*LICITAÇÃO — LISTAS TELEFÔNICAS — CARTA-CONVITE**

— Manifestando a impetrante, publicamente, seu desinteresse em participar do processo seletivo (carta-convite) para a escolha da empresa encarregada de editar listas telefônicas, alegando oposição a critérios sobre a obrigação contratual, não pode, posteriormente, objetar, em juízo, aspecto formal.

— Inexiste, por outro lado, violação a direito individual, a ser reparada pela via do writ, *no fato consubstanciado na contratação direta, promovida em caráter emergencial, por força, mesmo, de demanda judicial em andamento, sendo certo que a suplicante não participou da licitação pertinente.*

— Mandado de segurança de que não se conhece.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Mandado de Segurança nº 106.759
Requerente: Editora de Guias LTB S.A.
Requeridos: Ministro de Estado das Comunicações e Presidente da Telesp
Relator para o acórdão: Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Plenário do Tribunal, prosseguindo no julgamento, por maioria, não conhecer do pedido, vencidos os Srs. Ministros Relator, Américo Luz, Carlos Thibau, Eduardo Ribeiro, Washington Bolívar e Carlos Velloso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de junho de 1985 (data do julgamento). — *José Dantas,* Presidente. — *William Patterson,* Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Editora de Guias LTB, inconformada com a contratação direta de editoras, com dispensa de licitação, para a edição de listas telefônicas para várias cidades do interior de São Paulo, impetrou Mandado de Segurança, com medida liminar, contra o Exmo. Sr. Ministro das Comunicações e o Presidente da Telesp.

Na inicial, acompanhada dos documentos de fls. 14-64, alega a impetrante, com base na Lei nº 6.874, de 3 de dezembro de 1980 e no Decreto nº 88.221, de 7 de abril de 1983, a obrigatoriedade da realização de licitação para a edição e comercialização de listas telefônicas. Ao final, requer a concessão da segurança para fins de serem anulados, tanto as autorizações conferidas pelo Ministro das Comunicações, quanto os contratos com base nelas celebrados.

Às fls. 66 notifiquei as autoridades apontadas coatoras, esclarecendo que o pedido de concessão de medida liminar seria apreciado posteriormente.

* Ver, sobre a matéria, o acórdão na Apelação em Mandado de Segurança nº 105.852, publicado na *RDA*, v. 160, p. 177-86.

O Ministro das Comunicações, prestando informações às fls. 76-8, argúi, preliminarmente, a intempestividade do *writ* e no mérito, juntamente com a Telesp (fls. 79-86), sustenta a legalidade do ato, consignando ser a dispensa de licitação figura contemplada no Decreto-lei nº 200/67, art. 126, § 2º, alínea *h* e no art. 52 da Portaria Ministerial nº 189/83. Finalmente, afirma que, embora tenham sido celebrados contratos por um ano, sem licitação, para a edição de listas telefônicas, essas licitações existem e estão em andamento.

Citados os litisconsortes passivos necessários oferecem resposta às fls. 111-2, fls. 124, fls. 125-46 e fls. 149-56.

Parecer da Douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 181-3), opinando pelo não conhecimento ou pela denegação do *mandamus*.

Apreciei, então, o pedido de liminar, indeferindo-a, por ausência dos pressupostos do art. 7º, item II, da Lei nº 1.533/51 e determinei a imediata inclusão na pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: Preliminarmente, devo salientar, visando a boa ordem no julgamento deste mandado de segurança, que a matéria, no mérito, é idêntica à do que anteriormente julguei (MS nº 106.239-DF).

Apenas daquele se distingue quando as dignas autoridades impetradas, ao prestarem suas informações, argúem a intempestividade do *writ*, ao afirmarem que a autorização dada pelo Ministro para que a Telesp contratasse, com dispensa de licitação, a edição de listas telefônicas do interior de São Paulo, ocorrera há mais de 120 dias, uma vez que o ato ministerial data de 29 de outubro de 1984.

A seu turno, afirma a impetrante:

"Com efeito, no *Diário Oficial* da União, não saiu publicação alguma dispensando licitação para esta cópia de contratos, travados com a mesma beneficiária do contrato para as listas de São Paulo e Guarulhos e com outras empresas. Sem embargos, ditos contratos foram celebrados.

A impetrante não pôde disto tomar conhecimento pelo *Diário Oficial*, como competia. O notório princípio da publicidade dos atos administrativos também foi pisoteado. Veio a saber da chusma de contratos por publicação de notícia no jornal *O Estado de São Paulo* (Docs. 4 e 5) e na *Revista Nacional de Telemática* (Doc. 6, p. 71), a qual, note-se, não é órgão oficial do Ministério das Comunicações ou da Telesp."

Em verdade, após exaustiva pesquisa, não se encontrou a publicação do ato ministerial que autorizou tais contratações. Nem na parte I do *DOU* e, tampouco, em sua parte II, onde publicada fora a autorização para contratar com dispensa de licitação, no mandado há pouco julgado (MS nº 106.239).

Contrariado fora, assim, um dos princípios que regem a licitação, qual seja o da *publicidade de seus atos*.

Neste particular, a jurisprudência da Corte está firmada no sentido de que a publicação regular do ato administrativo, no órgão oficial, é requisito de sua eficácia, pois só a partir dessa publicação é que produz ele seus efeitos.

Foi o que em verdade decidiu a E. Terceira Turma, ao julgar a AMS nº 88.178 do Rio Grande do Norte, relator, o eminente Min. Carlos Madeira, em acórdão com a seguinte ementa:

"Ato administrativo. Requisito de sua eficácia.

Se o ato administrativo deixa de ser regularmente publicado é ineficaz, não correndo contra os administrados o prazo nele estabelecido. Entende-se regular a publicação do ato de órgão ou ente público, quando feita no *Diário Oficial*" (ac. pub. no *DJ* de 18 de dezembro de 1980).

Com estes esclarecimentos, estou em que se deva conhecer da presente impetração.

Senhor presidente: Destaco a preliminar de conhecimento.

VOTO (MÉRITO)

O Exmo. Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: No que tange ao mérito, como salientei inicialmente, a matéria ora em discussão é idêntica a de que foi tratada no MS nº 106.239, razão que me leva a aqui transcrever os fundamentos ali expendidos nestes termos:

"O fundamento da autorização ministerial para contratar, referido e discutido na sentença e no acórdão que a manteve (AMS nº 105.852-SP) é o mesmo constante destes autos, isto é, vem escorado na Portaria nº 189, de 20 de outubro de 1983, art. 52, parágrafo único, que diz:

'Art. 52. O Ministério, em caso de impossibilidade, devidamente justificada pela concessionária, de cumprimento dos prazos e condições exigidos para licitação, poderá dispensá-la.

Parágrafo único. A contratação, com dispensa de licitação, de que trata este artigo não poderá abranger mais de uma edição e o contrato será improrrogável.'

Acontece, porém, que a matéria é regulada por lei específica — Lei nº 6.874/80 — que em seu art. 2º preceitua:

'Art. 2º A edição ou divulgação das listas referidas no § 2º do art. 1º desta lei, sob qualquer forma ou denominação e comercialização da publicidade nelas insertas são da competência exclusiva da empresa exploradora do respectivo serviço de telecomunicações que deverá contratá-las com terceiros, *sendo obrigatória, em tal caso, a realização da licitação*' (o grifo é nosso).

A seu turno, também o decreto regulamentador, o Decreto nº 88.221, de 1983, em seu art. 5º, reproduz a norma legal, estabelecendo a obrigatoriedade da licitação, nos contratos com terceiros para edição de listas telefônicas, *in verbis*:

'A edição de listas telefônicas e a comercialização de figurações especiais devem ser contratadas com terceiros, da iniciativa privada pela empresa exploradora do serviço público de telefonia, *mediante licitação.*'

O que aqui se vê é um ato de nível inferior — a portaria ministerial — contrariando normas legais — a Lei nº 6.874/80 e o Decreto nº 88.221 que a regulamentou e que impuseram, expressamente, que os contratos de listas telefônicas fossem precedidos de licitação.

Assim também entendeu a sentença de primeiro grau decidindo o mandado de segurança confirmado por maioria pela egrégia Terceira Turma, quando destaca:

'Não poderia a autoridade impetrada optar pelo convite a poucos interessados, quando o objeto litigioso é de valor extremamente elevado, enquadrando-se a hipótese, na verdade, no procedimento licitatório que consubstancia a concorrência; inexistia autonomia de vontade, ou discricionaridade na escolha, como defendem o impetrado, a União Federal e o Ministério Público. A atividade pública é legal, não podendo extrapolar dos limites que a lei lhe confere, distinguindo-se, portanto, diametralmente, da atividade particular que é apenas lícita, onde lhe é permitido agir desde que o comando legal não lhe proíba.'

A menção que se faz à autorização constante do Decreto-lei nº 200, de 1967, é de somenos importância; isto, porque, a Lei nº 6.874, de 1980, é bem posterior e determina, expressamente, que na hipótese *é obrigatória* a realização da licitação.

No caso concreto, descumpriu-se, entre outros, um dos princípios da licitação, que é o da igualdade entre os licitantes.

Ao propósito, pontifica Hely Lopes Meirelles:

'A igualdade entre os licitantes é o princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de

cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais.

O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público' (*Direito administrativo brasileiro*. 3. ed. p. 240).

Desta sorte, obrigada que estava a empresa impetrada a contratar com terceiros, através de licitação, por imposição legal, entendo serem nulos, de pleno direito, a autorização ministerial e o contrato nela apoiado, firmado com a empresa escolhida (Oesp Gráfica S.A.).

Ante o exposto, confirmando a medida liminar, concedo a segurança."

É o meu voto.

VOTO PRELIMINAR
(VISTA)

O Sr. Ministro William Patterson: A matéria discutida nestes autos é exatamente igual àquela objeto do MS nº 106.239-DF, motivo pelo qual leio e faço juntar cópia do voto que proferi, pertinente ao mesmo, para que sirva como razões de decidir, no particular.

Ante o exposto não conheço da segurança.

"VOTO PRELIMINAR
(VISTA)

O Sr. Ministro William Patterson: Editora de Guias LTB S.A. impetra mandado de segurança contra atos do Senhor Ministro das Comunicações e Presidente da Telesp, caracterizados na dispensa de licitação, autorizada pelo primeiro, e contratação celebrada pela segunda com a empresa Oesp Gráfica S.A., para editar listas telefônicas de assinantes e classificados, em São Paulo e Guarulhos.

Merece advertir, de início, que tal procedimento vem justificado pelas impetradas (União e Telesp) com o texto da Portaria nº 189, expedida pelo Ministro das Comunicações, usando da faculdade regulamentar que lhe confere o Decreto nº 88.221, de 1983 (art. 5º), de cujo art. 52 se lê:

'Art. 52. O Ministério em caso de impossibilidade, devidamente justificada pela concessionária, de cumprimento dos prazos e condições exigidas para licitação, poderá dispensá-la.

Parágrafo único. A contratação com dispensa de licitação, de que trata este artigo não poderá abranger mais de uma edição e o contrato será improrrogável.'

Trata-se, como visto, de uma providência emergencial e que foi utilizada em razão das dificuldades em manter atualizadas as referidas listas, em face de demanda judicial onde se questiona a validade da licitação geral. Tal posicionamento teve a respaldá-lo manifestação da Consultoria Jurídica do Ministério, resumida neste despacho de seu titular, Dr. Hélio Estrella (lê fls. 114).

Na verdade, o ora impetrante, embora não participando da licitação, realizada por meio de carta-convite, veio a juízo protestar contra o critério seletivo, obtendo êxito em primeira instância e neste egrégio Tribunal Federal de Recursos (AMS nº 105.852-SP) em julgamento realizado pela colenda Terceira Turma, em que restou vencido o Sr. Ministro Carlos Madeira, sendo o voto condutor do acórdão da lavra do Sr. Ministro Adhemar Raymundo, com a adesão do Sr. Ministro Hélio Pinheiro. Há notícia da interposição de recurso extraordinário.

Aparentemente poder-se-ia vislumbrar a legitimação de interesse da impetrante, no presente caso, em virtude do resultado pertinente ao citado processo. Todavia, as questões, para fins de deslinde, apresentam-se autônomas em seus pressupostos e distintas em seus objetivos.

De qualquer sorte, merece examinar, preliminarmente, o cabimento da ação mandamental, tendo em vista o aspecto da legitimação ativa da suplicante.

Com efeito, estabelece a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951:

'Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas-corpus*, sempre que, ilegalmente, ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.'

O interesse deve ser direto, vale dizer, só pode socorrer-se da medida aquele que sofrer, ilegalmente, violação ou ameaça de lesão a direito incontestável. Comentando a espécie, o insigne Hely Lopes Meirelles (In: *Mandado de segurança e ação popular*. p. 10) leciona:

'*Direito individual*, para fins de mandado de segurança, é o que pertence a quem invoca e não apenas à sua categoria, corporação ou associação de classe. É direito próprio do impetrante. Somente este direito legitima a impetração. Se o direito for de outrem não autoriza mandado de segurança(...).'

Desse entendimento não discrepa Milton Flaks (In: *Mandado de segurança — pressuposto da impetração*. p. 124), consoante se extrai de seu brilhante trabalho:

'Pacificou-se, na doutrina e na jurisprudência, que o mandado de segurança protege *direito subjetivo próprio* do impetrante, ressalvada a hipótese de substituição processual, e não simples *interesse*, por mais legítimo que se apresente.'

Reforça a tese com referências a Aliomar Baleeiro, Castro Nunes, Arnold Wald e Hely Meirelles.

Observe-se que nem mesmo em relação aos entes coletivos permite-se a faculdade de defender os interesses de seus associados, conforme vem entendendo a jurisprudência deste colegiado. A propósito, cito o MS nº 89.484-DF, relator o Sr. Ministro Gueiros Leite, de cujo voto extraio o seguinte trecho:

'Não há dúvida que o objeto do *writ* deve ser sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo a *direito individual*, líquido e certo, mas direito individual pertencendo a quem o invoca e não à sua categoria, corporação ou associação de classe.

Deve ser, portanto, direito *próprio* do impetrante, só assim capaz de legitimar a impetração, pois se o direito for de outrem, não autoriza mandado de segurança, podendo ensejar ação popular (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança e ação popular*. 5. ed. atualizada, n. 4, p. 15). Não há na lei do mandado de segurança qualquer texto que admita essa substituição processual, que o CPC também não prevê. Assim, em mandado de segurança, como em qualquer outra ação (excetuada a popular), ninguém está autorizado a ingressar em juízo para a defesa de direito alheio, como *substituto processual*, sem lei que o autorize (Celso Agrícola Barbi, *Do mandado de segurança*. 1960. n. 82, p. 61).'

Ainda sobre o tema, em caráter genérico, lembro arestos do pretório excelso, sendo relator o Sr. Ministro Luiz Gallotti (*RTJ*, 6/400 e *RDA*, 43/308), assim ementados:

'Mandado de segurança. Para requerê-lo há que invocar um direito subjetivo, não basta alegar um interesse.

Se o direito atingido pertence a outrem que não o requerente, não se conhece da impetração.'

'O mandado de segurança protege direitos e não simples interesses.

A ação popular não cabe contra quaisquer atos ilegais; visa aos lesivos ao patrimônio público.'

Não há a menor dúvida que a corrente vitoriosa é aquela que proclama destinar-se

o mandado de segurança à proteção de 'direito subjetivo próprio' e não apenas 'simples interesse'. Como muito bem acentuou Milton Flaks (In: *Mandado de segurança*. p. 125), 'há direito subjetivo quando o interesse se vincula diretamente ao indivíduo e a proteção que a lei lhe oferece decorre da necessidade exclusiva e imediata de assegurá-lo; no interesse legítimo, inexiste o vínculo direto, pelo que o fato jurídico só o afeta como parte da coletividade. Neste caso, a proteção tem em vista o interesse geral, só beneficiando o indivíduo na sua condição de membro do Estado'.

Interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável, na lição de Frederico Marques.

In casu, em momento algum se demonstrou a violação de interesse subjetivo próprio da impetrante. Já na AMS nº 105.852-SP, sem embargo do brilhantismo dos votos proferidos pelos eminentes colegas, peço vênia para emitir minha opinião pessoal no sentido de que, também ali, inexistia a defesa de um interesse individual. À licitação, que se fez por meio de carta-convite, não compareceu a impetrante, menos pela deliberada intenção de afastá-la do processo, como quer fazer crer, do que pelo seu desejo de não participar, consoante restou demonstrado de forma ampla e extravagante, ao fazer publicar, em matéria paga, assinada pelo seu presidente, Sr. Gilberto Huber, sob o título 'A licitação para as listas telefônicas' (cf. fls. 202), onde está dito:

'1. Tomamos conhecimento que a Telesp promoverá uma licitação para a edição das listas telefônicas da cidade de São Paulo.

A referida licitação não será realizada como deveria, por meio de concorrência pública, mas sim mediante 'cartas-convite' dirigidas a algumas empresas pré-selecionadas.'

E mais adiante, após tecer algumas considerações não sobre o sistema de escolha, diz, com todas as letras:

'Assinale-se, desde logo, que não pretendemos participar de licitação nestas condições.'

De advertir, ainda, que os termos da publicação denotam o inconformismo não com a forma da seleção, mas com as normas de execução do trabalho, que entendeu inviável economicamente, conforme se extrai dos seguintes lances (fls. 202).

Assim, jamais a impetrante se insurgiu contra a forma de licitação, só vindo a fazê-lo por meio das seguranças impetradas.

Ora, no MS nº 104.963-DF, em que foi relator originário o Sr. Ministro Geraldo Sobral e relator para o acórdão o Sr. Ministro Armando Rolemberg, prevaleceu a tese de que a impetrante, uma das concorrentes, não tinha legitimidade *ad causam*. É o que se lê do acórdão, assim ementado:

'Mandado de segurança — Ilegitimidade ativa da impetrante — Não é possível admitir que uma empresa participe de uma licitação, e, não sendo vitoriosa, a ataque posteriormente, ao fundamento de que não poderia ter sido efetuada — Não conhecimento do pedido.'

Significativos são os votos que comandaram tal posicionamento jurídico, entre os quais destaco os do Ministro Armando Rolemberg, Ministro Jarbas Nobre, Ministro Lauro Leitão, Ministro Carlos Madeira, Ministro Carlos Velloso. Como visto, este último chega a ponderar que se trata de hipótese que se adequa ao rito da ação popular.

Argumentar-se-á que a ora suplicante não participou da licitação, no que estaria livre para impugnar o processo. É óbvio que o argumento constitui um grande sofisma. Ora, se a sua ausência decorreu de oposição a critérios outros que não aquele de ordem formal, como publicamente manifestou, segue-se que, igualmente, não teria como reclamar do procedimento, em seus aspectos formais, principalmente pelo fato de que

nada impugnou ao tomar ciência da licitação.

Nestes autos, procura a impetrante anular a autorização expedida pelo Sr. Ministro das Comunicações à Telesp para contratar diretamente, com dispensa de licitação, as listas telefônicas de São Paulo e Guarulhos e para anular o contrato por esta celebrado com a editora Oesp Gráfica S.A.

Quais seriam as conseqüências da nulidade da licitação, no caso citado, e na desconstituição do contrato, neste processo? É evidente que tanto numa como noutra hipótese os interessados jamais obteriam uma reparação de direito, pois, individualmente, não sofreram qualquer lesão. No máximo poderiam ter uma expectativa em concorrer, e, assim mesmo, após o cumprimento de exigências, além de faltar-lhes quaisquer perspectivas de certeza da vitória.

O mandado de segurança não se presta para propósitos tão indefinidos e condicionais. Daí por que o insigne Hely Lopes Meirelles leciona com inegável acerto:

'(...) o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais' (op. cit. p. 10).

As nulidades propugnadas ajustam-se a outras providências judiciais, como, por exemplo, a ação popular, consoante lembrado no citado voto do Sr. Ministro Carlos Velloso, pois é ela 'um instrumento de interesse da coletividade, utilizável por qualquer dos seus membros', no dizer de Lopes Meirelles, onde se pugna por nulidade de atos e contratos ilegais ou lesivos. Isso, aliás, é o que ressalta da finalidade do mandado, isto é, o restabelecimento da suposta legalidade, em benefício de todos, porquanto inexiste direito próprio postergado.

Ante o exposto, não conheço da segurança."

EXTRATO DA ATA

MS nº 106.759-DF (6199755) — Rel. originário: Sr. Ministro Otto Rocha. Rel. para o acórdão: Sr. Ministro William Patterson. Reqte.: Editora de Guias LTB S.A. Reqdos.: Sr. Ministro de Estado das Comunicações e Sr. Presidente da Telesp. Litisc. Pass. Neces.: Guiatel — Editores de Guias Telefônicas, ABC — Listas Telefônicas S.A., ABC Listel e Editora Lista Telefônica Nacional Ltda. e outras. Advs.: Drs. Celso Antônio Bandeira de Mello e outros, José de Anchieta da Silva e outra, Cláudio Lacombe e outros, Wanderley Gregoriano de Castro e outro e Arthur Brandi Sobrinho e outros, A. C. Sigmarina Seixas e Carmo Domingos Jatene.

Decisão: o Plenário do Tribunal, preliminarmente, por unanimidade, conheceu do pedido, rejeitando a prejudicial de intempestividade. No mérito, após o voto do Sr. Ministro-Relator, deferindo o pedido, pediu vista o Sr. Ministro William Patterson (Em 13.6.85 — Plenário). Sustentação oral pela impetrante, Dr. A. C. Sigmarina Seixas; pela Telesp, o Dr. Carmo Domingos Jatene; pela Oesp Gráfica, o Dr. Cláudio Lacombe, e pela União Federal, o Dr. Geraldo Andrade Fonteles, Subprocurador-geral da República.

Aguardam os Srs. Ministros Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Leitão Krieger, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Jarbas Nobre, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz e Carlos Velloso. Ausentes na leitura do relatório os Srs. Ministros Armando Rolemberg, Geraldo Sobral e Hélio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. Ministro Sebastião Reis: No concernente à preliminar suscitada e acolhida pelo ilustre Ministro William Patterson, tendente à ilegitimação ativa da impetrante, por faltar-lhe essa condição da ação mandamental, acompanho S. Exa., com a vênia sempre devida ao eminente relator, Ministro Otto Rocha, e o faço porque, segundo inferi dos debates até agora travados, o que a impetrante afirma não é um direito público subjetivo seu, mas, sim, um direito objetivo à licitação em si mesma, anterior à sua participação futura e eventual, um direito à observância da lei, à realização do direito objetivo, independentemente de sua subjetivação, apresentando-se, apenas, como portador de um interesse legítimo, na linha de orientação da doutrina italiana, ou como detentor de um direito difuso ou eventual, sem ostentar titularidade pertinente, nele individualizada.

À luz dessas premissas, não conheço da impetração.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Ministro Américo Luz: Sr. Presidente.

No precedente caso mencionado nos votos dos eminentes Ministros-Relatores, William Patterson e Bueno de Souza, o Tribunal considerou a impetrante carecedora da ação mandamental, por ter participado da licitação. Agora, pelo pronunciamento do Sr. Ministro William Patterson, a impetrante é reputada carecedora da impetração por não ter participado da respectiva concorrência.

Entendo que há de prevalecer o entendimento constante do voto do eminente Ministro-Relator, pelo que, *data venia*, rejeito a preliminar suscitada.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, também estou convencido de que a impetrante não está a defender direito subjetivo, líquido, certo e individuado, mas direito objetivo em si mesmo, como aqui foi salientado.

Como tal entender, também com a devida vênia, acompanho o voto do eminente Ministro William Patterson.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima: Sr. Presidente — Ao ensejo dos debates havidos, na anterior sessão de julgamento, foi trazida parte da ementa do voto que proferi na Segunda Turma na AMS nº 102.095-DF dizendo-se as hipóteses iguais.

Convém esclarecer que ali disse eu o seguinte:

"A *preliminar* de ilegitimidade *ad causam* da impetrante Santa Bárbara Engenharia S.A., na qual insistem os apelantes, está ligada: primeiro, ao fato de a mesma haver sido excluída na primeira fase da licitação, quando foi inabilitada; segundo, à circunstância, argüida também contra a outra impetrante, de somente haver ingressado na Justiça para pedir a anulação da concorrência depois de haverem perdido. É o que se vê do apelo do IBDF, em passagens já lidas no Relatório e que são repetidas, com outras expressões, no apelo da Construtora SM Comércio Ltda. (fls. 230-2 e 258-61).

Por ambos os aspectos, a argüição está bem apreciada e rechaçada na sentença, para tanto bastando a afirmativa desta de que a impetração foi feita antes dos 120 dias da publicação do edital. Com efeito, o edital de concorrência é *ato administrativo* e, como tal, está sujeito, pelos prazos legais, a ser impugnado perante o Judiciário. E legitimidade para essa impugnação, em mandado de segurança, tem-na qualquer cidadão ou empresa que satisfaça as condições *legais* para candidatar-se à concorrência. Não apenas os já *inscritos* ou *habilitados* como querem os apelantes. A impugnação — e este é, precisamente, o caso — pode dizer respeito à própria *validade* do edital ou das

condições nele inseridas. Do contrário, seria fácil ao administrador *suprimir* a finalidade primeira da licitação, que é a de afastar o *arbítrio* na escolha das pessoas que devem negociar com a administração (cf. Hely Lopes Meirelles, citando vários publicistas, *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo, RT, 1973. p. 5 e segs.). Fraudar-se-ia a lei com a simples inclusão, no edital, de condições que desde logo impedissem a *inscrição* dos que não desfrutassem das boas graças do administrador. No caso, os apelantes chegam a pretender que a primeira impetrante teria perdido a legitimidade por ter sido inscrita mediante *liminar* em ação mandamental que a sentença de fls. 93 veio a considerar prejudicada. Ora, como é da maior evidência, isto lhe retiraria legitimidade para a segunda alternativa do pedido — *a de lhe ser adjudicada* a obra (*Inicial*. fls. 12). Não, para anular a licitação."

Tenho que as hipóteses são bem distintas, enquanto no caso em julgamento procura a impetrante anular um ato que autorizou a celebração de um contrato, sem que do fato lhe advenha dano, na AMS nº 102.095-DF tratava-se de empresa excluída da licitação porque inabilitada. Adiantei, então, que tinha legitimidade para impugnar através do mandado de segurança o edital qualquer cidadão ou empresa que reunisse as condições legais para candidatar-se e não apenas os já inscritos. É que a impugnação pode relacionar-se com a própria validade do edital ou com as condições aí inseridas.

Já com a presente segurança a impetrante, que declarou publicamente não desejar concorrer por serem as condições as mesmas que quase a levaram à falência, deseja anular uma licitação de que não participou, da qual não lhe adveio nenhum prejuízo.

Poderá ter interesse na nulidade, mas direito não. Ora, o mandado de segurança é para proteger direito líquido e não interesse. Percebi pelos debates e pelo voto do eminente Ministro William Patterson que a impetrante não demonstrou ter sofrido alguma lesão de direito com a prática do ato impugnado e, menos ainda, direito líquido e certo que lhe confira legitimidade ativa para vir requerer a proteção do *writ*.

Milton Flaks — *Mandado de segurança — Pressupostos da impetração*, a propósito, comenta:

"Pacificou-se, na doutrina e na jurisprudência, que o mandado de segurança protege direito subjetivo próprio do impetrante, ressalvada a hipótese de substituição processual, e não simples interesse, por mais legítimo que se apresente.

Definir direito subjetivo, com absoluta precisão, tem sido uma das questões mais árduas, dividindo-se os publicistas entre os vários conceitos propostos, já que nenhum satisfaz a todos. Daí não ser fácil estremá-lo de interesse legítimo.

Pode-se adotar, pela sua simplicidade e sentido prático, a distinção que fazem Salemi e Ranelleti, tendo em vista determinar, no direito italiano, se a competência para o exame da ilegalidade pertence aos tribunais ordinários ou ao contencioso administrativo: há direito subjetivo quando o interesse se vincula diretamente ao indivíduo e a proteção, que a lei lhe oferece, decorre da necessidade exclusiva e imediata de assegurá-lo; no interesse legítimo, inexiste o vínculo direto pelo que o fato jurídico só o afeta como parte da coletividade. Neste caso, a proteção tem em vista o interesse geral, só beneficiando o indivíduo 'na sua qualidade de membro do Estado'.

Não prosperou entendimento, ainda defendido por Celso Barbi e combatido por Pontes de Miranda, segundo o qual o *writ* poderia funcionar como sucedâneo ou alternativa das ações populares, amparando interesses legítimos, na conceituação dos administrativistas franceses e italianos (ver supra, n.os 26 e 27). Pretende-se, neste caso, que a legitimação ativa do titular de simples interesse estaria contida no § 2º do art. 1º da Lei nº 1.533/51, que dispõe:

'Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.'

Como acima referido, firmou-se a jurisprudência, acompanhando a maioria dos autores, em sentido radicalmente oposto. Sumulou o STF: *'O mandado de segurança não substitui a ação popular'* " (p. 124-5).

Hely Lopes Meirelles — *Mandado de segurança e ação popular*, p. 26 — esclarece:

"O essencial é que o impetrante tenha direito subjetivo próprio (e não simples interesse) a defender em juízo. Não há confundir interesse com direito subjetivo e, principalmente, com direito subjetivo líquido e certo, que é o único protegível por mandado de segurança."

De conseguinte, por não ter direito violado e nem sofrido dano com a prática do ato contra o qual se insurge, carece a impetrante da segurança por lhe faltar legitimidade. *Data venia* do eminente relator acompanho o voto do não menos eminente Ministro William Patterson para não conhecer da segurança.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Ministro Carlos Thibau: Sr. Presidente, no mérito, conheço do pedido, acompanhando o Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Leite: Sr. Presidente, quando do julgamento do mandado de segurança relatado pelo ínclito Ministro Geraldo Sobral, acompanhei S. Exa., por entender presente, *in casu*, a legitimidade ativa *ad causam*.

Por isso, preocupou-me, também, a incoerência apontada no voto do ilustre Ministro Américo Luz. Com efeito, convenci-me de que a hipótese aqui é outra, razão por que, *data venia* de S. Exa. o Ministro-Relator, na esteira do entendimento manifestado pelo eminente Ministro William Patterson, não conheço da impetração.

VOTO (VOGAL)

O Sr. Ministro Nilson Naves: Sr. Presidente, ao que também creio, a impetrante está pleiteando, em nome próprio, direito alheio. Não tem ela, assim, legitimidade ou pertinência subjetiva para a presente ação de mandado de segurança.

Com a devida vênia do eminente Ministro-Relator, acompanho o voto do eminente Ministro William Patterson.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Sr. Presidente, peço respeitosa vênia ao eminente Ministro William Patterson e a quantos o secundaram para dissentir.

Tecnicamente, de acordo com a doutrina mais tradicional sobre condições da ação, creio que a tese perfilhada por S. Exa. encontra amparo nos tratadistas. Entretanto, nesse tema, creio que os tribunais devem e têm evoluído.

Trata-se, no caso, de uma empresa que existe para editar listas telefônicas, e que se insurge contra o fato de a publicação da lista de São Paulo — possivelmente a mais importante do País — ser confiada a outra empresa, sem precedente licitação, o que a impediu de candidatar-se ao mesmo empreendimento. O Judiciário, entretanto, exime-se de examinar a postulação, afirma que a ela não pode responder, a fundamento de que carece de interesse. A impetrante, em tese, pode ser levada ao aniquilamento econômico sem meio de defender-se porque, contraditoriamente, careceria de interesse de agir.

Não se ignora que se está cogitando de interesse processual que não se confunde com o material. Mas mesmo aquele que reside na utilidade e necessidade do provimento jurisdicional creio que se há de ter

como presente, desde que não se empreste compreensão por demais rigorosa ao tema. Rigor que a meu ver não se recomenda, pena de a decisão do tribunal, digo-o com todo o respeito, afastar-se por completo da realidade do mundo.

Acena-se com a possibilidade da ação popular. Em verdade, a impetrante dela não se poderia valer já que privativa de pessoas físicas. Necessário o subterfúgio de alguém ajuizar aquela medida para, por este desvio, defender o interesse que realmente é da empresa. Prefiro ser menos apegado à forma e reconhecer que a impetrante reúne as condições necessárias a ver seu pedido apreciado. Se tem ou não razão é outro tema.

Peço vênia para acompanhar, na preliminar, o eminente Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Entre os pontos que avultam na filosofia da licitação, dois são marcantes: a igualdade e a moralidade.

A igualdade está em que não pode a administração livremente escolher o seu contratante, pena de a ela se imputar o privilégio de atribuir injustificadamente a um ou a alguns administrados contratos de interesse público.

A Constituição, em seu art. 153, § 1º, a tanto se opõe, quando estatui que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e concepções políticas".

O que o princípio objetiva é a seleção do contratante que, com a licitação, possibilita escolher o melhor em igualdade de condições entre o maior número possível de concorrentes. Aqui surge um novo princípio chamado de "universalidade".

No que respeita à moralidade, fico com o pensamento romano: "honeste vivere, alterum non lae deve, suum cuique libuere". "A qualidade que têm as ações de serem conformes ao princípio da moral: conduta regular, caráter moral das pessoas" (Laudelino Freire).

Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz (*Dispensa de licitação*, RT, 1980. p. 22) transcrevem exemplo de ferimento do princípio da moralidade em licitação:

"Com freqüência, os concorrentes, por vezes, com pelo menos a indiferença da administração, dividem entre si os eventuais proveitos da futura contratação. Formalmente, o procedimento licitatório se desenvolve à perfeição, e até mesmo o interesse público aparente está atendido. Pouco importará: evidenciada a colisão, a nulidade (além de apenamentos de outra índole) terá de ser a conseqüência, eis que profundamente violado o princípio da moralidade."

No caso dos autos, nada se diz, quanto ao respeito ao princípio da igualdade e da moralidade.

Resta atentar-se para a realidade e para a legislação aplicável, quando se tratar, como no caso, de urgência e de resolução de situação de quase calamidade.

A edição de listas telefônicas é obrigação das concessionárias do serviço público de telecomunicações.

O art. 1º da Lei nº 6.874/83, de 3 de dezembro de 1980, a tal propósito, é taxativo:

"A empresa exploradora de serviços públicos de telecomunicações é obrigada a divulgar, periodicamente, a relação de assinantes nas condições definidas em regulamento."

O regulamento foi baixado com o Decreto nº 88.221, de 7 de abril de 1983.

Leio seu art. 1º:

"A edição de listas telefônicas se compreende no regime de exploração do serviço público de telefonia, é inerente à prestação deste e se inclui na competência privativa da empresa exploradora desse serviço."

O art. 4º enumera preceitos a que se subordinam as listas telefônicas.

Entre eles está o mencionado no item II:

"A periodicidade da edição das listas será fixada pelo Ministério das Comunicações, considerando os acréscimos e alterações a serem procedidos nas listas e as demais conveniências técnicas, operacionais e econômico-financeiras."

A Portaria nº 189/83, do Ministério das Comunicações, em seu art. 18, determinou que as listas fossem editadas aunalmente, exceto a de endereços que será editada bienalmente.

Sendo obrigatória a licitação para a elaboração dessas listas e não podendo ser obedecido o prazo marcado para a sua edição, em face de que as impugnações judiciais ao processo licitatório, que a concessionária promove, têm solução demorada e imprevisível; em São Paulo, a questão chegou a um impasse, a começar pela desatualização da existente em mais de 80%.

É o caso que, além de causar prejuízos, a Telesp, não só pela perda de receita gerada pela propaganda comercial que é inserta na lista, aumenta as despesas com o serviço de auxílio à lista que, como alegado, está sobrecarregando em mais de 160 mil chamadas diárias.

Para contornar tal situação, viável foi a solução encontrada, qual seja, a tomada pelo Ministério, de recorrer à contratação com licitação por tomada de preços, solicitada por carta-convite.

Tal decisão não atenta contra o princípio legal que obriga a realização de licitação, mesmo porque a Lei nº 6.874/83 não estabeleceu o tipo de licitação, pelo que a tomada de preços é o meio admissível.

Ao contrário, o silêncio, quanto à modalidade da conveniência, deixa claro que a solução, por qualquer tipo previsto legalmente, ficou a critério da concessionária, tudo com o objetivo de possibilitar a edição das listas, que é essencial na prestação dos serviços concedidos.

Em face do exposto, indefiro o pedido de segurança.

VOTO (VOGAL)

O Sr. Ministro Gueiros Leite: Tenho voto idêntico ao proferido no Mandado de Segurança nº 106.239.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Ministro Carlos M. Velloso: Reporto-me ao voto que proferi no MS nº 106.239, cuja cópia faço anexar.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Ministro Carlos M. Velloso: Sr. Presidente, no Mandado de Segurança nº 104.963-DF, votei assim:

"Sr. Presidente, o mandado de segurança visa a proteger direito líquido e certo. Visa a proteger, pois, direito subjetivo.

No caso, a impetrante participou da licitação feita através de carta-convite e não foi bem-sucedida. Pretende, então, via desta ação sumaríssima, anular dita licitação, ao argumento de que a lei determina que esta licitação será feita através de concorrência pública. Falta-lhe, então, está-se a ver, direito subjetivo.

A questão se põe, no caso, fala-se em tese, no campo daqueles interesses que os juristas contemporâneos chamam de interesses difusos.

Na hipótese, Sr. Presidente, caberia, em tese, ação popular, desde que, ilegal o ato, comprovar-se a ocorrência de lesão ao patrimônio público.

Mandado de segurança, medida judicial destinada a proteger direito subjetivo, é que não cabe, no caso.

Com estas breves considerações, adiro ao voto do Sr. Ministro Armando Rolemberg."

Não posso votar da mesma forma, Sr. Presidente, neste caso. É que, neste caso, a impetrante não participou da licitação. Eu pergunto: estou incorrendo em algum erro de fato? Participou ou não participou da licitação? Houve licitação mediante carta-convite dirigida a algumas empresas? Houve carta-convite, ou não houve qualquer modalidade de licitação? O Sr. Ministro William Patterson vai esclarecer as minhas dúvidas.

O Sr. Ministro William Patterson: O caso deste mandado de segurança é diferente daqueles outros, pois não se trata de licitação por carta-convite. A Telesp contratou outra gráfica para a publicação das listas telefônicas por um ano, em caráter emergencial, enquanto se decide, em definitivo, a questão que foi julgada na Terceira Turma. Nessa, é que se discute o problema formal da licitação. Aqui é contratação com dispensa de licitação.

O Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso: Então, neste caso, não houve licitação. Neste caso, Srs. Ministros, não podemos afirmar não ter a impetrante direito subjetivo, ao argumento de que ela, não tendo sido bem-sucedida na licitação, vem depois reclamar contra a forma como se fez a licitação. No caso, o direito da impetrante é o de participar de uma concorrência que a lei determina seja realizada. Argumentou o eminente Ministro William Patterson, e neste ponto é que realmente fiquei de uma certa forma em dúvida, que a impetrante não participou por vontade própria, tanto que fez uma declaração nos jornais de que não participaria. Mas não posso admitir que uma simples intenção manifestada possa afastar o seu direito. O que é certo é que a licitação não se realizou. E, porque não se realizou a licitação, dela a impetrante não pôde participar, é claro.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: V. Exa. me permite?

O Sr. Ministro Carlos M. Velloso: Com todo o prazer.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Certamente V. Exa. se lembra de que, com a devida vênia do Sr. Ministro William Patterson, declinei destas razões para decidir, concluindo com S. Exa.

O Sr. Ministro Carlos M. Velloso: Quer dizer que V. Exa. não entendeu relevante este argumento?

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Mas, a despeito disto, por outros argumentos, concordei com S. Exa.

O Sr. Ministro Carlos M. Velloso: Ora, se a lei determina que se faça uma licitação, se esta licitação não se realiza, aquelas pessoas que desejavam participar de licitação têm direito de pedir ao Judiciário a tutela jurisdicional.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: O sentido do meu aparte foi somente ponderar a V. Exa. que, no que diz com o meu voto, eu não considerei relevante o fato de a impetrante ter divulgado o seu propósito de não competir.

O Sr. Ministro Carlos M. Velloso: V. Exa. chegou, por outros caminhos, ao mesmo resultado.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Pelo mesmo caminho, mas sem o auxílio desses comemorativos.

O Sr. Ministro Carlos M. Velloso: Realmente, impressionou-me, à primeira vista, a publicação feita, mas confesso que, meditando melhor a respeito da questão, não posso admitir que uma mera intenção, mesmo que publicamente manifestada, pudesse justificar o afastamento da exigência que a lei faz, a solenidade que a lei exige para o ato, certo que as razões da lei são importantes, nós todos sabemos, porque visam a afastar a possibilidade da ocorrência de nepotismo, de filhotismo e de todos esses "ismos" que os homens de bem deste país pugnam por afastar. Não digo que, no caso, tenha ocorrido qualquer dessas modalidades pouco recomendáveis. Raciocino em termos objetivos: se a lei exige a concorrência pú-

blica, não posso ler na lei de outra forma, e reconheço existir direito subjetivo da empresa que não concorreu, porque não se cumpriu a lei.

Com a vênia devida ao Sr. Ministro William Patterson, afasto a preliminar.

EXTRATO DA ATA

MS nº 106.759-DF (6199755) — Rel. originário: Sr. Ministro Otto Rocha. Rel. para o acórdão: Sr. Ministro William Patterson. Reqte.: Editora de Guias LTB S.A. Reqdos.: Sr. Ministro de Estado das Comunicações e Sr. Presidente da Telesp. Litisc. Pass. Necess.: Guiatel — Editores de Guias Telefônicas, ABC — Listas Telefônicas S.A., ABC Lista e Editora Lista Telefônica Nacional Ltda. e outras. Advs.: Drs. Celso Antônio Bandeira de Mello e outros, José de Anchieta da Silva e outra, Cláudio Lacombe e outro, Wanderley Gregoriano de Castro e outro e Arthur Brandi Sobrinho e outros.

Decisão: o Plenário do Tribunal, prosseguindo no julgamento, por maioria, não conheceu do pedido, vencidos os Srs. Ministros Relator, Américo Luz, Carlos Thibau, Eduardo Ribeiro, Washington Bolívar e Carlos Velloso. (Em 20.6.85 — Plenário).

Os Srs. Ministros Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Leitão Krieger, Costa Leite, Nilson Naves, Jarbas Nobre, Carlos Madeira, Gueiros Leite e Torreão Braz votaram de acordo com o Sr. Ministro William Patterson, designado para lavrar o acórdão. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rolemberg, Hélio Pinheiro, Lauro Leitão e Geraldo Sobral. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.