

RECURSO ESPECIAL Nº 1.348.472 - RS (2012/0130071-5)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
RECORRENTE : ALM ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA
ADVOGADO : GIOVANI BORTOLINI E OUTRO(S)
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADOR : CARIN PREDIGER E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS
(Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por ALM ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que negou provimento à apelação da recorrente.

A ementa do julgado guarda os seguintes termos (fl. 809, e-STJ):

"APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DESCLASSIFICATÓRIA. DESCUMPRIMENTO DO EDITAL. ALEGADO RIGORISMO EXACERBADO QUE NÃO SE VERIFICA NO CASO CONCRETO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA, VINCULAÇÃO AO EDITAL E ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES. RECURSO ADMINISTRATIVO COM DECISÃO HOMOLOGADA POR AUTORIDADE SUPERIOR. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 109, § 4º, DA LEI Nº 8.666/93. SENTENÇA CONFIRMADA. APELO DESPROVIDO."

Rejeitados os embargos de declaração opostos (fls. 827/833, e-STJ).

No presente recurso especial, a recorrente alega que o acórdão estadual contrariou as disposições contidas nos artigos 43, inciso VI e 109, § 4º, da Lei n. 8.666/93.

Sustenta, em síntese, que *"o instituto da homologação previsto naquele dispositivo (art 43, VI) não tem por escopo convalidar atos ilegais praticados por seus subordinados no curso do processo licitatório, sendo que a competência decisória prevista no § 4º do artigo 109 da Lei 8.666/93 não autoriza o seu exercício por agente incompetente. A idéia de que o instituto*

Superior Tribunal de Justiça

jurídico da homologação previsto no inciso VI do artigo 43 se presta a convalidar ato ilegal praticado pelo subordinado no curso do processo licitatório é manifestamente equivocada." (fl. 846, e-STJ).

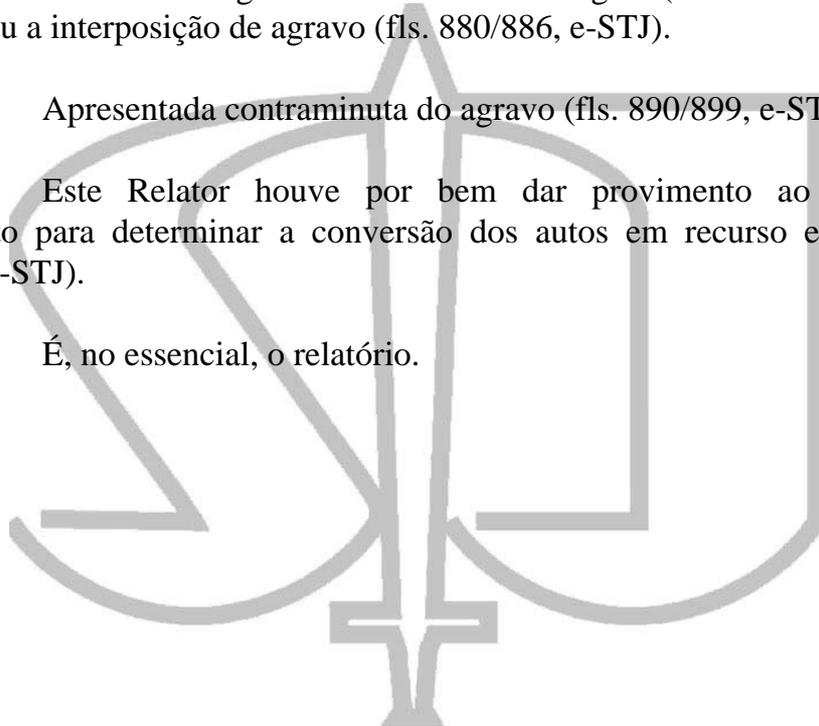
Alega, ainda, que violação aos arts. 3º, *caput*, e 44 da Lei n. 8.666/90, pois "*o rigorismo exacerbado decorrentes da previsão de cláusulas inúteis no edital de licitação não afeta os princípios da vinculação ao edital e da isonomia entre os licitantes*" (fl. 850, e-STJ).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 860/868, e-STJ), sobreveio o juízo de admissibilidade negativo da instância de origem (fls. 871/876, e-STJ), o que ensejou a interposição de agravo (fls. 880/886, e-STJ).

Apresentada contraminuta do agravo (fls. 890/899, e-STJ).

Este Relator houve por bem dar provimento ao agravo de instrumento para determinar a conversão dos autos em recurso especial (fls. 933/935, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.348.472 - RS (2012/0130071-5)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÕES. RECURSO ADMINISTRATIVO. HOMOLOGAÇÃO PELA AUTORIDADE SUPERIOR. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS DO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. Discute-se nos autos a nulidade de procedimento licitatório em decorrência de julgamento de recurso administrativo por autoridade incompetente.

2. Apesar de o recurso administrativo interposto contra ato que desclassificou a empresa ora recorrente não ter sido julgado pela autoridade hierarquicamente superior, tal irregularidade foi saneada com a posterior homologação do procedimento licitatório pela autoridade competente para analisar o recurso.

3. O ato de homologação supõe prévia e detalhada análise de todo o procedimento licitatório no que concerne a sua regularidade. Homologar é confirmar a validade de todos os atos praticados no curso da licitação.

4. Constatada a existência de vício em algum dos atos praticados no procedimento licitatório, cabe à autoridade superior, no momento da homologação, a sua convalidação ou anulação. Tratando-se de vício sanável é perfeitamente cabível a sua convalidação.

5. O vício na competência poderá ser convalidado desde que não se trate de competência exclusiva, o que não é o caso dos autos. Logo, não há falar em nulidade do procedimento licitatório ante o saneamento do vício com a homologação.

6. Não cabe ao STJ, em recurso especial, a interpretação de cláusula de edital de licitação. Incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ.

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

VOTO

Superior Tribunal de Justiça

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS
(Relator):

Discute-se nos autos a nulidade de procedimento licitatório em decorrência de julgamento de recurso administrativo por autoridade incompetente.

Trata-se na origem de mandado de segurança impetrado pela empresa ora recorrente contra ato do Diretor-Geral do Departamento de Esgotos Pluviais - DEP - do Município de Porto Alegre/RS.

Alega a recorrente irregularidade no procedimento licitatório, ante o julgamento de recuso administrativo por autoridade incompetente.

A segurança foi denega em primeira instância, mantida pelo Tribunal de origem sob os seguintes fundamentos (fls. 813/815, e-STJ):

"Examinando os autos verifico que o recurso administrativo (cópias às fls. 325-350) efetivamente não foi julgado pela autoridade superior, in casu, o Diretor-Geral do Departamento de Esgotos Pluviais (DEP).

Contudo, tal circunstância não tem o condão de invalidar o resultado do certame, pois a irregularidade apontada restou sanada no momento em que a autoridade superior homologou o processo licitatório, referendando o julgamento do recurso (fl. 360), ocasião em que a obra foi adjudicada à empresa CSM – Construtora Silveira Martins Ltda.

Ora, o retorno do recurso administrativo à autoridade superior para julgamento, pretensão da agravante, não acarretaria qualquer alteração no resultado, pois, como acima referido, o processo de licitação já foi por ela homologado, consistindo um bis in idem, em flagrante prejuízo ao interesse público.

Nesse sentido, validando os atos anteriores à homologação, os ensinamentos de Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª edição, Editora Dialética, p. 559:

“Concluindo pela validade dos atos integrantes do procedimento licitatório, a autoridade superior efetivará juízo de conveniência acerca da licitação. Se for o caso e mediante decisão fundamentada, poderá revogar a licitação. A extensão do juízo de conveniência contido na homologação depende do conceito que se adote para adjudicação, como abaixo se verá.

Se reconhecer a validade dos atos praticados e a conveniência da licitação, a autoridade superior deverá homologar

Superior Tribunal de Justiça

o resultado.

A homologação possui eficácia declaratória enquanto confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação. Possui eficácia constitutiva enquanto proclama a conveniência da licitação e exaure a competência discricionária sobre esse tema”.

Validado o julgamento do recurso administrativo, não há como modificar a decisão hostilizada, pois, como bem asseverou a Magistrada a quo, Dra. Rosana Broglio Garbin (fls. 347 e verso), a decisão no âmbito administrativo que desclassificou a impetrante/agravante foi fundamentada, atendendo aos princípios da vinculação ao edital e da isonomia, salientando que sobre os atos administrativos recai a presunção de legalidade.

Por fim, considerando que o presente agravo foi recebido somente no efeito devolutivo, a empresa vencedora certamente já iniciou a execução da obra, não vislumbrando motivos para, no momento atual, suspender a execução do contrato.”

O acórdão recorrido não merce reforma.

Nos termos do art. 109, § 4º, da Lei n. 8.666/90, os recursos administrativos contra atos da Administração decorrentes da aplicação da lei de licitações serão dirigidos à autoridade superior.

No caso dos autos, conforme se extrai do acórdão recorrido, o recurso administrativo efetivamente não foi julgado pela autoridade hierarquicamente superior. Todavia, tal fato não é suficiente para acarretar a nulidade do ato e os demais subsequentes ante o saneamento da irregularidade através da homologação do procedimento licitatório pela autoridade competente para analisar o recurso.

Ressalta-se que o ato de homologação supõe prévia e detalhada análise de todo o procedimento no que concerne a sua regularidade. Homologar é atestar a legalidade dos atos praticados e a conveniência de ser mantida a licitação.

Nas palavras de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães:

“homologar significa a exteriorização, pela autoridade superior, de entendimento semelhante (homólogo) ao da comissão de licitação. A homologação confirma o resultado do julgamento da licitação, aprovando-o; e, assim, põe fim ao certame. Logo, a homologação pressupõe o exame minucioso, por parte da

Superior Tribunal de Justiça

autoridade competente (o ordenador da despesa), quanto à regularidade do certame e o seu resultado. Tal como expõe Lucas Rocha Furtado, a homologação referes-e a dois aspectos: à legalidade dos atos praticados pela comissão e á conveniência de ser mantida a licitação". Ao homologar o resultado celebrado pela comissão de licitação, o superior hierárquico afirma que aquele julgamento e a licitação que lhe deu origem são válidos, oportunos e convenientes. Porém, o resultado pode ser outro se forem encontrados vícios de validade ou na hipótese de superveniência de fato que autorize a revogação do certame.

Se constato algum vício quanto à validade da licitação e/ou dos atos nela praticados, abrem-se duas possibilidades: ou bem a autoridade os convalida (por meio de ato que supra e/ou saneie as irregularidades pretéritas) ou os anula (só nos casos de vício insanável, visando sempre a preservar o maior número possível de atos processuais)"

(Licitação Pública- A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC, 1ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo-2012, p. 351).

O mesmo entendimento possui Marçal Justen Filho, *in verbis*:

"A homologação envolve duas ordens de considerações, uma no plano da legalidade, outra no da conveniência. Preliminarmente, examinam-se os atos praticados para verificar sua conformidade com a lei e com o edital. Tratando-se de um juízo de legalidade, a autoridade não dispõe de competência discricionária. Verificando ter ocorrido nulidade, deverá adotar as providências adequadas para a eliminar o defeito. A autoridade superior não pode substituir-se à Comissão, praticando atos em nome próprio, substitutivos daqueles viciados. A decretação da nulidade deverá ser proporcional à natureza e à extensão do vício. Apurando vício na classificação das propostas, a autoridade superior não poderá decretar a nulidade de toda a licitação. Será reaberta a oportunidade para Comissão efetivar nova classificação.

Concluindo pela validade dos atos integrantes do procedimento licitatório, a autoridade superior efetuará juízo de conveniência acerca da licitação. Se for o caso e mediante decisão fundamentada, poderá revogar a licitação.

(...)

Se reconhecer a validade dos atos praticados e a conveniência da licitação, a autoridade superior deverá homologar o resultado.

Superior Tribunal de Justiça

A homologação possui eficácia declaratória enquanto confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação. Possui eficácia constitutiva enquanto proclama a conveniência da licitação e exaure a competência discricionária sobre esse tema."

(Comentários à lei de licitação e contratos administrativos, 13ª Edição, Dialética, São Paulo-2009, p. 577)

Como se vê, homologar é confirmar a validade de todos os atos praticados no curso da licitação. Dessa forma, apesar da existência de vício no procedimento, este foi convalidado pela homologação.

Observa-se, ainda, que dois tipos de vícios do ato administrativo admitem convalidação: o vício relativo ao sujeito e o vício relativo à forma.

Com relação ao sujeito, se o ato é praticado por autoridade incompetente, é perfeitamente possível que a autoridade competente venha convalidar o ato posterior. Assim, o vício na competência poderá ser convalidado desde que não se trate de competência exclusiva, o que não é o caso dos autos.

Quanto a alegação de violação dos arts. 3º, *caput*, e 44 da Lei n. 8.666/90, e a tese a eles vinculada, qual seja, formalismo exacerbado decorrente de previsão de cláusulas inúteis no edital de licitação, maior sorte não assiste à recorrente.

O Tribunal *a quo*, ao analisar a matéria, assentou, com base nas provas dos autos, que ocorreu o descumprimento de cláusula prevista no edital e afastou a alegação de rigorismo exagerado, o que acarretou a desclassificação da recorrente do procedimento licitatório.

É o que se extrai do seguinte trecho do acórdão recorrido (fls. 814/815, e-STJ):

"De outra banda, tenho que a desclassificação da impetrante não caracteriza rigorismo exacerbado, conforme sustenta.

A desclassificação da proposta da impetrante se deu por não atendimento ao item 7.10, 'e' do Edital. Aliás, a impetrante é confessa quanto ao fato.

Com efeito, a proposta apresentada não atende às exigências do edital. O fato de eventualmente a proposta ser mais favorável ao poder público em nada autoriza a sua aceitação, pois estaria privilegiando a empresa impetrante em detrimento das demais empresas que atenderam corretamente o edital, e que, assim, possivelmente deixaram de apresentar proposta mais vantajosa."

Dessa forma, para rever tal entendimento, como requer a recorrente e atestar a desnecessidade da cláusula editalícia, é indispensável o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ por esbarrar no óbice da Súmula 7.

Ademais, não cabe ao STJ, em recurso especial, a interpretação de cláusula de edital de licitação. Incidência da Súmula 5/STJ.

Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. ATENDIMENTO DAS REGRAS DO EDITAL. REEXAME DE PROVA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA EDITALÍCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ.

1. Hipótese em que se discute a possibilidade de participação de hotel de médio porte em licitação reservada a hotéis de grande porte.

2. O Tribunal de origem concluiu, com base na interpretação das regras do Edital, que a agravante não cumpria as exigências, nos seguintes termos: "administrar dois hotéis de médio porte não é o mesmo que administrar um hotel de grande porte, dada a diversidade de atuação requerida na área administrativa" (fl. 652).

3. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas e interpretação de cláusulas do edital, procedimentos obstados consoante as Súmulas 5 e 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido."

(AgRg no AREsp 100.057/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/3/2012, DJe 12/4/2012)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ITENS DO EDITAL. INVIABILIDADE DE EXAME. SÚMULA 05/STJ. LICITAÇÃO. RECUSA DE ASSINAR O CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO À FALTA DE PREVISÃO NO EDITAL.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre a matéria tratada nos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282

Superior Tribunal de Justiça

do STF.

3. A interpretação de cláusula de edital de licitação não enseja recurso especial. Aplicação analógica da Súmula 05/STJ.

4. Inviável a aplicação de penalidade ao adjudicatário que se recusa a assinar o contrato (Lei 8.666/93, art. 81) sem que ela tenha sido prevista no edital (art. 40, III, do referido diploma legal).

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido."

(REsp 709.378/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 3/11/2008.)

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nesta parte, nego-lhe provimento.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator