

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

RICARDO DE HOLANDA JANESCH

CONTROLE JUDICIAL DA LICITAÇÃO APÓS O FIM DO PROCEDIMENTO

FLORIANÓPOLIS
DEZEMBRO DE 2011

RICARDO DE HOLANDA JANESCH

CONTROLE JUDICIAL DA LICITAÇÃO APÓS O FIM DO PROCEDIMENTO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora da
Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito parcial à obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo

FLORIANÓPOLIS
DEZEMBRO DE 2011

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada Controle Judicial da Licitação Após o Fim do Procedimento, elaborada pelo acadêmico Ricardo de Holanda Janesch e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2011.

Luis Carlos Cancellier de Olivo

Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Felipe Boselli

Agradecimentos:

A meus pais, Oscar e Silvia, e a
Rita de Cássia Rossini.

RESUMO

O presente estudo tem por escopo examinar a possibilidade ou não do exercício do controle judicial da legalidade da licitação após o fim procedimento, assunto objeto de divergência jurisprudencial, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Inicialmente, faz-se um apanhado geral sobre o ato administrativo e as causas que ensejam sua invalidade, além dos efeitos do ato eivado de vício. Estudam-se, em seguida, as linhas gerais do procedimento licitatório, suas fases e princípios, para então apontar algumas das situações em que há invalidade no curso de um certame e o que isso acarreta no procedimento. Por fim, são analisados os argumentos empregados a favor e contra a discussão de vícios da licitação após o encerramento do certame, em especial a ocorrência de perda do objeto da ação, a segurança jurídica e o interesse público.

Palavras-chave: Controle judicial da licitação. Fim do procedimento. Perda do objeto da ação. Segurança jurídica. Interesse público.

SUMÁRIO

RESUMO	5
SUMÁRIO	6
INTRODUÇÃO	9
1 CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO	11
1.1 Conceito de ato administrativo	12
1.2 Atributos do ato administrativo	13
1.3 Elementos do ato administrativo	14
1.3.1 Sujeito	14
1.3.2 Objeto	15
1.3.3 Forma	15
1.3.4 Motivo	16
1.3.5 Finalidade	17
1.4 Nulidade do ato administrativo	18
1.4.1 Vícios quanto ao sujeito	19
1.4.2 Vícios quanto ao objeto	20
1.4.3 Vícios quanto à forma	21
1.4.4 Vícios quanto ao motivo	22
1.4.5 Vícios quanto à finalidade	23
1.5 Efeitos do ato viciado	23
2 CONTROLE JUDICIAL DA LICITAÇÃO	26
2.1 Princípios	26
2.1.1 Legalidade e Procedimento Formal	26
2.1.2 Igualdade, Impessoalidade, Competitividade e Julgamento Objetivo	27
2.1.3 Publicidade	29

2.1.4	Moralidade e Probidade Administrativa	29
2.1.5	Vinculação ao Instrumento Convocatório	30
2.2	Fases da licitação: interna e externa	31
2.2.1	Edital ou Convite	32
2.2.2	Habilitação	33
2.2.3	Julgamento das propostas	35
2.2.4	Homologação	35
2.2.5	Adjudicação	36
2.3	Principais vícios da licitação	37
2.3.1	Vícios do edital	38
2.3.1.1	Vícios em relação à publicidade do edital	38
2.3.1.2	Vícios em relação ao objeto licitado	39
2.3.1.3	Vícios em razão de omissões no edital	40
2.3.1.4	Vícios em razão de exigências indevidas no edital	40
2.3.1.5	Vícios quanto aos critérios de julgamento constantes no edital	41
2.3.2	Vícios do procedimento	41
2.3.2.1	Vícios na fase de habilitação	42
2.3.2.2	Vícios na abertura dos envelopes	42
2.3.2.3	Vícios na fase de julgamento	43
2.3.2.4	Vícios na fase de homologação	43
2.4	Efeitos	44
2.5	Momento do controle	45
3	CONTROLE JUDICIAL DA LICITAÇÃO APÓS A HOMOLOGAÇÃO	46
3.1	Situações que ensejam o controle judicial após a homologação	46
3.2	Impossibilidade de discussão dos vícios da licitação após a homologação	47
3.2.1	Origem e evolução do posicionamento no STJ	47

3.2.2 Falta de interesse de agir superveniente	48
3.2.3 Argumentos consequencialistas – teoria do fato consumado	50
3.2.3.1 Segurança jurídica	51
3.2.3.2 Supremacia do interesse público	52
3.3 Possibilidade de Discussão Após a Homologação	54
3.3.1.1 Origem e evolução do entendimento no STJ	55
3.3.2 Nulidade do procedimento induz a do contrato	56
3.3.3 Inafastabilidade do judiciário e controle da arbitrariedade estatal	58
3.3.4 Argumentos legalistas	60
3.3.4.1 Segurança jurídica	60
3.3.4.2 Prevalência do interesse público	61
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

Em função do princípio da supremacia do interesse público, decorrente do princípio republicano, a Administração Pública não tem a plena liberdade para adquirir produtos ou contratar serviços. Deve, portanto, ter sua atuação devidamente regrada a fim de evitar possíveis distorções de seus objetivos.

Nesse mister, o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil¹ prevê que, ressalvados os casos excepcionais previstos em Lei, todas as contratações do poder público dar-se-ão mediante procedimento licitatório².

Os certames, todavia, nem sempre se mantêm hígidos de vícios. Não é raro os licitantes buscarem o controle de legalidade dos atos praticado no *iter* da licitação junto ao judiciário. Entretanto, por ser um procedimento relativamente célere, pode ocorrer que se finalize a licitação antes do julgamento definitivo da demanda. Há outros casos, ainda, que a insurgência do concorrente é justamente o ato que põe fim à competição.

Em situações como essas, alguns tribunais têm extinguido os processos sem resolução do mérito, sustentando que o fim do certame ceifaria o interesse de agir da parte demandante. Outros, por sua vez, julgam os processos normalmente, destacando que o fim da licitação seria mera conjuntura, que não pode objetar o controle de legalidade do procedimento administrativo. A mesma divergência ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que ora decide de uma forma, ora de outra.

¹ Constituição, art. 37, XXI: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

² Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010) define licitação “como procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato”. (p. 350)

Cria-se, com efeito, situação juridicamente instável, que é objeto deste estudo. Para esse fim, utilizar-se-á o método dedutivo, por meio do procedimento empírico, fundado em pesquisa bibliográfica, normativa e jurisprudencial.

Dessa forma, parte-se do estudo geral do ato administrativo para chegar ao objeto da presente análise. Divide-se, assim, o presente trabalho em três partes.

A primeira delas, levando em consideração que a licitação é um procedimento composto de uma série de atos³, estudará aspectos gerais do ato administrativo e suas causas de nulidade, que ensejam controle judicial.

Na parte seguinte, examinar-se-ão os aspectos gerais do procedimento licitatório, suas fases e princípios, além das nulidades específicas ocorridas em cada uma das fases de um certame, que também demandam a anulação pelo judiciário.

Por fim, fixadas as bases, serão estudadas as posições mencionadas – a respeito da possibilidade ou não de controle judicial de licitação após o fim do procedimento – abordando os principais pontos controversos como a perda de objeto da ação, a segurança jurídica e o interesse público.

Com isso, objetiva-se contribuir para o amadurecimento do tema para que se tenha mais uniformidade no tratamento da matéria e, então, se dê mais segurança àqueles que desejam contratar com a administração.

³ Procedimento administrativo é “uma sucessão itinerada e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo” (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p.379)

1 CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO

O controle judicial da Administração pública é, conforme ensina Sérgio Roxo da Fonseca “fruto do aparecimento do Estado de Direito. Neste sentido, todos os atos das autoridades estatais devem estar submetidos ao controle judicial, sem exceção” (2006, p. 23).

Na mesma linha entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem “de nada adiantaria sujeitar-se a Administração à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados” (2010, p. 747).

Com efeito, é indubitável que o Poder Judiciário exerce o controle de legalidade dos atos da administração. Há, contudo, grande discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da possibilidade de controle do mérito do ato administrativo nos atos discricionários, sobretudo com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o que também implicaria em verificar se o ato é “correto”⁴.

Neste estudo, todavia, tal discussão não receberá maior espaço vez que os atos da licitação devem, na forma do art. 3º da Lei 8.666/93⁵, ser vinculados ao respectivo instrumento convocatório e à norma citada, além de terem o julgamento objetivo, com base em critérios previamente estabelecidos, o que, praticamente, inviabiliza a discricionariedade no procedimento⁶.

⁴ Como explica o Ministro Eros Grau no RMS nº 24.699, “o poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade (inclusive a proporção que marca a relação entre o ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação), que não são princípios, mas sim critérios de aplicação do direito, ponderadas no momento das normas de decisão”.

⁵ Lei 8.666/93:

Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, **da vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifou-se)

⁶ Um dos poucos momentos de discricionariedade é a redação do Edital, mas ainda assim balizada por lei.

Dessarte, no presente trabalho, examinar-se-ão apenas os motivos que ensejam o controle de legalidade do ato administrativo (causas de nulidade), sem adentrar na proporcionalidade e na razoabilidade da conduta do administrador. Antes, porém, de examinar essa questão, cumpre fazer uma análise geral do ato administrativo.

1.1 Conceito de ato administrativo

A definição de ato administrativo não é uma questão simples, visto que não se retira da literalidade de uma norma, nem se pode extrair do ordenamento jurídico⁷, ensina Antônio Carlos Cintra do Amaral (1996). Dessa forma, para esse objetivo, deve-se recorrer à doutrina.

Nesse mister, para os fins deste trabalho, utilizar-se-á o conceito proposto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que define ato administrativo

[...] como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com a observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Judiciário. (2010, p. 196)

Dessa acepção extraem-se alguns elementos importantes:

- a. É declaração do Estado, ou de particular que esteja investido em função administrativa;
- b. Produz de efeitos jurídicos imediatos, o que significa que ato administrativo não se trata de norma abstrata, mas concreta; e
- c. Sujeita-se ao regime jurídico administrativo, com as prerrogativas e restrições inerentes a essa característica, como a observância do princípio da legalidade e, por conseguinte, a sujeição ao controle judicial.

⁷ Para Antônio Carlos Cintra do Amaral, “há conceitos que não se podem extrair do ordenamento jurídico, cabendo, pois, ao cientista do direito formulá-los, com vista à compreensão da realidade jurídica. São conceitos metodológicos, dos quais não se pode dizer que sejam verdadeiros ou falsos, mas simplesmente úteis ou inúteis” (1996, p.25).

Ausentes esses traços, não se está diante de um *ato administrativo*, mas de um *ato da Administração*, “acepção ampla que indica todo ato praticado no exercício da função administrativa” (DI PIETRO, 2010, p. 190).

1.2 Atributos do ato administrativo

Dada a peculiaridade que lhe é inerente, qual seja, a sujeição ao regime jurídico de direito público, o ato administrativo goza de determinados atributos que os distinguem dos atos de direito privado. São eles: a) presunções de legitimidade e veracidade; b) imperatividade; c) exigibilidade; e d) autoexecutoriedade.

As presunções de legitimidade e veracidade traduzem-se na admissão, até prova em contrário, de que o ato foi praticado em conformidade com a lei, além de que os fatos neles descritos correspondem à realidade, ou seja, possuem fé pública. Dessa forma, àquele que desejar contestar o ato administrativo, incumbirá desconstituir esse atributo.

A imperatividade, por sua vez, “é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância” (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 359). Essa característica, todavia, não está presente em todos os tipos de ato, “mas apenas naqueles que impõem obrigações” (DI PIETRO, 2010, p. 200).

A exigibilidade significa a possibilidade do Estado exigir de terceiros o cumprimento da obrigação que impôs no ato *sem* a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, mediante atos de coação indireta, como a aplicação de multa, por exemplo.

A autoexecutoriedade (ou apenas executoriedade), por fim, embora se assemelhe à exigibilidade, com ela não se confunde. É, nas palavras de Diógenes Gasparini, “a qualidade do ato administrativo que dá ensejo à Administração Pública de, direta e imediatamente, executá-lo” (2003, p. 73). Isto é: trata-se do poder de exigir *materialmente* do administrado a conduta determinada pela Administração.

Como explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 361), “no Direito Administrativo a exigibilidade e a excoutoriedade, ao contrário do Direito Privado, são muito comuns. A exigibilidade é a regra” e a excoutoriedade existe, basicamente em duas hipóteses: a) quando houver previsão legal; e b) nos casos em que a medida tomada pela administração é urgente, em que a autorização estaria implícita.

1.3 Elementos do ato administrativo

Em direito privado, para que se considerem existentes os atos jurídicos⁸, exige-se que estejam presentes três requisitos: sujeito, objeto e forma. O mesmo se dá no direito público, mas com as especificidades que lhe são inerentes. Os elementos do ato administrativo, por conseguinte, são os seguintes: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

1.3.1 Sujeito

De acordo com GASPARINI (2003, p. 59), “O ato administrativo não surge *spont sua*. Deve ter um editor. Esse é o agente público. Isso, no entanto, não é tudo, pois o agente público há de ser competente”. Leciona Hely Lopes Meirelles que “nenhum ato – discricionário ou vinculado – pode ser realizado validamente sem que o agente disponha do poder legal de praticá-lo” (1999, p. 134).

Dessa forma, para que um ato administrativo seja válido não basta apenas que tenha sido praticado por um agente capaz. É necessário também que lhe tenha sido outorgada competência, entendida como um conjunto de poderes que um órgão ou um sujeito pode exercer legitimamente em razão da matéria, território, grau e tempo, sendo sempre fundados na Constituição, Lei ou nos atos deles decorrentes (DROMI, 1977).

“A competência é intransferível e improrrogável por interesse das partes” (GASPARINI, 2003, p. 60). Entretanto, pode ser delegada e avocada, desde que

⁸ A expressão ato jurídico utilizada refere-se tanto aos atos jurídico em sentido estrito, quanto aos negócios jurídicos.

“não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei” (DI PIETRO, 2010, p. 204).

1.3.2 Objeto

O objeto identifica-se com o conteúdo do ato. Para José Cretella Junior, “objeto do ato administrativo é o efeito prático que, na órbita administrativa, o sujeito pretende alcançar através de sua ação direta ou indireta: é a própria substância do ato” (1992, p. 221).

Para ser válido, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003), o ato administrativo “tem que ser lícito, possível de fato e de direito, certo quanto aos destinatários, moral, ou seja, tem que ser honesto, tem que estar de acordo com o senso comum, com os padrões comuns de honestidade”.

1.3.3 Forma

A forma do ato administrativo é o modo pelo qual o objeto do ato se revela. Enquanto no Direito Privado a forma, via de regra, é livre⁹, no Direito Público a liberdade é excepcional, sendo ordinariamente formal e prevista em lei. Assim raros são os casos em que o ato não é praticado de forma escrita¹⁰.

Trata-se de decorrência do princípio da legalidade, ou seja, tal exigência se justifica pela “necessidade que tem o ato administrativo de ser contrastado com a lei e aferido frequentemente, pela própria Administração e até pelo Judiciário, para verificação de sua validade”, como sintetiza Hely Lopes Meirelles (1999, p. 135).

⁹ Lei nº 10.406/2002:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

[...]

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

¹⁰ “Além dos atos escritos, existem, excepcionalmente, *atos orais* (ordens dadas a um servidor), *atos pictóricos* (placas de sinalização de trânsito), *atos eletromecânicos* (semáforos) e *atos mímicos* (policiais dirigindo manualmente o trânsito e o tráfego).” (GASPARINI, 2003, p. 61)

1.3.4 Motivo

O motivo, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo” (2010, p. 210). De fato, dado que se exige a ocorrência de uma situação material no mundo empírico; de direito, pois o ato deve estar embasado em alguma norma.

Esse elemento é decorrência lógica dos princípios republicanos e legalidade, sendo positivado como princípio, no art. 2º da Lei 9.784/99¹¹. Portanto, seja qual for o ato praticado, deve haver uma fundamentação subjacente.

Dessa forma, para analisar a legalidade do ato no que diz respeito aos motivos, deve-se verificar: “a) a materialidade do ato, isto é, se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado o ato; b) a correspondência do motivo existente (e que embasou o ato) com o motivo previsto na lei” (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 341).

Ademais, deve-se atentar à teoria dos motivos determinantes, assim sintetizada por Hely Lopes Meirelles (1999):

A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. (p. 181-182)

Cabe diferenciar ainda motivo de motivação. Esta, como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram” (2010, p. 210). E conclui a referida autora mencionado que a motivação integra a formalidade do ato (que pode exigí-la ou não), ao passo que o motivo é um dos requisitos deste.

¹¹ Lei 9.784/99:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Há casos em que o motivo está devidamente previsto em Lei, não existindo ao agente público, qualquer dificuldade em elencar a razão da prática do ato. Tem-se, aí, um ato vinculado.

Noutras situações, todavia, a norma não prevê uma atitude específica do administrador, como por exemplo, quando se está diante de conceitos jurídicos indeterminados. Nesses casos, poder-se-á escolher vários caminhos, de forma disjuntiva e, por conseguinte, estar-se-á diante de um ato discricionário.

Essa diferenciação, contudo, em que pese bastante importante no estudo do ato administrativo, não será mais aprofundada neste trabalho, dado que quase a totalidade dos atos praticados ao longo de uma licitação é vinculado, seja ao edital seja à lei¹².

1.3.5 Finalidade

Finalidade é o resultado que se almeja com a prática de determinado ato. No caso da Administração Pública, em sentido amplo, a finalidade está vinculada ao interesse público, ainda que o ato seja discricionário (MEIRELLES, 1999).

Já em sentido restrito, esse elemento “é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei” (DI PIETRO, 2010, p. 209/210).

¹² Lei 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **legalidade**, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifou-se)

1.4 Invalidade do ato administrativo

Caso não estejam presentes todos os pressupostos suprajacentes ou, ainda, algum deles padeça de vício, o ato estará eivado de invalidade, tema que se passa a examinar.

Inspirada no Direito Civil, a teoria no Direito Administrativo segue também a dicotomia entre atos nulos e anuláveis. Entretanto, os pressupostos de distinção são diversos.

Para Antonio Carlos Cintra do Amaral¹³, o que distingue atos anuláveis dos nulos na seara administrativa “não é o grau de invalidade ou a suscetibilidade ou não de anulação. O traço distintivo é a possibilidade de serem ou não convalidados¹⁴. Os do primeiro tipo são convalidáveis. Os do segundo não.” (1978, p. 65)

No mesmo sentido sintetiza Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010):

Os **atos nulos** são os que não podem ser convalidados; entram nessa categoria:

- a) os atos que a lei assim declare;
- b) os atos em que é materialmente impossível a convalidação, pois se o mesmo conteúdo fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior; é o que ocorre com os vícios relativos ao objeto, à finalidade, ao motivo, à causa.

São **anuláveis**:

- a) os atos que a lei assim declare;
- b) os que podem ser praticados sem vício; é o caso dos atos praticados por sujeito incompetente, com vício de vontade, com defeito de formalidade. (p. 244, grifos do autor)

A classificação suprajacente, contudo, não exaure a teoria dos vícios do ato administrativo. Este pode ainda ser classificado como meramente irregular – quando se deixou de observar algum requisito não essencial e que não causa

¹³ Embora tenha dado o traço distintivo entre atos nulos e anuláveis, Antonio Carlos Cintra do Amaral não adota essa terminologia. Prefere os termos “convalidáveis ou não convalidáveis, por que expressa melhor a concepção ora proposta” (1978, p. 66).

¹⁴ Lei 9.784/99:

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

prejuízo à Administração e a terceiros; e inexistente – caso em que o ato não possui os requisitos necessários à sua perfectibilização¹⁵.

As causas de invalidade dos atos administrativos, pois, estão intimamente ligadas a vícios nos elementos deste, quais sejam, sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade¹⁶.

1.4.1 Vícios quanto ao sujeito

Sendo inevitavelmente o ato administrativo uma manifestação de vontade de um agente, exige-se, como visto, que este tenha não apenas a capacidade prevista no Código Civil, mas também que lhe tenha sido outorgada competência para prática do ato. Os principais vícios quanto à competência são: usurpação de função, excesso de poder e função “de fato”.

A primeira delas “consiste no exercício de cargo público sem título algum para isso, nem regular, nem irregular, [...]” (CRETELLA JUNIOR, 1992, p. 253). Ou seja, o indivíduo se apossa por conta própria da função pública, atribuindo-se a condição de agente público. Tal conduta é, inclusive, crime tipificado no art. 328 do Código Penal¹⁷.

Tem-se entendido que o ato praticado pelo usurpador de função é inexistente, vez que sequer é agente público. A convalidação nesse caso seria

¹⁵ Nesse caso, falta o sujeito, a forma ou o objeto.

¹⁶ Art. 2º da Lei 4.717/65: São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

¹⁷ Art. 328 - Usurpar o exercício de função pública:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único - Se do fato o agente auferir vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

impossível, podendo haver apenas a edição de ato idêntico pela autoridade competente; sem, todavia, efeito retroativo.

O excesso de poder, por sua vez, configura-se quando o agente excede os limites de sua competência, atuando além de suas atribuições. A exemplo da usurpação de função, esse vício também é considerado ilícito penal, na forma da Lei 4.898/65.

Merecem destaque ainda os atos praticados por funcionários de fato. Trata-se de situação em que o agente está irregularmente investido no cargo, mas que possui aparência de legalidade. Para a maioria da doutrina nesse caso¹⁸, está-se diante de um ato válido (em função da presunção de legitimidade), desde que aquele que aproveita seus efeitos esteja de boa-fé.

Por fim, ainda que o agente esteja investido nos poderes para a prática do ato, impõe-se também que não lhe seja imputável qualquer das hipóteses de impedimento e suspeição previstas nos artigos 18 e 20 da Lei nº 9.784/99, quais sejam:

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Os vícios de competência na seara administrativa, diferentemente das normas de direito processual, geram via de regra apenas invalidade relativa, ou seja, são anuláveis, dado que podem ser convalidados por autoridade competente, ou que não seja suspeita ou impedida.

1.4.2 Vícios quanto ao objeto

¹⁸ Vide CRETELA JUNIOR, 1992 e DI PIETRO, 2010.

O vício em relação ao objeto guarda estrita correspondência com as características desse requisito do ato administrativo. Com efeito, haverá invalidade quantos ao objeto quando o ato não for lícito, possível, determinado ou determinável e moral.

No mesmo sentido lecionou Maria Sylvia Zanella Di Pietro em palestra no Tribunal de Contas Municipal de São Paulo:

O vício. Quando o objeto é ilegal? Pela lei de ação popular, a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou ato normativo. Na realidade, ela está considerando apenas uma hipótese de ilegalidade do objeto, em que ele contraria uma norma legal, mas existem outras hipóteses de objeto inválido. Uma delas é a do objeto imoral; outra é a do objeto impossível, como a nomeação de uma pessoa para um cargo que não existe; também é o caso do objeto indeterminado quanto aos destinatários.

Aqui não há possibilidade de convalidação. A gravidade do vício é tal, que não pode ser sanado, mas apenas editado outro ato com a mesma finalidade, desde que com objeto legal.

1.4.3 Vícios quanto à forma

Dispõe o art. 2º, parágrafo único da Lei da Ação Popular: “o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato”.

O por vício de forma, portanto, consiste nas palavras de José Cretella Júnior:

[...] no fato de o editor do ato haver omitido ou executado mal, na edição, as formalidades ou processos a que este ato por lei ou regulamento está submetido. É uma irregularidade nas formas segundo as quais a vontade do administrador deve manifestar-se. Há *direito subjetivo* do administrador às formas, que foram elaboradas não no interesse exclusivo da Administração, mas também no dos administrados. (1992, p. 281/282)

Na maioria das vezes, o ato que não se dá em conformidade com a forma exigida é irregular, diante da ausência de prejuízo, salvo nos casos de publicidade e quando a lei exige documentação específica, hipótese em que o ato é anulável.

1.4.4 Vícios quanto ao motivo

A Lei da Ação Popular prevê apenas a inexistência de motivos como causa de invalidade do ato administrativo: “a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido” (art. 2º, parágrafo único, *d*).

Tal norma, contudo, traz implícito outro tipo de vício quanto ao motivo, qual seja, a falsidade deste, entendido como a falta correspondência entre ato, os fundamentos jurídicos e o contexto fático subjacente.

Com efeito, não basta apenas existir o motivo. Conforme explica José Cretella Júnior (1992),

Integram-se no *motivo* as razões que inspiram o *ato*. Tais *motivos* ou *fundamentos* não são livres como ocorre no direito privado. No direito administrativo, o *motivo* é fundamental. É a razão jurídica do procedimento da Administração. O *motivo* sobre que se apoia o ato administrativo tem que ser legal. Alicerça-se sempre no *interesse público*.

Por aí se observa quanto o *motivo* se articula com o fim, não obstante configurem entidades diversas. Suporte fático do ato, sobre o motivo incide a vontade do agente administrativo, valorando-o, passando-o à luz do interesse público, balizado pelo texto legal. (p. 266/267, grifos do autor)

Fundado em tais considerações o referido mestre cita, de forma didática, cinco tipos de vícios que tornam a motivação viciada:

- a) ato administrativo fundado em fato inexistente;
- b) ato administrativo fundado em fato existente, mas em proporção insuficiente para justificar a medida;
- c) ato administrativo fundado em fato existente, mas praticado por outrem;
- d) ato administrativo fundado em fato existente, mas que é cercado de circunstâncias especiais; e
- e) em fato existente, mas que se contradiz com o dispositivo legal. (1992, p. 267)

Portanto, no controle do motivo do ato, deve-se analisar não apenas o fundamento jurídico da motivação, mas se o fato declarado como motivador do ato aconteceu da forma como descrita pelo agente.

Nessa hipótese de ilegalidade, a dificuldade pode ocorrer convalidação, sendo medida excepcional, a depender do caso concreto.

1.4.5 Vícios quanto à finalidade

O desvio de finalidade (ou de poder) dá-se “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (art. 2º, parágrafo único, e, da Lei 4.717/65).

Tal vício se caracteriza também “quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheio à ‘categoria’ do ato que utilizou”, como por exemplo, “quando a agente remove um funcionário – que merecia punição a fim de castigá-lo. Ora, a remoção não é ato de categoria punitiva” (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 349).

No primeiro caso, evidentemente, o ato é nulo, sendo inviável sua convalidação; no segundo, por sua vez, não há óbice para tanto, o que lhe acarreta apenas anulabilidade.

1.5 Efeitos do ato viciado

Em função da presunção de legitimidade que lhe é inerente, o ato administrativo, ainda que afetado de invalidade, produz efeitos jurídicos. Como explica Antônio Carlos Cintra do Amaral,

Tanto os atos administrativos válidos quanto os inválidos podem produzir efeitos. A distinção entre eles somente se põe quando suscetíveis de apreciação, por um órgão estatal competente, no que respeita a sua legalidade. Se dessa apreciação resulta sua manutenção no mundo jurídico (admitimos aqui a hipótese de decisão judicial com força de coisa julgada), são válidos. Se ela resulta sua eliminação, são inválidos. (1996, p. 53)

Entretanto, uma vez constatada a ilegalidade, o ato perde sua validade *ex tunc*, ou seja, de forma retroativa¹⁹ à data de sua edição ou do vício, se

¹⁹ A retroatividade da anulação do ato administrativo precedente, ensina Odete Medauar, “pode ter função destrutiva ou construtiva. A retroação destrutiva suprime o ato administrativo, acarretando a perda de eventuais faculdades ou vantagens nele fundamentadas – exemplo: anulação de alvará de construção; anulação de ato de promoção. A eficácia construtiva acarreta não só a eliminação

superveniente²⁰. Dessa forma, “restaura-se, em sua plenitude, a situação vigente anteriormente ao ato invalidado” (GASPARINI, 2003, p. 108). No mesmo sentido é a súmula 473 do STF:

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. (grifo nosso)

Essa retroatividade, todavia, não é absoluta, devendo-se resguardar, na medida do possível, os interesses do terceiro de boa-fé, que não concorreu para o vício. Quando isso não for razoável, duas situações afiguram-se:

a) casos em que a invalidação do ato ocorre *antes de o administrado incorrer em despesas* suscitadas pelo ato viciado, seja por atos administrativos precedentes que o condicionaram (ou condicionaram a relação fulminada). Nestas hipóteses não se propõe qualquer problema patrimonial que despertasse questão sobre dano indenizável;

b) caso em que a invalidação infirma ato ou relação jurídica quando o administrado, na conformidade deles, já desenvolveu atividade dispendiosa, seja para engajar-se em vínculo com o Poder Público em atendimento à convocação por ele feita, seja por ter ele efetuado prestação em favor da Administração ou de terceiro. (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 410)

Tal solução, segundo Gasparini, traduz a aplicação concreta da responsabilização do Estado, prevista no art. 37, §6º, da Constituição²¹, que abrange tanto casos de responsabilidade por atos ilícitos, quanto por atos lícitos.

Feitas essas considerações a respeito do regime geral dos atos administrativos, também aplicáveis aos atos praticados durante os certames, passa-

do ato defeituoso, mas também a edição de outros atos, a fim de colocar a situação no estado em que estaria no presente se a ilegalidade não estivesse existido no passado – exemplo: anulação de ato que indeferiu inscrição em concurso público”. (2009, p. 161)

²⁰ Em sentido contrário, para quem o ato invalidado tem efeitos *ex nunc*, AMARAL, 1996. Celso Antonio Bandeira de Mello, por sua vez, apresenta solução intermediária: conforme seja o ato restritivo ou ampliativo de direitos terá efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, respectivamente. “Na conformidade desta perspectiva, parece-nos que efetivamente nos autos unilaterais *restritivos* da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos *ex tunc*, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das consequências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais *ampliativos* da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada.” (2010, p. 480)

²¹ Constituição, art. 37, §6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

se agora a examinar os princípios, fases e algumas das nulidades que se dão dentro do procedimento licitatório.

2 CONTROLE JUDICIAL DA LICITAÇÃO

Mantendo como norte do estudo o controle de legalidade, para verificar as causas que possibilitam o controle judicial da licitação devem-se examinar as invalidades que podem ocorrer ao longo de um certame. Para isso, utilizar-se-á a sistematização feita por Toshio Mukai (1996) e José Roberto Dromi (1977). Antes, porém, impõe-se detalhar os princípios e as fases da licitação.

2.1 Princípios

O art. 3º da Lei nº 8.666/93, além de fixar o objetivo do procedimento licitatório, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, prevê também os princípios aplicáveis aos certames:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do *princípio constitucional da isonomia*, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os *princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos*. (grifo nosso)

Somando-se estes aos previstos no art. 37 da Constituição Federal, deve o órgão licitante balizar sua conduta nos seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, igualdade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

2.1.1 Legalidade e Procedimento Formal

Positivado genericamente nos artigos 5º, II, e 37 da Constituição, além do já citado art. 3º da Lei nº 8.666/93, o princípio da legalidade é fundamento do Estado de Direito.

Trata-se de garantia ao cidadão,

porque a lei, ao mesmo tempo em que os define [direitos individuais], estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade” (DI PIETRO, 2010, p. 63).

Via de regra, o princípio da legalidade aplicado à Administração Pública limita a atividade desta àquilo que a lei permite. Entretanto, nas licitações, este princípio ganha contorno mais específico, dado pelo art. 4º da referida lei:

Art. 4º. Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º *têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei*, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. (grifo nosso)

Diante de tal previsão, Hely Lopes Meirelles trata-o como princípio do procedimento formal, por entender que a licitação está vinculada não apenas à Lei. Deve observar também “o regulamento, as instruções complementares, e o edital”. (2010, p. 32)

Adverte, contudo:

O princípio do *procedimento formal*, todavia, não significa que a Administração deva ser “formalista” ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deve anular o procedimento ou o julgamento, ou inabilitar ou desclassificar propostas, diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes. (2010, p. 36)

Portanto, embora essencial à licitação, o princípio da legalidade não deve ser aplicado de forma a tornar o procedimento burocrático, sob pena de inviabilizar a concorrência e, por conseguinte, frustrar os objetivos do certame.

2.1.2 Igualdade, Impessoalidade, Competitividade e Julgamento Objetivo

A igualdade, a impessoalidade, competitividade e julgamento objetivo são princípios correlatos. Todos apresentam a mesma noção de evitar qualquer tipo de privilégios a um ou mais licitantes em detrimento dos demais. Diferenciam-se na medida em que se pode tratar igualdade como gênero e impessoalidade, competitividade e julgamento objetivo como espécies.

A igualdade, em especial na licitação, traduz-se na insonomia de tratamento dos concorrentes, isto é, sem qualquer forma de direcionamento no edital ou vício no julgamento de forma a favorecer certos candidatos frustrando o caráter competitivo do certame. Nas palavras de Carlos Ari Sunfeld, “é condição indispensável da existência de competição real, efetiva, concreta” (1994, p. 20)

Corolário da isonomia em matéria de licitação a impessoalidade, consoante explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “pode ser entendido como a vedação, ao Estado, de considerar quaisquer interesses que não aquele que a lei lhe cometa. Determina, portanto, sua postura equidistante dos interesses pessoas e sua vocação absoluta ao interesse público”. (1992, p. 245)

O princípio da competitividade, por sua vez, está implícito no §1º, inciso I, do art. 3º da Lei 8.666/93. É, como explica Diógenes Gasparini (2004), a *essência da licitação*, dado que sem disputa não há licitação, *vide* o conceito supramencionado. Além disso, continua o aludido jurista,

Se a competição é a alma da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será à Administração Pública encontrar o melhor contratado. Sendo assim, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição. Procedimento dessa natureza viola o princípio da competitividade. (2004, p. 4)

Por fim, o julgamento objetivo, reiterado nos artigos 44 a 46 da Lei 8.666/93, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “afasta o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a se aterem ao critério prefixado pela Administração, [...]” (2010, p. 53).

Tal norma tem dupla função. De um lado assegura a igualdade de tratamento dos licitantes e, de outro, permite que se faça o controle do certame, interno e externo, ante a existência de critérios preestabelecidos.

2.1.3 Publicidade

Encontra fundamento princípio republicano, pois a própria noção dessa forma de estado (*res publica*), ou seja, coisa pública, traduz a necessidade de dar ciência à população dos atos do Estado²².

Com efeito, nas palavras de Carlos Pinto Coelho Motta, o princípio em questão torna imperativa a “visibilidade de dos atos da administração pública para viabilizar o exercício pleno do controle por parte da sociedade” (2008, p. 111).

Aplicando tal preceito à licitação, o §3º do art. 3º da Lei 8.666/93 preconiza que o certame não será sigiloso, “sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

2.1.4 Moralidade e Probidade Administrativa

Conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010),

A Lei nº 8.666/93 faz referência à **moralidade** e à **probidade**, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, [...].(p. 359, grifos do autor)²³

Assim, para evitar o esvaziamento do princípio da moralidade, preferiu o legislador acrescentar a probidade administrativa – conceito mais objetivo – como norma balizadora do órgão licitante.

Nesse mister, a Lei 8.429/92, fixa os parâmetros dos quais se extai o que se pode chamar de improbidade administrativa, sintetizados por Flávio Sátiro Fernandes:

²² Ainda sobre o princípio da publicidade, explica Joel de Menezes Niebuhr: “Trata-se de mais um princípio de visa a legitimar a atividade administrativa, permitindo que todos os membros da sociedade tenham conhecimento dos atos e de quaisquer dados de seu interesse.” (2011, p. 45)

²³ Em sentido contrário, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992) que afirma: “O *princípio da moralidade* tem sua acepção precisa em Direito Administrativo: [...]” (p. 245)

A improbidade, por sua vez, significa a má qualidade de uma administração, pela prática de atos que implicam enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao erário ou, ainda, violação aos princípios que orientam a pública administração. (1997, p. 103)

Ao conduzir o certame, dessarte, devem os agentes agir de forma escorreita, de forma a preservar o erário e não contrariar os princípios que orientam a administração.

2.1.5 Vinculação ao Instrumento Convocatório

Prevista genericamente no art. 3º da Lei 8.666/93, a vinculação ao instrumento convocatório tem delineamento no art. 41 da referida norma: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Tal dispositivo traduz a ideia, de que o “edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação.” (MEIRELLES, 2010, p. 51/52)

Assim, no procedimento licitatório, a atividade discricionária da administração é encerrada com a publicação do Edital. Uma vez escolhidos os parâmetros que guiarão o certame, o órgão licitante encontra-se plenamente vinculado aos seus termos, conforme explica Marçal Justen Filho:

A autoridade administrativa dispõe da faculdade de escolha, ao editar o ato convocatório. Porém, nascido tal ato, a própria autoridade fica subordinada ao conteúdo dele. Editado o ato convocatório, o administrado e o interessado submetem-se a um modelo norteador de sua conduta. Tornam-se previsíveis, com segurança, os atos a serem praticados e as regras que os regerão. Restará margem mínima de liberdade ao administrador, usualmente de extensão irrelevante. (2010, p. 73)

Esse princípio, pois, visa dar plena segurança, seja aos licitantes, seja à administração que têm noção exata do esperar do certame.

2.2 Fases da licitação: interna e externa

Didaticamente, divide-se a licitação em duas grandes fases: a interna e a externa.

A primeira, como o próprio nome já diz, caracteriza-se por ser o momento em que a Administração cuida internamente do procedimento, isto é, sem a participação dos licitantes.

Uma vez verificada a necessidade da aquisição de um produto, ou contratação de um serviço, a Administração procederá a “abertura de processo administrativo, [...], contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa” (art. 38, *caput*, Lei 8.666/93).

Nesse momento decide-se qual o tipo da licitação será procedido, sua modalidade, além da realização de orçamentos para o provisionamento necessário dos recursos, bem como estipulação de valor máximo. Dá-se ainda a nomeação da comissão de licitação, com “no mínimo, três membros, sendo pelo menos dois deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação”, como determina o art. 51 da referida Lei.

No caso de licitações cujo valor estimado seja superior a R\$ 15.000.000,00, a Lei exige também que, antes da publicação do edital, realize-se uma audiência pública, um moderno instrumento democrático que oportuniza a oitiva da população antes de grandes investimentos²⁴.

Findos esses procedimentos, publica-se o edital ou o convite e dá-se início à fase externa. Em função de sua maior possui maior complexidade, essa fase terá seu estudo melhor detalhado nos tópicos *infra*.

²⁴ Lei 8.666/93:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

2.2.1 Edital ou Convite

O ato que inicia a fase externa é a publicação do edital ou da carta-convite, dependendo da modalidade da licitação. Conforme já visto, edital é a lei da licitação, estando a eles vinculados a administração e os licitantes.

Por isso, deve ser redigido de forma clara e minuciosa, evitando possíveis ambiguidades que deixem margem à atuação discricionária do órgão licitante. Não é por outro motivo que o art. 40 da Lei 8.666/93²⁵ trata de forma tão discriminada o assunto.

O Edital divide-se, basicamente, em três partes: preâmbulo, corpo e anexos. Naquele encontra-se um resumo do edital, contendo informações básicas, como o órgão licitante, a modalidade, o tipo, o regime de execução *etc.*

É no corpo, contudo, que se encontram as informações substanciais da licitação, razão por que o art. 40 da norma geral das licitações prevê uma série de exigências para o edital. Ausentes tais requisitos, poderá o certame ser anulado, dependendo da gravidade do vício. Esse tema, todavia, será melhor tratado ao longo deste trabalho.

Por fim, nos anexos constam, como prevê o art. 40, §2º, da Lei em comento:

- I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;
- II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;
- III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;
- IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.

²⁵ Lei 8.666/93:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

Ciente da importância dos termos deste para o bom andamento do certame, o legislador permitiu a qualquer cidadão impugnar o edital de licitação no prazo de cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes e aos licitantes, em até três dias úteis do mesmo ato.

2.2.2 Habilitação

A habilitação, conforme leciona Joel de Menezes Niebuhr, “é a fase do processo de licitação pública em que a Administração averigua a capacidade e a idoneidade dos licitantes para firmarem contrato com ela” (2011, p. 364). Subdivide-se em habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e econômico-financeira e cumprimento do disposto do inciso XXXIII do art. 7º da CF/88 (art. 27 da Lei 8.666/93).

A habilitação jurídica, regulada pelo art. 28 da Lei. 8.666/93, é a comprovação da capacidade de contratar com a Administração pública, abrangendo não apenas normas de direito privado, como também as de direito público. Não basta apenas poder exercer os atos da vida civil, é imperativo que não haja restrições específicas por normas de direito administrativo, como a inexistência de declarações de inidoneidade.

Desdobramento da habilitação jurídica é a regularidade fiscal. O licitante deve estar não apenas apto para contratar com a Administração, mas também em dia com as exigências do fisco²⁶ e suas obrigações trabalhistas. Assim, para participar de licitação deverão apresentar os documentos enumerados no art. 29 da norma em questão²⁷.

²⁶ Salienta Carlos Pinto Coelho Motta que “regularidade não é quitação. A documentação requerida pelo artigo [29 da Lei 8.666/93] atestará que o licitante atendeu às “exigências do fisco”, decorrentes de dispositivos legais, [...]” (2008, p. 351)

²⁷ Lei nº 8.666/93:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

Enquanto os dois requisitos examinados visam assegurar à administração a contratação com licitante idôneo, as qualificações técnica e financeira têm como escopo garantir que o concorrente tenha condições que executar o serviço ou entregar o produto licitado.

Com efeito, para comprovação da qualificação técnica o art. 30 da Lei de Licitações exige os seguintes documentos:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

A documentação concernente à qualificação econômico-financeira, por sua vez limitar-se-á a (art. 31, Lei 8.666/93):

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

Por fim, deverá a empresa comprovar que não emprega menor de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e não emprega menor de dezesseis anos, a não ser na condição de aprendiz²⁸.

2.2.3 Julgamento das propostas

Verificada a capacidade de contratar dos licitantes, a Administração realiza o julgamento das propostas²⁹. Entretanto, como salienta Joel de Menezes Niebuhr (2011),

Antes de julgar propriamente as propostas, a Administração deve analisar a aceitabilidade delas, ou melhor, deve verificar se as propostas apresentadas pelos licitantes atendem às condições e às exigências erguidas no instrumento convocatório. Nesse talante, a Administração deve avaliar três aspectos:

- a) se os objetos ofertados pelos licitantes são compatíveis com o objeto descrito no instrumento convocatório;
- b) se as propostas dos licitantes atendem às formalidades previstas no instrumento convocatório; e
- c) se os preços ofertados são compatíveis com os praticados no mercado, analisando se são superiores ao valor de mercado, isto é, se são excessivos, ou se são inferiores ao valor de mercado e se, com isso, são inexequíveis. (p. 471)

Feita essa análise preliminar, “se confrontam as ofertas, classificam-se os proponentes e escolhe-se o vencedor, a quem deverá ser adjudicado o objeto da licitação, para o subsequente contrato com a Administração”. (MEIRELLES, 2010, p. 199/200)

Consoante já destacado, o julgamento deverá pautar-se em critérios objetivos, com base no tipo – menor preço, melhor técnica ou técnica e preço – e em critérios previamente estabelecidos no Edital.

2.2.4 Homologação

²⁸ A referida comprovação “dar-se-á por intermédio de declaração firmada pelo licitante” nos termos do art. 1º do Decreto 4.358/02.

²⁹ Essa é a sistemática da Lei nº 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitação. A Lei 10.520/02 que instituiu o pregão prevê uma inversão de fases: primeiro julgam-se as propostas para, posteriormente, verificar a capacidade dos licitantes de participar do certame. É o que se vê também em algumas Leis Estaduais, como em São Paulo e na Bahia.

A homologação, explica Diógenes Gasparini, “é ato da autoridade competente superior à comissão de licitação pelo qual é promovido o controle de todo o procedimento licitatório no que respeita ao mérito e à legalidade” (2003, p. 514). Trata-se, pois, de verdadeiro controle interno de legalidade do procedimento licitatório, especialmente de sua legalidade.

Assim, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Melo “se houve algum vício no procedimento, ao invés de homologá-lo, [a Administração] deverá preferir-lhe a anulação” (2000, p. 525). Por outro lado, se a autoridade superior encontrar no procedimento alguma irregularidade, deverá ordenar a retificação dos atos irregulares, inclusive que se faça outro julgamento, se esse for o caso (MUKAI, 1995, p. 22).

Nesse momento, pode-se também determinar a revogação procedimento, por motivo de interesse público em caso de fato superveniente, na forma do art. 49 da Lei 8.666/93³⁰.

Em ambos os casos, a Lei exige “parecer escrito e devidamente fundamentado”, assegurando-se aos prejudicados, o contraditório e a ampla defesa. Com efeito, ensina Hely Lopes Meirelles, “não basta que a administração indique os motivos da revogação ou da anulação; é indispensável que dê oportunidade aos licitantes de se manifestarem e produzirem as provas que entenderem convenientes a sua defesa” (2010, p. 224).

2.2.5 Adjudicação

Homologado o procedimento, faz-se a adjudicação³¹. É o momento em que se atribui ao vencedor o objeto da licitação. Trata-se de etapa intermediária

³⁰ Fica claro, pois, que revogação e anulação são figuras diversas. Como explica Carlos Pinto Coelho Motta, “a primeira só pode ser feita pela Administração e tem como base a conveniência e a oportunidade; entretanto, apenas admissível diante de *fato superveniente*, devidamente comprovado”. A anulação, por sua vez, “constitui poder-dever da Administração, mas pode ser feita pelo Judiciário, fundamentando-se na ilegalidade e consequente nulidade do processo” (2008, p. 540).

³¹ Divergem os autores a respeito de qual ato seria anterior, homologação ou adjudicação. Toshio Mukai, por exemplo entende que a adjudicação precede a homologação (1995, p. 22). Já Marçal Justen Filho pensa de forma diversa. Para ele, “a Lei nº 8.666 determina que a autoridade superior

entre o fim do certame (que se dá com a homologação) e a assinatura do contrato, como explica José dos Santos Carvalho Filho:

a adjudicação não integra o procedimento licitatório e é posterior ao ato de homologação. Em dois momentos transparece tal situação: 1º) o art. 6º, XVI, do Estatuto, não incluiu a adjudicação na competência da Comissão de Licitação; 2º) o art. 43, VI, estatui que é função da autoridade competente deliberar quanto à homologação e à adjudicação do objeto da licitação. (2009, p. 281)

A adjudicação produz os seguintes efeitos jurídicos, nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2010):

a) a aquisição do direito de contratar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação; b) a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos na sua proposta; c) sujeição do adjudicatário às penalidades previstas no edital e à perda de eventuais garantias oferecidas, se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidos; d) o impedimento da Administração contratar o objeto licitado com qualquer outro que não seja o adjudicatário; e) a liberação dos licitantes vencidos dos encargos da licitação. (p. 221/222)

Feito esse exame perfunctório dos princípios e fases que delineiam a licitação, deve-se analisar agora as circunstâncias em que maculam os certames.

2.3 Alguns vícios da licitação

A exemplo dos demais atos administrativos, em matéria de licitação só há invalidade no certame se o vício causar prejuízo. Entretanto, como a observância do procedimento previsto na Lei 8.666/93 é “direito público subjetivo” dos licitantes, na maioria das vezes, a simples violação à lei já é causa de nulidade, pois tende a prejudicar o interesse dos competidores.

Os vícios da contratação administrativa podem ser divididos em pré-contratuais e contratuais, que diferem conforme sua origem: os primeiros maculam o procedimento de licitação (formação da vontade contratual administrativa), enquanto

realize, primeiramente, a homologação do resultado da licitação. Em momento logicamente posterior, promoverá a adjudicação” (2010, p. 576), posicionamento também adotado pelo presente estudo. Distante dessa polêmica a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) é clara: primeiro adjudica-se para depois homologar o procedimento.

os segundos dão-se na já na fase assinatura ou execução do contrato (DROMI, 1977)³². Para o presente estudo, todavia, interessam somente as invalidades pré-contratuais, divididos por Toshio Mukai (1995) em vícios do edital e vícios do procedimento.

2.3.1 Vícios do edital

Como já mencionado, o edital é a “lei da licitação” e sua elaboração, explica Marçal Justen Filho, “subordina-se a regras vinculantes previstas em lei, a que se soma o exercício das escolhas discricionárias para Administração Pública” (2010, p. 681). Existem casos, todavia, que o órgão licitante não observa com o rigor necessário o disposto na lei.

Nesses casos, o instrumento convocatório está maculado e, salvo no caso de omissões sanáveis ou pequenas irregularidades, tornam nulo todo o procedimento, em especial em por restringir o caráter competitivo do certame³³.

Os principais vícios nos editais foram agrupados em quatro categorias, cuja análise se faz a seguir.

2.3.1.1 Vícios em relação à publicidade do edital

O art. 21 da Lei 8.666/93 exige a publicação do resumo do edital tanto no diário oficial, quanto em jornais de circulação local. Ademais, determina o prazo mínimo entre a publicação e o recebimento das propostas, conforme a modalidade

³² Los vicios contractuales (en el contrato) difieren de los vicios pre-contractuales (en la formación de la voluntad contractual), pues los primeros afectan al contrato en sí, mientras que los segundos lo proceden y afectan al procedimiento de contratación, es decir a los actos administrativos que lo integran. (DROMI, 1977, p. 476). Tradução livre: Os vícios contratual (no contrato) são diferentes dos vícios pré-contratuais (na formação da vontade contratual), já que os primeiros afetam o próprio contrato, enquanto os segundas afetam procedimento de contratação, ou seja, atos administrativos que o integram.

³³ “O princípio da competitividade significa a exigência de que a Administração Pública fomente e busque agregar à licitação pública o maior número de interessados, para que, com olhes na eficiência e na isonomia, aumentando o universo das propostas que lhes são encaminhadas, ela possa legitimamente escolher aquela que seja a mais vantajosa ao interesse público.” (NIEBUHR, 2011, p. 46).

licitatória. Trata-se de norma fixada em consonância com os princípios da publicidade e da competitividade, de observância obrigatória.

O não atendimento dessas normas implica em vício de forma, pois, como explica José Roberto Dromi, “afeta o modo de dar conhecimento ao público ou às pessoas a quem o ato interessa” (1977, p. 488)³⁴.

A publicidade do edital, portanto, pode ser maculada nas seguintes situações: a) falta de publicação; b) publicação feita somente no diário oficial; c) publicação insuficiente, defeituosa ou em prazo inferior ao legal; e d) falta de publicidade das retificações do edital supervenientes à primeira publicação.

2.3.1.2 Vícios em relação ao objeto licitado

Exige o art. 40, §2º, da Lei 8.666/93, que o objeto da licitação seja devidamente especificado. Tal determinação, explica Carlos Ari Sunfeld,

[...] deriva, de um lado, da necessidade de o licitante saber a *natureza e dimensão* exata da prestação a que se obrigará; de outro, da impossibilidade lógica de, em certame competitivo, confrontar coisas distintas; e, por fim, do perigo das contratações inespecíficas, propiciadoras de conluís de toda ordem. (1994, p. 101)

Caso, contudo, não se observe tal imposição o instrumento convocatório estará maculado. No mesmo sentido foi entendimento do Tribunal de Contas da União - TCU³⁵, por exemplo, no Acórdão 1556/2007 “a restrição à competitividade, causada pela ausência de informações essenciais no instrumento convocatório, é causa que enseja a nulidade da licitação”. (BRASIL, 2010, p. 30)

Outra causa de invalidade em relação ao ponto em exame, configura-se com o denominado “dirigismo na descrição do objeto”, ou seja, frustrar a concorrência por meio de exigências desnecessárias a fim de favorecer determinado licitante ou marca (MUKAI, 1995).

³⁴ Tradução livre. Original: “Constituye un vicio de forma, pues afecta el modo de dar conocimiento del público o de las personas a quienes el acto interesa”

³⁵ Em que pese o objeto deste trabalho seja o controle judicial da licitação, as orientações dadas pelos Tribunais de Contas são bastante pertinentes no que diz respeito à legalidade de determinadas práticas ocorridas dentro do certame e, não raro, são levadas em consideração pelas decisões judiciais.

2.3.1.3 Vícios em razão de omissões no edital

A Lei 8.666/93 impõe que constem no edital uma série de informações: o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada, a modalidade, o regime de execução o tipo da licitação, dentre outras. Ausentes tais requisitos, o instrumento convocatório estará eivado, via de regra, de invalidade relativa, diante da possibilidade da convalidação do vício.

2.3.1.4 Vícios em razão de exigências indevidas no edital

Sendo a licitação destinada a escolher a proposta mais vantajosa à Administração, não cabe ao órgão licitante fazer exigências inúteis, de forma a frustrar a competitividade do certame. Explica Marçal Justen Filho,

Toda exigência formal ou material prevista no edital tem função instrumental. Nenhuma exigência se justifica por si própria. O requisito previsto no edital se identifica como instrumento de assegurar (ou reduzir o risco de não se obter) as funções atribuídas ao Estado. [...] Somente se admite a previsão de exigência se ela for qualificável, em juízo lógico, como necessária à consecução do “fim”. (2010, p. 682)

Com efeito, não tem razão as exigências que excedam aquelas previstas na Lei 8.666/93, salvo quando plenamente justificadas em razão de especificidades do objeto licitado. Nessa linha pronunciou-se o TCU no Acórdão 2404/2009: “É indevida a exigência de documentação não especificada no art. 14 do Decreto nº 5.450/2005 e nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993 para a habilitação nas licitações do tipo pregão eletrônico” (BRASIL, 2010, p. 58).

Assim, são nulas as exigências, por exemplo: a) que o interessado deva estar sediado no local onde se realiza certame ou deem preferência a empresas locais; b) de extorsivo para a compra do edital e/ou do caderno de encargos; c) de comprovação (recibo) da compra do edital; d) que extrapolem o que prevê o art. 27 da Lei 8.666/93; e) de capital mínimo fora dos casos permitidos ou excedente dos limites legais (art. 31, §2º, Lei 8.666/93); f) de caução ou garantia para participação em licitação, acima de 1% do valor estimado do objeto licitado; g) de certidões negativas das filiais ou outras não previstas em Lei (MUKAI, 1995).

Por fim, também se mostra impertinente a exigência de que o interessado declare estar de acordo com todos os termos do edital, de forma a (tentar) impedir eventuais impugnações na esfera judicial por violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

2.3.1.5 Vícios quanto aos critérios de julgamento constantes no edital

Em obediência ao princípio do julgamento objetivo, o edital deve fixar regras claras de julgamento das propostas. Para isso, deve constar obrigatoriamente no instrumento convocatório um dos tipos da licitação (art. 45, §1º, da Lei 8.666/93). Não se pode, por conseguinte, ensinar Toshio Mukai, “criar um novo tipo (por exemplo – de média-base, de preço oculto) ou misto de dois ou mais tipos” (1995, p. 37/38), sob pena de nulidade.

Da mesma forma, a ausência de critérios para julgamento ou a subjetividade destes, notadamente nas licitações de tipo melhor técnica e técnica e preço macula o procedimento.

Vicia ainda o edital em relação aos critérios de julgamento, quando se levam em consideração os documentos apresentados na fase de habilitação, isto é, dá valor transcendente à aferição técnica. Cada fase tem sua função e é independente da outra, como explica Hely Lopes Meirelles: “os elementos ou fatores pertinentes à fase da habilitação não podem ser considerados na fase de julgamento das propostas, nem mesmo para desempate. [...] São fases distintas, com finalidades diversas.” (2010, p. 199).

2.3.2 Vícios do procedimento

Feita análise de algumas das máculas que podem estar presentes no edital, cumpre estudar agora as causas de invalidade do procedimento licitatório. Dado o caráter formal do certame, os vícios da fase externa estão diretamente relacionados com o descumprimento das normas do instrumento convocatório ou da Lei.

2.3.2.1 Vícios na fase de habilitação

Para participar da licitação, o interessado entrega documentação referente à sua habilitação. Tal ato é uno, isto é, não autoriza aditamentos. Não se permite, por conseguinte, à Administração que aceite que o licitante complemente sua documentação³⁶. Portanto, caso o faça, estará o órgão maculando o procedimento por dar vantagem indevida a um ou mais competidores.

Nessa fase, a invalidade configura-se, também, caso o órgão licitante analise a documentação com rigor exagerado, dando primazia a formalismos em detrimento do conteúdo. Nesses casos acaba-se por restringir a competitividade e, conseqüentemente, prejudicar o objetivo do certame.

Noutras situações, a Comissão de Licitações, sob o argumento de dar mais celeridade ao procedimento, pede que todos os presentes renunciem ao direito de recorrer e passa à fase de abertura das propostas. Essa medida, como explica Toshio Mukai, é “ilegal, posto que, embora seja um direito do licitante estar presente à sessão de abertura dos envelopes, nada pode o obrigar a estar nela presente”. Ademais, prossegue, “se o licitante estiver ausente, ninguém pode desistir do recurso em seu nome, [...]” (1995, p. 42).

O referido autor menciona ainda outra causa de invalidade na fase de habilitação: decidir os recursos de um licitante sem oportunizar o contraditório aos demais. Em seu entendimento, “a decisão do recurso interposto será nula de pleno direito”. Entretanto, dada a necessidade de haver prejuízo para haver nulidade, esse vício somente macula o certame caso a insurgência seja provida. Do contrário, está-se diante de mera irregularidade.

2.3.2.2 Vícios na abertura dos envelopes

A abertura dos envelopes é ato público, a teor do art. 43, §1º, da Lei 8.666/93. Com efeito, tanto a ausência de comunicação aos licitantes da data em

³⁶ No pregão esta regra é bastante mitigada diante da aplicação do art. 26, §3º, do Decreto 5.450/2005.

que será realizada, quanto o óbice à presença de qualquer pessoa sem motivação, maculam o ato.

Da mesma forma, “a omissão em lavrar a ata com as propostas [e documentos de habilitação] constitui um *grave vício de forma* que gera a nulidade da adjudicação e do contrato”, como explica José Roberto Dromi (1977, p. 493)³⁷.

Quando, todavia, ata for lavrada, mas esta se mostrar incompleta, também haverá nulidade, que poderá ser relativa ou absoluta, conforme o grau de prejuízo e a possibilidade de convalidação.

2.3.2.3 Vícios na fase de julgamento

Dos princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao edital, extrai-se que, qualquer julgamento que se proceda em desconformidade com o instrumento convocatório maculará a licitação com nulidade.

Mais uma decorrência dos princípios suprajacentes é a vedação de considerar vantagens “surpresa”, isto é, quando o licitante oferece mais do que o exigido no edital (MUKAI, 1995). Os critérios de julgamento são apenas aqueles previstos em Lei e no edital. Portanto, aquilo que o concorrente ofereceu a mais não deve ser levado em consideração, sob pena de nulidade.

Macula ainda o certame na fase de julgamento a falta de publicação, no diário oficial, da decisão ou da ata de julgamento, por evidente violação ao princípio da publicidade.

Nos dois primeiros casos, está-se diante de nulidades absolutas, sendo obrigatório o desfazimento do ato para o regular curso do certame. Já na última situação, há apenas a invalidade relativa, dada a possibilidade de convalidação.

2.3.2.4 Vícios na fase de homologação

³⁷ Tradução livre de: “La omisión de labrar el acta con las propuestas constituye un *grave vicio de forma* que genera, sin más, la nulidad de la adjudicación y del contrato.

Como visto, na fase de homologação controla-se a legalidade do certame. Com efeito, haverá invalidade nessa etapa caso tal juízo não seja feito ou, ainda, se realizado de forma equivocada – anulando procedimento válido, ou homologando procedimento viciado.

Já no que diz respeito à revogação a invalidade restará configurada quando “não ocorrerem fatos supervenientes que justifiquem a revogação” da licitação (SUNDFELD, 1994, p. 175).

Em qualquer das condutas possíveis pela autoridade responsável pela homologação – aprovar, anular ou revogar – deve haver ainda motivo, sem a qual o ato em questão evidentemente é nulo. A motivação nesses casos é de suma importância, dada a necessidade de aferição de sua legalidade, seja pelo(s) prejudicado(s), seja pelo Judiciário.

É o que explica Carlos Pinto Coelho da Motta:

Na medida em que a ampla defesa não pode ser considerada como simples garantia formal, mas como participação efetiva do interessado no esclarecimento e formação da decisão, faz-se necessário o pleno conhecimento das razões dos atos administrativos e processuais, pois somente assim se poderá construir uma orientação ou conclusão válida a respeito deles. (2008, p. 544)

Por fim, há também invalidade quando a Administração desfaz o procedimento sem observância do contraditório e da ampla defesa, isto é, em dissonância com o §3º do art. 49 da Lei 8.666/93.

2.4 Efeitos

Como em qualquer procedimento administrativo, na licitação o vício em um ato contamina os subsequentes. Tanto é assim que o §2º do art. 49 da Lei 8.666/93 preconiza que “a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato”.

Com isso, explicita o legislador que “há um vínculo lógico jurídico entre a licitação e o contrato” e, por conseguinte, a “proclamação do vício em momento posterior à assinatura do contrato não impede o desfazimento deste último” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 688).

A invalidação do contrato, todavia, não significa que o particular perderá tudo o que investiu, pelo contrário. Desde que o contratado não tenha dado causa ao vício, “cabará a restituição do equivalente ao que o particular executou em prol do Estado. Se tal se verificar como impossível, a solução será a indenização pelo correspondente” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 745), a teor do art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/93³⁸.

2.5 Momento do controle

O controle de legalidade da licitação pelo judiciário pode dar-se antes ou depois do fim do certame, ou seja, antes ou depois da homologação. No primeiro caso não há polêmicas. O judiciário analisa o ato impugnado e, se decidir por sua invalidação, o procedimento volta a correr a partir do ato viciado, seguindo o *iter* previsto em lei.

No segundo cenário, por sua vez, não há uniformidade de entendimento nos Tribunais quanto à possibilidade de invalidação do certame, tema que se passa a examinar.

³⁸ Lei 8.666/93, art. 59, parágrafo único: “A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”.

3 CONTROLE JUDICIAL DA LICITAÇÃO APÓS A HOMOLOGAÇÃO

Como já adiantado, neste capítulo examinar-se-ão os entendimentos jurisprudenciais divergentes nos casos em que a resposta judicial buscada para uma possível irregularidade no curso do certame só vem após a homologação deste. Entretanto, antes de adentrar no debate propriamente dito, cumpre apontar em que casos se pode configurar a situação em exame.

3.1 Situações que ensejam o controle judicial após a homologação

A licitação, como não poderia deixar de ser, é um procedimento bastante célere em comparação com um processo judicial. Portanto, dado que a intervenção do Poder Judiciário ocorre geralmente após o lançamento do edital, é comum que o certame encerre-se antes da obtenção de uma sentença de mérito definitiva.

Com efeito, quando um dos licitantes impugna judicialmente algum vício do procedimento licitatório, ou obtém liminar (e paralisa o *iter*), ou este seguirá normalmente seu curso – habilitação, julgamento e homologação, com as consequentes adjudicação e contratação. Nesses casos, portanto, há o ajuizamento de uma demanda judicial e a superveniência da aprovação do procedimento.

Noutras situações, contudo, o ato impugnado é a própria homologação. É quando a autoridade deveria, em função de alguma irregularidade no curso da licitação, anulá-la e não o fez. Busca-se, aqui, invalidar o ato de aprovação para que a Administração haja em conformidade com a legalidade.

Existem, dessa forma, basicamente dois cenários em que a resposta judicial se dá após a homologação: ou este ato sobrevém ao processo ou é

preexistente. Tal distinção, todavia, não merece maior detalhamento, dado que o judiciário costuma tratá-las da mesma forma³⁹.

3.2 Impossibilidade de discussão dos vícios da licitação após a homologação

Parcela considerável da jurisprudência considera que não se podem discutir judicialmente vícios da licitação após a homologação do certame⁴⁰. Os principais argumentos para tanto, são a falta de interesse de agir, a defesa da segurança jurídica e a supremacia o interesse público.

3.2.1 Origem e evolução do posicionamento no STJ

O primeiro acórdão do STJ que trata do tema é o RMS nº 300-0, relatado pelo Ministro Milton Pereira e julgado em 20 de setembro de 1993, ainda sob a vigência do Decreto-lei nº 2.300/86, a antiga norma geral sobre licitações. Trata-se de caso em que o Município do Rio de Janeiro impetrou Mandado de Segurança visando sustar o andamento de licitação promovida pelo Estado do Rio de Janeiro para melhoria das linhas de ônibus que circulavam na região metropolitana.

Sustentava o Impetrante que o edital encerrava uma ilegalidade associada a um abuso de poder por parte do Estado, visto que este ente federado convocava terceiros para prestar serviço público municipal sem a expressa concordância do município.

Como a liminar fora indeferida, o certame seguiu normalmente, encerrando-se antes do julgamento do *writ*. Diante disso, o processo foi extinto sem resolução do mérito, dada a perda de objeto da ação.

Irresignado, o Município interpôs recurso ordinário ao STJ, que foi desprovido. Salientou a corte que

³⁹ É o que se vê na casuística. Vide, por exemplo, TJ/MG, Apelação Cível nº 1.0024.06.990836-6/001, Rel. Des. Geraldo Augusto, DJ 03.10.08 e TJ/PR, Agravo de Instrumento nº 823304-7, Rel. Des. Abraham Lincoln Calixto, DJ: 733 13/10/2011.

⁴⁰ Nesse sentido, NESTER, 2010.

Por evidente, inafastáveis e exauridos os efeitos concretos do ato – realizada a licitação, (em contrário não há demonstração) –, retroativamente, sequer sem precedente liminar, sendo impossível prostrar ou desconstituir suas consequências satisfativas, quanto à específica finalidade da impetração (art. 460, CPC), a falta de objeto demove a perspectiva de útil continuação do processo. (BRASIL, 1993)

Na mesma linha anotou o RMS nº 1.990, de relatoria do Ministro Hélio Mosimann, julgando caso em que o licitante prejudicado impetrou mandado de segurança contra o ato de homologação do certame: “Se o procedimento administrativo licitatório já estava concluído, quando da propositura da ação de segurança, com seus efeitos formalizados e exauridos, extingue-se o processo, por falta de objeto”. (BRASIL, 1994).

Foi, contudo, a partir do RMS nº 6.920, relatado pelo Ministro Demócrito Reinaldo, aplicando o entendimento suprajacente para uma demanda em que o fim do certame deu-se de forma superveniente ao ajuizamento da ação mandamental (BRASIL, 1996) que o entendimento consolidou-se. A partir daí, veio uma série de decisões no mesmo sentido, tais como os recursos especiais nº 579.043, nº 726.031, nº 1.097.613 e mais recentemente, no REsp 1.032.575 julgado em 04/02/2010.

3.2.2 Falta de interesse de agir superveniente

Para quem que entende que a homologação impede a posterior discussão judicial da licitação⁴¹, o principal fundamento é a falta de interesse de agir, seja na data da propositura da ação (quando ajuizada após a homologação), seja superveniente (nos casos em o certame encerra-se antes da demanda).

Essa corrente preconiza que, como a homologação (e para alguns a adjudicação) põe fim ao certame (vide capítulo 2), não faria mais sentido discutirem-se atos praticados ao longo do procedimento, visto que já exauriram seus efeitos⁴². É o que se defendeu, por exemplo, no RMS nº 1.990, já citado.

⁴¹ Ministro Luiz Fux, Ministro Castro Meira e outros.

⁴² “Embora a Súmula 473 do STF afirme que de atos ilegais não se originam direitos, é possível haver casos de efeitos que se exauriram de pronto ou se tornaram irretratáveis, ou se consolidaram por longo tempo, inviabilizando o retorno à situação anterior.” (MEDAUAR, 2009, p. 151)

Conseqüentemente, uma vez homologada a licitação e adjudicado seu objeto, tornar-se-ia impossível desconstituir as nulidades ocorridas dentro do procedimento. Não haveria, por conseguinte, provimento judicial útil ao licitante.

Nessa linha, ausente a utilidade do provimento judicial buscado, não estaria presente uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir. É o que explica Ovídio Baptista da Silva:

O legítimo interesse de agir, a que se refere o art. 3.º do CPC, define-se como a necessidade que deve ter o titular do direito de servir-se do processo para obter a satisfação de seu interesse material, ou para, através dele realizar o seu direito. Se o provimento judicial pretendido por aquele que pede a proteção jurisdicional não for idôneo para a realização do direito cuja proteção se requer, seria realmente inútil prosseguir-se o processo, até a obtenção de uma sentença que desde logo se sabe incapaz de proteger o respectivo interesse da parte. Daí dizer J. FREDERICO MARQUES (Instituições de direito processual civil, II, pág. 33) que “para que haja interesse de agir é necessário que o autor formule uma pretensão adequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo material. O interesse processual, portanto, se traduz em pedido idôneo a atuação jurisdicional”. (1998, p. 104)

Ademais, orienta o art. 462 do Código de Processo Civil, que “se depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”. Com efeito, ao decidir o mérito, deverá o juiz analisar se houve alguma circunstância superveniente à propositura da ação que alterou o cenário fático em que se embasa a demanda⁴³.

O mesmo se aplica às condições da ação, ensina Celso Agrícola Barbi:

33. Momento em que deve ser examinada a existência do interesse – No sistema do Código de 1939, o momento para examinar a existência do interesse de agir era no despacho saneador, segundo seu art. 294 item III. No novo Código, segundo o art. 267, §3º, que faz remissão ao item VI do mesmo artigo, o juiz conhecerá da existência daquele interesse em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito. (1998, p. 37)⁴⁴

⁴³ “Ainda a respeito da aplicação do art. 462 do Código de Processo deve-se destacar que para levar em consideração o fato superveniente deve o juiz oportunizar a manifestação das partes, como explica Antonio Carlos de Araujo Cintra é relevante anotar, por fim, que, no momento de proferir a sentença, o juiz tomará em consideração o fato novo, desde que a respeito da introdução desse fato e de sua prova, no processo, tenha funcionado o princípio do contraditório, com oportunidade de manifestação das partes” (2002, p. 287).

⁴⁴ No mesmo sentido Humberto Theodoro Junior: “Por outro lado, as condições da ação devem existir no momento em que se julga o mérito da causa e não apenas no ato da instauração do processo.

Dessa forma, mesmo quando presentes todas as condições da ação à época da propositura da demanda, a superveniência da homologação do certame implicaria na falta de interesse de agir, pois altera a situação de fato subjacente.

Nessa linha, por exemplo, é o AgRg no REsp 726031, relatado pelo, à época ministro do STJ, Luiz Fux:

2. Impetrado Mandado de Segurança visando a impugnar o curso de procedimento licitatório, a superveniência de conclusão do respectivo certame, posto não lograr êxito a tentativa do recorrente de paralisa-lo via deferimento de pleito liminar, conduz à extinção do writ por falta de interesse processual superveniente, em face do fato consumado. Precedentes desta Corte: RMS 17.883 - MA, desta relatoria, Primeira Turma, DJ de 14 de novembro de 2005; RMS 17.441 - RS, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, DJ de 20 de março de 2006; RMS 17.128 - MG, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ de 21 de fevereiro de 2005.

[...]

4. Ausente a utilidade do writ, requisito que, juntamente com a necessidade da tutela, compõe o interesse de agir, impõe-se a extinção do processo sem análise do mérito. (BRASIL, 2006)

Faltaria, portanto, interesse de agir ao demandante e, conseqüentemente, o processo deveria ser extinto sem resolução do mérito com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil⁴⁵.

3.2.3 Argumentos consequencialistas – teoria do fato consumado

Quem que defende a impossibilidade de controle judicial da licitação após a homologação⁴⁶ baseiam sua posição⁴⁷ também em argumentos consequencialistas, isto é,

Quer isto dizer que, se existirem na formação da relação processual, mas desaparecerem ao tempo da sentença, o julgamento deve ser de extinção do processo por carência de ação isto é, sem apreciação do mérito". (2001, p.277)

⁴⁵ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

⁴⁶ Toshio Mukai, Marçal Justen Filho e outros.

⁴⁷ Com base na análise casuística das decisões a respeito do tema, é de se destacar que esses argumentos não têm coro no STJ, mas apenas nos Tribunais e nos juízes singulares.

[...] aquele tipo de argumento que fornece razões para a tomada de uma decisão específica a partir de uma avaliação dos possíveis efeitos desta decisão.

Assim, pode-se empregá-lo para justificar uma decisão com base tanto nas conseqüências indesejáveis ou desejáveis que a sua “não-realização” teria ou poderia ter, quanto nas conseqüências indesejáveis ou desejáveis que a sua efetivação teria ou poderia ter. (ARGUELHES, 2006)

Prestigiam, assim, a teoria do fato consumado, que estatui, nas palavras de Mauro Roberto Gomes de Mattos, que ainda que o ato administrativo esteja evitado de vícios, deve ser convalidado pelo “transcurso do tempo, sempre com o intuito de preservar o interesse público e a segurança nas relações dos administrados com a administração pública” (2010).

Para o caso em estudo, portanto, apontam-se duas teses nesse sentido: a defesa da segurança jurídica e a prevalência do interesse público sobre o do particular⁴⁸.

3.2.3.1 Segurança jurídica

Explica Marçal Justen Filho, que a “existência do Estado envolve a eliminação da insegurança e da incerteza” (2009, p. 1097). E tal característica estende-se também ao mundo jurídico, motivo por que se fala em segurança jurídica.

“A segurança jurídica é entendida como um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza **objetiva** e outra de natureza **subjetiva**.” (COUTO E SILVA, 2005, grifos do autor)

No sentido objetivo,

[...] a segurança jurídica se manifesta como uma exigência de regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico através de suas normas e instituições. Regularidade estrutural enquanto garantia de disposição e formulação regular das normas e instituições integrantes de um sistema

⁴⁸ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que a manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão. Também têm aplicação os princípios da segurança jurídica nos aspectos objetivo (estabilidade das relações jurídicas) e subjetivo (proteção à confiança) e da boa fé”. (2010, p. 237)

jurídico; regularidade funcional no que tange ao cumprimento do direito por todos os seus destinatários e a devida atuação dos órgãos encarregados de sua aplicação, ou seja, no assegurar a realização do direito mediante a sujeição de todos os poderes públicos e de todos os cidadãos ao paradigma da legalidade. Tal aspecto, também denominado segurança jurídica *stricto sensu*, está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica, representando a garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito. (SILVA, 2005)

Por outro lado, no sentido subjetivo, explica Almiro Couto e Silva, “concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação” (2005).

Em ambos os sentidos tal princípio se aplicaria ao caso em exame.

Ao vedar o controle judicial da legalidade da licitação após a homologação preserva-se a relação jurídica entre órgão licitante e vencedor, especialmente quando o contrato já está em curso. Evita-se, assim, a anulação de todo o procedimento (e muitas vezes do contrato).

Sob o viés subjetivista, prestigia-se a boa-fé do (futuro) contratado para que faça os investimentos necessários e não tenha o eterno receio de ver seu contrato invalidado e, conseqüentemente, seja prejudicado por um vício que sequer deu causa.

Na mesma linha é o entendimento de Frederico Valdez Pereira, para quem é plenamente possível a manutenção de ato inválido em nome da segurança jurídica:

Da mesma forma se pode exigir a manutenção hígida de ato administrativo vinculado contrário ao Princípio da Legalidade, pois esse ato também está condicionado aos demais Princípios, dentre os quais o da Confiança Jurídica e da Boa-Fé dos administrados e, na tarefa do intérprete de ponderação, pode-se concluir pela preponderância desses em prol daquele. (2008, p. 147)

A impossibilidade de controle judicial da licitação após seu encerramento, por conseguinte, preservaria a estabilidade das relações jurídicas, bem como a boa-fé do vencedor do certame.

3.2.3.2 Supremacia do interesse público

O Princípio da supremacia do interesse público⁴⁹ traduz a ideia de que sempre que houver conflito entre este e o interesse particular, deve prevalecer o primeiro. Como explica José Carvalho dos Santos Filho “trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais” (2009, p. 31).

Em função desse princípio, por conseguinte, autoriza-se o Estado a agir de forma contrária ao anseio do particular a fim de preservar o interesse da coletividade. Para esse fim, estaria a Administração autorizada, inclusive, a manter um ato ilegal quando as consequências da declaração de invalidade puderem afetar a coletividade.

É o que ensina Odete Medauar

Embora o poder e dever de anular permaneçam plenos para qualquer ato eivado de ilegalidade, é possível que em determinadas circunstâncias e ante a pequena gravidade do vício, a autoridade administrativa [e também a judicial], em benefício do interesse público, para que as consequências do desfazimento em si e sua repercussão não acarretem maior prejuízo que a subsistência do ato; em tais casos, a autoridade deverá sopesar as circunstâncias e as repercussões, até mesmo sociais, do desfazimento, no ato concreto, para decidir se o efetua ou mantém o ato. (2009, p. 190)

Nessa toada, dever-se-ia levar em conta que a manutenção do certame eivado de algum tipo de vício mas findo, em que pese prejudique o particular, pode evitar uma série de consequências nefastas ao interesse comum:

- a. Receio dos particulares em contratar com a Administração dada a possibilidade de anulação do pacto durante sua execução;
- b. Elevação nos valores das propostas dos licitantes, de modo a compensar do aumento do risco na contratação.

⁴⁹ Após reconhecer que se trata de conceito jurídico indeterminado, Danielle Souza de Andrade Silva tenta definir interesse público: “em primeiro lugar, considera-se como interesse público aquilo que o povo quer ver preservado ou promovido, segundo uma escala prévia de valores ou uma síntese previamente estabelecida, extraídos de debates públicos a respeito das decisões públicas. Não se quer privilegiar, aqui, o subjetivismo individual de cada integrante da comunidade, mas os objetivos consagrados pela atividade criadora do Direito, notadamente a legislativa, que expressa, por essência, o querer social, e que depende, para concretizar-se, do regular exercício da atividade (função) administrativa. (2004, p. 212)

- c. Paralisação de serviços importantes ou, ao menos, a necessidade de contratação de empresas em caráter emergencial, o que costuma implicar no aumento de gastos;
- d. Condenação da Administração a indenizar o particular pelas perdas e danos decorrentes da anulação;
- e. Gastos com a continuação do procedimento licitatório.

A invalidação do certame no caso em análise, portanto, acabaria indiretamente ceifando a competitividade e acarretando na seleção de uma proposta menos vantajosa à Administração.

Ademais, implicaria em prejuízo ao erário, que deixaria de ser aplicado no interesse público para indenizar os prejudicados ou ainda para fazer um novo certame. Em função disso, por exemplo, decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná no Mandado de Segurança nº 580.670-6, relatado pelo Desembargador João Kopytowsk, manter o resultado de uma licitação já finda quando se discutia um vício na origem do procedimento:

É que, com a suspensão da ordem de segurança, liminarmente concedida, o Pregão Eletrônico nº 62/2009, que sucedeu o procedimento licitatório anulado, teve prosseguimento normal, atingindo à adjudicação do objeto e sendo devidamente homologado em 13/10/2009, ou seja, há mais de 1 (um) ano.

[...]

Esse contexto é bastante para obstar a pretensão anulatória da impetrante, e isso não apenas por questão processual, mas também, e *principalmente, por razões de interesse público, posto que o atendimento do pleito, neste momento, representará medida altamente prejudicial ao erário público* e à segurança jurídica, visto que já houve a contratação de empresa mediante procedimento licitatório válido e regular, não se mostrando mais útil o provimento jurisdicional, senão para atender interesse pessoal da parte irrisignada. (PARANÁ, 2011, grifo nosso)

Ponderando, dessa forma, o prejuízo que teria o particular com as consequências funestas à coletividade, dever-se-ia dar primazia ao interesse público e manter o resultado do certame, ainda que ilegal.

3.3 Possibilidade de Discussão Após a Homologação

Apresentada a argumentação a respeito da impossibilidade de controle judicial da licitação após o encerramento desta, passam-se a examinar os fundamentos da corrente diversa.

3.3.1.1 Origem e evolução do entendimento no STJ

Em que pese o entendimento predominante sobre o assunto à época fosse contrário, no julgamento do REsp 447.814 (17/12/2002), relatado pelo Ministro José Delgado, observa-se que o STJ pela primeira vez prestigiou a corrente que entende pela possibilidade do controle de legalidade da licitação após a homologação.

No caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo havia anulado um procedimento licitatório em função da desclassificação de uma das empresas concorrentes ter sido decidida por autoridade incompetente.

Irresignados, o ente licitante e o vencedor do certame interuseram recurso especial sustentando, dentre outras matérias, a impossibilidade da anulação da licitação dado que já encerrado o contrato, apontando como divergência jurisprudencial o acórdão do ROMS 1.990.

Ao decidir, a turma refutou os argumentos dos recorrentes, asseverando que, como o vício da licitação induz a nulidade do contrato, não há óbice para que se anule todo o procedimento:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. LICITAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Não há que se falar em omissão no julgado impugnado se este, apesar de deixar de fazer menção expressa ao argumento levantado pela parte, adota posicionamento contrário à tese por ela exposta.
2. A licitação pública caracteriza-se como um procedimento administrativo que possui dupla finalidade, sendo a primeira a de escolher a proposta mais vantajosa para a Administração e a segunda, a de estabelecer a igualdade entre os participantes.
3. A possibilidade de anulação do procedimento licitatório após celebrado o contrato administrativo não suscita maiores dúvidas, porquanto a própria Lei 8.666/93 dispõe que a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato dele decorrente.

4. Não observadas as regras legais que regulam tal procedimento, de modo a causar prejuízo à Administração Pública ou a qualquer das partes, impõe-se o reconhecimento da nulidade.
5. A exegese do § 3º, do art. 49, da Lei 8.666/93, mostra que a redação do mesmo é dirigido à autoridade administrativa e não à judiciária.
6. Recursos conhecidos, porém, desprovidos.(BRASIL, 2002)

Vale frisar que o julgamento foi unânime. Todos os ministros da primeira turma - Francisco Falcão, Paulo Medina, Luiz Fux e Humberto Gomes de Barros – acompanharam o voto do Relator, o que indicava que o entendimento suprajacente parecia estar pacificado, pelo menos no âmbito daquela turma.

Não foi, contudo, o que se deu. Os julgados subsequentes do STJ apontam justamente para o contrário: o entendimento que consolidou foi que “a superveniência de conclusão do respectivo certame, com a assinatura do contrato e a entrega do objeto licitado, [...], conduz à extinção do writ por falta de interesse processual superveniente, em face do fato consumado” como se extrai do RMS nº 17.883 também decidido sem contestações (BRASIL, 2005).

Somente em 2009, com o voto do Ministro Mauro Campbell Marques, no REsp nº 1.059.501 é que a corrente em questão voltou a ganhar coro na corte máxima da legislação infraconstitucional, dessa vez na segunda turma. Na oportunidade, a corte assegurou o direito do licitante prejudicado questionar as ilegalidades ocorridas ao longo do certame.

Novamente chamado a decidir o tema no AgRg na Suspensão de Segurança nº 2.370, já no ano de 2011, a corte especial do STJ, sem voto divergente, seguiu o entendimento do aludido REsp, motivo por que o presente entendimento é que deve⁵⁰ ter guarida nos próximos julgamento da casa.

3.3.2 Invalidade do procedimento induz a do contrato

O primeiro dos argumentos contrários à corrente já estudada funda-se no §2º do art. 49 da Lei 8.666/93: “a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei”. Disso, como

⁵⁰ Indica-se aqui apenas uma tendência.

já visto (item 2.4) extrai-se que se for verificado algum vício no procedimento licitatório que enseje sua nulidade, fica também prejudicada a contratação.

Tal entendimento é a aplicação da posição doutrinária de que, num dado procedimento administrativo, os atos consequentes retiram sua validade dos antecedentes, sendo que a invalidade de um deles afeta todos os que o seguiram. Trata-se, de certa forma, da aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (fruit of the poisoned tree).

Anulada a contratação, volta o certame ao ponto anterior àquele em se deu o vício. Em outras palavras, faz-se o procedimento retornar à fase imediatamente anterior ao vício, anulando-se todos os atos subsequentes a este. Nessa linha é a lição de Hely Lopes Meirelles, “a anulação opera efeitos *ex tunc*, isto é, retroage às origens do ato anulado, porque, se este era ilegal, não produziu consequências jurídicas válidas, nem gerou direitos e obrigações entre as partes” (2010, p. 225).

Assim, caso o demandante tenha sido inabilitado indevidamente, voltará competir com os demais. Por outro lado, também a título de exemplo, se no julgamento das propostas a pontuação de um concorrente mostrar-se em desconformidade com o edital, será obrigado o órgão licitante a refazê-lo.

O interesse de agir aqui, portanto, é nítido: o demandante busca voltar a ter chances de contratação. Nesse mister, a tutela pretendida – reconhecimento de uma invalidade no curso do certame – nada tem de inútil, pelo contrário. Assegurar-lhe-á justamente aquilo que necessita.

Foi o que consignaram o Ministro Mauro Campbell Marques, no REsp nº 1.059.501, e Ari Pargendler, no AgRg na suspensão de segurança nº 2.370, respectivamente:

O mandado de segurança voltou-se contra ilegalidades que viciavam o edital do certame, motivo pelo qual superveniente adjudicação não dá ensejo à perda de objeto - pois é evidente que, se o procedimento licitatório é eivado de nulidades de pleno direito desde seu início, a adjudicação e a posterior celebração do contrato também o são (art. 49, § 2º, da Lei n. 8.666/93). (BRASIL, 2009)

A superveniente adjudicação não importa na perda de objeto do mandado de segurança, pois se o procedimento licitatório está eivado de nulidades, estas também contaminam a adjudicação e posterior celebração do contrato. (BRASIL, 2011)

No mesmo sentido é a posição de Toshio Mukai:

1. Temos observado que existe uma jurisprudência profusa no sentido de que, numa licitação em que tenham ocorrido irregularidades no procedimento, mas que se tenha findado, e já com o contrato celebrado com quem não deveria, pelas regras do edital e pela lei, ser o vencedor, não pode mais ser apreciada pelo juiz, por perda de objeto da ação, declarando-se, então, a extinção do efeito, sem resolução do mérito.

Sempre entendemos ilegal e absurdo esse posicionamento do nosso Judiciário, eis que o §2º do art. 49 reza expressamente: “A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei” (indenização pelo que tiver sido executado, até a data da declaração de nulidade) (g.n.).

Ora, se para se ter declarar a nulidade do contrato temos que buscar em Juízo a nulidade da licitação, é óbvio que, mesmo com o contrato celebrado (diga-se, ilegalmente), o Juiz tem, obrigatoriamente, de examinar o mérito argüido para a anulação da licitação. (2003, p. 606)

Não merece subsistir, dessarte, a tese da falta de interesse de agir daquele demandante que busca o reconhecimento da nulidade da licitação após seu fim, pois o provimento judicial buscado lhe é plenamente útil.

3.3.3 Inafastabilidade do judiciário e controle da arbitrariedade estatal

Outro forte argumento que fundamenta essa posição alicerça-se no Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Também denominado princípio de direito de ação, a norma em comento assegura a todos o amplo acesso à justiça, ou seja, a possibilidade do cidadão de se socorrer ao Poder Judiciário para pedir proteção jurisdicional do Estado (ROCHA, 2009), além de vedar que este crie barreiras ao exercício de tal direito.

Nessa linha, Nelson Nery Junior explica que “embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão”. (2000, p. 94). Nota-se, com efeito, que todo cidadão tem o “*direito subjetivo à sentença tout court*, seja essa de acolhimento

ou rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação”⁵¹ (NERY JUNIOR, 2000, p. 99).

Dessa forma, superada a discussão a respeito do interesse de agir do licitante prejudicado (vide item anterior), a manutenção de um certame ilegal significaria verdadeiro cerceamento do direito constitucional de ação do licitante prejudicado, que fica sem meio jurídico para defender seus anseios.

Tal situação expõe ainda outro problema: a impossibilidade de controle de legalidade de eventuais arbitrariedades ocorridas ao longo da licitação. Isto é, caso bastasse à Administração homologar o procedimento⁵² para impedir a análise judicial deste, estaria parcialmente imune à jurisdição.

O ato de aprovação do certame teria, assim, o efeito de uma espécie de “perdão geral” para todo tipo de irregularidade provocada. Estaria, dessarte, o órgão licitante investido de poder absoluto, o que, evidentemente, não se coaduna com os fins de um Estado de Direito em que se busca dar força ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*)⁵³. No mesmo sentido é a crítica de Alexandre Nester (2010):

Em suma, parece evidente que a adjudicação do objeto e/ou a homologação do resultado da licitação não convalidam os defeitos praticados durante o processo licitatório.

Se isso fosse verdadeiro, bastaria à Administração adjudicar o objeto da licitação para "eliminar" qualquer ilegalidade praticada durante o processo licitatório, esquivando-se assim do controle por parte do Poder Judiciário. A valer essa tese, a Administração estaria investida de um poder absoluto, imune ao controle jurisdicional, avesso ao Estado Democrático de Direito. (grifo do autor)

Foi também o que salientou o Ministro Mauro Campbell Marques, no REsp nº 1.059.501, já mencionado:

Entendimento diverso equivaleria a dizer que a própria Administração Pública, mesmo tendo dado causa às ilegalidades, pode convalidar administrativamente o procedimento, afastando-se a possibilidade de

⁵¹ Interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade *ad causam*.

⁵² Ou praticar qualquer outro ato para impedir o controle judicial da licitação.

⁵³ Como explica José Afonso da Silva, a independência dos poderes não é absoluta. “Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e *especialmente dos governados*” (2008, p. 110)

controle de arbitrariedades pelo Judiciário (malversação do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República vigente). (BRASIL, 2009)

Haveria, assim, esvaziamento da atribuição constitucional do Poder Judiciário, pois, como explica Celso Antônio Bandeira de Mello, é “só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito” (2000, p. 90), dentre eles a legalidade ou não de uma licitação.

Nota-se, portanto, a aplicação da teoria do fato consumado à licitação seira inconstitucional.

3.3.4 Argumentos legalistas

Em contraposição à argumentação consequencialista, pode-se defender a inaplicabilidade do fato consumado à presente situação com base na primazia ao princípio da legalidade. Assim, dá-se à segurança jurídica e à prevalência do interesse público sobre o particular outro viés.

3.3.4.1 Segurança jurídica

Como já destacado (item 2.1.1), a licitação a exemplo dos demais procedimentos administrativos submete-se ao princípio da legalidade. E tal princípio tem finalidade específica: dar segurança aos licitantes do rito e dos critérios que guiarão o certame e, conseqüentemente, ampliar a competitividade. Tanto é assim que a observância do procedimento estabelecido na Lei 8.666/93 é “direito público subjetivo” dos participantes no certame, conforme prevê o art. 4º da referida norma⁵⁴.

Sob essa ótica, quanto mais se der força ao princípio da legalidade, mais segurança jurídica ter-se-á, na medida em que se reduz a margem à arbitrariedade estatal. É o que explica Odim Brandão Ferreira:

⁵⁴ Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

A segurança jurídica não se adstringe às relações jurídicas entre particulares; parte considerável do seu âmbito consiste em garantir que o Estado não intervirá na órbita do cidadão de modo arbitrário. (2002, p. 58)

E prossegue o referido autor: “o fato consumado suprime também a certeza de o sistema haver banido o arbítrio estatal. Não há sentido em produzir normas escritas e publicá-las para conhecimento geral, se o Judiciário, chamado a concretizá-las, as ignora”. (2002, p. 58) Na mesma linha é a lição de Artur Alves da Motta, ao afirmar que “a primeira segurança que emana do sistema jurídico é, pois, a própria segurança jurídica contra o Estado, principalmente se se considerar que um estado de direito produz o direito e a *ele também se submete*” (2008, p. 28).

Dessa forma, não se pode dizer que há segurança jurídica impedindo o controle judicial da licitação, pelo contrário. Dar-se-á espaço para que os atos ilegais do Estado se perpetuem, o que enfraquece a previsibilidade da aplicação do direito, isto é, o aspecto objetivo da segurança jurídica.

A segurança jurídica, portanto, reside na estrita obediência à legalidade, motivo por que todo vício no procedimento licitatório deve ser combatido, mesmo após o encerramento do certame.

3.3.4.2 Prevalência do interesse público

Raciocínio semelhante se aplica ao princípio da supremacia do interesse público sobre o do particular. Se o povo, por meio de seus representantes, criou norma para disciplinar a contratação administrativa, é evidente que deseja que esta seja obedecida.

A legislação positivada visa assegurar a lisura do certame e, ademais, propiciar meios para que a Administração contrate sempre a proposta mais vantajosa (art. 3º da Lei 8.666/93) de forma, aí sim, a satisfazer o interesse público.

Aliás, como explica Marçal Justen Filho,

Lembre-se que interesse público não se identifica com interesse estatal⁵⁵. Se o Estado praticar um ato ilícito ou se gerar danos a uma particular não será constitucional acolher a pretensão estatal sob o argumento da supremacia do interesse público. O ato estatal inválido não é protegido como meio de realizar o interesse público. A simples constatação da ilicitude do ato torna inaplicável a invocação ao interesse público. Aliás, a realização do interesse público apenas pode significar que o Estado tem o dever de observar o direito. Se não o fizer, a supremacia do interesse público impõe o dever de o Estado responder pelas ações ou omissões indevidas. (2009, p. 1099/1100)

Na mesma linha aponta Diógenes Gasparini, que ensina que a “aplicabilidade desse princípio, por certo não significa o total desrespeito ao interesse privado, [...]. De sorte que os interesses patrimoniais afetados pela prevalência do interesse público devem ser indenizados cabalmente”. (2003, p. 32)

Assim, quando o procedimento se der à revelia da lei, o que se espera é que este seja invalidado para que volte a correr em conformidade com o Direito. A manutenção do resultado do certame licitatório apenas satisfaria dois interesses: o do órgão – que não precisaria refazer o procedimento nem indenizar o particular prejudicado – e o do licitante vencedor – que manteria o benefício econômico de contratar com a Administração.

Nesse ponto vale destacar também que, como observa Humberto Ávila, “o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’ pressupõe a verificação de algumas condições, sem as quais ele não pode ser havido como uma *condição necessária à explicação do ordenamento jurídico* (postulado normativo)”. São elas:

O interesse público deve ser descrito ou explicável separadamente do interesse privado, ou ser dele dissociável, para que possa ser concebida, ainda que abstratamente, uma posição de supremacia em favor do primeiro; a relação bipolar entre os citados interesses deve ser de significado geral e fundamental para a explicação do Direito Administrativo, a qual pressupõe uma relação Estado-cidadão; o interesse público deve ser determinável normativa e objetivamente, mesmo no caso concreto, sob pena de ser insustentável uma supremacia intersubjetivamente controlável. (2007)

⁵⁵ No mesmo sentido é o magistério de Danielle Souza de Andrade Silva: “entender que o interesse público é aquele definido pelo Estado, através do Direito, é curvar-nos por demais ao positivismo e ao legalismo, esquecendo-nos que o conceito tem conteúdo valorativo (portanto variável conforme as circunstâncias históricas) – o que não quer dizer que seja múltiplo, ao contrário, objetivo” (p. 210).

No caso em tela, todavia, esses requisitos não estariam presentes. Não se pode conceber necessariamente a bipolaridade do interesse público com o privado, especialmente porque o antagonismo se dá entre o desejo estatal – que, como visto, não se confunde com o interesse público – e o desejo do particular.

Da mesma forma, não se vislumbra um interesse público determinável normativa ou objetivamente, pelo contrário. O dito interesse público aqui seria *contra legem* na medida em que viola determinação normativa clara da Lei de Licitações.

Não há, dessarte, interesse público em aplicar o fato consumado à licitação, na medida em que sempre perpetua um ilícito⁵⁶, algo contrário à conduta esperada pelos governados.

⁵⁶ “Antes de tudo, a decisão que prestigia o fato consumado protege situação contrária ao direito. Com o passar de décadas e com a utilização de fórmulas prontas “fato consumado” e “situação de fato consolidada”, perdeu-se a consciência de algo fundamental: o Judiciário preserva sempre uma ilicitude, quando usa ambos os apelidos para decidir causas.” (FERREIRA, 2002, p. 41)

CONCLUSÃO

Como visto, por ser composto de uma série de atos, o procedimento licitatório está sujeito ao mesmo regime jurídico do ato administrativo, com os mesmos pressupostos e causas de invalidade. Da mesma forma, o certame está submetido ao controle de legalidade por parte do poder judiciário no que diz respeito aos atos praticados em seu curso.

A questão das invalidades da licitação não se encerra, contudo, com o exame do ato em si. Sendo um *iter* composto de fases e orientado por uma série de princípios, tudo o que for praticado dentro do procedimento deve seguir o disposto na Lei 8.666/93, em especial em função do art. 4º da referida norma. Viu-se, com efeito, que os vícios do certame podem dar-se também por infringência às regras contidas na Lei de Licitações ou aos princípios nela contidos.

Nesse ponto, as nulidades foram divididas em pré-contratuais e pós-contratuais, interessando a este estudo apenas as primeiras. Examinaram-se, ainda, algumas das irregularidades que podem ocorrer ao longo das fases de um procedimento, desde o edital até a homologação.

Em seguida, demonstrou-se que, a exemplo de qualquer procedimento administrativo, a invalidade de um ato na licitação contamina os subsequentes, tanto é que reza o art. 49, §2º, que “a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato”. A anulação do contrato, todavia, não significa que o particular sairá lesado da relação, pelo contrário: deverá ser indenizado pela administração.

Feitas essas observações preliminares, anotou-se que controle pelo judiciário da legalidade do certame pode se dar tanto antes quanto depois do fim do procedimento licitatório.

Neste caso, pôde-se observar que duas situações exsurtem: a) o litigante não obtém uma decisão liminar para suspender o ato irregular, a licitação segue seu curso natural, e se encerra antes da decisão definitiva no processo judicial; e b) o ato atacado pelo demandante é justamente aquele que encerrou o procedimento.

Viu-se, nesse cenário, que a jurisprudência pátria, inclusive o STJ, tem divergido de maneira significativa. Enquanto uns entendem impossível o controle de legalidade do certame encerrado, outros julgam plenamente válida e saudável a intervenção do judiciário mesmo após o encerramento do certame.

O primeiro entendimento funda-se, em especial, no argumento de que com o fim do procedimento ocorreria o exaurimento da competência administrativa e, por conseguinte, não mais seria possível discutir os atos que se dão no curso deste. Tal situação conduziria à falta de interesse de agir do demandante e a extinção do processo sem resolução do mérito com fulcro no art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

Esse raciocínio, todavia, é combatido com propriedade pela corrente antagônica, sobretudo em razão do disposto no já mencionado art. 49, §2º, da Lei de Licitações. Dado que o reconhecimento de uma invalidade no procedimento anula o contrato, o interesse de agir do litigante é nítido: fazer o procedimento voltar a correr para que possa ter chances de contratação.

Viu-se também que, transcendida a discussão puramente normativa, ambas as correntes defendem a aplicação dos mesmos princípios – segurança jurídica e supremacia do interesse público – sob ângulos diversos.

No que diz respeito à segurança jurídica, salientou-se que a primeira corrente reputa indispensável dar primazia à estabilidade das relações já formadas e proteger o terceiro de boa-fé (o contratado). Enquanto isso, a posição antagônica justifica seu entendimento sob a ótica da segurança na aplicação do direito, uma previsibilidade, decorrente do princípio da legalidade.

Já no que concerne ao interesse público, a questão é ainda mais complexa. Verificada a natureza de conceito jurídico indeterminado deste instituto, é impossível precisar exatamente no que consiste o “interesse público”.

Com efeito, para a corrente contrária ao controle judicial do certame, dever-se-ia dar primazia ao interesse público em finalizar o contrato além de evitar uma série de consequências nefastas à Administração, sobretudo relacionadas com

o possível desinteresse em contratar com a Administração e a elevação dos preços em função do eterno risco de anulação do contrato.

Entretanto, como examinado, para a doutrina contrária tais argumentos não merecem subsistir. Para eles, se o povo criou democraticamente uma norma é porque deseja que ela seja cumprida. E mais, não se pode confundir o interesse do Estado com interesse público, pois são diversos. O que verdadeiramente satisfaria o interesse público, portanto, seria anular o certame para que este volte a correr conformidade com a lei.

A questão, portanto, não é simples. Ultrapassada a discussão estritamente legal (que se afigura superada em razão do disposto no art. 49, §2º, da Lei 8.666/93), nota-se que há um conflito principiológico, e mais, uma divergência de interpretação dos mesmos princípios – segurança jurídica e supremacia do interesse público.

Nessa toada, ambas as posições possuem seu valor e a polarização a respeito da melhor forma de interpretação dos princípios da segurança jurídica ou da supremacia do interesse público despida de uma análise da realidade não se mostra o caminho ideal. Muito pelo contrário, acaba apenas expondo a fragilidade dos argumentos.

Com efeito, tomando-se como premissa inicial a possibilidade de discussão dos vícios de uma licitação mesmo após o fim procedimento, deve-se examinar se, no caso concreto, há alguma peculiaridade que exija a aplicação do entendimento da outra corrente.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Ato administrativo, licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. *Extinção do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Comentários ao código de processo civil*. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARGUELHES, Diego Werneck. *Argumentos consequencialistas e Estado de Direito: subsídios para uma compatibilização*, 2006. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf>>. Acesso em 20 out. 2011.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 25 out. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo, 2000.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo, 2010.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BRASIL. *Constituição* (1989). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 abr. 2011.

_____. Lei nº 5.869 (1973). Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 4 out. 2011.

_____. Lei nº 8.666 (1993). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 abr. 2011.

_____. Lei nº 9.784 (1999). Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9784.htm>>. Acesso em 26 abr. 2011.

_____. Lei 10.406 (2002). Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 17 set. 2011.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848* (1940). Disponível em

<http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp328a337.htm>. Acesso em 27 abr. 2011.

_____. Lei nº 4.717 (1965). Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso em 29 abr. 2011.

_____. Decreto nº 5.450 (2005). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>; Acesso em 30 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 300-0. Relator: Min. Milton Pereira. Brasília, 20 de setembro de 1993. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 17 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 1.990. Relator: Min. Hélio Mosimann. Brasília, 9 de novembro de 1994. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 17 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 6.920. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, 20 de junho de 1996. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 17 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 447.814. Relator: Min. José Delgado, 17 de dezembro de 2002. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 25 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 30 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 set. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 17.883/MA, Relator: Min. Luiz Fux, Brasília, 06 de outubro de 2006. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 24 out. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental do Recurso Especial nº 726.031/MG, Relator: Min. Luiz Fux, Brasília, 21 de setembro de 2006. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 19 out. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.059.501. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 18 de agosto de 2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 22 out. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2.370. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, 16 de março de 2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 22 out. 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

COELHO MOTTA, Carlos Pinto. *Eficácia nas licitações e contratos*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/junho, 2005. Disponível em

<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em 24 out. 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Pressupostos do ato administrativo – vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo. In: *I Seminário de Direito Administrativo – TCMSP*. São Paulo, 2003. Disponível em <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm>. Acesso em 10 abr. 2011.

DROMI, José Roberto. *La licitación pública*. Buenos Aires: Astrea, 1977.

FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade administrativa. *Revista de informação legislativa*. a. 34. n.136. Brasília: Senado, 1997.

FERREIRA, Odim Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

FONSECA, Sérgio Roxo da. Administração Pública: Controle judicial homônimo e heterônimo. *Revista brasileira de Direito Constitucional*. n. 8. Brasília: ESDC, 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

_____. Licitação e Contrato - Direito Aplicado. In: *II Seminário de Direito Administrativo – TCMSP*. São Paulo, 2004. Disponível em <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/diogenes_gasparini1.htm>. Acesso em 5 abr. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Princípio do fato consumado no direito administrativo*. 2010. Disponível em <http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/principio_do_fato_consumado_no_direito_administrativo.pdf>. Acesso em 22 out. 2011.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Licitações: consideração em torno de alguns aspectos constitucionais. *Revista de informação legislativa*. a. 23. n. 113. Brasília: Senado, 1992.

MOTTA, Artur Alves da. *Segurança jurídica : da crise ao resgate*. 2008. Tese (mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2008.

MUKAI, Toshio. *O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos: comentários à Lei 8.666, de 21.06.93*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Licitações: as prerrogativas da administração e os direitos das empresas concorrentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. A licitação, após celebrado o contrato, não pode mais ser contestada e analisada em juízo?. *Boletim de licitações e contratos*. a. XVI, n. 9. São Paulo: Editora Nova Dimensão Jurídica, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NESTER, Alexandre Wagner. Mandado de segurança em licitação pública: os efeitos da adjudicação e da homologação. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, n.º 41, jul./2010. Disponível em <<http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=41&artigo=448>>. Acesso em 22 out. 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 580.670-6, Relator João Kopytowski, Curitiba, 15 de abril de 2011. Disponível em <<http://www.tjpr.jus.br/>>. Acesso em 25 out. 2011.

PEREIRA, Frederico Valdez. Limite à invalidação dos atos administrativos princípio da segurança jurídica. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 5, p. 145-161, 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Ovídio Batista. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Danielle Souza de Andrade. Atividade administrativa discricionária e determinação do conceito de interesse público. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 6, p. 199-214, abr. 2004.

SILVA, Bruno Boquimpani. O Princípio da Segurança Jurídica e a Coisa Julgada Inconstitucional. *Mundo jurídico*. 2005. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=183>. Acesso em 25/10/2011.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.