

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Procuradoria de Assuntos Administrativos – PAA

PARECER PGE/MS/PAA/Nº 119/2019
Processo nº 55/000.495/2018
Consultante: SAD
Assunto: *Consulta acerca da possibilidade de repetição de certame somente para os itens que restaram fracassados ou desertos*

Exmo. Sr. Procurador-Geral Adjunto do Estado do Consultivo,

A Secretária Especial e Superintendente de Gestão de Compras e Materiais, Ana Carolina Araujo Nardes, por intermédio do Ofício n. 215/SUCOMP/SAD/2019 (fl. 1314), relata que no processo licitatório em epígrafe, para registro de preço de gêneros alimentícios, diversos itens restaram fracassados ou desertos. Diante deste fato, determinou a realização de nova pesquisa de preço para verificar se este era o motivo de ser frustrada a licitação daqueles itens.

Informa que após a análise do novo mapa de preços em comparação com o anterior, realizado sete meses antes, verificou-se que este encontrava-se defasado, não refletindo o preço de mercado, razão pela qual optou por proceder a repetição da licitação dos lotes desertos e fracassados com base no novo mapa de preços.

Esclarece, enfim, que todas as empresas do ramo do objeto a ser licitado foram notificadas novamente, mantendo-se, assim, a isonomia e a competitividade do certame.

Diante desse relato, faz o seguinte questionamento à Procuradoria-Geral do Estado:

“Após a abertura do Edital de Licitação, em caso de lotes fracassados e desertos, pode a administração rever os atos da fase interna, tal como a pesquisa de mercado,

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Procuradoria de Assuntos Administrativos – PAA

e proceder a repetição do mesmo Edital, somente para os itens frustrados, tendo como base novos preços de referência?”

Instruem os autos, no que interessa ao presente parecer: **a)** Ofício n. 1.510/SUAF/GAB/SEDHAST, datado em 17/05/2018, que solicita a abertura de Ata de Registro de Preços para a aquisição de materiais de consumo (f. 03); **b)** Formalização da Ata de Registro de Preços para atender à Residência Inclusiva Regionalizada de Três Lagoas/MS, assinada pela Unidade de Compras da SEDHAST (f. 04/11); **c)** Pregão Eletrônico n. 188/2018 (f. 170/210); **d)** Cópia da p. 32 do DOE/MS n. 9.788, de 27/11/2018, em que consta o Aviso de Licitação referente ao Pregão Eletrônico (f. 211); **e)** Cópia da p. 33 do DOE/MS n. 9.799, de 12/12/2018, em que consta o Aviso de Prosseguimento referente ao Pregão Eletrônico (f. 624); **f)** Cópia da p. 16 do DOE/MS n. 9.824, de 18/01/2019, em que consta o Aviso de Prosseguimento referente ao Pregão Eletrônico (f. 791); **g)** Cópia da p. 39 do DOE/MS n. 9.834, de 01/02/2019, em que consta o Aviso de Reabertura referente ao Pregão Eletrônico (f. 842); **h)** Cópia da p. 24 do DOE/MS n. 9.836, de 05/02/2019, em que consta o Resultado de Licitação referente ao Pregão Eletrônico, lotes 01, 02, 03, 04, 05, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 18, 20, 23, 25, 26, 28, 29, 33 e 48 (f. 928); **i)** Despacho da Coordenadoria de Licitação e Registro de Preços que solicita nova pesquisa de mercado (f. 932); **j)** Mapa Comparativo de média de preço atualizado (f. 993/1.007); **k)** Despacho da Coordenadoria de Licitação e Registro de Preços que determina a repetição dos lotes desertos e fracassados (f. 1.009); **l)** Cópia da p. 19 do DOE/MS n. 9.879, de 09/04/2019, em que consta o Aviso de 1ª Repetição referente ao Pregão Eletrônico (f. 1.010); **m)** Cópia da p. 29 do DOE/MS n. 9.888, de 24/04/2019, em que consta o Resultado de Licitação referente ao Pregão Eletrônico, constando os itens considerados fracassados e desertos (f. 1.108); **n)** Despacho da Coordenadoria de Licitação e Registro de Preços que determina a repetição dos lotes em conformidade com o mapa comparativo atualizado (f. 1.110); **o)** Cópia da p. 32 do DOE/MS n. 9.890, de 26/04/2019, em que consta o Aviso de 2ª Repetição referente ao Pregão Eletrônico (f. 1.111); **p)** Cópia da p. 22 do DOE/MS n. 9.904, de 17/05/2019, em que consta o Resultado de Licitação referente ao Pregão Eletrônico (f. 1.255); **q)** Cópia da p. 40 do DOE/MS n. 9.911, de 28/05/2019, em que consta o Aviso de 3ª Repetição referente ao Pregão Eletrônico (f. 1.259); e **r)** Cópia da p. 104 do DOE/MS n. 9.921, de 11/06/2019, em que consta o Resultado de Licitação referente ao Pregão Eletrônico como deserto para todos os lotes (f. 1.309).





ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Procuradoria de Assuntos Administrativos – PAA

É o breve relatório. Passa-se a opinar.

Preliminarmente, o exame desta Procuradoria se dá nos termos do art. 2º, IV, da Lei Complementar nº 95/2001, subtraindo-se análises que importem considerações de ordem técnica, financeira ou orçamentária, considerando a delimitação legal de competência institucional deste órgão, e com base nos documentos juntados.

A licitação objeto do processo administrativo em epígrafe é o Pregão Eletrônico nº 188/18, do tipo menor preço por item¹, para formar o Registro de Preços para aquisição de gêneros alimentícios.

A licitação por itens é um certame com pluralidade de objetos cuja finalidade principal é ampliar a competitividade. Nesse caso, o julgamento das propostas se realizará em face de cada um dos itens, estando previsto no § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, o qual estabelece que diante de objetos complexos, distintos ou divisíveis cabe, como regra e conforme o caso concreto justificar, a realização de licitação por itens ou lotes, de modo a majorar a competitividade do certame.

Sobre essa matéria, o TCU editou a seguinte súmula:

SÚMULA Nº 247

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

Na lição de Marçal Justen Filho:

“4) A licitação (adjudicação) por itens

Um tema que não foi explicitamente disciplinado pela Lei foi a chamada licitação por itens, que se configura como uma espécie de licitação com pluralidade de objetos. Essa figura também é conhecida por “adjudicação” por itens. Consiste no modo de conceber uma licitação, produzindo-se a divisão do objeto em itens diversos, de modo a ampliar a competitividade. Nas hipóteses em que se configurar uma licitação por itens, o julgamento será realizado em face de cada item. Como decorrência, existirá a avaliação da conveniência e da oportunidade também de modo relativo a cada item. Por fim, haverá adjudicação correspondente.

4.1) Adjudicação por itens e ampliação da disputa

A licitação por itens consiste na concentração, em um único procedimento licitatório, de uma pluralidade de certames, de que resultam diferentes contratos. A licitação por itens corresponde, na verdade, a uma multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia

¹ Da análise do edital e do anexo I infere-se que a Licitação não é por Lote (como consta no edital), mas sim por item, pois o objeto está dividido em partes específicas, de forma autônoma, não havendo agrupamento de diversos itens formando um Lote.

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Procuradoria de Assuntos Administrativos – PAA

jurídica, mas todas desenvolvidas conjugadamente em um único procedimento, documentado nos mesmos autos. Poderia aludir-se a uma hipótese de “cumulação de licitações” ou “licitações cumuladas”, fazendo-se paralelo com a figura da cumulação de ações conhecida no âmbito do Direito Processual.”²

Consequentemente, como se trata de cumulação de licitações em um mesmo processo, com diversos itens licitados individualmente, é possível que ocorra o fracasso ou a deserção de alguns itens e a conclusão exitosa de outros.

Sobre essa possibilidade, vale a pena reproduzir novamente os ensinamentos de

Marçal:

“Por outro lado, deve admitir-se a possibilidade de conclusão exitosa do certame relativamente apenas a certos itens. Isso significa realizar a adjudicação “parcial”, ao final do certame. Rigorosamente, a expressão adjudicação parcial é incorreta. Como cada item envolve um certame autônomo, isso produz julgamento específico. Logo, a adjudicação deve tomar em vista cada item, o que possibilita reputar-se que o resultado da licitação seja conveniente apenas quanto a alguns itens e não quanto a outros. A adjudicação quanto a apenas alguns itens é “parcial” apenas quando se considera o todo do certame. Se considerado cada item, a adjudicação ou é produzida totalmente ou é recusada integralmente.”³

No presente caso, foram previstos no edital 53 itens para serem licitados (Anexo I), dos quais parcela restou deserta ou fracassada (fl. 928/929).

No que diz respeito àqueles itens em que o processo licitatório restou frustrado, compete a Administração avaliar as razões que levaram ao desinteresse em participar do certame em relação à determinados itens (deserta) e à desclassificação das propostas quanto aos demais (fracassada), tais como: vícios no edital, ineficácia da publicidade do aviso de licitação, possíveis exigências restritivas, possíveis condições que desestimulem a participação de licitantes, entre outras.

Nesse sentido é a doutrina de Lucas Rocha Furtado ao tratar da licitação deserta:

“A primeira observação em relação à licitação deserta diz respeito à forte possibilidade de que a ausência de interessados se deva a erros constantes do edital, ou, em menor medida, à pouca divulgação da licitação.

Se as empresas possivelmente interessadas na execução do objeto da licitação não compareceram devem os gestores públicos, antes de cogitarem de realizar contratação sem licitação, verificar da conveniência de identificarem as razões que levaram ao não comparecimento desses possíveis interessados. Se no edital constam exigências descabidas ou especificações mal detalhadas, melhor do que partir para a contratação sem licitação é corrigir essas falhas e realizar nova licitação com as necessárias correções.”⁴

² *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed., São Paulo: RT, 2014. p. 369.

³ *Op. cit.*, p. 371.

⁴ *Curso de licitações e contratos administrativos*. 7ª ed., Belo Horizonte: Forum, 2017. p. 157.



ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Procuradoria de Assuntos Administrativos – PAA

Essa avaliação a que se refere Lucas Furtado, para evitar desperdício de tempo e de recursos públicos, pode ser realizada nos mesmos autos do processo administrativo licitatório, reaproveitando os atos nele praticados, apenas com a correção daquilo que levou à frustração de parcela dos itens licitados.

E, no presente caso, foi exatamente esse o procedimento adotado pela Coordenadora de Licitação e Registro de Preços, que constatou nos próprios autos do processo licitatório que a ~~defasagem dos valores que constavam no mapa de fls. 100/114 foi o motivo que levou ao~~ insucesso parcial do certame, pois estavam abaixo do preço de mercado, e determinou a sua correção com a elaboração de novo mapa de preços, conforme informação de fls. 932, 1009 e 1314.

Em seguida, considerando que não havia vício no edital, republicou-se a aviso de licitação e realizou-se novo pregão dos itens frustrados, agora utilizando o novo mapa como preço de referência da licitação dos itens anteriormente desertos e fracassados (fls. 1009/1111).

Com a republicação do aviso de licitação deu-se ampla publicidade ao refazimento do certame e assegurou-se a participação de qualquer licitante interessado, preservando a isonomia e a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração.

Ariane C. A. Duarte da Silva, em artigo intitulado *Como conduzir a contratação, após declaração de licitação deserta ou fracassada: é possível republicar o mesmo edital? Pode-se aproveitar o mesmo processo?*, publicado no blog da Zênite, também defende o reaproveitamento do processo administrativo em casos como estes, sustentando o seguinte:

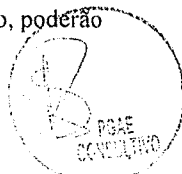
“ Normalmente quando a licitação é deserta ou é fracassada o interesse da Administração na contratação permanece e, portanto, ela deverá tentar a celebração do contrato novamente. Essa tentativa poderá ocorrer via licitação, então é preciso compreender qual a melhor forma de dar continuidade ao processo, para adotar os procedimentos adequados, bem como para evitar novos problemas.

[...]

É importante destacar que o processo administrativo, quando instaurado, recebe uma numeração, que o identifica. O edital da licitação, por sua vez, também recebe uma numeração, que é diferente da numeração do processo administrativo. O processo administrativo é mais amplo que o Edital, ele contém toda a fase que antecede o edital, vale dizer, o planejamento da licitação, a própria licitação e ainda, eventualmente o contrato.

Assim, se a fase da licitação restar fracassada ou deserta, é possível defender que a fase que a antecedeu poderá ser reaproveitada e a Administração deverá renovar apenas a fase que frustrou, vale dizer, a própria licitação. Para tanto, deverá providenciar novo edital e esse sim deverá conter nova numeração, porque o antigo foi finalizado com o fracasso/deserção do certame.

Assim, se após publicado o edital da licitação e ocorridas as sessões correspondentes, esta restar deserta ou fracassada, parece que o que se perdeu foi o edital em si, mas não o processo como um todo. Vale dizer, se um edital de licitação frustrou, os atos anteriores, ocorridos na fase de planejamento, poderão ser reaproveitados, inclusive o próprio processo administrativo.



**ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

Procuradoria de Assuntos Administrativos – PAA

Por fim, é importante dizer que a Administração, antes de simplesmente atribuir nova numeração ao Edital e relançá-lo, deverá avaliar os motivos que levaram ao fracasso ou deserção da licitação anterior, revendo atos eventualmente praticados, refazendo orçamentos ou melhorando especificações técnicas, se for o caso, no intuito de evitar novo fracasso do certame. Vale dizer, a Administração antes de elaborar o novo edital e publicá-lo deverá procurar entender o que levou ao fracasso ou ao desinteresse pela licitação anterior e corrigir os eventuais erros ou falhas, colaborando para o sucesso do novo certame. Assim, é de todo recomendável que a Administração, antes da elaboração do novo edital, identifique eventuais atos falhos que possam ter contribuído para o fracasso do Edital anterior e corrija-os.”⁵

(destacamos)

~~Discorda-se, respeitosamente, da autora apenas no ponto em que sustenta a~~
necessidade de republicação do edital com nova numeração, pois essa exigência genérica de republicação, salvo se a falha ou vício que acarretou a deserção e/ou o fracasso esteja presente no próprio edital, nos parece formalismo exagerado.

Se não está no edital o vício, despidianda a sua republicação. **Basta corrigir a falha que acarretou na ausência de interessados ou na desclassificação destes e republicar o aviso de licitação para dar ampla publicidade e assegurar o direito de qualquer licitante participar do novo certame com as devidas correções**, aplicando-se o princípio da formalidade moderada, amplamente aceito pelo TCU em certames licitatórios, como pode ser observado da ementa do Acórdão nº 357-07/15-P:

“REPRESENTAÇÃO, COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. SUPOSTAS IRREGULARIDADES OCORRIDAS EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, RELACIONADAS À DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA DE LICITANTE COM PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. VÍCIO INSANÁVEL NO MOTIVO DETERMINANTE DO ATO DE DESCLASSIFICAÇÃO. NULIDADE. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA.

1. O intuito basilar dos regramentos que orientam as aquisições pela Administração Pública é a contratação da proposta que lhe seja mais vantajosa, obedecidos os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

2. **No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.**” (TCU, Plenário, Processo nº 032.668/2014-7, rel. Min. Bruno Dantas, sessão realizada em 04/03/15)

Conclusão:

Portanto, com amparo nos fundamentos acima, conclui-se que na licitação por itens em questão, na qual restaram fracassados ou desertos parcela deles em razão da defasagem dos

⁵ <https://www.zenite.blog.br/como-conduzir-a-contratacao-apos-declaracao-de-licitacao-deserta-ou-fracassada-e-possivel-republicar-o-mesmo-edital-pode-se-aproveitar-o-mesmo-processo/>

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Procuradoria de Assuntos Administrativos – PAA

valores do primeiro mapa de preços que não correspondiam aos preços de mercado, é possível a repetição do mesmo edital, uma vez que o falha que levou ao desinteresse na participação ou na desclassificação das propostas não estava nele presente.

Essa repetição deve ser precedida da correção da falha que ocasionou a deserção e o fracasso de parcela dos itens, assim como de ampla divulgação, o que ocorreu no presente caso com a elaboração de novo mapa de preços atualizado e a publicação do aviso de repetição da licitação.

É o parecer que submetemos a apreciação de V. Ex^a.

Campo Grande, MS, 21 de agosto de 2019.


Rafael Koehler Sanson
Procurador do Estado



ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Procuradoria de Assuntos Administrativos

C O N C L U S Ã O

Nesta data, faço os autos conclusos à Dr^a Vanessa de Mesquita e Sá, Procuradora-Chefe da Procuradoria de Assuntos Administrativos, para fins do inciso VII do art. 20 da Lei Complementar nº 95/2001.

Campo Grande, 12 de setembro de 2019.

Daniela da Costa Godoi
Assessora Jurídica

DECISÃO/PGE/MS/PAA/Nº 107/2019

PARECER PGE/MS/PAA/Nº 119/2019

Por seus fundamentos, externo concordância *parcial* ao **Parecer PGE/MS/PAA Nº 119/2019**, de autoria do Procurador do Estado **Rafael Koehler Sanson**, o que faço com alicerce no art. 20, inc. VII, da LOPGE.

Conforme destacado no Parecer de lavra do i. Procurador, ao citar artigo publicado pela autora Ariane C. A. Duarte da Silva – *Como conduzir a contratação, após declaração de licitação deserta ou fracassada: é possível republicar o mesmo edital? Pode-se aproveitar o mesmo processo*, publicado no blog da Zênite, é viável e justificável, desde que inexistentes razões de ordem técnica, de conveniência ou oportunidade que não importem em modificação das condições originárias estipuladas, o reaproveitamento do procedimento que resultou na deserção ou fracasso da licitação.

Todavia, a divergência decorre da conclusão de que seria possível o aproveitamento da numeração do edital que restou fracassado ou deserto.

Como bem se sabe, a licitação deserta é aquela na qual não há nenhum interessado, ou seja, ninguém atende ao chamado da Administração, ao passo que licitação fracassada é aquela em que, apesar de interessados participarem da licitação, são refutados pela Administração em razão de não preencherem as condições de habilitação ou pelo fato de suas propostas não satisfazem os requisitos de admissibilidade.

Tanto em um caso como no outro, a licitação não alcança sua finalidade, qual seja, selecionar uma proposta apresentada por pessoa habilitada a contratar com a Administração Pública, não havendo como reaproveitar a numeração atinente ao edital, valendo-se do seguinte excerto do supracitado artigo que dita que:

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Procuradoria de Assuntos Administrativos

É importante destacar que o processo administrativo, quando instaurado, recebe uma numeração, que o identifica. O edital da licitação, por sua vez, também recebe uma numeração, que é diferente da numeração do processo administrativo. O processo administrativo é mais amplo que o Edital, ele contém toda a fase que antecede o edital, vale dizer, o planejamento da licitação, a própria licitação e ainda, eventualmente o contrato.

Assim, se a fase da licitação restar fracassada ou deserta, é possível defender que a fase que a antecedeu poderá ser reaproveitada e a Administração deverá renovar apenas a fase que frustrou, vale dizer, a própria licitação. Para tanto, deverá providenciar novo edital e esse sim deverá conter nova numeração, porque o antigo foi finalizado com o fracasso/deserção do certame.

Assim, se após publicado o edital da licitação e ocorridas as sessões correspondentes, esta restar deserta ou fracassada, parece que o que se perdeu foi o edital em si, mas não o processo como um todo. Vale dizer, se um edital de licitação frustrou, os atos anteriores, ocorridos na fase de planejamento, poderão ser reaproveitados, inclusive o próprio processo administrativo.

Em que pese haja o reaproveitamento das fases atinentes ao procedimento licitatório, não há como se relevar a possibilidade de reaproveitamento também da numeração atinente ao edital, vez que, se assim o fosse, restaria por inexistente o próprio ato que resultou na deserção ou fracasso da licitação anterior.

Em outras palavras, não há como se desconsiderar que houve o ato, com a respectiva publicação, que gerou consequências jurídicas resultantes na deserção ou fracasso da licitação, sendo que, a critério da Administração licitante, poderá ser reaproveitado o procedimento licitatório em si, mas não a respectiva numeração do edital.

Nesse sentido, o reaproveitamento do procedimento licitatório, quando deserto ou fracassado, importa em respeito ao princípio do formalismo moderado¹, tudo com o intuito de para evitar desperdício de tempo e de recursos públicos, como bem destacado no Parecer PGE/MS/PAA n. 119/2019, valendo-se das palavras do ilustre doutrinador Lucas Rocha Furtado. Todavia, muito embora seja possível a realização de novo certame licitatório nos mesmos autos do processo administrativo licitatório, reaproveitando os atos nele praticados, apenas com a correção daquilo que levou à frustração de parcela dos itens licitados, quando da repetição da licitação, deverá ser conferida nova numeração ao instrumento convocatório, uma vez ter completado todo o ciclo de sua formação e não se achar-se eivado de ilegalidade a ensejar a sua desconstituição desde nascedouro.

Porém, ainda que a autoridade competente não tenha conferido ao novo instrumento convocatório outra numeração (nova), e em havendo republicação do aviso de licitação de forma ampla publicidade e, assim, assegurando-se a participação de qualquer licitante interessado, preservando a isonomia e a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração, desnecessária se faz a declaração de sua nulidade, sendo aplicável ao caso o disposto no art. 55,

¹ Na jurisprudência do Tribunal de Contas da União – Acórdão n. 357/2015 – Plenário, há orientação no sentido de que: No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.



ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Procuradoria de Assuntos Administrativos

da Lei n. 9.784/1999, segundo o qual, 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.

Lucas Rocha Furtado, com relação à convalidação, leciona que:

Durante muito tempo, a doutrina nacional discutiu a necessidade de ser reconhecida à Administração Pública a potestade de convalidar atos que apresentassem defeitos sanáveis. Ante a ausência de norma específica de Direito Administrativo (ramo do Direito Público), buscava-se no Direito Privado a distinção entre atos nulos e atos anuláveis e procurava-se adotar essa gradação de invalidação dos atos jurídicos como meio para permitir que a própria Administração Pública pudesse corrigir determinadas falhas ou vícios de menor gravidade em atos administrativos.

Admitir que atos administrativos possam ser convalidados importa em permitir que as falhas presentes no ato possam ser corrigidas com eficácia retroativa. Convalidado o ato, ele passa a ser considerado válido desde sua origem. Isto é, a convalidação opera *ex tunc*.

Esta é a grande importância da convalidação e a razão que a distingue da simples anulação do primeiro ato e a prática de novo ato. Praticado novo ato, ele somente produziria efeitos deste momento em diante. Convalidado o ato, a convalidação retroage e lhe confere validade desde sua origem.

A possibilidade de convalidação dos atos administrativos somente foi reconhecida em caráter definitivo com a vigência da Lei nº 9.784/99. Em seu art. 55, foi admitida a possibilidade de a Administração Pública sanar vícios verificados em seus atos desde que presentes os seguintes requisitos:

- A decisão não lese o interesse público;
- Não haja prejuízo a terceiro; e
- O ato contenha defeitos sanáveis.

[...] Não tendo a lei apresentado a distinção de forma absoluta entre defeitos sanáveis, e, portanto, passíveis de convalidação, e defeitos insanáveis, entendidos estes como os que devem importar necessariamente em anulação do ato, mas tendo sido simplesmente apresentados alguns requisitos genéricos (interesse público, ausência de prejuízo para terceiros etc.) para a convalidação, não pode a doutrina por meio de listas taxativas atribuir a determinados vícios o caráter inexpugnável de insanável ou de sanável.

Fora do contexto em que tenha sido praticado, a riqueza de situações práticas que podem ser apresentadas aos administradores impede qualquer tentativa doutrinária de atribuir a determinado vício natureza sanável ou insanável.²

O caso em análise indica que o ato a ser convalidado apresenta vício sanável, uma vez que os requisitos legais são preenchidos – o ato praticado não lesa o interesse público e não há prejuízo a terceiro. Assim, ao se sopesar a gravidade da irregularidade ocorrida e a possibilidade de convalidação, é dado ao Administrador optar por não anular a deliberação e sanar o vício, convalidando o que já fora praticado até o presente momento.

Ante ao exposto, discordo do ponto do **Parecer PGE/MS/PAA/N. 119/2019**, no que toca à desnecessidade de atribuição de nova numeração ao edital relançado, haja vista que não há como se desconsiderar a existência do edital anterior, que devidamente publicado, foi finalizado com o fracasso ou a deserção do certame, gerando consequências jurídicas aos interesses dos administrados.

² Curso de Direito Administrativo, 5 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 267-268.



ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado

55/000495/18

20 09 19 132

Prumo

DECISÃO PGE/MS/GAB/N. 274/2019

PARECER PGE/MS/PAA/N. 119/2019

Processo nº 55/000495/2018

Interessado: Superintendente de Gestão de Compras e Materiais – SUCOMP/SAD

Assunto: Consulta acerca da possibilidade de repetição de certame somente para os itens que restaram fracassados ou desertos.

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. REGISTRO DE PREÇOS. PREGÃO ELETRÔNICO. LOTES FRACASSADOS E DESERTOS. POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO DE EDITAL.

Com o fim de evitar o desperdício de tempo e de recursos públicos, o mesmo processo administrativo licitatório deve ser utilizado, reaproveitando os atos nele praticados, com a correção daquilo que levou à frustração de parcela dos itens licitados, devendo providenciar novo edital com nova numeração.

Vistos, etc.


1. Com base nos art. 8º, inciso XVI e art. 9º, incisos II e III, da Lei Complementar (Estadual) n.º 95, de 26.12.2001, c/c art. 3º, inciso II, do Anexo I do Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Estado, **aprovo, com as ressalvas apontadas pela Chefia imediata** (f. 1323/1326), o Parecer PGE PAA n. 119/2019, de fls. 1316/1322, por mim vistado, da lavra do Procurador do Estado Rafael Koehler Sanson.

2. À Assessoria do Gabinete para:

a) dar ciência desta decisão ao Procurador do Estado prolator do parecer e à Procuradora do Estado Chefe da PAA;

b) encaminhar os autos à autoridade consulente para as providências cabíveis.

Campo Grande (MS), 18 de setembro de 2019.


Ivanildo Silva da Costa

Procurador-Geral Adjunto do Estado do Consultivo

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Procuradoria de Assuntos Administrativos

Encaminhe-se o processado ao Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado, para fins do art. 8º, inc. XVI, da LOPGE.

Campo Grande, 12 de setembro de 2019.

Vanessa de Mesquita e Sá
Vanessa de Mesquita e Sá

Procuradora do Estado

Chefe da Procuradoria de Assuntos Administrativos



Recebi

Em 17 / 09 / 19
P. M. - 14.46