



624
7/10

ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0002036-79.2014.8.17.0000 (0328466-2)

AGRAVANTE: NOA – NÚCLEO DE ONCOLOGIA DO AGRESTE LTDA.

AGRAVADO: ESTADO DE PERNAMBUCO

COMARCA: 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL

RELATOR: Des. ANDRÉ OLIVEIRA DA SILVA GUIMARÃES

EMENTA: AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE REVELIA E CONFISSÃO FICTA DA FAZENDA PÚBLICA AFASTADAS. PROCESSO DE LICITAÇÃO CONSUMADO TENDO POR OBJETO A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE SUSPENDEU A ASSINATURA DO CONTRATO LICITADO POR SUSPEITA DE IRREGULARIDADES NA LICITAÇÃO. O VENCEDOR DO CERTAME NÃO TEM DIREITO SUBJETIVO À ASSINATURA DO CONTRATO, SENDO DETENTOR DE MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO.

1. A ausência ou intempestividade da manifestação prévia não implica em revelia e confissão ficta. Isto porque, de acordo com o art. 319 do CPC, somente a ausência de contestação gera tais efeitos. No mais, observa-se que a manifestação prévia foi tempestiva, pois se deu em 06/02/14, antes mesmo da juntada do mandado de intimação pessoal da Fazenda Pública, que só ocorreu em 10/02/14.

2. O edital da licitação previu que o contrato teria vigência de 12 (doze) meses contados da data da sua assinatura. Ocorre que, por suspeitas de irregularidade no certame licitatório, a administração pública sobrestou o ato de assinatura, pelo que se conclui que ainda não se iniciou a contagem do prazo de validade do contrato licitado.

3. Desse modo, sendo superadas as suspeitas de irregularidades no processo licitatório, o contrato pode ser finalmente firmado, com vigência de 12 meses a partir da data da sua assinatura.

4. No mais, a jurisprudência dos tribunais tem entendido que o vencedor do processo licitatório não é titular de nenhum direito antes da assinatura do contrato, tendo apenas mera expectativa de direito. Precedentes do STJ.

1



025
JP

ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

ACORDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo no Agravo de Instrumento nº 0328466-2, em que figuram como partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores que compõem a 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em sessão realizada em de de 2014, à unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Recife, 30 de maio de 2014.


Des. **ANDRÉ** Oliveira da Silva **GUIMARÃES**
Relator



626

ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0002036-79.2014.8.17.0000 (0328466-2)

AGRAVANTE: NOA – NÚCLEO DE ONCOLOGIA DO AGRESTE LTDA.

AGRAVADO: ESTADO DE PERNAMBUCO

COMARCA: 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL

RELATOR: Des. ANDRÉ OLIVEIRA DA SILVA GUIMARÃES

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo legal (fls.596/617) interposto por **NOA – NÚCLEO DE ONCOLOGIA DO AGRESTE LTDA.** contra decisão terminativa da lavra desta relatoria (fls.583/593) que negou seguimento ao recurso de agravo de instrumento interposto pela mesma, por entendê-lo manifestamente improcedente e contrário à jurisprudência dominante do STJ, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer movida em face do **ESTADO DE PERNAMBUCO**.

Alega a agravante, ora por meio de agravo legal, o seguinte: I) intempestividade da manifestação prévia do Fazenda Pública, implicando em revelia e confissão ficta; II) *periculum in mora* - vigência do contrato por doze meses a contar da data de sua assinatura, a qual deveria ter ocorrido até 31/12/2013; III) verossimilhança das alegações - existência de direito subjetivo à assinatura do contrato.

Pugna pela retratação da decisão recorrida e, subsidiariamente, pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Passo a DECIDIR.

VOTO

Compulsando os autos do presente recurso percebo que a agravante se utilizou dos mesmos

3



627
70

ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

fundamentos já rechaçados pela decisão terminativa de fls.583/593, deixando de trazer elementos novos capazes de alterar o convencimento do julgador.

Visto isso, peço venia para reproduzir os fundamentos já lançados na decisão recorrida, com as adaptações necessárias.

1) Alegação de intempestividade da manifestação prévia da Fazenda Pública, implicando em revelia e confissão ficta

Ao contrário do que afirma a agravante, a intempestividade da manifestação prévia não implica em revelia e confissão ficta. Isto porque, de acordo com o art. 319 do CPC, somente a ausência de contestação gera tais efeitos.

Portanto, não há que se confundir contestação com manifestação prévia, pois se tratam de meios de resposta distintos.

E, ainda que assim não fosse, há de se observar que a manifestação prévia da Fazenda Pública foi tempestiva, conforme pode ser observado do seguinte trecho da decisão monocrática:

"A apresentação da manifestação prévia se deu em 06/02/14 (fls.172), antes mesmo da juntada do mandado de intimação pessoal da Fazenda Pública, que só ocorreu em 10/02/14 (fls.170). Desse modo, forçoso concluir que a Fazenda Pública se manifestou antes mesmo do termo a quo de contagem do seu prazo para manifestação prévia."

Também não procede a alegação da agravante de que o prazo para a manifestação prévia teria se iniciado em 29/01/14, quando da retirada dos autos do cartório pela estagiária da Fazenda Pública (certidão fls.169).

Note-se que, nesse particular, não existe legislação autorizando estagiário a receber intimação em nome da Fazenda Pública.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

Ademais, a referida intimação, por ser a primeira participação da Fazenda Pública no processo, tem efeitos de citação, triangularizando a relação processual, de modo que o art. 215 do CPC exige que a mesma seja feita pessoalmente ao réu, ao seu representante legal ou ao procurador legalmente autorizado.

Ora, se nem mesmo o advogado, salvo poderes específicos, pode receber citação em nome da parte, o que se dizer do estagiário.

Por todo o exposto, não procedem as alegações da agravante.

II) ***Periculum in mora* - Alegação de vigência do contrato por doze meses a contar da data de sua assinatura, a qual deveria ter ocorrido até 31/12/2013**

Melhor sorte não acolha as alegações da agravante acerca do mérito do recurso, conforme se observa das razões abaixo expostas:

"Analisando os autos, percebo que a agravante não se desincumbiu do ônus de demonstrar o *periculum in mora* capaz de lhe gerar lesão grave e de difícil reparação como condição necessária para a concessão da tutela antecipada.

Isto porque, na hipótese, o contrato de prestação de serviço de oncologia (fls.111/124) tem vigência de 12 (doze) meses contados da data da assinatura do contrato. Sendo que o contrato ainda não foi assinado pela administração pública, o que impede o início da contagem do prazo de vigência.

Com efeito, ausente a assinatura da administração, o contrato não se aperfeiçoou, nas palavras de Washington de Barros Monteiro: "*Em tais condições é evidente que o ato, não tendo chegado a se completar, nenhum efeito pode produzir.*" ("Curso de Direito Civil", "Parte Geral", 1º vol., Saraiva, 20ª ed., 1981, p. 263)



629

ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

Por conseguinte, não se operou o termo a quo da contagem do prazo de vigência do contrato, de acordo com o que dispõe o processo licitatório nº 002/2013, itens 7.6; 15 e 14.1 do Anexo A, além de cláusula 4.1 do contrato (fl.114):

7.6 O contrato subordina-se à minuta constante do ANEXO E deste Edital, e vigorará pelo prazo de 12 (doze) meses, contados da assinatura do Contrato respectivo, podendo ser prorrogado nos termos do art. 57 da Lei Federal nº 8.666/93. (fl.53)

15.1 O Contrato terá vigência de 12 (doze) meses, a partir da data de sua assinatura, por um período de 12 (doze) meses, podendo ser prorrogado nos termos do art. 57, inciso II da Lei nº 8.666/93 e suas alterações, ilimitada a sua duração a 60 (sessenta) meses. (fls.58)

14.1 - O contrato terá vigência de 12 (doze) meses, a partir da data de sua assinatura, até 31/12/2013, em observância aos créditos orçamentários, devendo ser estendido no exercício subsequente para complementação do prazo anual. O contrato poderá, ainda, ser prorrogado em conformidade com o disposto no inciso II do artigo 57, da Lei nº 8.666/93 e suas alterações. (fl.70)

4.1 - O prazo de vigência do presente Contrato é de 12 (doze) meses, em obediência aos créditos orçamentário, devendo ser estendido mediante Apostilamento para complementação do período, o que após poderá ser prorrogado de conformidade com o artigo 57, Inciso II da Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações. (fl.114)

Dessarte, não prospera a alegação da agravante de que a demora na entrega da tutela jurisdicional -

6



630
R

ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

implicará a decadência do seu direito de contratar, pois, repita-se, a contagem do prazo de vigência só se iniciará na data da sua assinatura, o que não ocorreu até o presente momento.

Ainda, a jurisprudência apresentada pela agravante às fls. 571/573 não pode servir de parâmetro para a hipótese em apreço, pois, enquanto nos presentes autos o prazo de doze meses de duração do contrato somente começará a ser contado da data de sua assinatura, naquela o foi da data da publicação do resultado da licitação."

Note-se que a fixação de prazo para a assinatura do contrato (até 31/12/13) existe em observância aos créditos orçamentários do ano de 2013, o que não impede a assinatura posterior mediante nova previsão orçamentária, tanto é assim que edital de licitação possibilitou a prorrogação do contrato no exercício financeiro subsequente.

Com base nisso, rechaço as alegações da agravante.

III) Verossimilhança das alegações - Alegação de existência de direito subjetivo à assinatura do contrato.

Mais uma vez, não têm respaldo jurídico as alegações da agravante, o que se vê dos seguintes fundamentos já esposados na decisão monocrática, ora reproduzida:

"Quanto ao *fumus boni iuris*, não vislumbro verossimilhança nas alegações feitas pela autora/agravante que comprovem a obrigação da administração pública de contratar imediatamente o objeto da licitação, bem como que ela esteja agindo de maneira abusiva ao sobrestar a assinatura do contrato.

Como se sabe, a administração pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os

7



632

ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Gulmarães

tornem ilegais, porque deles não se originam direitos (Súm. 473 do STF).

No mesmo sentido é a redação dos arts. 49 e 59 da Lei 8.666/93:

Art. 49. 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.

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Visto isto, se a administração pública é capaz de anular os atos administrativos viciados a qualquer tempo, com muito mais razão pode apenas sobrestar a assinatura do contrato de licitação enquanto investiga os indícios de irregularidade no processo licitatório.

A respeito do tema colaciono a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AOS TRIBUNAIS DE CONTAS MUNICIPAL E ESTADUAL. VÍCIO DE ATO ADMINISTRATIVO. [...] LEGITIMIDADE DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE. AUTOTUTELA. REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO. AUTONOMIA DE VONTADE. ELEMENTO ESSENCIAL DO NEGÓCIO JURÍDICO. ADJUDICAÇÃO. EXPECTATIVA DE DIREITO. NÃO OBRIGATORIEDADE DE CONTRATAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Compete à Administração Pública proceder, por

8



622

ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

meio da autotutela, ao controle dos atos eivados de ilegalidade, expurgando-os quando constatado vício a inquinar de nulidade o procedimento administrativo. 2. In casu, foi constatado vício no processo licitatório, uma vez que o objeto do certame (contratação de serviços de vigilância e segurança) destinava-se tanto ao Tribunal de Contas do Estado quanto ao do Município. Daí a incompetência do TCE para licitar serviços em nome de outro ente público. 3. Ainda que a Administração Pública esteja sujeita a regime jurídico mais restrito e complexo, em atendimento aos princípios norteadores elencados no art. 37, caput, da CF e da Supremacia do Interesse Público, justificando, assim, a obrigatoriedade da licitação, não há falar em interferência na autonomia de vontade na celebração de contratos, elemento essencial para a existência do negócio jurídico, impondo ao Tribunal de Contas estadual a contratação compulsória da recorrente e, noutro viés, ao Tribunal de Contas municipal, que sequer participou do certame licitatório. 4. A atuação devida e esperada da Administração Pública de declarar nulo ato administrativo inquinado de vício não implica violação a direito líquido e certo, inexistindo, portanto, fundamento fático-jurídico para o deferimento da segurança. 5. Recurso ordinário não provido." (RMS 31.046/BA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 13/10/2010)

Note-se que a demora da administração em proceder à assinatura do contrato está fundamentada na suspeita de vícios de nulidade da licitação, dentre outros, por possível inobservância de normas editadas



623
24

ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

pelo Ministério da Saúde, conforme se infere da peça de manifestação prévia de fls. 172/180.

Portanto, é de se considerar plenamente justificada essa conduta da administração pública, não havendo se falar em qualquer abuso de direito de sua parte até o presente momento.

Do contrário, caberia à autora/agravante fazer prova robusta e indene de dúvidas acerca da ilegalidade da demora da administração em proceder à assinatura do contrato, o que não ocorreu. Se assim não fosse, a tutela pretendida acarretaria dificuldades à Administração Pública, imiscuindo-se o Poder Judiciário no poder discricionário da administração (conveniência e oportunidade), em prejuízo do interesse público.

Há ainda que se notar que a administração pública em nenhum momento abriu mão da contratação da agravante, pois ainda persiste o interesse na celebração do contrato, desde que se conclua que o procedimento licitatório está imune dos vícios que se investigam.

Em vista disso, qualquer discussão sobre revogação ou anulação da licitação extrapola a realidade dos autos, pois, repita-se, a administração pública ainda não revogou ou anulou a licitação.

Diante disso, cabe à autora/agravante tão somente cobrar da administração pública uma decisão, em tempo razoável, sobre a anulação ou não do processo licitatório, em observância ao princípio da duração razoável do processo (Art. 5º, LXXVIII, CF).

No mais, a jurisprudência dos tribunais tem entendido que o vencedor do processo licitatório não é titular de nenhum direito antes da assinatura do contrato, tendo apenas mera expectativa de direito, o que se observa do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. REVOGAÇÃO APÓS HOMOLOGAÇÃO. PREÇO ACIMA DO MERCADO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADA. 1. O Poder Público pode revogar o processo licitatório quando



034
AP

ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

comprovado que os preços oferecidos eram superiores ao do mercado, em nome do interesse público. 2. Para ultrapassar a motivação do ato impugnado seria necessária dilação probatória, incompatível com a estreita via do mandado de segurança. 3. O procedimento licitatório pode ser revogado após a homologação, antes da assinatura do contrato, em defesa do interesse público. 4. O vencedor do processo licitatório não é titular de nenhum direito antes da assinatura do contrato. Tem mera expectativa de direito, não se podendo falar em ofensa ao contraditório e à ampla defesa, previstos no § 3º do artigo 49 da Lei nº 8.666/93. Precedentes. 5. Recurso ordinário desprovido. (STJ - RMS: 30481 RJ 2009/0181207-8, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 19/11/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/12/2009)

Destarte, o único direito subjetivo do vencedor da licitação é a prerrogativa de travar o contrato preferencialmente aos demais licitantes, sem que isso implique obrigatoriedade de contratação, pois este ato se encerra no juízo de conveniência e oportunidade da administração (mérito administrativo).

Por fim, considero que a tutela pretendida pela autora/agravante trata-se, na verdade, de medida irreversível, pois, constituindo o contrato a última etapa do processo licitatório, sua formalização esvaziaria toda a discussão sobre possível ocorrência de violação a normas do edital.

Assim, levando em consideração que o presente recurso se desenvolve em um juízo de cognição não exauriente, mister se faz a formação de um conjunto probatório mais aprofundado, mormente para se esclarecer se existe abuso de direito na demora da assinatura do contrato por parte da administração, fator este incompatível com a concessão de uma



635
10

ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

medida antecipatória de caráter satisfativo e irreversível.

Ante o exposto, em face da regularidade da decisão monocrática proferida, estando ela conforme os ditames legais e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, **VOTO** pelo **NÃO PROVIMENTO** do presente Recurso de Agravo, ratificando os termos do *decisum* ora impugnado, ao tempo em que a submeto à apreciação desta Egrégia Câmara.

Recife, 30 de maio de 2014.


Des. **ANDRÉ** Oliveira da Silva **GUIMARÃES**
Relator