arbítrio.' (STF – RE 108.182/Min. Oscar Corrêa).

II – “ A regra enunciada no verbete 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do Direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência. (STJ – RMS 407/Humberto). ”

III – A desconstituição de licitação pressupõe a instauração de contraditório, em que se assegure ampla defesa aos interessados. Esta é a regra proclamada pelo art. 49, § 3º da Lei 8.666/93.

IV – A declaração unilateral de nulidade de licitação, sem assegurar ampla defesa aos interessados, ofende o Art. 49, § 3º da Lei 8.666/93” (Grifou-s.).

“25. Essa é a hipótese objeto da presente ressalva. As outorgas que tenham sido aprovadas por decreto presidencial ou decreto legislativo, não podem ser objeto da revisão determinada no despacho ministerial publicado no DOU em 7/1/2003. Em tais situações, os atos não podem ser revistos porquanto já serviram de “fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência”, sendo, portanto, insuscetíveis de anulação unilateral pelo Poder Executivo, conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, expressa no mencionado acórdão da lavra do eminente Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (RESP 300.116-

SP, DJ 25/2/2002, p. 222, RSTJ, v. 154, p. 104)” (PARECER CONJUR/MC N.º 279/2003, de 15 de abril de 2003).

Depois de outorgada a concessão de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens por Decreto do Presidente da República, exaure-se a competência do Ministro de Estado das Comunicações para praticar atos no processo licitatório que lhe deu origem, sobretudo quando a outorga, como ocorre na hipótese dos autos, já foi submetida à deliberação do Congresso Nacional, para os efeitos do inciso XII do art. 49, combinado com o § 3º do art. 223 da Constituição da República, tendo até mesmo a Câmara dos Deputados aprovado a concessão, que aguarda apenas o pronunciamento do Senado Federal.

O dever da Administração de anular seus próprios atos, previsto no verbete n.º 473 da súmula do Supremo Tribunal Federal e positivado no art. 53 da Lei n.º 9.784/99, não pode alcançar atos que “tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência”, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ora esposada (v.g. acórdão proferido no RESP n.º 300.116-SP – 2001/0005309-2, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, publicado no DJ de 25/2/2002, p. 222, e na RSTJ, v. 154, p. 104).

O Despacho do Ministro de Estado das Comunicações de 18 de dezembro de 2002, publicado no Diário Oficial da União de 7 de janeiro de 2003, Seção 1, p. 71, que trata do assunto, foi exarado quando a matéria já estava aprovada na Câmara dos Deputados e em tramitação no Senado Federal, sendo, portanto, ineficaz, pois o Ministério não tem o poder de revogar ou anular decisões do Legislativo.

Não obstante, sugiro sejam encaminhadas ao Senado Federal cópias do presente Parecer e do PARECER/CONJUR/MC N.º 2640/2002, em atendimento ao Requerimento de Informação n.º 143, de 18 de março de 2003, do Senador Jefferson Péres, e a fim de que aquela augusta Casa de Leis, ao deliberar sobre a outorga, leve essas informações na consideração que

julgar devida, no exercício independente do Poder que lhe confere a Lei Maior (art. 2º), julgando-se prejudicado o recurso interposto pela empresa ELO COMUNICAÇÃO LTDA. (Processo nº 53000.000305/2003).

Aprovo o parecer e a respectiva minuta de despacho ministerial. Ao Gabinete do Senhor Ministro.

Em 16/4/2003


ERASTO VILLA-VERDE FILHO
Consultor Jurídico

**LEGISLAÇÃO CITADA ANEXADA PELA
SECRETARIA-GERAL DA MESA
CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 1988
TÍTULO IV
Da Organização dos Poderes
CAPÍTULO I
Do Poder Legislativo
SEÇÃO II
Das Atribuições do Congresso Nacional**

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

XII – apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;

**TÍTULO VIII
Da Ordem Social
CAPÍTULO V
Da Comunicação Social**

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

§ 1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§ 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

§ 4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

§ 5º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.

**PARECER Nº 624-A, DE 2003
Relator: Senador Jefferson Péres
I – Relatório**

Chega a esta Comissão, para exame em caráter terminativo, o Projeto de Decreto Legislativo nº 645, de 2002 (nº 2.089, de 2002, na Câmara dos Deputados), destinado a aprovar o ato constante do Decreto de 15 de abril de 2002, que outorga concessão à Elo Comunicação Ltda., para explorar serviço de radiodifusão de sons e imagens na cidade de Maceió, Estado de Alagoas. O ato foi submetido à apreciação do Congresso Nacional por meio de mensagem presidencial, nos termos do art. 49, XII, combinado com o art. 223, § 3º, ambos da Constituição Federal.

A exposição de motivos do Ministro das Comunicações ao Presidente da República, documento que integra os autos, dá conta de que a presente solicitação foi instruída de conformidade com a legislação aplicável, o que levou ao seu deferimento.

O referido projeto foi aprovado pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados, que seguiu o parecer favorável de seu relator. Na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação daquela Casa, o projeto foi considerado jurídico, constitucional e vazado em boa técnica legislativa.

O ato em análise foi objeto do Requerimento de Informações nº 143, de 2003, dirigido ao Ministro de Estado das Comunicações, tendo estado sobrestado até o recebimento dos esclarecimentos pretendidos.

II – Análise

Conforme determina o Regimento Interno do Senado Federal no seu art. 102, IV, cumpre à Comissão de Educação opinar acerca de proposições que versem sobre comunicação, imprensa, radiodifusão, televisão, outorga e renovação de concessão, permissão e autorização para serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, devendo pronunciar-se também sobre a constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa dessas proposições.

O exame da documentação que acompanha o PDS nº 645, de 2002, não evidenciou violação das formalidades estabelecidas na Resolução do Senado Federal nº 39, de 1992, norma interna disciplinadora do processo de exame e apreciação dos atos do Poder Executivo que outorgam ou renovam concessão, permissão ou autorização para que se executem serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

A matéria é de competência exclusiva do Congresso Nacional, sendo o projeto de decreto legislativo o instrumento adequado, conforme preceitua o art. 213, II, do Regimento Interno do Senado Federal.

A proposição oriunda da Câmara, destinada a aprovar o ato do Poder Executivo sob exame, atende aos requisitos constitucionais formais relativos à competência legislativa da União e às atribuições do

Congresso Nacional, nos termos dos arts. 49, XII, e 223 da Constituição. Constata-se que o referido projeto não contraria preceitos ou princípios da Lei Maior, nada havendo, pois, a objetar no tocante à sua constitucionalidade material.

III – Voto

Tendo em vista que o exame da documentação que acompanha o PDS nº 645, de 2002, não evidenciou violação das formalidades estabelecidas na Resolução do Senado Federal nº 39, de 1992, não havendo reparos quanto aos aspectos de constitucionalidade, juridicidade e de técnica

legislativa, e ante o recebimento dos esclarecimentos solicitados ao Ministro de Estado das Comunicações, opinamos pela aprovação do ato que outorga concessão à Elo Comunicação Ltda., para executar serviço de radiodifusão de sons e imagens na cidade de Maceió, Estado de Alagoas, na forma do Projeto de Decreto Legislativo originário da Câmara dos Deputados.

Sala da Comissão, 27 de maio de 2003. – Senador Osmar Dias, Presidente – Jefferson Péres, Relator – Flávio Arns – Duciomar Costa – Aelton Freitas – Íris de Araújo – Gerson Camata – Sérgio Cabral – Demóstenes Torres – Jorge Bornhausen – José Jorge – Renildo Santana – Marco Maciel – Reginaldo Duarte – Eduardo Azeredo – Almeida Lima.

LISTA DE VOTA, O NOMINAL - POS 645, 2002

LISTA DE VOTA, NOMINAL

[illegible]

TOTAL: 15 SIM: 14 NÃO: _____ ANS: _____ AUTOR: _____ PRESENTE: 01

SALA DAS REUNIÕES, EM 27.05.2003

SENADOR OSMAR DIAS
Presidente do Conselho de Educação