AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2000425-48.2013.815.0000 – 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL
RELATOR: Desembargador José Aurélio da Cruz
AGRAVANTE: Gilmara Martins das Neves ME – IR TELECOMUNICAÇÕES E ESTRUTURA METÁLICAS
ADVOGADO: Antonio Sergio Meira Barreto
AGRAVADO(1): Pregoeiro da Secretaria de Estado da Administração – Gerência Executiva de Licitações
AGRAVADO(2): Santa Júlia Incorporadora e Construtora Ltda.
AGRAVADO(3): Gradual Comércio e Serviços Ltda.
AGRAVADO(4): Estado da Paraíba, representado por sua Procuradora Monica Nobrega Figueiredo.

DECISÃO MONOCRÁTICA

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO PRESENCIAL. IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. ATO ATRIBUÍDO AO PREGOEIRO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EFEITO TRANSLATIVO. EXTINÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. PREJUDICADO O MÉRITO DO AGRAVO.

- No mandado de segurança que se insurge contra disposição constante no edital do pregão presencial, o pregoeiro, como mero executor material do ato, não é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

- A indicação errônea da autoridade coatora implica extinção do processo sem resolução de mérito, sendo vedada a concessão de prazo para a emenda da petição inicial, máxime porque a substituição do polo passivo provocaria a modificação da competência para o julgamento do mérito da impetração. Precedentes.

VISTOS, etc.

GILMARA MARTINS DAS NEVES ME – IR TELECOMUNICAÇÕES E ESTRUTURA METÁLICASO interpôs

AGRAVO DE INSTRUMENTO contra a decisão proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara da Fazenda Pública, o qual INDEFERIU medida liminar *inaudita altera pars* nos autos da **Ação de Mandado de Segurança** impetrado em face do Pregoeiro da Secretaria de Estado da Administração – Gerência Executiva de Licitações, no sentido de suspender o processo licitatório, a inabilitação de empresas que não atenderam o disposto em edital e a chamada das outras empresas classificadas no referido certame**.**

Argumenta que a Secretaria de Estado de Administração do Estado da Paraíba, por intermédio da Central de compras, tornou público o Edital do Pregão Presencial nº 178/2013 – Registro de Preços (Proc. Nº 19.000.007979.2013).

Argumentou, ainda, ter apresentado impugnação ao edital em 21/06/2013, notadamente quanto à inclusão da exigência de qualificação técnica em relação aos licitantes que participaram dos lances e estão habilitadas: SANTA JULIA INCORPORADORA E CONSTRUTORA LTDA e GRADUAL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA e, até a presente data não houve resposta por parte da administração.

Assim, pugnou pela concessão da tutela antecipada no sentido de suspender o processo licitatório nº 19.000.007979.2013 e para que sejam declaradas desabilitadas e/ou desclassificadas SANTA JULIA INCORPORADORA E CONSTRUTORA LTDA e GRADUAL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, tendo em vista a falta de comprovação de capacidade técnica e operacional, bem como a convocação das próximas empresas classificadas, notadamente, a empresa agravante.

Pedido de liminar indeferido (fls. 292/294).

Contrarrazões apresentadas pelas 3ª e 4ª agravadas (fls. 309/316 e fls. 333/337).

É o relatório.

DECIDO.

De início, tenho que assiste razão ao agravado (Estado da Paraíba) quanto à alegação de ilegitimidade passiva na autoridade apontada como coatora no processo originário – Mandado de Segurança nº **2000425-48.2013.815.0000.**

Com efeito, o impetrante requer nos autos do mandado de segurança sejam declaradas desabilitadas e/ou desclassificadas SANTA JULIA INCORPORADORA E CONSTRUTORA LTDA e GRADUAL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, tendo em vista a falta de comprovação de capacidade técnica e operacional, bem como a convocação das próximas empresas classificadas, notadamente, a empresa agravante.

Isso porque, conforme item 9.2.5 (Relativos à Qualificação Técnica) e Lei Federal 6.497/77, o Edital peca ao não prezar pela qualidade do serviço a ser executado, de acordo com o item 01 – DO OBJETO, vez que deixou de exigir, em relação aos licitantes a comprovação de existir em seu quadro funcional um profissional responsável pela atividade (técnico e/ou engenheiro mecânico), razão porque impugnou o Edital para fazer incluir esta exigência.

Nesse cenário, a insurgência se refere à necessidade de comprovação dos licitantes vencedores de possuírem em seu quadro funcional um profissional responsável pela atividade (técnico e/ou engenheiro mecânico).

Assim, entendo que a alteração do Termo de Edital não se inclui dentre as competências atribuídas ao Sr. Pregoeiro da Secretaria de Estado da Administração que é mero executor do ato impugnado, não possuindo qualquer ingerência sobre as regras do edital, mas limitando-se a cumpri-las, na forma exata em que redigidas.

Nesse mister, estabelece o artigo 6º, § 3º da Lei nº 12.016/09:

> Art. 6º § 3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

A esse respeito, esclarecem NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

> Autoridade coatora. É quem praticou o ato apontado como ilegal ou abusivo, ou de quem emanou a ordem para a prática do ato, vale dizer, quem pode corrigir o ato coator. **O mero executor da ordem não é autoridade coatora porque não pode rever nem corrigir o ato, pois apenas agiu em cumprimento a ordem superior.** (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 11ª ed, São Paulo: RT, pág. 1.706). [grifei].

No mesmo sentido, é a pacífica jurisprudência do STJ. Veja-se:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INSURGÊNCIA DA IMPETRANTE QUANTO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATA APROVADA EM OUTRA REGIÃO (BAIXO SAPUCAÍ) PARA O CARGO NO QUAL A AUTORA AGUARDAVA SUA CHAMADA (PENITENCIÁRIA REGIONAL DE FORMIGA/MG). PRETENSÃO DEDUZIDA CONTRA O SECRETÁRIO DE ESTADO DA DEFESA SOCIAL E O DIRETOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SÚMULA 83/STJ. ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. 1. Na origem, o Mandado de Segurança apontava a ilegalidade da nomeação de servidora - aprovada para as vagas na região

> de Baixo Sapucaí - para o cargo de Analista Nível I - Enfermagem, na Penitenciária de Formiga, onde a autora aguardava sua nomeação, considerando estar classificada em 6º (sexto) lugar e já terem sido nomeados os cinco primeiro aprovados. 2. **"Para efeito de definição da legitimidade passiva ad causam no mandado de segurança, autoridade coatora é aquele que pratica o ato vergastado e que detém, por isso mesmo, capacidade para seu desfazimento"** AgRg no RMS 39.566/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4.12.2013. 3. No caso concreto, a própria demandante reconhece, em sua inicial, que o ato de nomeação contra o qual se insurge foi praticado pelo Governador do Estado, competência prevista no art. 90, III, da Constituição do Estado de Minas Gerais. Acórdão recorrido em conformidade com precedentes do STJ. Súmula 83/STJ. 4. Ademais, a Teoria da Encampação não se aplica à hipótese dos autos, pois, tendo as informações sido prestadas pelas próprias autoridades impetradas, não houve a defesa do ato impugnado por autoridade hierarquicamente superior. Precedentes do STJ. 5. Recurso Ordinário não provido. (STJ - RMS: 39106 MG 2012/0195790-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 11/03/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/03/2014).
>
> DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. ELIMINAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO. NULIDADE E NOVO EXAME. INDICAÇÃO. AUTORIDADES PÚBLICAS. DESTITUIÇÃO. PRERROGATIVA. REALIZAÇÃO DE NOVA AVALIAÇÃO. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. 1. **Para efeito de definição da legitimidade passiva ad causam no mandado de segurança, autoridade coatora é aquele que prática o ato vergastado e que detém, por isso mesmo, capacidade para seu desfazimento**. 2. Assim não configurado o caso concreto, carecia o recorrente do direito de impetrar a segurança. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 39.566/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 04/12/2013). [grifos acrescidos].

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência de Nossos Tribunais, *in verbis:*

> "APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PREGOEIRO. EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME. DEMONSTRAÇÃO. INCAPACIDADE TÉCNICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. PRECEDENTES. 1. **No mandado de segurança que se insurge contra decisão que declara a vencedora do certame licitatório na modalidade de pregão, o pregoeiro, como mero executor material do ato, não é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda**. 2. A empresa vencedora, embora possua interesse jurídico no resultado

> da demanda, não pode ser enquadrada como autoridade coatora, razão pela qual não é parte legítima para figurar no polo passivo do mandado de segurança. 3. O mandado de segurança não é via adequada para a produção de provas. Não tendo a impetrante instruído o writ com prova pré-constituída das suas alegações, ou seja, de que a empresa vencedora do pregão não detém capacidade técnica para executar o objeto da licitação, mantém-se a sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito. 4. Apelação improvida." (Acórdão n.680451, 20110111072050APC, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, Revisor: ANTONINHO LOPES, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 22/05/2013, Publicado no DJE: 04/06/2013. Pág.: 137).
>
> MANDADO DE SEGURANÇA - RENOVAÇÃO DE LICENÇA PARA FUNÇÃO DE DIRETOR DE ENSINO - AUTORIDADE COATORA ERRONEAMENTE INDICADA - ILEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA - DENEGAÇÃO DA ORDEM - REFORMA DA SENTENÇA. 1. **Verificando-se dos documentos acostados ao mandado de segurança que a ordem que a parte impetrante pretende coibir é emanada de autoridade diversa da apontada na exordial que, ademais, também não tem poderes para corrigir a ilegalidade, patente a ilegitimidade passiva ad causam, que enseja a denegação da ordem.** 2. Reformar a sentença, no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário. (TJ-MG , Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 05/09/2013, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL).

Convencido de que os pressupostos da ação devam ser apreciados, em qualquer fase, malgrado de ofício, é imperativa a declaração da ilegitimidade passiva, no feito originário deste agravo, restando prejudicado o mérito do presente recurso.

DISPOSITIVO

Com essas considerações, aplicando o efeito translativo recursal, **DENEGO a segurança** consoante a regra contida no artigo 6º, § 5º, da Lei Federal nº 12.016/09 c/c o § 3º, do art. 267, do CPC, **JULGO EXTINTO, de ofício, o Mandado de Segurança - processo n° 0036515-03.2013.815.2001, sem resolução de mérito**, em tramitação na 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, por ilegitimidade passiva do Pregoeiro da Gerência Executiva de Licitações da Secretaria de Estado da Administração da Paraíba, e **JULGO PREJUDICADO** o Agravo de Instrumento.

Publique-se. Intime-se.

João Pessoa, 30 de março de 2015.

Desembargador JOSÉ AURÉLIO DA CRUZ
Relator