CAUSAS EXTINTIVAS DO PROCESSO LICITATÓRIO[1]

Edgar Guimarães[2]

As licitações são instauradas a partir da constatação, pelo Poder Público, da necessidade de contratar terceiros com o fim de suprir demanda específica e essencial para o desenvolvimento das atividades cotidianas da entidade/órgão, assim como protagonizar projetos de obras ou serviços de relevante interesse público.

Deve seguir uma sequência de atos predeterminados legalmente, contendo ritos específicos, devido à estrutura normativa rígida imposta às contratações realizadas pelo Estado.

Esse rito predefinido se associa à relação jurídica inerente a esse tipo de certame, tido por nós como seu fundamento: a participação das pessoas privadas interessadas em firmar contrato com a administração. Sem essa participação do particular, o processo licitatório é prejudicado, conforme se demonstrará adiante.

O curso habitual e esperado para o processo envolve, na fase externa, publicidade, habilitação dos proponentes, julgamento e classificação das propostas, nos termos do art. 43 da Lei 8.666/93. Entretanto, nem sempre o término da licitação se dá de forma a atender a essa expectativa.

Por meio dos tópicos a seguir, buscaremos elucidar as formas de extinção do processo licitatório, tanto a que se dá de maneira *ordinária*, com a homologação e adjudicação do objeto ao vencedor do certame, quanto aquelas oriundas de questões supervenientes, definidas como *extinções extraordinárias* da licitação.

1.1 EXTINÇÃO ORDINÁRIA

1.1.1 Homologação e adjudicação

Depois de julgadas e classificadas as propostas dos licitantes conforme o tipo da licitação estabelecido pelo instrumento convocatório, caberá à autoridade responsável verificar se o processo encontra-se de acordo com a ordem jurídica vigente para, em seguida, deliberar acerca da homologação e adjudicação do objeto da licitação.

A doutrina não é uníssona quanto ao significado de homologação e adjudicação, bem como no que diz respeito à ordem em que se deve realizar a fase integrativa.[3] Revela-se discordância com relação à homologação ser praticada antes ou depois da adjudicação e quanto à competência para prática desses atos, dada hermenêutica realizada com base nos arts. 43, VI,

---

[1] A temática suscitada neste ensaio é parte da Tese de Doutoramento apresentada pelo autor e aprovada perante banca examinadora da PUC/SP. O livro intitulado **Responsabilidade da Administração Pública pelo desfazimento da licitação**, com a pesquisa completa e as inúmeras premissas defendidas, foi objeto de publicação pela Editora Fórum.

[2] Advogado; Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP; Professor de *Licitação* em cursos de Pós-graduação; Consultor Jurídico do Tribunal de Contas do Estado do Paraná; Membro dos Institutos Brasileiro e Paranaense de Direito Administrativo, do Instituto dos Advogados do Paraná e do Conselho Científico do Instituto Romeu Felipe Bacellar. Autor dos livros *Controle das Licitações Públicas*, *Contratação Direta: comentários às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de* licitação; *Responsabilidade da Administração Pública pelo desfazimento da licitação*. Coautor dos livros *Cenários do Direito Administrativo, Concurso Público e Constituição*, *Pregão Presencial e Eletrônico*, *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06*, *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*.

[3] A fase integrativa é composta pelo conjunto de atos administrativos que servem para finalizar o processo de licitação, compreendendo a elaboração da ata da sessão, adjudicação e homologação (NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. Curitiba: Zênite, 2006. p. 238).

e 38, VII, da Lei 8.666/93.

Conforme Lúcia VALLE FIGUEIREDO:

> Adjudicação é palavra polissêmica. No decreto-lei 2.300/1986 não havia dúvida de que a competência para Adjudicar era da Comissão de Licitação. Todavia, a Lei 8.666/93 trouxe alguns problemas pela redação dada aos arts. 38, inciso VII, e 43, incisos V e VI.[4]

Defendendo a adjudicação antes da homologação encontra-se Carlos Pinto COELHO MOTTA, que teoriza no seguinte sentido:

> O aparente conflito entre os arts. 38, VII, e o art. 43, VI, é, a nosso ver, aspecto de menor relevância, pois ambos os atos são igualmente importantes para o epílogo eficaz do procedimento. A vivência de situações concretas induz nossa opinião de que o caminho mais lógico seria proceder primeiramente à adjudicação (ato sob a responsabilidade da comissão, autoridade competente ou pregoeiro, conforme a modalidade e o disposto no instrumento convocatório), dado caráter ratificatório e convalidatório da homologação (feita pela autoridade superior).[5]

Posicionando-se dessa forma o autor ainda menciona o entendimento do Tribunal de Contas da União (AC 816/2006, DOU 02/02/06), para o qual a sequência legal a ser seguida corresponde aos ditames do art. 43, VI, da Lei 8.666/93, ou seja, a adjudicação do objeto licitado deve ocorrer somente após a homologação do processo licitatório.

Trilhando o mesmo entendimento esposado pela Corte de Contas Federal encontra-se Diogenes GASPARINI, que registrou:

> Após a homologação opera-se a adjudicação. Há de ser assim dada sequência do procedimento estabelecida no art. 43, que versa sobre o procedimento da licitação, e este é obrigatório, em vista do princípio formal que permeia todo o procedimento da licitação (art. 4º parágrafo único). Desse modo não se deve levar em consideração a sequência adjudicação – homologação apresentada pelo inciso VII do art. 38 da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, pois este dispositivo não cuida de processo licitatório.[6]

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO leciona que:

> Homologação é o ato pelo qual a autoridade competente, estranha à comissão, após examinar todos os atos pertinentes ao desenvolvimento do certame licitatório, proclama-lhe a correção jurídica, se esteve conforme às exigências normativas. Pelo contrário, se houve vício no procedimento, ao invés de homologá-lo, deverá proferir-lhe a anulação. À homologação segue-se a adjudicação, que é o ato pelo qual a promotora do certame convoca o vencedor para travar o contrato em vista do qual realizou o certame.[7]

---

[4]VALLE FIGUEIREDO, **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 512.

[5]COELHO MOTTA, Carlos Pinto. **Eficácia nas licitações e contratos**. 12ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 565.

[6]GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. atualiz. Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 609.

[7]BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 612.

Parece-nos que esse entendimento é o mais adequado conforme a determinação legal: a homologação precede a adjudicação para as modalidades da Lei 8.666/93.

Destarte, ao homologar a licitação, a autoridade competente estará conferindo legitimidade a todos os atos praticados no curso do processo licitatório, sendo esse seu principal efeito.[8]

Diante disso, se nenhum vício de legalidade for constatado, e ainda, se oportuna e conveniente a contratação, o ato de homologação será expedido. Após a homologação, à mesma autoridade compete adjudicar o objeto da licitação ao seu vencedor.

A adjudicação é, desse modo, "o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação, para subsequente efetivação do contrato administrativo"[9]. Assim, diante da adjudicação o licitante adquire o direito de não ser preterido na contratação se esta, efetivamente, se concretizar.

Nas palavras de Adilson Abreu DALLARI,

> a adjudicação é um ato vinculado, tanto no tocante à sua prática quanto ao seu conteúdo. Pode haver ou não adjudicação, mas se houver será obrigatoriamente em favor do primeiro classificado. Rigorosamente dever-se-ia dizer que a competência da autoridade para praticar o ato de adjudicação é vinculada. Com efeito, se a adjudicação não fosse vinculada, ela perderia qualquer propósito.[10]

Nos termos preconizados pelo Tribunal de Contas da União:

> Homologação é ato que ratifica todo o procedimento licitatório e confere aos atos praticados aprovação para que produzam os efeitos jurídicos necessários. Adjudicação é ato pelo qual a Administração atribui ao licitante vencedor o objeto da licitação. Homologar a licitação é ato intransferível e indelegável. Cabe exclusivamente à autoridade competente para esse fim. Adjudicar o objeto da licitação é ato praticado geralmente pela autoridade competente ou responsável pela licitação ou por outro servidor designado para esse fim.[11]

Diante disso, a disciplina interna de cada entidade da Administração Pública deve fixar e distribuir as competências necessárias para a prática dos referidos atos.

Atente-se, contudo, que o rito seguido pela modalidade pregão é diferenciado do disposto para as modalidades regidas pela Lei 8.666/93. Conforme o art. 4º, XXI e XXII da Lei 10.520/2002, a homologação ocorre depois da adjudicação. Nas palavras de Joel de Menezes NIEBUHR:

> Em virtude da redação de tais dispositivos e da própria ordem como eles foram inseridos no corpo da Lei nº 10.520/02, é claríssimo que a adjudicação antecede a homologação. Quanto ao agente competente para

---

[8]Nessa linha de pensar, Luciano FERRAZ sustenta que: "A homologação é ato de controle de legalidade da licitação e tem efeito declaratório da validade dos atos praticados durante o procedimento". (FERRAZ, Luciano. **Licitações: estudos e práticas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002. p. 78).

[9]MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 151.

[10]DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 178.

[11]BRASIL. 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. p. 542.

> proceder à adjudicação e à homologação, conclui-se o seguinte: a) se não houver recurso, o pregoeiro é o responsável pela adjudicação, devendo fazê-lo imediatamente, na própria sessão (inciso XX do art. 4º); b) se houver recurso, a autoridade competente, junto com a decisão sobre o mesmo, já adjudica o objeto da licitação ao vencedor (inciso XXI do art. 4º); c) de todo modo, não há dúvida de que o responsável pela homologação é a autoridade competente (inciso XXII do art. 4º).[12]

Em síntese: nas modalidades regidas pela Lei 8.666/93, o ato de homologação antecede a adjudicação. Por outro lado, no pregão, que se encontra sob a égide da Lei 10.520/02, a opção do legislador contempla ordem inversa, ou seja, a adjudicação precedendo a homologação.

Após a homologação e a adjudicação do certame, estará encerrado o processo licitatório. Diante disso, o conteúdo dessas decisões deverá ser comunicado a todos os licitantes para que possam tomar conhecimento e também, se necessário, exerçam o controle sobre os atos praticados.

Importante consignar que a adjudicação ou a homologação da licitação não acarreta afastamento da prestação jurisdicional no caso de algum licitante sentir-se preterido em seu direito. Entender de maneira diversa corresponde a dizer que o Poder Judiciário não poderia coibir arbitrariedades da Administração, o que nos soa como compreensão equivocada, notadamente em face da disposição contida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Impende ainda anotar que a homologação do processo pressupõe a análise posterior formal e material de todos os atos praticados no curso da competição. Trata-se, assim, de ato de controle sob dois aspectos: legalidade e mérito.

Dessa forma, no exercício do controle acima referido, o atuar do agente é vinculado, pois, em persistindo os pressupostos de fato autorizadores do certame e, ainda, em se constatando ausência de ilegalidade, a homologação se impõe, não havendo margem para qualquer discricionariedade.

Por fim, como já salientado, ao baixar o ato de homologação a autoridade competente confere legitimidade a todos os atos praticados no curso do processo, bem como atesta que ainda há interesse na respectiva contratação.

1.2 EXTINÇÃO EXTRAORDINÁRIA

Promovido o julgamento das propostas de acordo com os critérios estabelecidos no instrumento convocatório, encerram-se, ao menos nesse primeiro momento, as atribuições do órgão julgador, e os autos da licitação são encaminhados à autoridade superior para deliberação.[13]

Consoante disposição constante do art. 49, da Lei 8.666/93:

> A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

---

[12]NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4ª ed., Curitiba: Zênite, 2006, p. 240-241.

[13]Esse é o rito moldado pelo art. 43 da Lei 8.666/93. Em se tratando de licitação na modalidade Pregão, a Lei 10.520/02 determina que, após o julgamento das propostas cabe a avaliação da habilitação do 1º classificado, a declaração do vencedor e, só então, a deliberação da autoridade superior.

Nessa fase de aprovação, a autoridade verificará se persistem os motivos de oportunidade e conveniência que ensejaram a autorização para o desencadeamento do processo necessário à contratação e se todas as formalidades legais foram observadas nas suas diversas formas.

Constitui controle amplo de legalidade estrita e também principiológico, que abrangerá inclusive a análise da legitimidade e que, ao final do procedimento, determinará a consequente homologação, ou não, hipótese em que poderá ser decretada a anulação ou revogação da licitação.

Como regra geral, embora a lei licitatória não consigne expressamente, cinco são as possibilidades neste momento: i) homologar o processo licitatório em face de sua regularidade formal e material, bem como da permanência dos motivos que ensejaram a abertura do certame, adjudicando o objeto ao vencedor; ii) revogá-la no caso de fato superveniente e por motivos de interesse público; iii) anular a licitação por ilegalidade insanável; iv) declará-la fracassada em virtude da inabilitação ou desclassificação de todos os licitantes; ou v) declará-la deserta, dado o não comparecimento de nenhum interessado.

Consoante já sustentado anteriormente, a extinção esperada da licitação é pela via da homologação com a consequente adjudicação do objeto ao vencedor (extinção ordinária) e, por conseguinte, a celebração do contrato. Entretanto, é possível ocorrer a extinção do processo licitatório pela via extraordinária, como nos casos enumerados nas hipóteses descritas pelos itens ii, iii, iv e v do parágrafo anterior, as quais serão a seguir pormenorizadas.

1.2.1 Revogação

Atos praticados no transcurso da licitação são passíveis de controle pela autoridade competente da entidade licitadora, podendo ocorrer a qualquer momento.

Na fase de aprovação, cabe à autoridade verificar previamente se persistem os motivos de oportunidade e conveniência que ensejaram a autorização para o desencadeamento do processo necessário à contratação, bem como se todas as formalidades legais foram observadas nas suas diversas etapas, controle de mérito e de legalidade.

Salienta-se que a revogação não se opera em virtude de uma ilegalidade, mas em decorrência de fato superveniente, posterior à abertura do certame, pertinente e suficiente, diretamente relacionado ao interesse público objetivado.

Por não combater ilegalidades e sim sujeitar-se ao critério de conveniência e oportunidade, produz efeitos apenas para o futuro, ou seja, *ex nunc*. Portanto, deve se dar em decorrência de fato superveniente, conexo e diretamente relacionado ao interesse público em questão.

Assim, é o interesse público, nesse momento, o elemento fundante do juízo de conveniência e oportunidade do administrador. Apresenta-se como atuação discricionária que deve ser pautada por rígidos critérios de aferição, estabelecidos na lei e no ordenamento jurídico.

Importante salientar a necessidade da delimitação do que vem a ser "interesse público", pois este se apresenta como núcleo essencial para fins de controle dos atos da autoridade. É conceito jurídico impreciso, que, dada sua natureza fluida, deve ser regrado ao máximo possível para se evitar abusos de poder no exercício da atuação discricionária.[14]

---

[14]Héctor Jorge ESCOLA afirma que a noção de Administração Pública aparece influenciada de forma decisiva pela ideia de interesse público, qualificando-o como verdadeira razão de explicação do Direito Administrativo, seu real fundamento, em que significa proveito, utilidade que não exclusiva de poucas pessoas, mas destinada a toda coletividade, valorado positivamente em virtude de uma necessidade da comunidade, que terá predominância em relação ao interesse privado em benefício daquela, de conteúdo concreto e atual. Em sua fidedigna expressão, "el interés

Tais conceitos fluidos comportam uma significação reconhecida por um grupo social[15], componente de um dado senso comum teórico, o que limitará a margem de liberdade do administrador na eleição do significado do conceito, na intelecção dos textos legais.[16]

Na fidedigna expressão de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO,

> [...] pode-se dar como certo que a discricionariedade jamais poderia ser entendida como margem de liberdade que obstasse o controlador (interno ou externo) da legalidade do ato de verificar se a intelecção das palavras normativas, efetuada pelo agente administrativo ao aplicar a lei, foi ou não desbordante do campo significativo possível daquelas palavras, considerado tal campo significativo ao lume da acepção corrente que tenham em dada sociedade e de seu enfoque contextual no sistema normativo.[17]

Significa dizer que, em sede de revogação, a autoridade competente estará vinculada aos ditames da lei, do ordenamento jurídico e da situação fática que se apresenta em dado momento, o que especificamente obriga a explicitação do motivo e a apresentação de fato superveniente, pertinente e suficiente, além da exata correlação desse fato com o interesse público objetivado.

O administrador público no campo específico dessa atuação tem o dever de atuar da melhor forma possível, buscando, dentre as possíveis alternativas, aquela que melhor atenda ao interesse público. Ressalte-se que há dever, o que por si só já é suficiente para limitar consideravelmente a discricionariedade.[18]

Assim, no exercício da competência discricionária, especificamente no que tange à revogação, o administrador público vincula-se ao dever da solução ótima, que será buscada respeitando-se o significado reconhecido socialmente do conceito jurídico impreciso, bem como sua exata adequação ao fato concreto.[19]

A revogação, conforme anunciado acima, é ato de controle que deve ser exercido amplamente, não se constituindo obstáculo a alegação de que o agente atuou em sede discricionária, ao contrário, exatamente por tal razão nasce com muito mais ênfase a necessidade de controlar sua ação, no intuito de se evitar eventuais desvios de poder.

Tal controle poderá ser exercido a qualquer momento, tanto na fase interna quanto na fase externa da licitação, sendo de competência única e exclusiva da administração pública licitadora.[20]

---

público – de tal modo – es el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquelarlos". (ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989. p. 235 e ss.).

[15]GRAU, Eros Roberto. **Notas sobre os conceitos jurídicos**. Revista de Direito Público, 74/218-9.

[16]Não se pode olvidar ainda que no exercício de competência discricionária não há liberdade, mas espaço de atuação vinculado a parâmetros jurídicos previamente determinados, conforme a lição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, já aludida. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 32).

[17] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 31.

[18]A respeito da necessária defesa do interesse público pela Administração Pública, ver FALLA, Fernando GARRIDO. **Las transformaciones del regimen administrativo**. 2. ed. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1962. p. 167 e ss.

[19]A expressão "solução ótima" é de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO encontrada em sua obra **Discricionariedade e controle judicial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros 1998, p. 35.

Ainda assim se mostram recorrentes revogações de licitação amparadas equivocadamente no art. 53 da Lei 9.784/99[21], buscando-se com essa prática fugir da inafastável fundamentação exigida pelo art. 49 da Lei 8.666/93, que estabelece a necessária demonstração de fato superveniente devidamente comprovado para justificar tal conduta, bem como o contraditório e a ampla defesa previamente à providência pretendida.

Alguns doutrinadores definem tal comportamento como forma de burla à lei de licitações. Nas palavras de Aldem Johnston BARBOSA ARAÚJO:

> Tal erro, longe de apenas refletir uma estrepitosa escultice por parte do(s) servidor(es) / funcionário(s) público(s) responsável(is) pela condução do certame licitatório, muitas vezes desvela um intento sub-reptício de tentar burlar o atendimento aos requisitos formais que exsurgem da correta fundamentação legal para a revogação de licitações, que se encontra no permissivo do art. 49.[22]

Destaca-se, dessa forma, que ao justificar o ato de revogação do processo licitatório o gestor público deve atentar à norma específica que rege a matéria, pautando sua conduta em justificativa crível ao art. 49 da Lei 8.666/93[23]. Nas palavras de Daniele TALAMINI:

> A própria revogação da licitação contém um requisito a mais que a revogação de outros atos e procedimentos administrativos. A lei exige a superveniência de fato novo para que a Administração possa extinguir a licitação por motivos de conveniência e oportunidade [...]. Logo, não se permite que a Administração julgue, posteriormente, que era inconveniente precisamente a mesma situação que fora reputada conveniente em momento pretérito. [...] exige-se que o fato tenha relação direta com a licitação, não podendo ser alegada circunstância que não diga respeito à contratação visada.[24]

Nessa mesma linha é o pensamento de Geisa ARAÚJO:

> O caput do art 49, da Lei 8.666/93, prevê a possibilidade de revogação e anulação do procedimento licitatório. No entanto, condiciona esses atos à verificação da ocorrência de interesse público decorrente do fato superveniente, devidamente justificado na revogação, e à verificação da ilegalidade para anulação. A fundamentação e justificativa indevida tornará

---

[20]Não cabe ao Judiciário revogar certame licitatório, apenas controlar os aspectos vinculados do ato de revogação.

[21]Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

[22]BARBOSA ARAÚJO, Aldem Johnston. **Da necessidade de obediência aos princípios da motivação e da "pas de nulitte sans grief" na revogação de licitações em face de razões de interesse público, por motivo de fato superveniente**. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, ano XVIII, n. 212, out. 2011.

[23]TJ/SC: "LICITAÇÃO – CERTAME HOMOLOGADO PELA AUTORIDADE COMPETENTE – TITULAR DA PASTA – POSTERIOR REVOGAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO COM SUPEDÂNEO NO ART. 49 DA LEI Nº 8.666/93 – INEXISTÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE LASTREADOR DA MEDIDA ADOTADA – POSSIBILIDADE DE QUILATAÇÃO DO ATO PELO PODER JUDICIÁRIO – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 473 DO PRETÓRIO EXCELSO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO – SEGURANÇA CONCEDIDA. Malfere direito líquido e certo a adjudicação do objeto da licitação do ato revogatório promovido pelo Secretário de Estado que já havia homologado o resultado do certame, desprovido de sustentáculo jurídico, ou seja, superveniência de fato devidamente comprovado (art. 49 da lei nº 8.666/93). [...] A justa causa para revogar a licitação deve ficar evidenciada em procedimento regular, com oportunidade de defesa, não bastando a simples alegação de interesse público para invalidar a licitação. Essa demonstração deve ser irretorquível das circunstâncias assinaladas como causadoras da revogação, indemonstradas na hipótese. (TJSC, MS nº 9.544, Rel. Des. Orli Rodrigues, DJ nº 9478, de 14.05.96, p. 08)".

[24]TALAMINI, Daniele Coutinho. **Revogação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 197-198.

> passível de nulidade estes atos.[25]

Igualmente leciona Carlos Pinto COELHO MOTTA:

> Pelo atual texto do art. 49 da LNL – que consagra a súmula 473 do STF no sentido do desfazimento do ato administrativo – a revogação somente se dará por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta.[26]

Vale trazer à colação excerto do Acórdão nº 1.711/2010 prolatado pelo Tribunal de Contas da União, assim encontrado:

> Ementa: determinação à SPOA/ME para que, ao proceder à revogação de certames licitatórios, deixe claramente explícita a motivação condutora desta revogação, a fim de que não fique sujeita a interpretações várias dos licitantes quanto aos reais motivos que conduziram à decisão de desfazimento, bem como para que se possa, adequadamente, permitir o acesso ao contraditório e à ampla defesa previstos no art. 49, § 3º, c/c o art. 109, inc. I, da lei nº 8.666/93 e art. 9º da Lei nº 10.520/2002.[27]

Dessa forma, para que a revogação do processo licitatório se opere validamente, a motivação deve estar pautada em justificativas plausíveis, decorrente de fato posterior e intimamente ligado ao interesse público buscado, indisponíveis, portanto, ao arbítrio da administração.

Não basta apenas a ocorrência de um fato superveniente ao ato que autorizou a abertura do certame. Tal fato, além de superveniente, deve ser dotado de potencialidade suficiente para por em risco o interesse público que está sendo objetivado com o certame, causando-lhe, de forma incontestável, certo prejuízo.

Outro requisito a ser atendido respeita à necessidade da prévia instauração do devido processo legal, como único meio capaz de materializar o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, como também, atender aos reclamos do § 3º, do art. 49 da Lei 8.666/93.[28]

Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO nos ensina que

> como meio administrativo de garantia do administrado, o processo administrativo é o instrumento jurídico mais hábil até agora conhecido, já que abre a controvérsia e permite a impugnação do ato considerado lesivo. Nele, no processo administrativo, ou através dele, reexaminam-se os casos na esfera própria, perante a mesma autoridade ou outra autoridade de hierarquia superior.[29]

De fato, assim como ocorre na anulação, se o processo licitatório está materialmente

---

[25]ARAÚJO, Geisa. **Licitações e contratos públicos**: teoria e prática. Fortaleza: Premius, 2001. p. 256.

[26]COELHO MOTTA, Carlos Pinto. **Eficácia nas licitações e contratos**. 12ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 610.

[27]Item 9.2.3, TC- 007.507/2010-0. Assuntos: LICITAÇÕES e REVOGAÇÃO. DOU de 23.04.2010, S. 1. p. 162.

[28]Art. 49. [...] 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

[29]FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 36.

formado, o ato revogatório deve ser antecedido da oportunidade do contraditório e da ampla defesa, sob pena de restar caracterizado um vício de legalidade insanável.

Dessa forma, apresentam-se como absolutamente ilegais e sem a possibilidade de produzir qualquer efeito jurídico, cláusulas muitas vezes encartadas em atos convocatórios, atribuindo à entidade promotora da competição amplos poderes para, a qualquer tempo e ao seu alvedrio, revogar a licitação deixando de observar o imprescindível atendimento dos requisitos aqui apontados.

1.2.2 Anulação

A anulação consiste na invalidação de atos ilegais insanáveis, praticados ao arrepio da ordem jurídica vigente. Diferente da revogação, que incide no desfazimento do ato por um juízo de conveniência e oportunidade pertinente ao interesse público, e sempre motivado nesse sentido, a anulação corresponde a um duplo viés: o reconhecimento pela Administração de ato administrativo viciado, bem como sua retirada da esfera jurídica, refletindo em seus efeitos, de forma como se nunca tivesse existido.

A anulação *ex officio* do ato administrativo é possível e consolidada pelas Súmulas nº 346[30] e 473[31] do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, é instituto que merece especial atenção, posto que intimamente relacionado aos princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção à confiança.

Isso porque os atos administrativos são dotados de aparência e presunção de legitimidade, constituindo garantias e direitos, ainda que posteriormente declarados inválidos.

Os vícios dos atos administrativos são geralmente classificados pelos publicistas como eivados de nulidade absoluta ou de nulidade relativa.[32] Atualmente se entende que os casos de atos viciados a ponto de gerar nulidade absoluta e efeitos *ex tunc*, ou seja, desde a origem do ato contaminado, são a minoria.[33]

Deve-se buscar, sempre que possível, a convalidação[34] dos efeitos produzidos pelo ato

---

[30]STF Súmula nº 346 - 13/12/1963 – Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964. p. 151. **Administração pública – declaração da nulidade dos seus próprios atos**.

A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

[31]STF Súmula nº 473 – 03/12/1969 – DJ de 10/12/1969, p. 5929; DJ de 11/12/1969, p. 5945; DJ de 12/12/1969, p. 5993. Republicação: DJ de 11/6/1970, p. 2381; DJ de 12/6/1970, p. 2405; DJ de 15/6/1970, p. 2437. **Administração pública – anulação ou revogação dos seus próprios atos**.

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.

[32]No direito administrativo não se usa a expressão "anulação" com acepção idêntica à terminologia técnico-jurídica adotada no direito privado. No direito privado "anulação" é pronúncia de vício de anulabilidade. Aplicando a terminologia com rigor técnico, não se anula o ato "nulo", mas o "anulável". O ato "nulo" é "declarado nulo" ou "nulificado". Essas distinções não são usuais no Direito Administrativo. Nesse campo utiliza-se genericamente a expressão "anular", mesmo quando o vício caracterizar "nulidade". A expressão é aplicada para descrever a conduta de reconhecer a existência de um vício e proclamá-lo. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** São Paulo: Dialética, 2012, p. 773).

[33]STJ: ADMINISTRATIVO – ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO – SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS PÚBLICOS APÓS CONCURSO PÚBLICO. TEMPERAMENTOS A SÚMULA 473 DO STF. A regra enunciada no verbete n. 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estagio do direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência. (STJ, RMS 407/MA, 2ª Turma. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 02.09.1991. p. 11787).

[34]Convalidação é ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 253).

viciado, dada essa expectativa que os atos administrativos geram, denotando carga de direitos nitidamente diferenciada daqueles tutelados pelo Direito Civil.[35]

Não se está a defender que a Administração "burle" as normas para depois convalidar seus efeitos, alegando o prejuízo causado aos destinatários de tais regras. Se assim o fizer, não se fará presente a boa-fé, sendo inadmissível qualquer proteção nesses termos. O que se está a reconhecer é que modernamente não se admite a nulidade do ato como primeira alternativa a ser considerada pela Administração. Essa deve ser a última possibilidade a ser avaliada, quando realmente o vício do ato administrativo for insanável e, portanto, não passível de convalidação.

Almiro do COUTO E SILVA elaborou um interessante quadro que permite uma análise de como proceder ao se constatar um ato administrativo viciado, que contamina a integralidade do processo administrativo:

> a) Atos administrativos nulos
>
> a.1 – Redução das hipóteses de nulidade dos atos administrativos aos casos patológicos exacerbados, consistentes em vícios gravíssimos, grosseiros, manifestos e evidentes, independentemente da hierarquia da norma violada, se da Constituição ou da legislação ordinária.
>
> a.2 – Só estas invalidades podem ser decretadas de ofício pelo juiz. O direito dos interessados a postular a decretação da nulidade não está sujeito à decadência, podendo a Administração decretá-la, portanto, a qualquer tempo, no exercício da autotutela.
>
> a.3 – Os atos maculados por nulidade situam-se no limite com a inexistência e não produzem qualquer efeito desde sua origem.
>
> b) Atos administrativos anuláveis
>
> b.1 – Todos os demais atos administrativos viciados de ilegalidade ou de inconstitucionalidade são anuláveis.

Importante consignar a disposição do art. 55 da Lei 9784/1999 (Lei Federal de Processo Administrativo), nestes termos encontrada: "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." A convalidação também se pode dar por meio da confirmação. Conforme José Antunes dos SANTOS NETO: "A confirmação, por sua vez, encerra a renúncia da Administração em anular o ato administrativo viciado. Isso pode se dar de maneira expressa, ou tácita. A primeira hipótese (expressa) ocorre quando o particular impugna expressamente o ato inquinado com o vício, e em decisão administrativa típica, o Poder Público decide manter o ato produzindo efeitos jurídicos, por razões de conveniência e oportunidade do interesse público, assim sopesado pelo exercício legítimo da discrição administrativa; a segunda (tácita) ocorreria quando, pelo decurso de tempo, não se pudesse mais anular o ato. Aqui, entrementes, vislumbramos óbice imposto pela decadência e não confirmação propriamente dita". (SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação *ex officio* do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 118).

[35]Na verdade, ao tratar de assegurar, no Direito Administrativo, à semelhança do que acontece no Direito Civil, um largo espaço para os atos administrativos nulos, com todo o seu cortejo de consequências (impossibilidade de sanação, de ratificação ou de convalidação; pronunciamento de ofício da invalidade; inexistência de decadência do direito a postular a decretação da sua invalidade, ou a pronunciá-la no exercício da autotutela administrativa), como por vezes ressai de algumas decisões de nossos tribunais, acaba-se por escolher caminho que segue em sentido contrário aos rumos que modernamente tem tomado o Direito Administrativo dos países europeus desenvolvidos, que sempre nos influenciaram, e da própria União Europeia. Para resumir em poucas palavras os grandes traços dessas tendências contemporâneas do Direito Administrativo, em matéria de invalidade dos atos administrativos, pode-se dizer que os atos inválidos continuam sendo divididos em atos nulos e em atos anuláveis, como sempre se fez, mas possuindo agora esses qualificativos outro conteúdo semântico. **A diferença com os esquemas de pensamento tradicional está em que os atos administrativos nulos, na concepção atual, constituem um número extremamente diminuto de atos jurídicos, marcados por tão evidente, estridente, manifesto e grosseiro vício que, no direito de alguns países, como França e Itália, são eles tidos como atos inexistentes**. (grifo nosso) (COUTO E SILVA, Almiro do. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (lei no 9.784/99)**.Revista da Procuradoria Geral do Estado, Porto Alegre, 2004, p.58).

b.2 – Os direitos e as pretensões relacionados com os atos anuláveis estão sujeitos às regras sobre decadência e prescrição e tais atos não podem ser anulados de ofício pelo juiz.

b.3 – Enquanto não anulados, os atos administrativos produzem efeitos.[36] [37]

No que tange às licitações, quando há constatação de ato que contamina todo o processo, a anulação do certame licitatório igualmente se fundamenta numa sujeição do administrador em restaurar a legalidade. Dita restauração poderá ser levada a efeito não apenas pela anulação da licitação, mas também por meio da figura da convalidação, considerando-se a espécie do vício.

Em face de tratar-se de violação à ordem jurídica, os efeitos produzidos pela anulação da licitação retroagirão atingindo o ato viciado no seu nascimento e os seus consequentes, impedindo a produção de efeitos e não gerando direitos públicos subjetivos. A anulação opera, portanto, efeitos *ex tunc*.

É pertinente reiterar que consideramos a licitação como processo administrativo, estando, dessa forma, de maneira subsidiária, submetida aos ditames da lei federal de processo administrativo, a Lei 9.784/99. Destarte, defendemos que a anulação do certame licitatório somente pode ser decretada no prazo de 5 anos contados da data em que o ato viciado foi praticado, conforme preconiza o art. 54 do citado Diploma Legal.[38]

Com relação à competência para praticar o ato anulatório, diferentemente do que ocorre em sede de revogação, esta exsurge tanto para a entidade promotora do certame quanto para o Poder Judiciário, pois decorre de vício de legalidade insanável. No âmbito interno da Administração, essa competência se insere no rol da mesma autoridade responsável pela abertura e homologação do processo licitatório, salvo disposição legal em sentido contrário.

A anulação poderá ocorrer a qualquer momento, tanto na fase interna quanto na fase externa da competição, até mesmo após a celebração do contrato e durante a sua execução.[39] Todavia, se o processo encontrar-se materializado, formado, completo, o que se dá, em nosso sentir, com o recebimento de envelopes, faz-se necessária a instauração prévia do devido processo legal como meio de viabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa.[40]

---

[36]COUTO E SILVA, Almiro do. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (lei no 9.784/99)**.Revista da Procuradoria Geral do Estado, Porto Alegre, 2004, p. 63.

[37]Neste excerto o autor também trata da possibilidade de decadência do direito da Administração em anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, portanto, do alcance do art. 54 da Lei 9.784/1999.

[38]Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO sustenta que "dito prazo também se aplica aos contratos administrativos, pois, se é impositivo perante atos unilaterais, quando o particular, então, sequer concorreu para a integração deles, maiormente deverá sê-lo se estes são fruto de vontades que se transfundem para lhes dar nascimento". Mais adiante, discorrendo sobre o art. 54 da Lei 9.784/99, esse autor arremata o pensamento com a seguinte observação: "Como os cinco anos a que alude o art. 54 da Lei 9.784, de 29.1.1999, disciplinadora do processo administrativo, contempla apenas os casos em que não houve comprovada má-fé, ter-se-á de indagar: e naquel'outros em que houve comprovada má-fé? Estamos em que, aí, não haveria remédio, salvo o de buscar analogia com o direito privado, a teor do art. 205 do Código Civil, isto é: 10 anos". (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 1069 e 1072).

[39]Consoante art. 49, § 2º 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".

[40]STJ: DIREITO ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – ANULAÇÃO – AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO – IMPOSSIBILIDADE.

A anulação ou revogação do processo licitatório deve ser precedida de oportunidade de defesa, exigindo-se plena justificação, sob ferimento de garantias constitucionais de ampla defesa e do contraditório. Recursos providos. (STJ, ROMS nº 9738, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 07/06/1999).

Já no âmbito interno da Administração Pública licitadora, da mesma forma como ocorre na revogação, é competente para expedir o ato de anulação, a autoridade responsável pela homologação da licitação.

A prática desses atos deve sempre ser comunicada aos interessados, a fim de que seja dado integral cumprimento ao Princípio da Publicidade.

1.2.3 Fracasso

Deve-se declarar o fracasso do processo licitatório quando, durante o certame, ocorrer algum revés com a documentação dos licitantes culminando com a inabilitação de todos, ou com suas propostas, resultando na desclassificação de todas elas.

Nessa situação a lei de licitações prevê, em seu art. 48, § 3º, a concessão aos licitantes de oito dias úteis para sanar o problema ocorrido[41], seja com a entrega de nova documentação, no caso de haver inabilitação de todos os participantes, seja com a apresentação de novas propostas, hipótese aplicável à desclassificação total. Para a modalidade convite há a possibilidade de redução daquele prazo para três dias úteis.

Evidenciamos interpretações diversas desse dispositivo devido à sua redação conter a locução verbal "poderá fixar". Dentre elas o argumento de que se está diante de duas alternativas disponíveis ao Administrador, a serem definidas conforme sua discricionariedade: i) declarar a licitação fracassada e instaurar um novo processo para o mesmo objeto, ou ii) valer-se da regra prevista pelo art. 48, § 3º, concedendo o prazo de 8 dias úteis para saneamento dos problemas (3 dias úteis no caso do convite). Persistindo as falhas, deve a licitação ser declarada fracassada.

Entretanto, essa hermenêutica não é a mais condizente com o ordenamento jurídico aplicável à matéria. Partindo-se da pretensa alternativa "i" e decretando-se o fracasso do certame sem ao menos possibilitar aos licitantes uma oportunidade para corrigir defeitos, estaremos diante de uma escolha que representa completa afronta aos princípios constitucionais da razoabilidade, celeridade, economicidade e eficiência.

Carece de qualquer sentido possibilitar-se a repetição de todo o processo licitatório, e de seus custos, sob o argumento de que essa é uma opção disponível ao alvedrio do administrador e autorizada pela norma em comento.

Ainda que se argumente que o vocábulo previsto pelo dispositivo representa discricionariedade conferida pelo legislador, é interessante acompanhar a construção teórica

---

STJ: PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – ANULAÇÃO DE LICITAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS A CONCLUSÃO DAS OBRAS PELO PARTICULAR – AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA – CINCO ANOS – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAL.

[...] 8. Deveras a declaração de nulidade do contrato e eventual fixação de indenização também pressupõem a observância ao princípio do contraditório, oportunizando a prévia oitiva do particular tanto no que pertine ao desfazimento do ato administrativo quanto à eventual apuração de montante indenizatório.

9. O Supremo Tribunal Federal assentou premissa calcada nas cláusulas pétreas constitucionais do contraditório e do devido processo legal, que a anulação dos atos administrativos cuja formalização haja repercutido no âmbito dos interesses individuais deve ser precedida de ampla defesa (AgRg no RE nº 342.593, Rel. Min. Maurício Correia, DJ de 14/11/2002; RE 158.543/RS, DJ 06.10.95). [...] O Superior Tribunal de Justiça, versando a mesma questão, tem assentado que à Administração é lícito utilizar de seu poder de autotutela, o que lhe possibilita anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades. Entretanto, deve-se preservar estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular. Em consequência, não é absoluto o poder do administrador, conforme insinua a Súmula 473". (STJ, RESP nº 658130/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 28.09.2006).

[41]Lei 8.666/93, Art. 48, § 3º: Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

elaborada por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, o qual defende que a discricionariedade não é uma faculdade, nem um poder, e sim um dever.

Isso porque não parte da premissa de que à lei é impossível prever todas as ações no caso concreto, por isso deve haver uma liberdade de ação para o administrador. Constrói seu raciocínio com base na ideia de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo. Assim, quando ela regula discricionariamente uma dada situação, o faz desse modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente à finalidade legal conforme interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Não há, portanto, a outorga de uma liberdade ou faculdade para o administrador, já que está ele obrigado a praticar não qualquer ato dentre os possíveis definidos pela regra, mas única e exclusivamente aquele que atenda com incondicional perfeição à finalidade legal.[42]

Dessa forma, se a lei que confere margem de discrição comporta a existência de variadas soluções, não significa que essas soluções são iguais e indiferentemente adequadas para todos os casos. Com isso, se a opção não for apropriada a uma determinada situação concreta, haverá violação da finalidade legal e, portanto, descumprimento da norma.

Assim, mesmo que se entenda que a disposição do art. 48, § 3º da Lei 8.666/93 atribui discricionariedade ao Administrador, constatamos que ela não se resume à opção de se negar novo prazo aos licitantes, posto ser desprovida de fundamento em face da integralidade do ordenamento jurídico brasileiro. Seria uma alternativa onerosa aos cofres públicos, mais morosa, penalizando de forma desarrazoada os licitantes. Entendemos que a Administração deve conceder novo prazo para apresentação de documentação e/ou propostas, até como forma de justificar uma eventual contratação direta.[43]

Há, porém, doutrina renomada que critica essa possibilidade ofertada aos licitantes. Marçal JUSTEN FILHO leciona que o dispositivo geraria uma espécie de direito subjetivo aos participantes que apresentaram a documentação/proposta com falhas, em detrimento dos particulares que não participaram do certame, mas que poderiam vir a apresentar sua oferta se estendida a eles essa dilação de prazo. Conforme suas palavras:

> a regra infringe princípios constitucionais e não pode ser considerada válida. Uma vez verificada a existência de defeitos na documentação ou na proposta de todos os licitantes, a única solução cabível seria renovar o procedimento de seleção dos interessados. Se todas as propostas foram desclassificadas, não há fundamento jurídico para restringir a apresentação de novas

---

[42]BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 33.

[43]Não se verifica nos fatos relacionados ao certame licitatório que precedeu a contratação, no qual se obteve apenas uma proposta, com preços superiores aos orçados pela entidade, o enquadramento nas hipóteses previstas dos incisos V e VII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, situações identificadas como licitação deserta e licitação fracassada, respectivamente, que teriam motivado a anulação da concorrência e a realização de contratação direta, segundo a entidade. [...] o atendimento à convocação por parte de ao menos um licitante descaracteriza a licitação deserta e, de outra parte, a não fixação de prazo para que fosse apresentada nova proposta após a desclassificação da única proposta oferecida está em desacordo com o procedimento a ser adotado em caso de licitação fracassada". (TCU – AC nº 1888/2005- Primeira Câmara).

Persistindo a falha constatada no certame, ainda que concedido o prazo facultado pela Lei de Licitações, poder-se-á realizar a contratação direta, nos termos do art. 24, VII. Para tanto, a contratação direta deve manter todas as condições estabelecidas no edital da licitação considerada fracassada. Como ensina Jorge Ulisses JACOBY FERNANDES: "Impõe a lógica jurídica que a Administração mantenha as condições ofertadas e exigidas na licitação anterior, pois, se houver qualquer alteração, ficará irremediavelmente comprometido o requisito 'ausência de interesse' em participar da licitação. Efetivamente a Administração não pode alterar as condições estabelecidas para a habilitação, tampouco as ofertas constantes do convite ou edital. Esta restrição abrange, inclusive, quando for o caso, a alteração dos anexos do ato convocatório, previstos no art. 40, § 2º, da lei 8.666/93, como por exemplo o preço estimado pela Administração". (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Licitação deserta/fracassada que não pode ser repetida. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, v. 4, n. 48, dez. 2005. Disponível em:

<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30251>. Acesso em: 2 jan. 2012).

> propostas apenas aos anteriores participantes. Essa restrição é indevida e ofende os princípios da isonomia, da moralidade e da competitividade.[44]

Em sentido contrário ao mencionado autor, registramos a posição de Márcio CAMMAROSANO, assim encontrada:

> a despeito de isoladas vozes da respeitada doutrina administrativista brasileira, não compartilhamos do entendimento de que o art. 48, § 3º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos encontra-se maculado de inconstitucionalidade, em virtude de suposta ofensa aos princípios da isonomia, da moralidade e da competitividade. Venia concessa, o fato de decidir a Administração pela concessão de uma segunda oportunidade para que os licitantes inabilitados ou desclassificados apresentem nova documentação ou novas propostas, conforme o caso, em nada altera as condições previstas inicialmente pelo ato convocatório.[45]

Com o devido respeito, discordamos da posição de Marçal JUSTEN FILHO. De acordo com nosso posicionamento, a promoção de um novo certame, constatadas falhas em toda a documentação e/ou propostas apresentadas, sem a concessão de um novo prazo para o saneamento, vai à contramão dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo licitatório.

O argumento de que a abertura de prazo para os inabilitados/desclassificados é uma atitude não isonômica da Administração leva em conta uma gama de licitantes que sequer desejou fazer parte daquela competição. Se um particular não manifestou sua vontade de disputar a licitação, não é possível considerá-lo como interessado e, sob esse argumento, acarretar diversos gastos aos cofres públicos, além de uma demora excessiva na satisfação de certa necessidade, o que se daria com a instauração de nova competição.[46]

Inobstante essas observações, é pertinente assinalar que o art. 48, § 3º, da Lei 8.666/93 não suprime o direito de recorrer previsto legalmente pelo art. 109, I, alíneas "a" e "b".[47] Por conseguinte, deve a Administração, ao elaborar o cronograma das ações contempladas no procedimento, considerar também o prazo para os eventuais recursos.

Ademais, deve-se atentar para o alcance que a retificação de documentos/propostas é admitida. O Tribunal de Contas da União firmou entendimento no sentido de que a faculdade prevista por esse artigo somente permite a reapresentação da documentação e propostas nos limites do vício ensejador da inabilitação e desclassificação, respectivamente.[48]

---

[44]JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** São Paulo: Dialética, 2012, p. 766.

[45]CAMMAROSANO, Márcio. **Licitações – Princípio da Motivação – Aplicação do Art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93**. *In* Direito público: estudos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 80.

[46]No mesmo sentido é a advertência de Márcio CAMMAROSANO: "quem não reunia condições de participar do primeiro certame, também não poderá participar do segundo, já que este não apresentará alterações significativas em suas exigências. Daí não haver como suscitar a inconstitucionalidade do aludido dispositivo por ofensa ao princípio da isonomia, da competitividade ou da moralidade administrativa". (CAMMAROSANO, Márcio. **Licitações – Princípio da Motivação – Aplicação do Art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93**. *In* Direito público: estudos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 80.).

[47]ARAÚJO, Geisa. **Licitações e contratos públicos: teoria e prática.** Fortaleza: Premius editora, 2001, p. 262.

[48]O TCU, ao interpretar o comando do § 3º do art. 48, cumulativamente com o § 4º do art. 41, entendeu que, "como a inabilitação do licitante tem como efeito a preclusão do seu direito de permanecer no certame, não é possível que seja estendido o prazo a todos os licitantes, inclusive aos inabilitados quando da abertura de novo prazo já na fase de apresentação de propostas. Nesse caso poderão apresentar outras propostas, escoimadas das causas ensejadoras da desclassificação, somente os licitantes devidamente habilitados". (TCU, Decisão nº 85/1998, Plenário. Rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi, DOU de 24.03.1998).

Outra questão a ser observada é que, na hipótese de todos serem desclassificados, é possível, em respeito ao princípio do sigilo das propostas, a reformulação integral dos preços, ainda que o vício esteja localizado em ponto diverso do valor ofertado inicialmente.[49] Dessa forma, as novas propostas não estão vinculadas às anteriormente formuladas.[50]

Insta destacar que não se considera licitação fracassada aquela em que houve a inabilitação/desclassificação da maioria dos licitantes, restando apenas um que atende plenamente os requisitos do instrumento convocatório.[51] Destarte, é incabível, nesse caso, a dilação de prazo para saneamento de defeitos.

1.2.4 Deserção

A licitação deve ser declarada deserta quando não acudir nenhum interessado ao chamamento público. Ou seja, na data aprazada pelo instrumento convocatório, não há envio ou protocolização de envelopes com documentação e propostas. É hipótese que pode, eventualmente, dar ensejo à contratação direta, se preenchidos os requisitos consignados no inc. V, do art. 24, da Lei 8.666/93.[52]

Como certames licitatórios são presumivelmente realizados mediante planejamento, existência real da necessidade e justificativas de oportunidade e conveniência para o interesse público, o não comparecimento de licitantes torna-se um obstáculo desastroso, que pode ocasionar prejuízos substanciais ao interesse público caso necessite ser repetido.

Justamente para evitar a eventual ocorrência desse prejuízo é que optou o legislador por estabelecer a hipótese de dispensa de licitação.

O afastamento da licitação estará autorizado mediante o atendimento cumulativo dos seguintes requisitos legais: i) anterior tentativa de uma licitação, que restou frustrada pelo não

---

[49]A única interpretação que harmoniza com o princípio do sigilo das propostas é a que autoriza a reabertura de prazo para apresentação de novas propostas desvinculadas totalmente das anteriores. Do contrário, o prévio conhecimento das propostas dos demais concorrentes permitiria que um dos licitantes, cuja proposta fosse desclassificada por irregularidade na composição dos preços, ajustasse sua proposta de forma a ganhar a licitação a um preço somente pouco inferior ao segundo colocado. Para evitar essa situação, as novas propostas não poderão estar subordinadas ou vinculadas às anteriores. Reaberto o prazo em razão da desclassificação de todas as propostas, os licitantes poderão promover a ampla reformulação das propostas, inclusive quanto ao preço. Portanto, o § 3º do art. 48 oferece uma nova oportunidade de apresentar propostas de preço, desprezando-se por completo as anteriores, que apresentavam vícios. Somente dessa forma estará assegurado o sigilo das propostas. Vale ressaltar que essa questão já foi apreciada pelo Tribunal (Decisão 277/2000 – Plenário, sessão de 12.04.00, Ministro relator Bento José Bugarin, Ata 13/2000), tendo sido determinado na oportunidade ao Departamento de Polícia Federal no Ceará a "fiel observância à Lei 8.666/93, em especial no que concerne à correta interpretação do seu art. 48, § 3 º, o qual não obsta a ampla melhoria das novas propostas apresentadas, inclusive quanto ao preço". (TCU, Acórdão nº 526/2005, Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, DOU de 12.05.2005).

[50][...] observe que a reabertura de prazo, nos termos previstos pelo art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93, permite a ampla reformulação de propostas, até mesmo quanto ao preço, não estando as novas propostas vinculadas às anteriores, conforme entendimento já fixado na Decisão TCU nº 907/01 – plenário, publicada no DOU de 12.11.2001 (TCU Decisão 1159/2002, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar , DOU de 13.09.2002).

[51]A aplicação do § 3º do art. 48 pressupõe a desclassificação de todas as propostas ou a inabilitação de todos os licitantes. O princípio da isonomia impede que a Administração faculte a renovação dos documentos ou das propostas quando houver licitantes habilitados ou classificados. Portanto, se um único licitante preencher os requisitos estabelecidos no edital, não se deve admitir o saneamento dos vícios por parte dos demais. Além disso, a regra não pode ser aplicada relativamente a licitantes já excluídos em outras fases no curso da licitação. Desclassificada a proposta técnica da única participante do certame, não cabe facultar aos licitantes eliminados na fase de habilitação apresentar novos documentos ou novas propostas técnicas. Os licitantes inabilitados já foram excluídos da licitação e não devem ser reconvocados pela desclassificação da proposta técnica do licitante remanescente. (TCU, Acórdão n º 2.048/2006, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DOU de 13.11.2006).

[52]Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

comparecimento de interessados em contratar com o Poder Público. A licitação, embora programada e realizada em conformidade com o ordenamento jurídico, resta inutilizada pelo livre desinteresse de participantes; ii) impossibilidade de instauração de novo processo licitatório, sob pena de prejuízo à Administração, especialmente quando a nova licitação, face às formalidades temporais e demais requisitos legais a serem cumpridos, mostrar-se inoportuna e inconveniente para o atendimento do interesse público.[53] Não é necessário, nesse caso, a caracterização da urgência ou emergência; e, iii) as condições do edital da licitação anterior sejam exatamente as mesmas para a contratação direta, ou seja, objeto, condições de habilitação, prazos etc. serão idênticos para o contrato a ser formalizado e justificado por meio da dispensa de licitação.

O não comparecimento de licitantes ao certame deve ser investigado pela Administração a fim de se constatar se decorre da fixação de exigências editalícias ilegais, impertinentes ou descabidas ou por absoluta inexistência de interesse, fruto de causa alheia ao agir da Administração.

Roberto DROMI resume as opções do Administrador ao se deparar com a situação descrita neste ponto, ressaltando que, ao optar pela realização da contratação direta, as condições estabelecidas na licitação anterior devem ser respeitadas. Nas palavras desse autor:

> Em el supuesto en que no se presente ninguna oferta en una licitación pública, ésta resulta desierta, y así debe desclarársela. Ante esta situacíon el organismo licitante puede recorrir al procedimiento de contratación directa o efetuar um nuevo llamado a licitación pública. Si opta por la contratación directa deberá utilizar lós mismos pliegos de bases y condiciones del llamado originário.[54]

Nessa mesma linha encontra-se o posicionamento defendido pelo Tribunal de Contas da União.[55]

CONCLUSÕES

De todo o exposto no presente estudo, concluímos que a licitação é um processo administrativo consubstanciado num conjunto de atos praticados de forma ordenada e sucessiva, visando à seleção da melhor oferta, em razão de um negócio jurídico que se pretende

---

[53]Sobre a questão, já decidiu o TCU:

[...] Absolutamente, não estavam presentes os requisitos pertinentes à contratação com tal fundamento. Primeiramente, é bastante estranho o contexto em que se caracterizou a licitação deserta. Dezessete empresas adquiriram o edital e fizeram a caução exigida. Entretanto, elas não teriam adentrado a sala de reuniões, o que caracterizaria seu desinteresse em participar do certame. Inicialmente, é pouco crível que todas essas empresas, apesar de retirarem o edital e apresentarem a caução, de repente tenham desistido de participar, sem razão aparente. Além disso, o fato de alguma empresa não assistir à sessão de julgamento não significa que ela não esteja interessada em participar da licitação, uma vez que não é obrigatória a presença física de representante da empresa para que sua proposta seja considerada no certame.

29. Ainda que se pudesse caracterizar a licitação como deserta, não estaria justificada a contratação com base no art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93, pois se teria que demonstrar que a repetição do certame traria prejuízos à administração, conforme reza o dispositivo, o que não foi feito. Aliás, entre o dia em que se declarou deserta a licitação [...] e a data em que foi feita a contratação por dispensa de licitação [...], decorreram quase 4 meses, tempo suficiente para realização de nova licitação. Cabe mencionar, também, que não houve motivação para a escolha do consórcio contratado para realizar as obras, conforme exige o art. 26, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.666/93. (Acórdão nº 2648/2007 - Plenário).

[54]DROMI, Roberto. **Licitación pública.** 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 111.

[55][...] contratação, mediante dispensa de licitação justificada pela ocorrência de "licitação deserta" (Lei nº 8.666/93, 24, V) [...] sem que fossem respeitadas as condições para habilitação estabelecidas inicialmente no processo licitatório (apresentação de demonstrações financeiras e de dois atestados de capacidade técnica), desconsiderando-se, portanto, a condição imposta pelo inciso V do art. 24 da Lei nº 8.666/93 [...] houve descumprimento do comando legal, uma vez que a apresentação de demonstrações financeiras e de dois atestados de capacidade técnica, que, diga-se de passagem, estava prevista em edital, não foi realizada. (TCU, AC nº 136/2000 – Segunda Câmara).

celebrar por meio de um contrato. Cada ato desse conjunto cumpre uma função específica no contexto geral.

Mostra-se fundamental compreender a qualificação jurídica da licitação como processo por se assegurar a importância e a prevalência dos princípios constitucionais, tais como ampla defesa e contraditório, formalismo moderado, participação popular democrática, entre outros, o que nem sempre se constata quando da definição de licitação como procedimento.

As formas de extinção do processo licitatório podem ser de duas espécies: i) *ordinária*, que se dá com a homologação e adjudicação do objeto ao vencedor do certame; e ii) *extraordinária*, por meio da revogação, anulação, deserção ou fracasso.