

## APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *PÁS DE NULLITÉ SANS GRIEF* EM FACE AOS VÍCIOS INSANÁVEIS DO PROCESSO LICITATÓRIO

Emerson Luiz Serafim<sup>1</sup>

Eduardo Moraes Lameu Silva<sup>2</sup>

Renato Armanelli Gibson<sup>3</sup>

### Resumo

O presente trabalho pretende elucidar a aplicação do princípio *Pás de Nullité Sans Grief* em face aos vícios insanáveis do processo licitatório, demonstrando assim seus benefícios na aplicação. A validação desta aplicação é sem dúvida algo que merece atenção e estudo, eis que se trata de via em que se traz mais celeridade, eficiência e dinamicidade ao processo licitatório. Destarte, o tema possui grande relevância no cenário da Administração Pública, uma vez que envolve a própria administração, os licitantes e, de forma indireta, toda coletividade, uma vez que envolve dinheiro público. Outrossim, serão abordados aspectos, princípios, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais além da legislação vigente referente ao tema. Para tanto, apresenta-se pesquisas em livros e sites eletrônicos, nos quais restam demonstrados os benefícios de tal princípio. Assim, a pesquisa se desenvolve a partir da questão supracitada e procura demonstrar de fato seus benefícios e sua aplicação de forma prática ao caso concreto.

**Palavras-chave:** Princípio; *Pás de Nullité Sans Grief*; Vícios Insanáveis; Processo Licitatório; Direito Administrativo.

### Abstract

The present work intends to elucidate the application of the principle *Pás de Nullité Sans Grief* in face of the insatiable vices of the bidding process, thus demonstrating its benefits in the application. The validation of this application is undoubtedly something that deserves attention and study, since it is a route that brings more speed, efficiency and dynamism to the bidding process. Thus, the theme has great relevance in the Public Administration scenario, since it involves the administration itself, the bidders and, indirectly, the entire community, since it involves public money. Furthermore, principles, doctrinal understandings and jurisprudence, in addition to the current legislation on the topic. To this end, research is presented in books and electronic sites, where the benefits of such a principle remain to be demonstrated. Thus, the research

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete-MG

<sup>2</sup> Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera UNIDERP. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais PUC MG. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete. Professor na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete

<sup>3</sup> Graduado em Direito pela PUC/MG – “Campus” Coração Eucarístico. Mestre em Direito Empresarial Internacional pela Universidade Real de Groningen, Holanda. Diploma de mestrado revalidado no Brasil pela UFMG. Professor de Direito Processual Civil na FDCL – Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Advogado.

develops from the aforementioned question, where it demonstrates in fact its benefits and its practical application to the specific case.

**Keywords:** Principle; Pas de Nullité Sans Grief; Unstoppable vices; Bidding Process; administrative law.

## 1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho será abordada a aplicação direta do *Princípio Pás de Nullité Sans Grief* ao processo licitatório, no que tange seus vícios que sem a aplicação do referido princípio seriam insanáveis, mas tendo o princípio em questão aplicado, se tornam sanáveis.

A escolha do tema se dá uma vez que, nos processos licitatórios realizados pelos órgãos públicos, muitas das vezes os responsáveis pela licitação se deparam com situações em que ocorrem os vícios insanáveis, e por não aplicarem o princípio francês, os vícios não se tornam sanáveis, trazendo prejuízo para a administração pública, as empresas licitantes, e de forma indireta para toda coletividade, uma vez que a situação envolve dinheiro público. Sendo assim, o tema é de grande relevância para todos aqueles que estão ligados de forma direta ou indireta à licitação, pois feita a aplicação do princípio nos casos concretos, gerará economicidade, celeridade e melhor desempenho nos certames licitatórios.

O trabalho é composto por cinco capítulos, em que cada capítulo se desdobra nos respectivos assuntos para melhor explanação do tema.

O primeiro capítulo faz uma introdução ao assunto, demonstrando de forma simplificada a ideia central do texto.

O segundo capítulo traz a base principiológica do processo licitatório, demonstrando que na licitação são aplicados os princípios constitucionais, os princípios gerais do Direito Administrativo e os princípios próprios do certame licitatório. O capítulo ainda menciona os princípios que estão positivados na Lei nº 14.133, sendo ela a nova Lei de licitações.

O terceiro capítulo traz o princípio chave do estudo, o Princípio *Pás de Nullité Sans Grief*, demonstrando sua origem francesa, sua menção na legislação

brasileira, especificamente no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal, e sua aplicação na jurisprudência civil e penal.

O quarto capítulo traz a aplicação do princípio em questão ao processo licitatório, trazendo as modalidades do processo licitatório, tendo um aprofundamento no pregão que é a mais utilizada. O capítulo ainda traz os vícios formais, materiais e substanciais do certame licitatório, a base jurisprudencial administrativa da aplicação do princípio e finalmente a demonstração da aplicação do princípio com seus benefícios para os envolvidos.

O quinto capítulo traz a conclusão do assunto, demonstrando assim a aplicação do princípio e suas vantagens.

A pesquisa foi realizada através da Legislação vigente relacionada ao tema, entendimentos jurisprudenciais, em especial as jurisprudências do Tribunal de Contas do Estado – TCE e do Tribunal de Contas da União – TCU, além da doutrina administrativa aplicável ao tema.

Conforme a pesquisa doutrinária, os autores mais utilizados no estudo foram o professor Matheus Carvalho que atua como Procurador da Fazenda Nacional, Victor Aguiar Jardim de Amorim que tem como diferencial sua atuação prática como pregoeiro e presidente da comissão permanente de licitação do Tribunal de Justiça de Goiás e Senado Federal, e Ronny Charles Lopes de Torres que é advogado e membro da Câmara Permanente de Licitações e Contratos da Consultoria Geral da União, além de outros autores que também foram citados neste trabalho.

Conforme todo exposto, tendo toda a base principiológica, doutrinária e jurisprudencial, a aplicação do princípio se torna a melhor saída para um processo mais célere, otimizado e com melhores resultados para os envolvidos.

## **2 A BASE PRINCIPIOLÓGICA DO PROCESSO LICITATÓRIO**

Atualmente, a forma que a Administração Pública usa para adquirir bens ou serviços, via de regra, é o processo licitatório. De acordo com Marçal Justen Filho:

Adotamos como conceito de licitação a definição do ilustre jurista Marçal Justen Filho, que assim afirma: “A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção de proposta da contratação mais vantajosa, com observância do princípio da Isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica. (FILHO apud CARVALHO, 2020, p. 455).

É sabido que o processo licitatório tem como fonte a Lei e também os princípios e demais fontes subsidiárias usadas para suprir as lacunas e obscuridade do ordenamento jurídico.

Dessa forma, a administração pública deve seguir além das normas positivadas no ordenamento jurídico, os princípios administrativos e constitucionais como fonte de Direito para manter toda a lisura nos atos referentes ao processo de contratação e compra.

De início deve-se citar os princípios expressos no caput do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88):

Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência** e, também, ao seguinte: (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, grifo nosso).

Victor Aguiar destaca tais princípios em sua obra, fazendo alusão da moralidade à probidade administrativa: “Os princípios básicos encontram-se delineados no art. 37 da CRFB: legalidade, impessoalidade (igualdade), moralidade (probidade administrativa), publicidade e eficiência (BRASIL, 1988).” (AMORIM, 2018, p. 33).

O procedimento licitatório deve observar além dos princípios constitucionais expressos – mencionados anteriormente – os princípios contidos no Regime Jurídico Administrativo, sendo eles explícitos ou implícitos. Nas palavras do Professor Matheus Carvalho:

O procedimento licitatório deve observar os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, sejam os princípios expressos no art. 37, caput, e demais dispositivos da Constituição Federal sejam aqueles implícitos no ordenamento jurídico, além dos princípios específicos...Dessa forma...que refere todos os princípios aplicáveis à atuação do Estado – o chamado Regime Jurídico Administrativo – e que devem ser observados na realização de licitações públicas. (CARVALHO, 2020, p. 458).

Dentre esses princípios gerais, impende salientar alguns, sendo eles: autotutela, presunção de legitimidade, motivação e segurança jurídica.

A nova Lei de licitações traz a possibilidade de utilização das outras leis pelo período de 02 anos, motivo esse que possibilita o aprofundamento em tais leis, com vasta jurisprudência e doutrina administrativa. A possibilidade de utilização das demais leis está elencada no artigo 193 da atual Lei, que prevê os casos de revogação:

Art.193. Art. 193. Revogam-se:

I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei. (BRASIL, Lei 14.133, de 01º de abril de 2021).

Além dos princípios gerais do Direito Administrativo, o procedimento licitatório deve seguir também seus princípios específicos, com alguns sendo encontrados de forma explícita no artigo 3º da Lei 8666/93:

Art.3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, Lei 8.666, de 21 de junho de 1993).

É perceptível a grande importância que os princípios possuem, de forma que usando-os, o responsável consegue uma melhor interpretação e aplicação ao caso concreto, viabilizando a competição entre os licitantes e a melhor contratação para o ente público.

Considerando a importância dos princípios no processo licitatório:

Por sua vez, Valeschka e Silva Braga lembra que se antes os princípios eram considerados subsidiários, hoje alcançaram hegemonia na concepção das regras jurídicas. Explica a autora, citando Bonavides: "...nessa fase pós-positivista do Direito, eles são dotados de supremacia sobre as regras, pois foram convertidos em verdadeiro pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais (TORRES, 2020, p. 107).

No caso de um aparente conflito entre princípios, o responsável pela licitação pode se utilizar do entendimento de que cada princípio pode ceder um pouco

para outro, para assim se chegar a uma solução harmônica e garantir o melhor resultado ao certame. Ronny Charles cita em sua doutrina:

Diante desta tensão dialética, o intérprete deve se valer da ponderação de interesses, frente ao caso concreto, para realizar a aferição do peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas e, preservando o máximo de cada um, na medida do possível, sem que seja afastada por completa a aplicação de um deles.” (TORRES, 2020, p. 107).

É notável destacar que o responsável pela licitação, além de aplicar ao caso concreto deve utilizar também as demais fontes do direito, como julgados, uma vez que a coletividade em que vivemos é uma sociedade dinâmica, e como tal, o Direito utilizado também é, para assim se adequar às necessidades de nosso meio e melhor regular nosso convívio, neste caso, melhor regular a forma de contratação entre o Estado e o particular.

É válido o adendo da Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, que elenca alguns princípios em seu artigo 5º, sendo eles:

Art.5º. Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (BRASIL, Lei 14.133, de 01º de abril de 2021).

A renovação dos princípios já citados anteriormente corrobora para demonstrar a importância de cada um, uma vez que a nova Lei de licitações vem para otimizar os processos licitatórios.

No próximo capítulo será feita uma abordagem sobre o princípio *Pas de Nullité sans grief*, princípio chave do estudo em questão.

### **3 PRINCÍPIO DA PÁS DE NULLITÉ SANS GRIEF**

O princípio em comento está positivado no direito processual civil brasileiro, uma vez que o artigo 277 do Código de Processo Civil enuncia: “Art.277. Quando a

lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.” (BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015).

O antigo Código de Processo Civil já trazia em sua letra de Lei o princípio, conforme os dizeres do artigo 244: “Art.244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.” (BRASIL, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

Impende salientar a importância do princípio em estudo, uma vez que ele já está positivado desde o antigo Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 244, e depois ratificado mais uma vez no artigo 277 do Novo Código de Processo Civil.

O princípio *Pás de nullité sans grief* tem relação com o princípio da Primazia do mérito, uma vez que o CPC traz a possibilidade de correção de diversos vícios processuais antes da extinção do processo sem julgamento de mérito.

O CPC traz o princípio da Primazia do mérito no parágrafo único do artigo 932, conforme segue: “Art.932. Incumbe ao relator: (...) Parágrafo único: Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.” (BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015).

Resta demonstrada a relação entre os dois princípios, uma vez que os dois tem a ideia de saneamento de vícios, e os dois são elencados no Código de Processo Civil Brasileiro.

O princípio é utilizado no âmbito de procedimentos internos da administração pública uma vez que o Código de Processo Civil é norma subsidiária para todos os outros ramos do Direito.

O princípio em questão se traduz da seguinte maneira: não haverá nulidade se não houver prejuízo à parte. Nas palavras do doutrinador Fredie Didier:

A invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato processual (pouco importa a gravidade do defeito) com a existência do prejuízo. Não há nulidade processual sem prejuízo (*pás de nullité sans grief*). (DIDIER, 2019, p. 477).

Sendo assim, conforme entendimento acima, apenas haverá nulidade se houver prejuízo a alguma parte dentro do processo. No âmbito do Processo Licitatório, pode-se entender que não poderá haver prejuízo, para a Administração Pública, como

para os licitantes envolvidos e toda a coletividade, que indiretamente participa do certame, uma vez que são todos interessados direta ou indiretamente.

O Professor Matheus Carvalho cita o princípio em sua doutrina: “Dessa forma, deve-se observar a máxima que estipula que, em sede de processos administrativos, não há nulidade sem prejuízo para os interessados, apresentado no brocardo francês “*Pas de nullité sans grief*”.” (CARVALHO, 2020, p. 460).

O princípio em questão teve sua origem no sistema jurídico francês, sendo em suas raízes pensado para o direito penal, mas atualmente também utilizado no processo civil e demais área do Direito. Nas palavras de Sandro Lúcio Dezan e Paulo Afonso Cavichiolo Carmosa, onde os mesmos citam Gloeckner em seu artigo “O princípio *pas de nullité sans grief* e os limites da convalidação no processo disciplinar”:

O princípio do prejuízo, instituto afeto ao direito processual e originário do sistema jurídico francês sob a égide do Código Napoleônico, nasceu do ideal de se dotar a legislação penal-punitiva de todas as garantias para a manutenção da ordem social e da necessidade de firmar o “eficientismo” persecutório do Estado. Todavia, esse fenômeno se deu sem a preocupação com quaisquer direitos dos acusados e, assim, de modo inquisitorial-utilitarista, para a gestão de ilegalidades dos procedimentos punitivos estatais (GLOECKNER, 2010). Apesar de também empregado no processo civil, teve sua gênese no âmbito do direito processual penal. (DEZAN e CARMONA, 2016, p. 121 e 122).

Este modelo francês teve muita influência a respeito das nulidades para a legislação brasileira, conforme ensina Mossin:

embora as Ordenações tenham tido grande influência na legislação do início da República, a verdade é que, em termos de nulidade, o legislador republicano não seguiu os passos da legislação reinol, mas sim buscou inspiração na legislação francesa, que se tornou responsável pela edificação desse importantíssimo instituto da legislação brasileira, que por sinal é bastante complexo e falho. (MOSSIN, 1998, p. 11).

Como demonstrado, o princípio em análise foi amparado pelo Código Napoleônico, com suas raízes voltadas para o Direito penal desde sua concepção na França.

Atualmente é adotado também no âmbito civilista, ensejando margem para sua aplicação no Direito Administrativo, especificamente ao procedimento licitatório.

A jurisprudência hodierna dos tribunais de contas traz diversos posicionamentos favoráveis a aplicação do *Princípio Pas de nullité sans grief*, onde alguns se encontram de forma explícita e outros de forma implícita, onde o mesmo já

se demonstrou esclarecedor em face as lacunas e obscuridades das normas administrativas positivadas atualmente.

O Tribunal de Contas da União já se posicionou de forma positiva, onde o mesmo de forma implícita utiliza tal princípio em seu Acórdão de número 1758 de 2003:

ACÓRDÃO 1758/2003 - PLENÁRIO. RELATOR: WALTER ALENCAR RODRIGUES. AGRAVANTE: PRAISE - INFORMÁTICA, COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA. AGRAVADO: BENCO ALTA TECNOLOGIA EM CONSTRUÇÕES LTDA AGRAVADO: CENTRAIS ELÉTRICAS DO NORTE DO BRASIL S.A-ELETRNORTE. REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. INCLUSÃO DE CERTIDÃO EXTRAÍDA PELA INTERNET DURANTE A SESSÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. CONHECIMENTO. NEGAR PROVIMENTO. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS.

Ressalto, preliminarmente, que o edital não constitui um fim em si mesmo. Trata-se de instrumento para a consecução das finalidades do certame licitatório, que **são assegurar a contratação da proposta mais vantajosa e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados, nos precisos termos do art. 3º, caput, da Lei 8.666/93.**

Assim, a interpretação e aplicação das regras nele estabelecidas deve sempre ter por norte o atingimento das finalidades da licitação, **evitando-se o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados, que não contribuem para esse desiderato.**

No presente caso, não se afigura que o ato impugnado tenha configurado tratamento diferenciado entre licitantes, ao menos no grave sentido de ação deliberada destinada a favorecer determinada empresa em detrimento de outras, o que constituiria verdadeira afronta aos princípios da isonomia e da impessoalidade.

Ao contrário, entendo que foi dado fiel cumprimento ao citado art. 4º, parágrafo único, do Decreto 3.555/2000, no sentido de que “as normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, a finalidade e a segurança da contratação”.

**Não se configura, na espécie, qualquer afronta ao interesse público, à finalidade do procedimento licitatório nem à segurança da contratação, uma vez que venceu o certame empresa que, concorrendo em igualdade de condições, ofereceu proposta mais vantajosa e logrou comprovar, na sessão, a aptidão para ser contratada.**

Assiste, portanto, razão à unidade técnica ao considerar regular a inclusão de documentos no processo licitatório, no ato da sessão, conforme autorizado pela pregoeira, no exercício de suas regulares atribuições, tratadas nos incisos XIII e XIV, do art. 11, do Decreto 3.555/2000.

Por essas razões, acolho os pareceres e voto por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Plenário. Walter Alencar Rodrigues, Ministro Relator. Sala das sessões, 19 de novembro de 2003.(grifos nossos).

É observado que o princípio em questão é utilizado de maneira implícita pelo TCU, uma vez que mesmo não sendo citado de forma explícita, na prática ele foi utilizado. O Ministro entendeu que o Edital é o instrumento que assegura as finalidades do certame licitatório, que são a contratação da proposta mais vantajosa e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados. Dessa forma, a interpretação do

Edital deve evitar o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados, que não contribuem para alcançar a finalidade da licitação. Então no caso em tela a Pregoeira agiu de forma correta ao emitir a certidão de regularidade durante a sessão, pois não causou prejuízo a Administração Pública, mas pelo contrário, atingiu a finalidade da licitação.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais se posiciona de forma favorável e explícita ao citar o *Princípio Pas de Nullité Sans Grief*, conforme análise a Inspeção Ordinária realizada na Prefeitura de Santos Dumont no ano de 2008:

811150, INSPEÇÃO ORDINÁRIA realizada na Prefeitura de Santos Dumont, janeiro a dezembro/2008 Parte(s): Evandro Nery (Prefeito à época), Sebastião Deon dos Santos (Coordenador de Planejamento e Controle Contábil à época), Adriana Aparecida da Silva Pinto, Thiara Tavares da Silva Passos, Renata Fernandes Scaldaferrri Queiroz e Misória Alvarenga de Araújo (Membros da Comissão de Licitação à época) Procurador(es) constituído(s): Guilherme Silveira Diniz Machado – OAB/MG 67408 e outros.

MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello Relator: Conselheiro Wanderley Ávila.

EMENTA: INSPEÇÃO ORDINÁRIA – ATOS ADMINISTRATIVOS – VERIFICAÇÃO DAS IRREGULARIDADES APONTADAS PELA EQUIPE TÉCNICA – APLICAÇÃO DE MULTA AO PREFEITO MUNICIPAL À ÉPOCA – INTIMAÇÃO DO PREFEITO À ÉPOCA E DO ATUAL – ARQUIVAMENTO. II-1 – Tomada de Preços nº 001/2008 – Contratação da empresa Guardiões Resgate de Juiz de Fora Ltda., para a prestação de serviços de atendimento médico em UTI móvel e transporte inter-hospitalar de pacientes. Ausência de registros de justificativas para a alteração do valor contratual e da prorrogação do prazo de vigência formalizado por meio de termos aditivos – Inobservância do disposto no art. 57, § 2º e art. 65 da Lei 8666/93. Não obstante a ausência de justificativa expressa conforme apontado, verifiquei junto à documentação acostada aos autos, que houve solicitação expressa do Diretor da Secretaria Municipal de Saúde para que fosse o objeto prorrogado. (fls. 207 e 208). Assim, com esse aspecto atenuante, deixo de aplicar a multa pecuniária in casu. **Esclareça-se que, embora irregular a omissão do gestor em não se justificar adequadamente quanto à prorrogação contratual, não há falar-se, neste caso, em nulidade da prorrogação contratual, eis que essa contratação já produziu seus efeitos e não foi comprovado dano ao erário. Impõe-se a aplicação do princípio Pas de nullité sans grief (não há nulidade sem prejuízo), ao caso concreto sob análise.** (PROCESSO 81150, Inspeção Ordinária, Dezembro/2008) (grifos nossos).

Resta observado que o princípio em estudo foi utilizado de forma explícita pelo TCE, ponto II-1 da referida inspeção, onde o Relator fez a aplicação do princípio em relação ao item que não demonstrava prejuízo as partes, conforme os dizeres do mesmo, entendendo que não havendo prejuízo não poderia haver nulidade, ou seja, fazendo assim a aplicação explícita do princípio francês ao caso concreto.

Dessa forma, resta demonstrado que a sociedade é dinâmica, e conforme essa dinamicidade, a aplicação do princípio em questão se dinamiza junto a sociedade, para melhor sanar as obscuridades jurídicas.

#### **4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *PÁS DE NULLITÉ SANS GRIEF* AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO**

Como analisado no capítulo anterior, o princípio em estudo tem plena aplicabilidade no direito administrativo, e em relação as nulidades, o doutrinador Marçal Justen Filho ensina:

A nulidade deriva da incompatibilidade do ato concreto com valores jurídicos relevantes. Se certo ato concreto realiza os valores, ainda que por vias indiretas, não pode receber tratamento jurídico equivalente ao reservado para atos reprováveis. Se um ato, apesar de não ser o adequado, realizar as finalidades legítimas, não pode ser equiparado a um ato cuja prática reprovável deve ser banida.

A nulidade consiste num defeito complexo, formado pela (a) discordância formal com um modelo normativo e que é (b) instrumento de infração aos valores consagrados pelo direito. De modo que, se não houver a consumação do efeito (lesão a um interesse protegido juridicamente), não se configurará invalidade jurídica.

Aliás, a doutrina do direito administrativo intuiu essa necessidade, afirmando o postulado de *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem dano). (FILHO, 2009, p. 323-324).

Conforme consagração pela doutrina administrativa do princípio em questão, com uma visão hodierna para o processo licitatório, um ato dentro desse procedimento não poderá sofrer da nulidade se não houver prejuízo a alguma parte integrante do certame, sendo ela direta ou indireta.

Nas palavras de Danielle Felix Teixeira, “Esse postulado permite que os objetivos do Estado sejam alcançados, ainda que haja alguma irregularidade ou desconformidade com o direito, incapaz de gerar lesão ou prejuízo”. (TEIXEIRA, 2014, p. 01).

Sendo assim, é perceptível que a Administração Pública deve alcançar seus objetivos, visando sempre o melhor para a coletividade, de tal forma que se necessário for, deve fazer a aplicação do brocardo francês, para garantir o melhor resultado possível no processo licitatório, desde que não cause prejuízos a nenhuma parte envolvida.

Dentro do processo licitatório existe a possibilidade de serem encontrados vícios, e esses vícios podem ser classificados como formais, materiais ou substanciais. Alguns erros podem ser sanados, e outros, em tese, não.

O erro formal é aquele que não tem poder suficiente para viciar e nem invalidar algum documento na licitação, mesmo na hipótese de se produzir um documento de forma diferente daquela estabelecida pelo Edital. Nas palavras de Ariosto Mila Peixoto em seu artigo “O erro formal e o erro material no processo licitatório”:

Se um documento é produzido de forma diferente da exigida, mas alcançou os objetivos pretendidos ou a finalidade essencial, reputar-se-á válido (ex.: uma proposta foi manuscrita quando deveria ser datilografada ou impressa; uma proposta foi apresentada em modelo diverso do edital, mas obedeceu a todo conteúdo exigido). Segundo o princípio da instrumentalidade considerar-se-á válido um documento que, embora produzido de forma diferente da exigida, ainda assim, atingir a finalidade pretendida. (PEIXOTO, 2019.)

São alguns exemplos de erro formal, de acordo com Ariosto, no mesmo artigo citado anteriormente:

- o erro de identificação do envelope sanado antes da sua abertura;
- a ausência de numeração das páginas da proposta ou documentação;
- os documentos colocados fora da ordem exigida pelo edital;
- ausência de um documento cujas informações foram supridas por outro documento constante do envelope;
- declaração diferente do modelo apresentado pelo edital, mas que apresenta todas as informações necessárias;

Dessa forma, fica entendimento que erro formal é todo aquele erro que facilmente pode ser sanado, de forma que atinja a finalidade pretendida.

Erro material é aquele erro de fácil constatação, que é verificado de maneira simples pelo pregoeiro ou pelos licitantes. De acordo com Ariosto Mila Peixoto:

Não carece de maior exame para detectar que há um flagrante desacordo entre a vontade e o que de fato foi expressado no documento. Não há necessidade de recorrer a interpretação de conceito, estudo ou exame mais acurado para detectar esse erro; ele é percebido por qualquer pessoa. (PEIXOTO, 2019.)

Ariosto cita em seu artigo exemplos de erro material, sendo eles:

- decisão do pregoeiro que decide inabilitar um licitante pela falta de um documento que notadamente fora apresentado;
- erro aritmético (de cálculo) do valor da proposta (os preços unitários estão corretos, mas a soma ou a multiplicação está incorreta);

- decisão do pregoeiro evidentemente incorreta (o licitante foi habilitado, mas na decisão constou “inabilitado”);

- decisão constou uma data errada (02/10/2010, quando o correto seria 02/10/11) e por esse fato uma determinada empresa foi prejudicada;

Dessa forma, erro material é aquele erro grosseiro, é o “erro bobo” que acontece nas licitações, que não vicia o documento.

O vício substancial é aquele em que o documento se encontra incompleto ou excluído, e por consequência, impede que Pregoeiro faça a devida análise do mérito. Nesse caso, o Pregoeiro fica impossibilitado de julgar que o documento atendeu ou não os requisitos estabelecidos do edital. Trata-se de um documento que não consegue produzir os efeitos jurídicos necessários para o certame.

Ariosto opina em seu artigo:

“Incabível para situações em que houver um erro substancial, tratá-lo como erro formal ou material. Uma vez ocorrido o erro substancial, mas não a sua consequência lógica – que seria a exclusão do licitante da disputa -, o ato produzido estará suscetível a anulação, uma vez que restarão descumpridos princípios básicos do Direito Administrativo, tais como o princípio da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório, da legalidade, da segurança jurídica, entre outros.”. (PEIXOTO, 2019.)

Dessa forma, o erro substancial pode ensejar a sanção mais severa ao licitante, a desclassificação do certame.

Como já observado, os vícios substanciais podem dar ensejo a sanção mais severa ao licitante, a desclassificação do certame. A aplicação do Princípio *Pas de Nulité Sans Grief* se faz necessária neste caso, para assim, tornar um vício que seria em tese insanável, em um vício sanável.

As microempresas e empresas de pequeno porte possuem a prerrogativa de poder entregar a documentação de regularidade fiscal e trabalhista com restrição.

Dessa forma, é dado a elas no momento da licitação o prazo de 05 dias úteis para regularização, tendo o termo inicial o momento que o licitante for declarado vencedor da licitação.

Com isso, elas ainda possuem a possibilidade de prorrogação do prazo por mais 05 dias, a interesse da Administração Pública.

O Doutrinador Matheus Carvalho ensina em sua doutrina:

“Dessa forma, as microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, na fase de habilitação deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de

regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição, ou seja, mesmo não estando regular com o fisco ou possuindo débitos na justiça do trabalho em sede de execução. Sendo apurada alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal ou trabalhista, a empresa poderá participar do certame a despeito da irregularidade e, ao término do procedimento, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.”. (CARVALHO, 2020, p. 511).

Uma forma de aplicação do princípio *pás de nullité sans grief* é a utilização deste princípio como uma visão extensiva do benefício das Microempresas (ME's) e Empresas de Pequeno Porte (EPP's), em que a Administração Pública concede o prazo para regularização as empresas enquadradas das demais formas, beneficiando não a empresa, mas sim a própria Administração Pública, e por consequência, toda coletividade.

Em uma sessão de pregão onde determinada empresa que não se enquadra como ME nem EPP consegue o menor preço atendendo a todas as especificações do item conforme estipulado em Edital entrega uma certidão vencida, não há motivos para desclassificá-la. Esta desclassificação apenas daria ensejo a prejuízo para o poder público, uma vez que o responsável pela licitação deveria classificar o 2º colocado na sessão, adquirindo assim o bem ou serviço pelo valor mais alto, acarretando prejuízo para a Administração Pública e para toda coletiva, pois envolve dinheiro público. O melhor a se fazer nessa situação é aplicar por analogia o mesmo benefício das ME's e EPP's às empresas enquadradas de forma diferentes, ou seja, fazer a aplicação direta do princípio *pás de nullite sans grief* para assim atingir a finalidade da licitação, a contratação do melhor produto com o melhor custo benefício.

Neste sentido, outra forma de se aplicar o princípio em questão é na situação em que a empresa tem a regularidade fiscal ou trabalhista, mas por esquecimento deixa de anexar tais documentos no envelope de habilitação. De acordo com Marçal Justen Filho:

Vale dizer, as normas jurídicas não se confundem com a letra da Lei. (...) A lei não é elaborada para bastar-se em si mesma, tal como se os fins do Direito fossem menos relevantes do que as palavras do legislador. Como ensinou English, 'não só a lei pode ser mais inteligente do que o seu autor, como também o intérprete pode ser mais inteligente do que a lei'. (FILHO apud AMORIM, 2009, p. 01).

Dessa forma, o Pregoeiro deve alcançar uma finalidade maior do que apenas seguir a letra da Lei puramente fria, mas sim praticar o princípio em questão visando atender os objetivos da licitação.

Victor Aguiar comunga do mesmo entendimento, uma vez que traz um exemplo desse tipo de situação em seu artigo:

“Afinal, observemos a seguinte situação que diariamente se dá nos procedimentos licitatórios na modalidade pregão realizados em todo país: examinada e verificada a regularidade da proposta de preços de determinada empresa, passa-se à fase de lances verbais, cuja empresa vencedora apresenta, já na fase de habilitação, certidão de regularidade perante o FGTS com data de validade expirada.

Ora, considerando que o Pregoeiro, durante a sessão pública do pregão, dispõe de um computador com acesso à internet, seria legítimo admitir que se adentre ao site da Caixa Econômica Federal e dali se extraia o comprovante de regularidade da empresa?

Com fulcro nas premissas exaustivamente expostas, entende-se que sim. Ora, a diligência realizada pelo Pregoeiro atestou que, no momento da realização da sessão do pregão, a empresa em questão, de fato, estava regular perante o FGTS. Portanto, para garantir a contratação de um licitante que, ao tempo da sessão, reunia todas as condições de habilitação, permite-se a juntada de documento não constante do envelope outrora entregue ao Pregoeiro.”. (AMORIM, 2009, p. 01).

Seguindo o entendimento de Victor Amorim, se o pregoeiro durante a sessão pública dispõe de um computador com internet, não existe problema em emitir uma certidão durante a sessão para assim garantir a finalidade da licitação. O princípio *pas de nullité sans grief* desburocratiza o certame, uma vez que uma situação que causaria prejuízo a administração poderia ser facilmente revertida para causar vantagens para as partes, utilizando o princípio para isso. Nesse sentido, cita-se a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora, que não atendeu a formalidade prevista no edital licitatório, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para os demais participantes, bem como se o vício apontado não interferiu no julgamento objetivo da proposta, não se vislumbrando ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa.”. (STF - RMS 23.714/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 05.09.2000, publicado no DJ de 13.10.2000, p. 21) (grifos nossos).

A não juntada do documento pela empresa não configura irregularidade, uma vez que pode ser sanada durante a sessão pelo pregoeiro ou presidente da comissão de licitação, onde utilizando o princípio em estudo gera assim praticidade, celeridade e otimização do processo licitatório.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme o segundo capítulo, resta observada a importância principiológica dentro do processo licitatório, uma vez que como fonte do direito, os princípios são utilizados para preencher as lacunas e as obscuridades da Lei, da forma com que no caso concreto os responsáveis pela licitação tenham as melhores formas possíveis de aplicação legal, para assim, alcançar sempre os objetivos da Licitação.

No terceiro capítulo fica demonstrada a importância do Princípio *Pás de Nullité Sans Grief*, uma vez que o mesmo se encontra positivado na Lei brasileira no ramo do processo civil, na doutrina e jurisprudência, satisfazendo assim como um meio de interpretação mais vantajoso e tornando o processo mais célere e otimizado. Com a aplicação se obtém bons resultados em diversas áreas do Direito, e dessa forma também se obtém no processo licitatório.

O quarto capítulo demonstra que o Princípio *Pás de Nullité Sans Grief* pode ser utilizado de diversas formas dentro do processo licitatório e em qualquer modalidade licitatória, em especial o pregão que é a mais utilizada, ensejando assim um benefício para a Administração Pública, uma vez que a mesma ficaria no prejuízo com a não aplicação do princípio.

A doutrina e Jurisprudência dos tribunais de contas caminham para uma evolução neste sentido, utilizando o princípio e conseguindo um avanço interpretativo de cada situação no caso concreto no dia a dia dos certames licitatórios.

Dessa forma, é notável que a não interpretação fria da Lei tem como resultado um certame desburocratizado e eficiente, trazendo benefícios para todos os envolvidos de forma direta ou indireta no processo, alcançando assim todos os objetivos do certame licitatório e economizando tempo e dinheiro público aos envolvidos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Jurisprudência**. 2. Ed. Brasília: Senado Federal, 2018. 271p.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Princípio da juridicidade x princípio da legalidade estrita nas licitações públicas. Análise prática da admissibilidade de juntada posterior de documento no procedimento licitatório**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14065>. Acesso em: 8 maio 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 11 jun 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm) Acesso em: 11 jun 2021.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm) Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm) Acesso em: 11 jun 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm) Acesso em: 11 jun 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de Abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm) Acesso em: 11 jun 2021.

BRASIL. MINAS GERAIS. TCE – **Inspeção Ordinária 811150**. Dezembro de 2008.

Disponível em: <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota/BuscarArquivo/870639> Acesso em: 8 maio 2021.

BRASIL.STF - **RMS 23.714/DF**, rel. **Min. Sepúlveda Pertence**, j. em 05.09.2000, publicado no DJ de 13.10.2000, p. 21.

BRASIL.STJ, **AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 508597 - RJ** (2014/0098803-6) RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA – 16 de abril de 2019 – Disponível em: <https://corpus927.enfam.jus.br/inteiro-teor/rwbvb22wlbvp>. Acesso em: 8 maio 2021.

BRASIL.STJ, **MS nº 5.597/DF, 1ª S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo**, DJU 01.06.1998 Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199800020446&dt\\_publicacao=01-06-1998&cod\\_tipo\\_documento=](https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800020446&dt_publicacao=01-06-1998&cod_tipo_documento=). Acesso em: 08 maio 2021.

BRASIL.STJ, **RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 104.667 – DF(2018/0283228-0)** RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA -10 de dezembro de 2018 – Disponível em: <https://corpus927.enfam.jus.br/inteiro-teor/9nd1ljzr8e6m>. Acesso em: 08 maio 2021.

BRASIL.TCU, **Acórdão nº 2.380/2012**, 2º Câmara, 17.04.2012 – Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1229534%22>. Acesso em: 11 maio 2021.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **O princípio pas nullité sans grief e os limites da convalidação no processo disciplinar**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 53, n. 212, p. 121-137, out./dez. 2016. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril\\_v53\\_n212\\_p121.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p121.pdf) Acesso em: 08 maio 2021.

JR DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 21. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019. 911p.

JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 1147p.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 1998. 229p.

PEIXOTO, Ariosto Mila. **O erro formal e o erro material no procedimento licitatório. Portal de Licitação**. 09 de maio de 2011. Disponível em: <https://portaldelicitacao.com.br/2019/artigos/o-erro-formal-e-o-erro-material-no-procedimento-licitatorio/#comments>. Acesso em 15 de maio de 2021.

TEIXEIRA, Danielle Felix. **A aplicação do postulado do pas de nullité sans grief ao processo administrativo**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 de junho de 2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39718/a-aplicacao-do-postulado-do-pas-de-nullite-sans-grief-ao-processo-administrativo>. Acesso em 01 de maio de 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

ZACLIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as Nulidades Processuais: Construção de um modelo racional de aplicação do ‘Pas de nullité sans grief’ no âmbito do processo penal brasileiro**, 2015. 199 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, USP, 2015. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-09112015-143036/publico/DANIEL\\_ZACLIS DISSERTACAO INTEGRAL.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-09112015-143036/publico/DANIEL_ZACLIS DISSERTACAO INTEGRAL.pdf). Acesso em: 08 maio 2021.

ZUCCO, Fabiano. **Pregão Eletrônico: Entenda agora sobre essa modalidade de licitação**. RCC Blog de Licitações. 17 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.rcc.com.br/blog/pregao-eletronico-2/#:~:text=A%20confirma%C3%A7%C3%A3o%20da%20certifica%C3%A7%C3%A3o%20d%C3%A1,transpar%C3%A2ncia%20e%20agilidade%20do%20processo.> Acesso em 01 de maio de 2021. Acesso em: 09 maio 2021.