

# A PERDA DO OBJETO EM MANDADO DE SEGURANÇA DECORRENTE DE ADJUDICAÇÃO EM LICITAÇÕES

THE LOSS OF THE OBJECT IN INJUNCTION DUE OF ADJUDICATION ON BIDS

*Hélio João Pepe de Moraes<sup>1</sup>*

*Ricardo Carneiro Neves Júnior<sup>2</sup>*

## RESUMO

O Mandado de Segurança decorrente de atos ilícitos da administração praticados no curso do procedimento licitatório é espécie de constante análise do Poder Judiciário. Por algum tempo, entendeu-se que a adjudicação no certame ocasionava a perda do objeto em Mandado de Segurança que visasse à declaração de ilegalidade de ato anterior, o que restou chancelado por entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Parte da doutrina sempre suscitou a inadequação dessa decisão, uma vez que desconsiderava o teor do art. 49, §2º, do Estatuto das Licitações. Porém, a discussão ganhou especial relevância a partir da prolação de novo entendimento de outra turma do STJ, o que tornou a matéria controversa no órgão máximo para análise de interpretação de lei federal. Far-se-á um estudo do objetivo do mandado de segurança, da conceituação de objeto e de como se opera a sua perda, bem como dos precedentes apontados, além da exposição de algumas percepções sobre o tema.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Direito Administrativo. Mandado de Segurança. Objeto. Licitação. Adjudicação. Perda de Objeto.

## ABSTRACT

An injunction stemming from illicit management activities performed during a bidding process is under constant analysis by the Judicial System. For some time it was understood that the adjudication of the dispute resulted in the loss of the injunction object aiming to declare the illegality of the previous activity, which ended up approved by the Superior Court. Part of the doctrine has always suggested the inadequacy of the decision as it did not take the content of article 49, §2 of the Bidding Process Statute into consideration. However, the discussion gains special relevance due to the extended period of time until the second section of the Superior Court group took to reach a decision making the subject controversial in the agency which is the last instance of interpretation of any federal law. We are going to analyze the objective of the injunction, the conceptualization of the object and how to operate its loss, as well as analyze chosen precedents and present our observations on the subject.

**Keywords:** Civil Procedure. Administrative Law. Injunction. Object. Bidding. Award. Object Loss.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado militante.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado militante.

## 1. INTRODUÇÃO

Conforme é cediço, estabeleceu-se nos últimos anos uma discussão relevante perante os tribunais acerca do mandado de segurança e da sua aplicação em casos específicos oriundos de processo licitatório. A importância de tal matéria ultrapassa a mera discussão abstrata e formal, pois é despidendo lembrar que a licitação é o método obrigatório realizado por toda a administração pública, direta ou indireta, para a contratação de serviços, aquisições e alienações, dentre outras necessidades esclarecidas nos arts. 1º e 2º da Lei Federal 8.666/93, também conhecida como o Estatuto das Licitações.

Tendo em vista que, ao menos em tese, o mandado de segurança é o instrumento mais célere para a entrega da tutela material (seja em concessão ou denegação da segurança), que somente se busca em decorrência de vícios do processo licitatório e acusando-se o ato ilegal contra direito líquido e certo do impetrante, surgiram diversas ações dessa natureza visando à correção dos vícios do procedimento.

Todavia, a Fazenda Pública argumenta que, nos casos em que há adjudicação do certame anterior a concessão de liminar ou de prolatada a sentença de mérito do *writ* (ou seja, sem que o procedimento administrativo esteja suspenso por uma decisão judicial), estaria este (o *writ*) acometido da “perda de objeto”, uma vez que consumada a licitação pela firmação de contrato, não restaria interesse no julgamento da ação.

Acolhendo esse raciocínio, passou a assim decidir o C. STJ:

RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO. PROVA DA CONTRATAÇÃO. DISPENSA. PERDA DE OBJETO.

1. O procedimento licitatório encerra-se com a homologação e a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor do certame.
2. A contratação não é negócio jurídico que compõe os atos procedimentais da licitação, embora deles seja decorrente.
3. Extingue-se, sem julgamento do mérito, o mandado de segurança, quando, durante seu trâmite, encerrar-se a licitação, desde que não haja liminar deferida anteriormente.
4. Recurso provido (REsp 579043/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2004, DJ 27/09/2004, p. 330).

Ocorre que tal entendimento passou a ser criticado por relevante doutrina especializada no tema, içando norma material prevista no art. 49, §2º, do Estatuto das Licitações, para justificar a impossibilidade de se reconhecer a perda de objeto em decorrência de adjudicação do certame, tendo em vista ainda a existência do prescritivo que impõe a correlação entre a nulidade do procedimento e a nulidade do contrato decorrente deste.

Neste sentido, impende trazer à baila as observações de Marçal Justen Filho:

Há vínculo lógico-jurídico entre a licitação e o contrato. Portanto, a tardia revelação do vício da licitação produz reflexos sobre o contrato já firmado. A proclamação do vício em momento posterior à assinatura do contrato não impede o desfazimento deste último. Anulada a licitação, a consequência lógica será a anulação do contrato. (2012, p. 790).

Não obstante, aparentemente essa questão agride, por via reflexa, a inafastabilidade do poder judiciário, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, tendo em vista que autoriza a administração pública a cercear a análise de suas ilegalidades em procedimento licitatório com a simples conclusão deste. Em outras palavras, uma vez concluído o procedimento licitatório, consequência da adjudicação, estaria desautorizada a análise de ilegalidade por parte do poder judiciário.

Assim sendo, reformando o entendimento anteriormente acolhido, o STJ passou a decidir de modo a afastar o reconhecimento da perda do objeto em razão da adjudicação da licitação, mudança que instaurou uma dissonância entre a tese mais recente do referido órgão e a de alguns dos tribunais brasileiros, que adotam o posicionamento anterior, o que concede importância e significação para o presente estudo, como se observa do seguinte trecho de aresto:

Falta de interesse da empresa impetrante, em razão da perda superveniente de objeto do mandado de segurança. Não houve a alegada perda de objeto do mandado de segurança, porque: (i) a ilegalidade do ato administrativo objeto desta demanda – inabilitação da empresa impetrante – restou declarada por meio do presente Mandado de Segurança. Essa decisão, de natureza declaratória, como se sabe, produz efeitos ex tunc de maneira a anular todo e qualquer procedimento que fosse contrário à intenção do decisum; (ii) somente a recorrida ofereceu os medicamentos indicados na parte dispositiva do acórdão, não sendo possível, dessarte, falar-se em perda do objeto do certame. (REsp. 1128271/AM, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 25/11/2009).

Ambos os temas, licitação e mandado de segurança, são analisados por estudiosos do Direito Público, tendo por mandado de segurança, além de uma garantia fundamental prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal, também um procedimento civil de jurisdição especial e contenciosa.

No caso, a análise do referido *writ* pela ótica do Direito Processual Civil faz-se conveniente, pois o confronto está atinente a outro instituto do processo, qual seja a perda de objeto.

Sem a pretensão de exaurir ou apresentar solução inatacável para o assunto, considera-se necessário, primeiramente, delimitar os contornos gerais do remédio constitucional do mandado de segurança, bem como os requisitos impostos pela legislação para seu cabimento. De igual forma, far-se-á uma indispensável pesquisa na doutrina brasileira acerca do objeto no contexto de processo civil pátrio, confrontando os autores mais tradicionais e os considerados mais modernos.

Posteriormente, analisar-se-á o mesmo objeto sob a acepção do mandado de segurança e do ramo do Direito Administrativo, confrontando os precedentes clássicos com a inovação trazida pelo precedente responsável pela mudança de entendimento do STJ, que será chamado de paradigma. Por fim, serão expostas algumas considerações sobre o tema discutido.

## **2. CONTORNOS GERAIS DO MANDANDO DE SEGURANÇA**

A delimitação de contornos gerais em mandado de segurança constitui um tema comum entre os operadores do direito, sendo extremamente usada na contemporaneidade com o precípua escopo de resguardar algum direito violado, tanto individual quanto coletivo. A segurança jurídica ofertada pelo instrumento dá-se através de ordem para que seja cumprida diligência ou medida, emanada de julgador dotado de competência para tanto.

Apesar da despolemização no que concerne à definição da finalidade do remédio constitucional em questão, sua origem é controversa na doutrina. Atribui-se essa contradição à existência de teorias que explicitam o nascimento deste *mandamus* em diferentes épocas da história e em distintos ordenamentos jurídicos, sendo todas sustentadas por ilustres e

respeitados doutrinadores, tais como Alfredo Buzaid (1989, p. 25) e Carlos Mário da Silva Velloso, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello (1986, p. 90).

No ordenamento atual, nos termos do art. 5º, LXIX da Constituição Federal de 1988, o mandado de segurança possui seu campo delimitado para resguardar direito líquido e certo que não seja amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, e quando o responsável pela ilicitude ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica ou ainda no exercício de atribuições do Poder Público. No mesmo sentido, mandado de segurança, define Hely Lopes Meirelles:

É o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (1997, p. 21)

Portanto, a melhor conceituação do referido remédio constitucional traz como característica primordial desse *mandamus* a defesa específica do direito líquido e certo, já infringido ou que esteja sofrendo iminente ameaça de violação por ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Dessa forma, a garantia concedida pela Constituição Federal de 1988, externada através de uma ação jurídica de rito sumaríssimo especial, é colocada à disposição de qualquer pessoa que se enquadre nos citados requisitos materiais, seja ela física ou jurídica, de direito público ou privado, ou de ente despersonalizado, desde que com capacidade processual.

Posta a definição do mandando de segurança, cumpre necessário aduzir à concepção para direito líquido e certo, um dos requisitos essenciais ao cabimento do referido remédio constitucional. Asseveram os exímios juristas pátrios que direito líquido e certo é aquele que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão (tendo requisitos e condições previamente estabelecidos) e apto a ser exercido no momento da impetração.

Entretanto, cabe esclarecer que a dificuldade de comprovação no mandado de segurança não está ligada ao direito alegado, mas aos fatos que se relacionam à causa de pedir do *mandamus* ao passo que a decisão judicial irá analisar a causa de pedir remota já que o juiz conhece o direito (*narra mihi factum, narrabo tibi jus*) como já lecionava Pontes de Miranda:

O juiz há de conhecer a lei; *iura novit curia*. Está ali para dizer o direito, para aplicar o direito que incidiu. *Narra mihi factum, narro tibi ius*. Por isso mesmo, não importa se a parte cita um texto e depois outro, ou declara que tem dúvidas sobre qual dos textos há de invocar, se um dos que apontam ou todos justificam o seu direito. (1996, p. 33-34)

Dáí porque importante ressaltar a diferença entre direito líquido e certo na sua ótica formal e material. A primeira diz respeito à forma de produção probatória do *writ*, sendo, nessa acepção, direito líquido e certo aquele capaz de ser comprovado por intermédio de prova documental pré-constituída, razão de admissibilidade do uso desse remédio especial.

O professor Hely Lopes Meireles, já citado neste trabalho, conceitua direito líquido e certo (formal) da seguinte forma:

É o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda não indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. (1997, p. 33)

O proeminente jurista Pontes de Miranda afirma, por sua vez, que direito líquido e certo é “aquele que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações, que é, de si mesmo, conclusente e inconcusso” (1954, p. 146-147).

A segunda característica está relacionada, então, com característica material, com a razão de procedibilidade da pretensão intentada por intermédio do Mandado de Segurança. Dessa forma, é a lição clássica de Carlos Maximiliano para quem “Líquido e certo é o direito contra o qual se não podem opor motivos ponderáveis, e, sim, meras e vagas alegações, cuja improcedência o magistrado logra reconhecer imediatamente sem necessidade de exame demorado ou pesquisas difíceis.” (1979, p. 277).

Aclaradas as formas de se visualizar o conceito de direito líquido e certo, ressalta-se que é inequívoco e incontestável o entendimento de que o citado *writ* constitucional possui cabimento em todas e quaisquer situações em que houver, por parte de uma autoridade pública ou no exercício de função típica do Poder Público, uma transgressão ou ameaça de

violação a direito líquido e certo, inclusive em virtude de ato intestino do procedimento licitatório, tendo em vista a adequação do *writ* e a inafastabilidade do Poder Judiciário à apreciação de ato ilegal da Administração Pública.

### **3. O OBJETO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Para se falar do objeto do Direito Processual Civil, impossível não tecer comentários sobre o que originou o processo, o que lhe deu vida. E sobre este tema, há que se rememorar que a lide nada mais é senão, como afirma Francesco Carnelutti, renomado doutrinador italiano, “(...) um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida). O conflito de interesses é seu elemento material, a pretensão e a resistência são seu elemento formal” (2000. P. 78).

De forma abstrata, a lide traduz-se em um poder de produzir efeitos jurídicos, mediante atuação da lei aplicada pelo Estado-juiz. Tal força se exercita por meio de declaração de vontade do Estado-juiz relativa aos efeitos visados pelos integrantes da relação jurídica.

*Ab initio*, não existe a exigência de nenhuma ação física, mas tão somente aquela suficiente para explanar e manter no decurso do processo a vontade de que a lei se atue, para que não haja contradição entre a transferência do poder das partes para o Estado e a efetividade de suas decisões. Ora, se o Estado restou legitimado exclusivamente para “dizer” o direito, quando o fizer deve ser de forma efetiva, valendo-se inclusive da coercitividade quando necessário for.

De igual forma, para que a lei atue por meio do magistrado de maneira a seguir corretamente os princípios constitucionais estabelecidos, tais como devido processo legal, imparcialidade do juiz e inércia do mesmo, faz-se necessário que sejam estabelecidos requisitos mínimos à propositura da ação, como por exemplo, a existência delimitada de um objeto na relação jurídica processual estabelecida. Contudo, certamente o objeto do processo civil será a lide, os elementos identificadores da demanda e, então, a tutela jurisdicional prestada que englobará o objeto da lide posta em juízo.

Esse objeto irá determinar todos os contornos da demanda com a qual o requerente postula a tutela jurisdicional, a defesa apresentada pelo requerido e a dilação probatória na qual se ambiciona corroborar a ocorrência de episódios aptos a motivar o direito apresentado ao órgão jurisdicional. Absolutamente tudo em um determinado processo, seja ele de qual natureza for, segue o seu ritmo até o fim baseando-se, inteiramente, na pretensão deduzida no instante do nascimento da ação ou então através do alargamento da demanda no caso de reconvenção ou de pedido contraposto.

Imergindo nos elementos processuais, ao analisar o que consiste em objeto do direito processual civil, usado como tese obstativa à prolação de decisão meritória no *writ* da situação explanada anteriormente, são encontradas diversas definições para o termo, formuladas por doutrinadores tradicionais e modernos.

Giuseppe Chiovenda, em “Instituições de direito processual civil”, define por objeto do processo como “a vontade concreta da lei, cuja afirmação e atuação se reclamam, assim como o próprio poder de reclamar-lhe a atuação, isto é, a ação” (2000, p. 71-72). Com o devido acato, é possível apontar uma falha na sutil definição de objeto do doutrinador italiano. Na sua conceituação, Chiovenda tornou equivalente objeto e vontade concreta da lei. Entende-se tratar-se de um conceito incompleto, haja vista que esta última, que atua por intermédio do Estado-juiz, recai exatamente sobre o objeto processual que é a lide posta em juízo, não podendo, portanto, igualar-se ao mesmo.

Segundo o mesmo doutrinador, a relação jurídica formada origina diferentes vontades concretas da lei. Em sua linha existe ainda a possibilidade de cada “querer” expresso no decorrer da ação judicial tornar-se um objeto processual em si. Essas vontades, por sua vez, podem estar manifestadas na petição inicial ou, ainda, na contestação.

Cabe ressaltar, entretanto, que o objeto do processo, na visão de Chiovenda, permanece adstrito à vontade singular e concreta da letra da lei. Caso este não se cinja, não poderá ser considerado objeto processual, mas tão somente uma declaração de vontade de um polo, destituída de poder de atuação na esfera jurídica.

Contudo, entende-se que o objeto integral do processo será a totalização dos pedidos trazidos na peça vestibular pelo autor do pleito, somados àqueles adversos pelo réu na contestação,

tendo em vista a possibilidade de haver pedidos distintos e desconexos na mesma demanda, mantendo-se a unicidade do objeto da ação.

Portanto, não se deve confundir o objeto do processo com a finalidade do processo que é a de resolver os conflitos, pois nas palavras de Liebman, o direito processual civil:

[...] disciplina uma atividade que se situa no ponto de encontro de problemas fundamentais da sociedade e do Estado: trata-se da atividade consistente em fazer justiça e assegurar a integridade e vitalidade da ordem jurídica, concorrendo assim para definir e assegurar a personalidade dos indivíduos em suas relações recíprocas e perante o poder social, na medida em que lhes oferece meios jurídicos para a defesa de seus direitos e interesses e da sua liberdade. (2005, p. 58)

Carnelutti (2000, p. 80) simplifica a conceituação de objeto da lide afirmando que ele se iguala ao bem da vida violado cuja proteção pretende-se tutela pela via jurisdicional, ou seja, através da relação processual.

Ao contrário do que assegura Chiovenda, Carnelutti afirma que a mera manifestação de vontade das partes da lide não configura o objeto do processo civil, mas tão somente uma pretensão do mesmo destituído de poder ou de capacidade de mudança, sendo, dessa maneira, mero ato.

Partindo-se para uma análise do objeto litigioso do processo, conclui-se que a definição mais adequada para qualificar o objeto processual é aquela que o define como sendo a pretensão apresentada judicialmente, posto que esclarece este conceito com o melhor tributo à cisão entre direito material e processual. Essa é a constatação de Polastri Lima:

O objeto do processo civil compreende o **pedido** e a **causa de pedir**, consistindo, assim, a pretensão processual numa declaração de vontade através da qual uma parte reclama de outra parte, perante o judiciário, um bem ou interesse, através de um pedido que será demarcado a partir da causa de pedir consistente em fatos mencionados. (2010, p. 8)

Dito de outra forma, o objeto é tudo aquilo que pretende o autor com a demanda, feita essa intelecção a partir da interpretação da sua causa de pedir somada ao seu pedido. Diante da interpretação desses dois elementos, depara-se com a situação do bem da vida e pode-se concluir, pela pretensão judicial veiculada, ou seja, o objeto da demanda.

Uma vez exposto o posicionamento que se julga correto acerca do objeto processual, oportunamente, é de suma importância investigar de que maneira ocorre a perda de objeto, segundo entende-se o mesmo, qual que seja, igual à pretensão.

Dessa forma, a perda do objeto processual tão somente irá ocorrer quando a pretensão da ação deixar de existir, ou quando a sua realização for absolutamente impossível. Logo, não deve restar as partes, para que a perda configure-se, qualquer tipo de interesse na satisfação do objeto, seja na simples declaração ou mesmo na desconstituição de uma situação jurídica.

Assim, sendo o objeto do processo a pretensão que as partes deduzem em juízo, somente será perdido o objeto caso passe a inexistir o direito material sobre o qual atuam as atividades jurisdicionais exercidas pelo juiz.

#### **4. O OBJETO NO MANDADO DE SEGURANÇA DERIVADO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO**

Ainda vislumbrando essa divergência contemporânea anteriormente exposta, qualquer que seja a alegação de perda superveniente do objeto do *mandamus*, faz-se mister sopesar os contornos do elemento processual objeto do mandado de segurança.

No que diz respeito ao objeto abstrato do mandado de segurança, pode-se delimitá-lo, em consonância com o conceito mencionado anteriormente de autoria de Hely Lopes Meirelles (1997, p. 21), como aquele em que necessário à “proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, (...) lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”. Resta válido, assim, definir o objeto do mandado de segurança quando há ilegalidade na licitação: o retorno ao status *quo* em que se encontrava o impetrante antes da ilegalidade perpetrada no processo licitatório, a qual causou violação de direito líquido e certo.

Dessa forma, *in casu*, a perda de objeto alegada pela Autoridade Coatora em razão da adjudicação e finalização da licitação é absolutamente descabida, em virtude da patente violação do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, vez que este possui o poder-

dever geral de tutelar direitos violados, tais como aqueles que surgem no decurso de um certame licitatório.

Salienta-se: se foi buscado o mandado de segurança pela parte requerente, significa que há violação a algum direito líquido e certo sendo alegada. Assim, aquele que busca possui a faculdade legítima de obter a tutela jurisdicional de seu direito violado ou na eminência de violação, ainda que busque apenas o reconhecimento da ilegalidade do ato mediante a declaração da inexistência de relação jurídica válida, conforme estipula o inciso I do art. 4º do Código de Processo Civil.

Ante isto, depreende-se que, com a adjudicação e conseqüente finalização do certame licitatório absolutamente ilegal, em razão da violação de direito de um dos licitantes ainda no decurso da licitação, a adjudicação também se contamina pela ilegalidade, tornando-se nula, além de se configurar uma violação ao princípio da legalidade se o ato era realmente nulo (*caput* do art. 37 da CR/88 e art. 4º da Lei n.º 8.429/93), razão pela qual configura ato de improbidade administrativa seja pelo *caput* do art. 10 ou pelo art. 11, ambos da Lei n.º 8.429/93 (Lei de Improbidade Administrativa).

Ademais, todo e qualquer ato administrativo praticado no certame está voltado à proteção do interesse público e também na proteção ao erário. Portanto, se o administrador pratica um ato incompatível com a lei, acarreta claramente na invalidação do ato e a violação ao dever de legalidade.

Neste compasso, há de se observar que o ordenamento jurídico deve possuir meios de evitar transgressões às normas, sob pena de tornar o próprio sistema jurídico insustentável, ou então acabar-se-ia por tornar as licitações imunes às infrações legais e beneficiar os maus administradores públicos.

Nesse mesmo sentido, pode-se afirmar que, tratando-se de ato ilegal em procedimento licitatório (configurando-se, dessa forma, uma violação a direito líquido e certo, questão de ordem pública), todo o trâmite deverá ser anulado, posto que tal violação enseja a impetração de mandado de segurança. Coaduna com tal ideia o entendimento Humberto Theodoro Júnior:

O ato absolutamente nulo já dispõe de categoria de ato processual; não é mero fato como inexistente; mas sua condição jurídica mostra-se gravemente afetada por defeito localizado em seus requisitos essenciais.

Compromete a execução normal da função jurisdicional e, por isso, é vício insanável.

Comprovada a ocorrência de nulidade absoluta, o ato deve ser invalidado, por iniciativa do próprio juiz, independentemente de provocação da parte interessada. (2002, p. 237)

É também neste sentido de anulação que se encontra a Lei de Licitações, no art. 49, §2º. “§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.” (Lei Federal nº 8.666/93).

A disposição legal acima transcrita remonta a todo o ordenamento jurídico que entende, de maneira unânime, que um vício anulatório, presente em uma questão de ordem pública, contamina todos os atos posteriores ao ato viciado, tal como o contrato firmado.

Considerando-se que licitação se constitui como um processo administrativo, uma cadeia de atos que culmina em um produto, qual seja o contrato administrativo, a tese que diferencia o procedimento licitatório do contrato propriamente dito não está equivocada em seu aspecto formal, pois se tratam de objetos administrativos diversos.

No entanto, equivoca-se no que tange ao aspecto material, pois ambos se relacionam quanto a sua legitimidade, sendo que o primeiro legitima o segundo. O que significa dizer que os vícios do primeiro atingem fatalmente o segundo, sem esquecer ainda que, se a licitação nada mais é do que uma forma de processo administrativo e, como espécie do gênero processo, deve respeito ao princípio do devido processo legal esculpido como direito fundamental consoante inciso LIV do art. 5º da Carta da República, bem assim ao contraditório e à ampla defesa (Art. 5º, LV da CF).

Tanto assim, que o próprio Estatuto das Licitações traz em diversas oportunidades a menção ao processo como no *caput* e no §5º, §11º do art. 3º, inciso I do §2º do art. 7º, §7º do art. 22 e outras inúmeras.

Assim, não há que se falar em perda de objeto no mandado de segurança que visa a tutelar direito líquido e certo violado em certame licitatório, uma vez que a sua mera finalização em virtude de adjudicação não deve, de forma alguma, obstar a atuação do Poder Judiciário na proteção de direitos, eventualmente, violados, muito menos faz com que os atos intestinos

praticados no certame sejam convalidados, até porque ocasional declaração de nulidade retroagirá até a sua origem.

Uma vez provocado por meio do *writ* constitucional, Poder Judiciário tem o dever-poder geral de tutela de garantir a proteção dos direitos de quem o invocou na situação em questão, seja qual for o processo licitatório, principalmente para proteger o erário.

Não pode, dessa maneira, a Administração Pública, adjudicar e finalizar um certame licitatório que se encontra eivado de nulidades causadas por violação a direito líquido e certo de um dos participantes do processo licitatório. Essa conduta pode ser interpretada como um ato lesivo ao Erário, em razão do aumento expressivo de demandas visando corrigir atos dessa natureza, além de prejudicar toda sociedade pelo atraso na prestação da tutela jurisdicional e o assoberbamento do Poder Judiciário.

Posto isso, cabe reforçar o entendimento de anulação de todos os elementos que tenham sido contaminados por um vício em uma questão de ordem pública, em conformidade com o que aduz a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Acerca desta, entende-se que as “partes podres” (vícios) de uma determinada planta são transmitidos aos seus frutos. Em outras palavras, os vícios de uma determinada prova contaminam os demais meios probatórios que dela se originaram. Ou seja, se um processo (de licitação) possui um ato nulo e este serviu como base para o nascimento de outro ato (contrato administrativo), certamente este último é nulo por arrastamento.

Neste sentido, ensina o Excelso Supremo Tribunal Federal em acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello:

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - Ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - Representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law " e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada ") repudia, por constitucionalmente

inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. (STF; HC 93.050-6; RJ; Segunda Turma; Rel. Min. Celso de Mello; Julg. 10/06/2008; DJE 01/08/2008; Pág. 103)

*Ad argumentandum*, este é o sentido de um vício em uma questão de ordem pública, que causa nulidade absoluta até porque se trata de matéria cognoscível de ofício pela Administração Pública, conforme verbete sumula n.º 473 do STF. Há a contaminação de todo e qualquer ato que se originou, que partiu ou que se pautou naquele vício.

## **5 CONFRONTO ENTRE OS DOIS PARADIGMAS TEMÁTICOS DO STJ – A AUSÊNCIA DE PERDA DE OBJETO.**

Cumpra necessário, neste momento, confrontar as jurisprudências paradigmas do Superior Tribunal de Justiça adotadas hoje no Brasil: a mais antiga, do ano de 2004, Resp n.º 579043/PR ementado da seguinte maneira:

RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO. PROVA DA CONTRATAÇÃO. DISPENSA. PERDA DE OBJETO.

1. O procedimento licitatório encerra-se com a homologação e a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor do certame.
2. A contratação não é negócio jurídico que compõe os atos procedimentais da licitação, embora deles seja decorrente.
3. Extingue-se, sem julgamento do mérito, o mandado de segurança, quando, durante seu trâmite, encerrar-se a licitação, desde que não haja liminar deferida anteriormente.
4. Recurso provido (REsp 579043/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2004, DJ 27/09/2004, p. 330).

Por seu turno, o REsp 1.059.501-MG, de 2009:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO DE EDITAL. ILEGALIDADES. ADJUDICAÇÃO SUPERVENIENTE. PERDA DE OBJETO. NÃO-CARACTERIZAÇÃO.

1. 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).
2. 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 controle de arbitrariedades pelo Judiciário (malversação do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República vigente).
3. Recurso especial não provido (REsp 1059501/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 10/09/2009).

Inicialmente, cabe observar que a primeira jurisprudência, apesar de o aresto tratar de licitação, versa consoante ao que se infere do relatório e voto do Exmo. Ministro Relator, de licitação na modalidade de concorrência, não obstante venha sendo usada para casos da modalidade de pregão, pois essa constatação diversifica a análise da *ratio decidendi* dos precedentes. Tal aplicação não pode ser admitida, tendo em vista as diferenças de natureza e procedimentos das modalidades de certames que serão demonstradas.

A intransponível diferença é que, na concorrência, além de a habilitação ser a primeira fase do certame, a pessoa jurídica desclassificada possui instrumentos administrativos e prazo hábil para buscar a tutela jurisdicional com o processo concorrential em curso e nos termos do §2º do art. 109 do Estatuto das Licitações o recurso contra o ato que inabilita um licitante é possível se utilizar de recurso com efeito suspensivo.

Por outro lado, no Pregão, a habilitação se faz na fase final, não possuindo o licitante prazo útil para buscar a tutela jurisdicional antes do encerramento do procedimento, ainda mais considerando-se que o recurso só é permitido após a declaração do vencedor, conforme inciso XIX do art. 4º da Lei n.º 10.520/02.

Significa dizer, dessa forma, que qualquer mandado de segurança que verse sobre desclassificação em licitação na modalidade pregão, depende, única e exclusivamente, da vontade do administrador em concluir o procedimento para que reste afastada a análise do judiciário sobre a questão.

Em pleno Estado Democrático de Direito, regido pelos princípios do Acesso à Justiça e da Inafastabilidade do Poder Judiciário, é absolutamente inadmissível asseverar algo que

contradiga tais nortes do ordenamento. Dessa maneira, explicitada a diferença entre as situações, percebe-se, com o acato de costume, que não merecem prosperar as fundamentações embasadas na citada jurisprudência para casos da modalidade licitatória de pregão, uma vez que a jurisprudência em questão não condiz com o caso presente.

Afirma-se ainda neste julgado, que há a perda de objeto no caso. *In casu*, a mesma não ocorre - tendo que se caracteriza por ser a pretensão deduzida em juízo e, na situação exposta, é o retorno ao *status quo ante* - como já dito, uma vez que, primeiramente, a celebração do contrato é ilegal e que, mesmo assim, a requerente possui o direito de ver seu direito declarado e protegido.

O julgado mais recente, qual seja, o REsp 1.059.501-MG (vale dizer que hodiernamente o c. STJ continua decidindo neste sentido, como podemos observar, por exemplo, do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n. 39.529 – ES [2012/0231599-5], de Relatoria do Ministro Herman Benjamin, disponibilizada no DJE em 29/11/2012), por sua vez, trata especificamente de casos da modalidade pregão de licitação, além de seguir detalhadamente os preceitos constitucionais do devido processo legal e da inafastabilidade do Poder Judiciário/ acesso à justiça.

Em seu acórdão, o Exmo. Min. Relator apreende que constituiria absoluta malversação do art. 5º, inc. XXXV da CR/ 1988, caso fosse entendido, como em julgado paradigma anterior, que a própria Administração Pública, mesmo tendo dado causa às ilegalidades, pudesse convalidar administrativamente o procedimento, finalizando-o, afastando-se assim a possibilidade de controle de arbitrariedades pelo Judiciário.

Funda-se o citado acórdão na aplicação do §2º do art. 49, da Lei 8.666/93, conhecida como Lei das Licitações. Tal dispositivo, já transcrito no corpo desse trabalho, explicita o que traz todo o ordenamento jurídico: caso haja alguma ilicitude no decorrer procedimental de algum certame, tal como na situação fática discutida, todos os atos posteriores a tal ilegalidade devem ser anulados.

A regra contida no art. 49 §2º da citada Lei é norma material que faz conexão entre o processo licitatório e o contrato decorrente, sendo suficiente para unificar materialmente os elementos e

afastar a possibilidade de perda de objeto em caso de mandado de segurança contra ato ilegal praticado em certame licitatório.

Dessa forma, para que esteja em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, em especial o §3º do art. 49 do Estatuto das Licitações, deve o contrato firmado ser anulado de plano, em virtude da sua contaminação por vícios no decorrer do procedimento licitatório.

Mais ainda quando o próprio Estatuto das Licitações em seu art. 59 estipula que, havendo declaração de nulidade do contrato, esta opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos, o que demonstra a consequência da prática de um ato viciado.

Ademais, a proteção, nesse caso, não se faz tão somente as partes interessadas diretamente no processo judicial, nem tão pouco exclusivamente na anulação do contrato. A proteção que se visa é orgânica. O procedimento licitatório tem, em sua razão de ser, o escopo de estabelecer critérios claros para a contratação de particulares, prestando homenagem a princípios administrativos basilares, tais como moralidade administrativa, economia, impessoalidade, igualdade e eficiência.

Destarte, descobrir se há nulidade ou não no ato que desclassifica o concorrente que apresenta o melhor preço, não interessa somente ao concorrente. Interessa, primeiramente, à administração, como principal órgão interessado na economia e, ainda, à sociedade, como patrocinadora do Estado, quiçá privilegiando a segurança jurídica ou mesmo o próprio erário.

Aplicar o raciocínio de que a adjudicação impede a análise do Judiciário quanto a ilegalidade de algum ato interno do procedimento licitatório ofende a própria razão de ser do Estado e da licitação, pois cerceia o controle de legalidade pelo poder que tem essa “quase exclusiva” (em se tratando de ato licitatório os tribunais de contas também poderão exercer o seu *munus* fiscalizatório) aptidão.

Importante ressaltar, portanto, que aquela primeira jurisprudência não se adequa ao caso presente e, ainda, há jurisprudência mais recente em entendimento diverso, no sentido de que a finalização do procedimento licitatório não eterniza o ato nulo administrativo, além, é claro, de se adequar ao caso tratado.

Como definido acima, o objeto é a pretensão processual e, em regra, o objeto no mandado de segurança é a pretensão processual de evitar ou reprimir ato ilegal emanado de autoridade coatora. Nesta senda, no caso de mandados de segurança opostos contra vícios (ilegalidades ocorridas no curso do procedimento licitatório), a adjudicação não pode afastar a perenização do objeto por um simples motivo: o artigo 49, §2º, da Lei 8.666/93 é claro ao dispor que as nulidades do procedimento licitatório viciam o contrato dele decorrente.

Pode-se afirmar então que, de fato, a pretensão processual em mandado de segurança oposto contra ato perpetrado no procedimento licitatório sempre abrange a nulidade do contrato que decorre deste, pois norma de direito material (ou melhor, de ordem pública) relaciona o contrato com o procedimento pretérito. Vale lembrar que a adjudicação nada mais é do que o ato administrativo que finaliza o procedimento licitatório e legitima a formalização do contrato.

O argumento é de silogística e não é novidade no ordenamento brasileiro. O mesmo caso acontece trivialmente, embora talvez não se tenha conseguido fazer a analogia adequada. É possível observar que, ao propor a demanda, o autor, hipoteticamente, pede que o Estado determine que alguém lhe pague algo, mas pretende (em razão de norma de ordem pública que impõe o contraditório CF, art. 5º, inciso LV), na verdade, que o Estado, por intermédio do devido processo legal e com a incidência do contraditório, obrigue alguém a lhe pagar algo.

Claro está que, assim como a norma processual que estabelece o contraditório é de ordem pública, a norma que estabelece a conexão anulatória do procedimento licitatório ao contrato também é de ordem pública, em razão de primados básicos de direito administrativo, como o princípio da legalidade e o dever de invalidação do ato ilegal pelo administrador público, como bem entende Carvalho Filho (2009, p. 283-284).

Há ainda outra maneira de analisar a situação, ao impor um raciocínio analógico ao caso. Como se sabe, em regra, o processo pode ser caracterizado como um conjunto de trâmites e procedimentos que levam a um fim, sendo o fim a sentença e a sua coisa julgada. Entende-se que o resultado do processo judicial é a coisa julgada.

O procedimento de licitação nada mais é do que uma cadeia de atos praticados na busca de um fim, que é o contrato (obviamente seguido da classificação adequada e da melhor proposta). Sendo assim, a irremediável relação ocorrida entre os vícios insanáveis do processo judicial e a da coisa julgada ocorre também entre os vícios do procedimento licitatório e o contrato dele decorrente. Se há perquirição por vício do procedimento licitatório, não há como se falar em incolumidade do contrato e, tampouco, em perda de objeto decorrente da adjudicação ocorrida no procedimento licitatório.

Logo, em síntese, para a situação fática explanada, deve ser utilizada a jurisprudência que se contrapõe ao entendimento dos tribunais (a nosso ver, superado pelo precedente mais recente), qual seja, a que entende pela inexistência da perda do objeto, uma vez que o Poder Judiciário deve, obrigatoriamente, apreciar o feito em razão de violação de direito líquido e certo.

## **6 CONCLUSÃO**

Ante o exposto, cumpre salientar que o que se entende por objeto no Direito Processual Civil na doutrina brasileira, apesar de não ser de todo pacífica, costuma-se admitir como pedido ou também como pretensão deduzida em juízo.

Assim, a perda superveniente do objeto, em processo civil, se daria tão somente quando deixasse de existir, ou se anulasse, ou ainda na hipótese de se tornar impossível a satisfação da pretensão deduzida em juízo ou do pedido em si.

Trazendo os termos à situação fática divergente que veio sendo procedimentalmente analisada ao longo do presente trabalho, vislumbra-se, decerto, que não há a perda superveniente do objeto com a adjudicação da licitação em questão, posto que não poderia, esse motivo, provocar a perda do objeto e, assim, causar o afastamento da tutela jurisdicional para o caso concreto, tendo em vista a norma material que relaciona o procedimento licitatório ao contrato decorrente.

De outro modo, admitir tal raciocínio seria acreditar que um ato administrativo teria a capacidade de censurar a atuação do Poder Judiciário (ofensa ao art. 5, inciso XXXV, da

CR/88) na correção de ilegalidades administrativas, o que não se admite nem na mais restritiva doutrina administrativista ao se deparar com a leitura sobre a intervenção do poder judiciário nos atos administrativos.

Logo, sendo a licitação uma forma de processo, deve respeito ao princípio do processo legal e, a prática de um ato ilícito no decorrer do procedimento licitatório, acarreta na nulidade de todo o certame, bem como atrai a nulidade do próprio contrato administrativo, ainda que tenha gerado a adjudicação do objeto do certame pelo fato de que o licitante que sofreu com o ato ilícito, possui o interesse até mesmo na declaração da ilegalidade do ato para que, caso queira, futuramente se valha da ação indenizatória.

Por fim, cabe registrar que o tema está longe de pacificação nos tribunais, estando, como demonstramos o C. STJ em divergência interna, tendo decidido novamente, neste ano, pela aplicação da teoria da perda de objeto com a adjudicação do certame no REsp 1233816/AM, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 19/02/2013.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL, **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, **Lei nº, 8.666, de 21 de junho de 1993**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 mar. 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula 473**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

Acesso em: 15 mar. 13.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. ed. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1.

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

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller Editora, 2000, v. 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.**

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.**

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data. 22. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.**

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello, et al., **Curso de mandado de segurança. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.**

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 3.**

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo civil. Tomo IV. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.**

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil. 38. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, v.1.**