



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 28.927 - RS (2009/0034015-3)

RELATORA : MINISTRA DENISE ARRUDA
RECORRENTE : PORTONOVO EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA
ADVOGADO : LUIZ ANTÔNIO MAROCCO MILANEZ
RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : HELENA MARIA SILVA COELHO E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ANULAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. A licitação, como qualquer outro procedimento administrativo, é suscetível de anulação, em caso de ilegalidade, e revogação, por conveniência e oportunidade, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93 e das Súmulas 346 e 473/STF. Mesmo após a homologação ou a adjudicação da licitação, a Administração Pública está autorizada a anular o procedimento licitatório, verificada a ocorrência de alguma ilegalidade, e a revogá-lo, no âmbito de seu poder discricionário, por razões de interesse público superveniente. Nesse sentido: MS 12.047/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 16.4.2007; RMS 1.717/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 14.12.1992.

2. Na hipótese dos autos, após a homologação do procedimento licitatório e a adjudicação de seu objeto em favor da ora recorrente, para a construção do Presídio Regional de Passo Fundo/RS, a Administração Pública entendeu por bem anular o certame, sob o fundamento de que no edital, na parte relativa à planilha de orçamento global da obra, no item 9.12 - Instalações elétricas -, subitem 35 do tópico 9.12.1.2, foi atribuído, incorretamente, o valor ZERO aos preços unitário e global do material ali discriminado - caixa estampada 3x3 -, em desconformidade, portanto, com o disposto no art. 44, § 3º, da Lei 8.666/93. Irresignada, a ora recorrente interpôs recurso administrativo, que, no entanto, foi desprovido, por se entender que, *"afora o dispositivo legal descumprido, há também que se considerar o princípio da economicidade, o qual deve nortear a conduta do administrador, haja vista que a desclassificação da empresa foi pelo valor de R\$ 462,78 a maior referente a apenas quatro itens dentre mais de 2000 (dois mil da licitação). No entanto, o preço global da empresa considerada vencedora pela comissão especial de licitações foi R\$ 458.607,66, superior ao da empresa desclassificada, valor que estaria compelindo ao erário suportar"* (fl. 151).

3. Nesse contexto, verifica-se que o fundamento central que autorizou a anulação da Concorrência 162/GELIC/2007 foi o da existência de incorreções na planilha de orçamento global da obra, constante do edital de licitação, o que ensejou vício de ilegalidade, por violação do art. 44, § 3º, da Lei 8.666/93. Há também o fundamento, de natureza subsidiária, apresentado no momento do indeferimento do recurso administrativo, o qual revela, na realidade, razões de interesse público, a autorizar o desfazimento do certame.

4. Da análise do edital de Concorrência 162/GELIC/2007 e de seus anexos, verifica-se que, na planilha de orçamento global da obra, consta apenas um item ao qual foi atribuído valor unitário e global ZERO (material: caixa estampada 3x3 - 76,2x76,2mm, Chapa 20 -, constante do tópico 9x12 - Instalações Elétricas -, subitem 35 do tópico 9.12.1.2), entre mais de 1.600 itens, sendo mais de 90 materiais para instalação elétrica. E apenas em um deles (caixa estampada 3x3, em relação ao qual foi estipulada a quantidade de apenas uma unidade para a realização da obra), consta ZERO como valores unitário e global. É oportuno registrar que consta como item seguinte (36 do tópico 9.12.2) quatro unidades de caixa estampada de 2x4 (51x102mm, Chapa 20), com valor unitário de R\$ 2,02 e valor global de R\$ 8,08. Fica, assim,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstrada a irrisoriedade do valor a ser acrescentado à planilha de orçamento global, em caso de retificação do edital, o que seria, consideravelmente, inferior aos gastos a serem despendidos com uma nova licitação. Ou seja, a Administração pretende anular licitação já consumada, com objeto homologado e adjudicado ao licitante vencedor, para APENAS retificar o referido item da planilha de orçamento global, cuja alteração refere-se a valor ínfimo e, após, realizar nova licitação, com o mesmo objeto da concorrência anulada.

5. Os vícios formais encontrados no edital de licitação que não causem prejuízos aos particulares nem ao interesse público podem ser reparados pela Administração, sem que isso importe em nulidade do ato convocatório ou do certame.

6. Dessa análise, não há outra conclusão a que se possa chegar senão a de que a Administração se utiliza de mera irregularidade formal do edital para fundamentar a anulação da concorrência e a realização de novo certame, porque, na realidade, ficou insatisfeita com o resultado do procedimento licitatório, que desclassificou a empresa CONSTRUTORA PELOTENSE LTDA, em virtude de, em sua proposta, ter atribuído a alguns itens valor superior ao máximo permitido pelo edital, e teve como vencedora a empresa PORTONOVO EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA. E, somente após a homologação e adjudicação da licitação é que a Administração deu-se conta de que o preço global oferecido pela empresa desclassificada era inferior ao da empresa vencedora do certame.

7. Em relação ao interesse público que embasou o desfazimento do certame, ressalte-se que, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93, *"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"*. E, consoante se pode depreender dos autos, o interesse público na obtenção do menor preço não é superveniente à homologação e à adjudicação do objeto do certame, na medida em que, desde o oferecimento das propostas pelas empresas concorrentes e de suas respectivas avaliações pela Comissão de Licitação, passou a ser conhecido o fato de que a proposta da empresa posteriormente desclassificada possuía preço global inferior à da empresa vencedora ao final do certame.

8. Recurso ordinário provido, para, concedendo a segurança, reconhecer a invalidade do ato anulatório da licitação, restabelecendo-se a homologação e a adjudicação da Concorrência 162/GELIC/2007 em favor da impetrante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, para, concedendo a segurança, reconhecer a invalidade do ato anulatório da licitação, restabelecendo-se a homologação e a adjudicação da Concorrência 162/GELIC/2007 em favor da impetrante, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2009(Data do Julgamento).

MINISTRA DENISE ARRUDA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 28.927 - RS (2009/0034015-3)

RELATORA : MINISTRA DENISE ARRUDA
RECORRENTE : PORTONOVO EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA
ADVOGADO : LUIZ ANTÔNIO MAROCCO MILANEZ
RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : HELENA MARIA SILVA COELHO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):

Trata-se de recurso ordinário interposto por PORTONOVO EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA contra acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos de mandado de segurança, assim ementado:

"MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. OBRA PÚBLICA. EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL. VALOR UNITÁRIO. IRREGULARIDADE.

1. Constatada a nulidade no processo de licitação, a Administração Pública tem o dever de anulá-lo, ainda que já tenha sido homologado.

2. Na licitação de obra pública para execução em regime de empreitada integral por preço global com a fixação de valores unitários máximos de bens e serviços, configura mera irregularidade a proposta que atribui em apenas quatro itens valor superior ao constante do edital. Hipótese em que o valor global ficou 9% aquém do preço global previsto no edital. A desclassificação, nesse caso, configura excesso de formalismo em detrimento dos demais princípios que regem o processo de licitação, em especial, o da competitividade e o da proporcionalidade.

Segurança denegada. Relator vencido." (fl. 304)

Nas razões de recurso ordinário, a empresa recorrente sustenta, em síntese, que: (a) não há nenhuma ilegalidade a ensejar a anulação do procedimento licitatório; (b) no edital do certame consta orçamento oficial, o qual cota como ZERO o fornecimento do tópico 35 do subitem 9.12.1.2 (caixa estampada 3x3); (c) não há previsibilidade técnica de utilização do referido tópico no memorial descritivo, tampouco no projeto elétrico; (d) *"a empresa desclassificada afrontou disposição editalícia clara e objetiva lançando valores unitários superiores ao do edital e a ora recorrente, tão-somente, cumpriu o edital, lançando valor zero para produto que o próprio edital havia também lançado valor zero"* (fls. 345/346). Requer, ao final, o provimento do recurso ordinário, para, concedendo-se a segurança, decretar a invalidade do ato anulatório da licitação, restabelecendo-se a homologação e a adjudicação da Concorrência 162/GELIC/2007 em favor da impetrante.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL apresentou contrarrazões às fls. 366/373, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, no parecer de fls. 387/394, opinou pelo não provimento do recurso ordinário, por entender que é devida a anulação do procedimento licitatório, por vício de ilegalidade. Concluiu, assim, que, *"no caso concreto, foi constatado que no edital foi atribuído, em seu item 9.12 (instalações elétricas), tanto no preço unitário quanto no global, valor zero (fl. 89), o que interferiu na apresentação das propostas e contrariou o disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93"* (fl. 391).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 28.927 - RS (2009/0034015-3)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):

A licitação, como qualquer outro procedimento administrativo, é suscetível de anulação, em caso de ilegalidade, e revogação, por razões de interesse público. Nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93, o procedimento licitatório poderá ser desfeito, em virtude da existência de vício no procedimento ou por razões de conveniência e oportunidade da Administração Pública, nos termos seguintes:

“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.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.” (grifou-se)

A propósito, a Súmula 473 do STF estabelece que *“a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”*. E, ainda, a Súmula 346/STF dispõe que *“a Administração pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”*.

Cumpra salientar, ademais, que, mesmo após a homologação ou a adjudicação da licitação, a Administração Pública está autorizada a anular o procedimento licitatório, verificada a ocorrência de alguma ilegalidade, e a revogá-lo, no âmbito de seu poder discricionário, por razões de interesse público superveniente.

A respeito do tema, leciona Hely Lopes Meirelles (in **Licitação e Contrato Administrativo**, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 177-179), in verbis:

“A anulação da licitação ou do julgamento, por basear-se em ilegalidade, pode ser feita em qualquer fase e a qualquer tempo, antes do contrato, desde que a Administração verifique e aponte a infringência à norma legal ou ao edital. O essencial é que a autoridade justifique a anulação, indicando claramente a ilegalidade a ser corrigida. Anulação sem indicação da ilegalidade é absolutamente inválida.

A jurisprudência só tem admitido a anulação com justa causa. Essa justa causa é, precisamente, a ilegalidade do procedimento ou do julgamento anulado. Isto porque a anulação está sempre vinculada à ocorrência de uma ilegitimidade, quer na forma, quer na substância do ato ou do procedimento invalidado. Não há, nem pode haver, discricionariedade na anulação, porque ela só se justifica quando a motivação da decisão anulatória evidencia ilegalidade do ato anulado.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*A revogação da licitação assenta em motivos de oportunidade e conveniência administrativa, mas nem por isso dispensa a justificação do ato revocatório. **A Administração pode revogar a licitação em qualquer de suas fases, desde que o interesse público imponha essa invalidação.** São as conveniências do serviço que comandam a revogação, e passam a ser justa causa da decisão revocatória, que, por isso mesmo, deve ser motivada, sob pena de se converter em ato arbitrário do administrador público. E o arbitrário é incompatível com o Direito." (grifou-se)*

Justiça:

Nesse sentido, podem ser citados os seguintes precedentes desta Corte de

"ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – REVOGAÇÃO APÓS ADJUDICAÇÃO.

1. No procedimento licitatório, a homologação é o ato declaratório pelo qual a Administração diz que o melhor concorrente foi o indicado em primeiro lugar, constituindo-se a adjudicação na certeza de que será contratado aquele indicado na homologação.

2. Após a adjudicação, o compromisso da Administração pode ser rompido pela ocorrência de fatos supervenientes, anulando o certame se descobertas ilicitudes ou revogando-o por razões de conveniência e oportunidade.

3. Na anulação não há direito algum para os ganhador da licitação; na revogação, diferentemente, pode ser a Administração condenada a ressarcir o primeiro colocado pelas despesas realizadas.

4. Mandado de segurança denegado." (MS 12.047/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 16.4.2007, grifou-se)

"MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO HOMOLOGADA. SIMPLES EXPECTATIVA DE DIREITO À CONTRATAÇÃO. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE. VÍCIOS QUE TORNAM OS ATOS ILEGAIS. DESPACHO MOTIVADO. ARTIGO 39, DO DECRETO-LEI N. 2.300/86 E SUMULA N. 473, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SEGURANÇA DENEGADA.

- Pode a Administração revogar a licitação por interesse público e deve anular, inclusive os atos homologatórios, por ilegalidade.

- Induvidoso o prejuízo ao Estado, evidenciada a existência de ilegalidade ou dos vícios graves que levaram a essa constatação, a anulação se impunha, mesmo depois de homologada a concorrência a favor de um dos licitantes, pois o vencedor é titular de simples expectativa de direito a contratação.

- Exige-se, porém, que o ato de invalidação esteja plenamente justificado e que não resulte no benefício de outro concorrente, em detrimento do vencedor.

- Dos vícios que tornam os atos ilegais não se originam direitos e o mandado de segurança não comporta minucioso exame de provas sobre matéria controvertida. O direito líquido e certo deve estar desde logo demonstrado." (RMS 1.717/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 14.12.1992, grifou-se)

Na hipótese dos autos, após a homologação do procedimento licitatório e a adjudicação de seu objeto em favor da ora recorrente - PORTONOVO EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA -, para a construção do Presídio Regional de Passo Fundo/RS, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Administração Pública entendeu por bem anular o certame, sob o fundamento de que no edital, na parte relativa à planilha de orçamento global da obra, no item 9.12 - Instalações elétricas -, subitem 35 do tópico 9.12.1.2, foi atribuído, incorretamente, o valor ZERO aos preços unitário e global do material ali discriminado - caixa estampada 3x3 - (fls. 123/131), em desconformidade, portanto, com o disposto no art. 44, § 3º, da Lei 8.666/93. Irresignada, a ora recorrente interpôs recurso administrativo, que, no entanto, foi desprovido, por se entender que, *"afora o dispositivo legal descumprido, há também que se considerar o princípio da economicidade, o qual deve nortear a conduta do administrador, haja vista que a desclassificação da empresa foi pelo valor de R\$ 462,78 a maior referente a apenas quatro itens dentre mais de 2000 (dois mil da licitação). No entanto, o preço global da empresa considerada vencedora pela comissão especial de licitações foi R\$ 458.607,66, superior ao da empresa desclassificada, valor que estaria compelindo ao erário suportar"* (fl. 151).

Nesse contexto, verifica-se que o fundamento central que autorizou a anulação da Concorrência 162/GELIC/2007 foi o da existência de incorreções na planilha de orçamento global da obra, constante do edital de licitação, o que ensejou vício de ilegalidade, por violação do art. 44, § 3º, da Lei 8.666/93. Há também o fundamento, de natureza subsidiária, apresentado no momento do indeferimento do recurso administrativo da ora recorrente, o qual revela, na realidade, razões de interesse público, a autorizar o desfazimento do certame.

No entanto, como o ato impugnado ocorreu por meio da decretação da nulidade da licitação, não há como aproveitar-se o fundamento de ordem discricionária a respeito da existência de interesse público em contratar a empresa desclassificada, a qual apresentou preço global economicamente mais vantajoso à Administração. Destarte, o segundo fundamento, por se tratar de causa de revogação do procedimento licitatório, não pode servir para justificar sua anulação, devendo, portanto, ser afastado.

É importante destacar trecho do voto vencido, proferido pelo Desembargador Genardo José Baroni Borges, relator do mandado de segurança, o qual bem delineia a inviabilidade do segundo fundamento apresentado pela Administração Pública, por se revestir de verdadeira causa de revogação, incapaz, pois, de fundamentar decisão de anulação de procedimento licitatório, *in verbis*:

"Aprecio ainda questão não tratada na liminar, por não ser o momento oportuno. Para tanto, peço vênias ao Dr. Procurador de Justiça para adotar os fundamentos expendidos no Parecer, a fl. 295, que transcrevo:

'Mas há, é bem verdade, o outro argumento, que faz parte da decisão relativa ao recurso administrativo. E este, salvo melhor juízo, afigura-se como o efetivo motivo que desencadeou a busca formal de um adinículo de nulidade: o preço apresentado pela empresa desclassificada fora inferior, no montante global, àquele referendado, apresentado pela empresa tida como vencedora.

Todavia, por mais que se busque resguardar os interesses da Administração, neste passo, esse argumento poderia vir como mote de revogação da licitação, não como causa de sua nulificação, depois de homologada. Mesmo porque, quando do julgamento, o lance maior sagrou-se vencedor em face da desclassificação do apresentante do lance menos gravoso. Tratou-se de questão decidida às claras, e o resultado foi homologado após um parecer da Assessoria Jurídica.

Assim, em que pese evidenciar-se, nos termos da inserção do item II da decisão denegatória do recurso administrativo, a compreensível preocupação da autoridade administrativa com o resguardo do erário e, quiçá, de sua própria condição de autoridade condutora do processo, essa decisão não poderia vir como acréscimo à que anulou o certame; acréscimo que, diga-se de passagem, passou ao largo do recurso administrativo, visto que não fora até então suscitado.

Ademais, em que pese ser de indiscutível conveniência a prevalência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

um preço menor, motivo apontado na tardia explicitação, isso não teria o condão de repor à baila – não, ao menos, no mesmo processo licitatório – a empresa vencedora, de menor preço, visto que de anulação do certame se trata, e não de novo julgamento, com reclassificação. E mais que isso. Sequer se tem a garantia de que, num novo certame, realizado com a realidade dos valores concernentes à época da publicação do novo edital, a apontada economia para o erário venha a remanescer'." (fls. 310/311, grifou-se)

Cumpre, agora, examinar se o primeiro fundamento - existência de incorreções na planilha de orçamento global da obra, constante do edital de licitação - é capaz de ensejar ilegalidade e, portanto, de autorizar a anulação do certame.

A Administração Pública estadual sustenta que a anulação do procedimento licitatório decorreu de ilegalidade existente no edital do certame, o qual previu valor ZERO a um dos materiais a serem utilizados na obra (caixa estampada 3x3), ofendendo, assim, o disposto no art. 44, § 3º, da Lei 8.666/93, que dispõe:

"Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

(...)

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração."

Da análise do edital de Concorrência 162/GELIC/2007 e de seus anexos, verifica-se que, na planilha de orçamento global da obra, consta apenas um item ao qual foi atribuído valor unitário e global ZERO (material: caixa estampada 3x3 - 76,2x76,2mm, Chapa 20 -, constante do tópico 9x12 - Instalações Elétricas -, subitem 35 do tópico 9.12.1.2), entre mais de 1.600 itens, sendo mais de 90 materiais para instalação elétrica. E apenas em um deles (caixa estampada 3x3, em relação ao qual foi estipulada a quantidade de apenas uma unidade para a realização da obra), consta ZERO como valores unitário e global, consoante se pode constatar à fl. 89.

É oportuno registrar que, à fl. 89, consta como item seguinte (36 do tópico 9.12.2) quatro unidades de caixa estampada de 2x4 (51x102mm, Chapa 20), com valor unitário de R\$ 2,02 e valor global de R\$ 8,08. Fica, assim, demonstrada a irrisoriedade do valor a ser acrescentado à planilha de orçamento global, em caso de retificação do edital, o que seria, consideravelmente, inferior aos gastos a serem despendidos com uma nova licitação. Ou seja, a Administração pretende anular licitação já consumada, com objeto homologado e adjudicado ao licitante vencedor, para APENAS retificar o referido item da planilha de orçamento global, cuja alteração refere-se a valor ínfimo e, após, realizar nova licitação, com o mesmo objeto da concorrência anulada (fl. 134).

Dessa análise, não há outra conclusão a que se possa chegar senão a de que a Administração se utiliza de mera irregularidade formal do edital para fundamentar a anulação da Concorrência 162/GELIC/2007 e a realização de novo certame, porque, na realidade, ficou insatisfeita com o resultado do procedimento licitatório, que desclassificou a empresa CONSTRUTORA PELOTENSE LTDA, em virtude de, em sua proposta, ter atribuído a alguns itens valor superior ao máximo permitido pelo edital, e teve como vencedora a empresa PORTONOVO EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA, a qual apresentou como valor total da obra o montante de R\$ 8.723.107,66 (dentro, portanto, do preço global máximo admitido pela Administração de R\$ 9.101.547,89). **E, somente após a homologação e adjudicação da licitação é que a Administração deu-se conta de que o preço global oferecido pela empresa desclassificada era**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inferior ao da empresa vencedora do certame, correspondendo a uma diferença de mais de R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais) entre uma proposta e outra (fl. 151).

Todavia, conforme anteriormente salientado, esse fundamento, de natureza discricionária, em que se está levando em consideração apenas um juízo de oportunidade e conveniência, não serve para embasar a anulação do certame, mas apenas sua revogação. Ocorre que, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93, *"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"*. E, consoante se pode depreender dos autos, **o interesse público na obtenção do menor preço não é superveniente à homologação e à adjudicação do objeto do certame, na medida em que, desde o oferecimento das propostas pelas empresas concorrentes e de suas respectivas avaliações pela Comissão de Licitação, passou a ser conhecido o fato de que a proposta da empresa posteriormente desclassificada possuía preço global inferior à da empresa vencedora ao final do certame.**

Portanto, a conduta da Administração de anular procedimento licitatório, após concluídas as fases de homologação e de adjudicação, baseando-se no fato de que a proposta da empresa desclassificada possui valor global inferior à da empresa vencedora, o que a qualifica como a melhor proposta, acaba por ofender os princípios da impessoalidade e do critério objetivo. Isso, porque o momento correto para se avaliar as propostas das empresas licitantes seria na fase do julgamento pela Comissão de Licitação. Então, se naquele momento a referida Comissão desclassificou a CONSTRUTORA PELOTENSE LTDA e escolheu como melhor proposta a oferecida pela PORTONOVO EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA, não poderia, após a conclusão do certame, com a adjudicação do objeto à empresa vencedora, alegar que a melhor proposta seria a da empresa desclassificada e com esse fundamento ANULAR a licitação.

Por fim, é importante ressaltar que não se pode atribuir caráter absoluto ao princípio da vinculação do edital, tendo em vista que eventuais vícios ou defeitos constantes do instrumento convocatório podem ser perfeitamente sanáveis, constituindo-se em meras irregularidades incapazes de lesar valor ou interesse jurídico, por não ensejar efeitos gravosos ao certame.

Com efeito, os vícios formais encontrados no edital de licitação que não causem prejuízos aos particulares nem ao interesse público podem ser reparados pela Administração, sem que isso importe em nulidade do ato convocatório ou do certame. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União estabeleceu que *"falhas formais no edital não têm o condão de macular todo o ato, podendo ser corrigidas mediante expedição de determinações"* (Acórdão 479/2007, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo).

Nas palavras de Marçal Justen Filho (*in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, pp. 620-623):

"4.5) A afirmação da preponderância dos valores sobre a forma.

O primeiro passo na teoria contemporânea das nulidades administrativas reside na superação de concepções formalistas mecanicistas na conceituação da nulidade.

Em época pretérita, conceituava-se nulidade como a ausência de conformidade entre um ato concreto e o modelo normativo abstrato. Sob esse enfoque, toda e qualquer desconformidade entre a 'lei' e o 'fato' conduzia à nulidade, reconhecida como uma categoria unitária e geradora do efeito único da invalidade absoluta.

Mas a evolução cultural tende a superar a compatibilidade externa como critério de validade e de invalidade. Em todos os ramos do Direito, a validade do ato jurídico resulta não tanto da adequação formal do ato em face de um modelo normativo. Cada vez mais, afirma-se que a validade depende da verificação do conteúdo do ato, da intenção das partes, dos valores realizados e assim por diante.

Mais precisamente, evolui-se para a concepção de que a nulidade deriva da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incompatibilidade do ato concreto com valores jurídicos relevantes. Se um certo ato concreto realiza os valores, ainda que por vias indiretas, não pode receber tratamento jurídico equivalente ao reservado para atos reprováveis.

Então, a nulidade vai se afirmando como uma categoria integrante do âmbito da antijuridicidade, antes do que como uma manifestação de descompasso formal com rituais jurídicos.

Por isso, passa-se a investigar o efeito e a significação da infração para reconhecer a existência da nulidade.

Dito de outro modo, não se admite que a invalidade resulte da mera discordância entre o ato concreto e um modelo jurídico. É imperioso agregar um componente axiológico ou finalista. A nulidade evidencia-se como um defeito complexo, em que se soma a discordância formal e a infração aos valores que dela derivam. Então, a discordância é a causa geradora desse efeito, consistente no sacrifício de valores jurídicos. Sem a consumação do efeito (lesão a um interesse protegido juridicamente) não se configura invalidade jurídica.

Aliás, a doutrina tradicional do Direito Administrativo já intuía a necessidade de algo além para pronunciar-se a invalidade do ato administrativo. A asserção 'pas de nullité sans grief' ('não há nulidade sem dano') já refletia a concepção de que a mera desconformidade era insuficiente para a invalidação de atos jurídicos.

Mas esse enfoque não apresentava sistematicidade nem indicava, de modo preciso, a consistência do dano a ser examinado.

As novas concepções encaminham-se a reconhecer a heterogeneidade qualitativa dos defeitos e uma escala de gravidade de vícios.

Reconhecendo-se que a nulidade consiste na ausência de compatibilidade de uma atuação concreta e individualizada em face do Direito, tem de admitir-se a diversidade das hipóteses possíveis.

A pura e simples contradição entre o ato concreto e o modelo normativo é insuficiente para o reconhecimento da nulidade. Como visto, é indispensável avaliar os efeitos - o que permite, então, diferenciar as várias categorias de nulidades.

Os efeitos nocivos relacionam-se com os valores e interesses tutelados.

Faz-se necessário examinar o fim buscado pela ordem jurídica, quando impõe determinada disciplina da conduta. Esse fim se relaciona com certos valores e interesses. As exigências contempladas no Direito são instrumentais para realizar ou proteger ditos valores e interesses.

Daí se segue que a ausência de lesão ao interesse ou valor tutelado pelo Direito torna irrelevante a desconformidade entre a conduta concreta e o modelo legal. Nesse caso, poderia reconhecer-se a irrelevância da desconformidade, qualificando-a de mera irregularidade.

No entanto, tal formulação não é suficiente para resolver todas as dúvidas. Há questões problemáticas, a propósito das quais é difícil avaliar como irrelevantes os efeitos nocivos, especialmente quando são eles meramente potenciais.

Em outras situações, existem conflitos de valores e princípios, na medida em que a conduta prática adotada realiza alguns valores, mas outros - de igual importância - podem reputar-se como infringidos.

(...)

4.9) Ainda os vícios sanáveis.

Justamente por isso e como acima afirmado, admite-se a existência de vícios supríveis, em matéria de licitações. Há normas que não tutelam o chamado 'interesse público', mas se destinam a proteger interesses privados. Logo, a ofensa a tais normas não lesiona as funções atribuídas ao Estado. Assim, há casos de atos viciados, mas em que o vício não se caracteriza como irremediável. O vício não é de nulidade, mas de outra natureza. Como já apontado acima, o vício nesses casos pode ser de mera



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

irregularidade ou de anulabilidade. Neste último caso, a omissão do interessado, desde que acompanhada de outra conduta positiva inquestionável, provoca a superação do vício e o ato toma-se inatacável. Esse silêncio do interessado, qualificado por outras circunstâncias, acarreta preclusão do direito de impugnar o ato, conforme estabelecido no art. 41, § 2º.

Jurisprudência do STJ

'1. Demonstrada a suficiente abrangência publicitária da licitação e ausente alegação objetiva de prejuízo, prevalece o interesse público, como cancelador da legalidade do ato, perdendo significado a irregularidade ocorrida.' (REsp nº 287.727/CE, 1ª T., Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 24.09.2002, DJ de 14.10.2002, p. 190)

Jurisprudência do TCU

'3. Atos administrativos contendo defeitos sanáveis que não tenham acarretado lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros poderão ser convalidados pela Administração.' (Acórdão nº 70112007, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler)."

A propósito:

"Mandado de Segurança. Administrativo. Serviço de Radiodifusão. Licitação. Compreensão de Cláusulas Editalícias. Comprovação Suficiente. Edital de Concorrência Pública nº 030/2000 - SSR/MC. C.F., arts. 5º LXIX, e 37, XXI. Lei nº 8666/93.

1. Cláusulas editalícias com dicção condicional favorecem interpretação amoldada à sua finalidade lógica, merecendo compreensão moderada a exigência obstativa do fim primordial de licitação, aberta para ampla concorrência. A interpretação soldada ao rigor tecnicista deve sofrer temperamentos lógicos, diante de inafastáveis realidades, sob pena de configuração de revolta contra a razão do certame lucrativo.

2. Desfigurada a condição especial da ação – liquidez e certeza (art. 5º, LXIX, C.F.) –, o pedido de segurança não tem a louvação do sucesso.

3. Segurança denegada." (MS 7.724/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 23.9.2002)

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso ordinário, para, concedendo a segurança, reconhecer a invalidade do ato anulatório da licitação, restabelecendo-se a homologação e a adjudicação da Concorrência 162/GELIC/2007 em favor da impetrante.

Custas *ex legis*.

Sem honorários (Súmulas 105/STJ e 512/STF).

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0034015-3

RMS 28927 / RS

Número Origem: 70023840473

PAUTA: 17/12/2009

JULGADO: 17/12/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DENISE ARRUDA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra DENISE ARRUDA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PORTONOVO EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA
ADVOGADO : LUIZ ANTÔNIO MAROCCO MILANEZ
RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : HELENA MARIA SILVA COELHO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Licitações -
Adjudicação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança para, concedendo a segurança, reconhecer a invalidade do ato anulatório da licitação, restabelecendo-se a homologação e a adjudicação da Concorrência 162/GELIC/2007 em favor da impetrante, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 17 de dezembro de 2009

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA
Secretária