RECURSO ESPECIAL Nº 1.800.017 - SC (2019/0047714-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO OG FERNANDES**
RECORRENTE	:	AP 7 RESTAURANTES EIRELI
ADVOGADOS	:	MARCELO RAMOS PEREGRINO FERREIRA - SC012309
		RAFAEL BARRETO BORNHAUSEN E OUTRO(S) - SC011328
RECORRIDO	:	SEPAT MULTI SERVICE LTDA
ADVOGADO	:	RAPHAEL GALVANI - SC019540
RECORRIDO	:	CELESC DISTRIBUIÇÃO S/A
RECORRENTE	:	CELESC DISTRIBUIÇÃO S/A
ADVOGADO	:	LYCURGO LEITE NETO E OUTRO(S) - DF001530A
RECORRIDO	:	SEPAT MULTI SERVICE LTDA
ADVOGADO	:	RAPHAEL GALVANI - SC019540

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso especial interposto por AP7 Restaurante Eireli, com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 105 da CF/1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina assim ementado (e-STJ, fl. 310):

> MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA. CONCESSÃO DE USO DE RESTAURANTE PARA FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES "*SELF SERVICE*". IMPETRANTE ELIMINADA POR SUPOSTA FALTA DE ANUÊNCIA EXPRESSA COM O PREÇO DO ALUGUEL DAS INSTALAÇÕES. EMPRESA QUE DECLAROU NA PROPOSTA QUE "SE COMPROMETIA A PRESTAR OS SERVIÇOS CONFORME DESCRITO NO EDITAL E SEUS ANEXOS, BEM COMO ESTAR VINCULADA A TODAS AS CONDIÇÕES DA CONCORRÊNCIA". CONCORDÂNCIA QUE PODE SER ADMITIDA COMO CUMPRIMENTO À DISPOSIÇÃO EDITALÍCIA. AUSÊNCIA DE UM MODELO PADRÃO QUE PUDESSE SER USADO PELAS PARTICIPANTES. EXCESSO DE FORMALISMO QUE PREJUDICA O OBJETIVO COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO E A SELEÇÃO MAIS VANTAJOSA À ADMINISTRAÇÃO, CONSIDERANDO QUE A VENCEDORA NÃO APRESENTOU O MENOR PREÇO. PLEITO MANDAMENTAL CONCEDIDO. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
> "É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o relativo interesse público de cumprir o edital, produza a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos, razão pela qual as decisões devem ser tomadas com razoabilidade e dentro dos limites permitidos por lei".

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (e-STJ, fls.

391-395).

Alega a insurgente violação do disposto nos arts. 41 e 43, V, da Lei n. 8.666/1993, pois o acórdão de origem ofendeu a norma de vinculação ao edital de licitação, uma vez que possibilitou a classificação da empresa recorrida sem que esta cumprisse exigência prevista no certame.

Sustenta contrariedade ao art. 1º da Lei n. 12.016/2009, porquanto não há direito líquido e certo a ser protegido por meio de mandado de segurança, porque a pretensão da parte recorrida contraria as normas do edital da concorrência e as demais que regem o procedimento licitatório.

Contrarrazões às e-STJ, fls. 434-435.

É o relatório.

A irresignação não merece prosperar.

O Tribunal de origem resolveu a controvérsia dos autos com amparo nos seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 315-316):

> Entretanto, as autoridades apontadas como coatoras, ao analisarem as propostas (fls. 64), decidiram, com exceção da licitante AP7 Restaurante Eireli-EPP, eliminar as outras participantes porque não teriam declarado que atendiam ao subitem 7.2.8 do edital, consistente na anuência ao pagamento de R$ 8.250,00 (oito mil, duzentos e cinqüenta reais) mensais, referente ao uso do espaço físico e dependências da Celesc, acrescidos das despesas eventuais com o uso do aparelho de telefone.
> O subitem 7.2.8 do edital previa:
> 7.2.8. A proponente deverá expressar concordância com o valor mensal da concessão de uso remunerado de R$ 8.250,00 (oito mil, duzentos e cinqüenta reais), pelo uso das dependências e instalações nos termo deste edital e seus anexos, mais o valor das despesas de telefone, após a leitura do medidor específico efetuada pelos setores competentes da CELESC DISTRIBUIÇÃO (fl. 28).
> Como se vê às fls. 60-61, a impetrante declarou expressamente que "nos comprometemos a prestar os serviços conforme descrito no edital e seus anexos" e destacou ao final da proposta "Vínculo ao Edital: Nossa proposta está vinculada a todas as condições da concorrência n° 16/01049 da CELESC Distribuição S/A".
> Muito embora na referida declaração não se tenha usado as palavras exatas que constam no subitem 7.2.8 da norma editalícia, não se pode, por outro lado, afirmar que o conteúdo corresponde a entendimento diverso.
> Não se nega que é necessário exigir que a administração e os licitantes estejam vinculados ao edital e seus anexos, tese na qual se pautou o magistrado singular para denegar a ordem.
> Todavia, deve-se atentar ao fato de que no edital não se colocou à disposição dos participantes um modelo padrão pré-determinado a ser preenchido e nem se indicou que a aceitação estava vinculada a uma forma ou redação específica. Por isso, a exigência configura excesso de formalismo que prejudica o objetivo competitivo da licitação e a seleção mais vantajosa à Administração.

Com efeito, verifica-se que a Corte *a quo* constatou que foi preenchido pela recorrida o requisito determinado no edital de licitação, uma vez que, analisando suas cláusulas, entendeu que não há regra específica de como realizar a declaração exigida pelo certame e a forma como foi efetuada pela recorrida atendeu à finalidade imposta.

Assim, para rever as conclusões da Corte de origem, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos e das cláusulas do edital de licitação, o que é inviável na via eleita, em razão dos óbices das Súmulas 5 e 7/STJ.

No ponto:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. CERTAME LICITATÓRIO. EMPRESAS CONSORCIADAS. PARTICIPAÇÃO NA FASE CONTRATUAL. INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. VIOLAÇÃO. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. INCIDÊNCIA.
> 1. Os embargos de declaração têm ensejo quando há obscuridade, contradição, omissão ou erro material no julgado, a teor do disposto no art. 1022 do CPC/2015.
> 2. No caso, o acórdão embargado incorreu em omissão quando fez incidir o teor da Súmula 182 do STJ na apreciação do agravo interno, sem considerar que a parte agravante havia expressado sua conformação com o ponto tido por não impugnado naquele recurso.
> 3. A Corte estadual, mediante interpretação das cláusulas do edital e dos demais elementos de convicção, concluiu inexistir ofensa aos princípios de vinculação ao instrumento convocatório e da igualdade entre os licitantes, pois a previsão do edital licitatório que vedava a formação de consórcio na fase de licitação do objeto do contrato nada mencionava acerca da possibilidade de sua formação posterior, de modo que, se não havia "vedação a que as empresas vencedoras do certame se associem para execução integrada das obras, concluída a licitação, não haveria óbice quanto à formação de consórcio na fase de execução dos contratos".
> 4. Esbarra nos óbices da Súmulas 5 e 7 desta Corte dissentir da compreensão firmada no acórdão recorrido, como assinalado na decisão agravada.
> 5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer do agravo interno e negar-lhe provimento.
> (EDcl no AgInt no REsp 1.344.680/RJ, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 28/11/2018 - grifos acrescidos)

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ILEGALIDADES NO PROCESSO LICITATÓRIO. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO DEMONSTRADA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. EDITAL DE LICITAÇÃO E CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO EXIGIDO PELA NORMA

> DISCIPLINADORA DO CERTAME. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL.
> 1. Hipótese em que o Tribunal local consignou (fls. 893-894, e-STJ): "Note-se, tanto a Lei n.° 8.666/93 quanto o edital não determinam nova expedição de certidão. A exigência contida no edital visa validar a certidão apresentada, isto é, verificar a sua autenticidade e não a expedição de outro documento. [...] Outrossim, a Administração e os interessados em participar da concorrência pública têm o dever de respeitar o que ficou consignado no edital, nada lhe acrescentando ou excluindo. No caso em testilha, reitere-se, a Comissão Especial de Licitação da SABESP incluiu, posteriormente, documento que deveria ser juntado, como o foi, no envelope de documentos para habilitação e adotou expediente não contemplado no instrumento convocatório, em violação aos princípios que norteiam a licitação, como o da vinculação ao edital e ampla concorrência".
> 2. Não se conhece de Recurso Especial em relação à ofensa ao art. 535 do CPC/1973 quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.
> 3. O STJ possui jurisprudência firme e consolidada de ser o edital a lei interna do concurso público, vinculando não apenas os candidatos, mas também a própria Administração, com regras dirigidas à observância do princípio da igualdade (AgInt no RMS 50.936/BA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25.10.2016).
> 5. Para contrariar o estatuído pelo Tribunal *a quo*, acatando os argumentos da parte recorrente, seria necessário examinar as regras contidas no edital, bem como o contexto fático-probatório dos autos, o que é impossível no Recurso Especial, ante os óbices contidos nas Súmulas 5 e 7 do STJ.
> 6. Nos termos do art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, é facultado à comissão licitatória, em qualquer fase, promover diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta, sob pena de ofensa de ofensa ao princípio da vinculação ao edital.
> 7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.
> (REsp 1.717.180/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/3/2018, DJe 13/11/2018 - grifos acrescidos)

Ademais, a recorrente não refutou a alegação segundo a qual "no edital não se colocou à disposição dos participantes um modelo padrão pré-determinado a ser preenchido e nem se indicou que a aceitação estava vinculada a uma forma ou redação específica. Por isso, a exigência configura excesso de formalismo que prejudica o objetivo competitivo da licitação e a seleção mais vantajosa à Administração".

A não impugnação de fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido atrai a aplicação do óbice da Súmula 283/STF, inviabilizando o conhecimento do apelo extremo.

A propósito:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. DETRAN/PE. DEFICIENTE FÍSICO. ALTERAÇÃO DA LEI QUE CONSIDERAVA O CANDIDATO COMO DEFICIENTE, DURANTE O CONCURSO. FALTA DE IMPUGNAÇÃO, NO RECURSO ESPECIAL, DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO COMBATIDO, SUFICIENTES PARA A SUA MANUTENÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. DEFICIÊNCIA FÍSICA RECONHECIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ALTERAÇÃO. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> I. Agravo Regimental interposto em 12/02/2016, contra decisão publicada em 02/02/2016.
> II. Não merece prosperar o Recurso Especial, quando a peça recursal não refuta determinado fundamento do acórdão recorrido, suficiente para a sua manutenção, em face da incidência do enunciado da Súmula 283 do STF ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles"). No caso, a parte recorrente deixou de impugnar o fundamento do acórdão recorrido, no sentido de que "a junta médica do certame em apreço aplicou a literalidade do supracitado Decreto 5296/04, o qual não estava em vigor na data da publicação do edital do certame em questão, entendendo pela desclassificação do candidato ora apelante por considerar que a sua surdez bilateral não se enquadrava na previsão de deficiência auditiva". Incidência da Súmula 283/STF.
> III. Ademais, tendo o acórdão recorrido concluído pela existência de perda auditiva bilateral, suficiente a enquadrar o autor como deficiente auditivo, nos termos da lei, aferir a existência da perda auditiva, em Recurso Especial, demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, providência vedada, em sede de Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.
> IV. Agravo Regimental improvido.
> (AgRg no REsp 1.504.904/PE, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/4/2016, DJe 19/4/2016 - grifos acrescidos)

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015, não conheço do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro Og Fernandes
Relator