

**PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO - COGEAE
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

DAVID KOIZUMI TRAN THO

“A REVOGAÇÃO NAS LICITAÇÕES”

SÃO PAULO

2015

A REVOGAÇÃO NAS LICITAÇÕES

Monografia, apresentada como parte das atividades para a obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, sob a orientação da Professora Flávia G. F. Cammarosano, no Curso de Especialização em Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

**PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO - COGEAE
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

São Paulo
2015

*Em memória ao meu falecido pai, Tho Tran
Minh, de quem sinto muitas saudades.*

*"Se você é capaz de tremer de indignação a
cada vez que se comete uma injustiça no
mundo, então somos companheiros."*

Ernesto Che Guevara

SINOPSE

O presente trabalho busca o estudo da revogação nas licitações, de acordo com as disposições da lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Pretende-se, outrossim, observá-la sob o prisma do ato administrativo, com todas as características peculiares a essa disciplina.

O processo licitatório, por imposição constitucional, é obrigatório para as compras e contratações da Administração Pública, a qual somente deve promovê-lo se considerar conveniente e oportuno.

Uma vez instaurado, deve-se buscar concluí-lo de tal forma a obter a melhor proposta para a Administração Pública. A sua revogação deve ser praticada em caráter excepcional, nas hipóteses em que a lei assim a permita.

O ato de revogação da licitação poderá ser invalidado se ausentes os requisitos legais que o autorizam, ou se for realizado em desconformidade com o ordenamento jurídico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1. A LICITAÇÃO	08
1.1 Considerações gerais	08
1.1.1 Princípios	09
1.2 Procedimento Licitatório	12
1.3 Procedimento licitatório como ato administrativo	15
2. ATO ADMINISTRATIVO	16
2.1 Noções gerais	16
2.2 Extinção dos atos administrativos	19
2.3 Revogação do ato	20
2.3.1 Conceito	20
2.3.2 Considerações gerais	21
2.3.3 Distinção entre revogação e anulação	26
3. A REVOGAÇÃO NAS LICITAÇÕES	28
3.1 Requisitos legais	31
3.1.1 Interesse Público	32
3.1.2 Fato superveniente devidamente comprovado pertinente e suficiente	35
3.2 Do contraditório e a ampla defesa	40
3.3 Da invalidação e do controle do ato revogatório da licitação	41
3.4 Repristinação	46
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

De acordo com o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a Administração Pública deve promover processos licitatórios para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, de tal forma a assegurar a igualdade de condições entre os concorrentes.

Assim, por meio de edital ou convite, convocam-se os interessados a participar de disputa licitatória, visando à contratação do licitante que apresentar a proposta que melhor atenda aos interesses da Administração pública, em conformidade com as regras estipuladas no instrumento convocatório.

Em atenção ao princípio da eficiência, seria ideal que todos os procedimentos licitatórios fossem conduzidos regularmente até o seu fim, culminando com a contratação da melhor proposta.

No entanto, nem sempre é possível alcançar a finalidade almejada pela licitação, devido a diversas circunstâncias que podem vir a ocorrer no percurso do certame. Conseqüentemente, o artigo 49 da Lei 8.666/93 prevê duas formas de extinção do processo: a revogação e a anulação, conforme abaixo transcrito:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

O presente trabalho terá como foco a revogação da licitação, ato que induz ao desfazimento do procedimento licitatório, por motivos de conveniência e oportunidade, observadas as exigências legais.

Por se tratar de ato administrativo, deverão ser observadas todas as características que lhe são peculiares, bem como algumas das principais teorias doutrinárias discutidas sobre o assunto.

Assim, para melhor compreensão do objeto em estudo, também serão abordados alguns aspectos pertinentes da licitação e do ato administrativo.

1. A LICITAÇÃO

1.1 Considerações Gerais

A licitação é um procedimento administrativo promovido pela Administração Pública para obter a proposta mais vantajosa na contratação de obras, serviços, compras ou alienações, por meio de um certame em que se assegura igualdade de condições aos participantes.

Conforme ensina Hely Lopes Meirelles, “licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”.¹

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, leciona que a licitação é “um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinar relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.”²

Na lição de José Afonso da Silva, “Licitação é um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e a escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou de alienações do Poder Público”.³

¹ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª edição, 2006, p. 272.

² Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 29ª edição, 2012, p. 532

³ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 36ª edição, 2013, p. 676.

O procedimento licitatório se trata de uma imposição constitucional, já que o artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna, prevê que as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O dispositivo constitucional apontado alhures foi regulamentado pela Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, cujo artigo terceiro indica a quais fins a licitação se destina, nos seguintes termos:

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.

Assim, de acordo com a redação acima, a licitação possui três finalidades: (i) garantir a observância do princípio da isonomia; (ii) garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública; e (iii) promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Para evitar que a Administração Pública se distancie das finalidades a que se destina a licitação, a Lei determina a observância de diversos princípios de direito nos procedimentos licitatórios, os quais serão abordados a seguir.

1.1.1 Princípios

Consoante apontado alhures, a licitação 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.

Oportuno se mostra, portanto, tecer breves considerações sobre tais princípios.

O princípio da legalidade, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, significa que “a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”.⁴ Referido princípio possui grande relevância para os procedimentos licitatórios, pois impede que a Administração Pública atue em desconformidade com a Lei, ou sem o amparo desta.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, impõe que a Administração atue de forma neutra (impessoal), em consonância com a previsão constitucional do artigo 37, XXI, da Carta Magna, que assegura a igualdade de condições a todos os participantes do certame, impedindo, dessa forma, qualquer forma de favoritismo ou discriminação que não seja pertinente.

No que tange ao princípio da igualdade, deve-se conferir tratamento isonômico entre os licitantes, desde o momento da elaboração do ato convocatório, bem como ao longo do procedimento licitatório.

O princípio da moralidade guarda relação com o princípio da probidade. Conforme ensina Marçal Justen Filho “em nenhuma hipótese a conduta adotada pela

⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. Cit., p. 108

Administração ou pelo particular poderá ofender os valores fundamentais consagrados pelo sistema jurídico”.⁵

E continua o renomado autor: “A ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral. A moralidade soma-se à legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida”.⁶

O princípio da publicidade remete à ideia de transparência, garantindo que qualquer interessado possa participar e/ou fiscalizar os atos da licitação. Poderá ser mitigado somente quando as características do objeto licitado demandar sigilo, visando a resguardar o interesse público.

Sobre o princípio da vinculação ao edital, destaca-se que a “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”, conforme previsto pelo artigo 41, da Lei 8.666/93.

O princípio do julgamento objetivo, por sua vez, de acordo com o Manual de Licitações e contratos do Tribunal de Contas da União, significa que “o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para julgamento da documentação e das propostas. Afasta a possibilidade de o julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no instrumento de convocação, ainda que em benefício da própria Administração”.⁷

Além dos princípios acima mencionados, também existem outros que são correlatos. Assim, por exemplo, os princípios da ampla competitividade do certame, que impede restrições indevidas ao caráter competitivo do certame, o do sigilo da proposta, entre outros.

⁵ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*, 14ª edição, 2010, p. 75.

⁶ *Idem*, p. 75.

⁷ Tribunal de Contas da União, *Licitações e Contratos – orientações e jurisprudência do TCU*, p.29.

Cabe lembrar, ainda, que a Administração Pública também deve obediência aos princípios elencados no artigo 37, da Constituição Federal (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Importante observar que não existe no ordenamento jurídico pátrio um grau de hierarquia entre tais princípios. Não existe um que se sobreponha a outro. Todos haverão de coexistir em perfeita harmonia uns com os outros. Não se deve aplicar isoladamente um determinado princípio em arrepio ao que outro princípio protege.

Assim, por exemplo, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório deve se coadunar em perfeita harmonia com os demais princípios, tal como o da legalidade. Dessa forma, a Administração não estaria obrigada a cumprir as normas e condições do edital se estes forem flagrantemente ilegais, ou, ainda, se não possuírem amparo legal.

1.2 O procedimento licitatório

O procedimento licitatório é composto por uma sequência de atos que podem ser divididos em uma fase interna e uma externa.

Considerando que o escopo do presente trabalho visa o estudo da revogação nas licitações, não pretendemos esmiuçar todos os detalhes de cada uma dessas fases, mas apenas abordar sumariamente aquilo que for necessário para o entendimento da matéria.

Sobre a fase interna, ensina Hely Lopes Meirelles “o procedimento da licitação inicia-se na repartição interessada com a abertura de processo em que a

autoridade competente determina sua realização, define seu objeto e indica os recursos hábeis para a despesa”.⁸

Assim, em linhas gerais, a licitação tem início mediante pedido da unidade requisitante interessada, indicando as necessidades e justificativas para a contratação, com a elaboração, se for necessário, de projeto básico, termo de referência ou projeto executivo, conforme for o caso, e com a definição e especificação do objeto que se pretende licitar.

De posse de tais informações, a autoridade competente decidirá se autoriza ou não a instauração do procedimento licitatório. Nesse momento é realizado o primeiro juízo de conveniência acerca da contratação almejada.

Uma vez definido e especificado o objeto que se pretende licitar, a Administração Pública deverá promover uma pesquisa de preços para determinar o valor do preço médio praticado no mercado em relação ao objeto licitado.

Após esse procedimento, a Administração deverá verificar se possui os recursos orçamentários para fazer frente às despesas com a contratação. Caso necessário, realiza-se a reserva orçamentária de tais valores. Em algumas contratações também deverão ser observadas, nesse momento, outras providências previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, como a estimativa do impacto orçamentário-financeiro e/ou a declaração do ordenador de despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual (LOA) e compatibilidade com o plano plurianual (PPA) e com a lei de diretrizes orçamentárias (LDO).

De posse de tais dados, a Administração pública irá definir a modalidade de licitação e elaborar um instrumento convocatório (edital ou convite) para o certame,

⁸ Hely Lopes Meirelles, op. cit., p.287

por meio do qual se indicará aos interessados todas as informações e especificações necessárias sobre o objeto licitado, bem como as regras estabelecidas para a disputa.

O instrumento convocatório deverá ser submetido ao exame e aprovação da assessoria jurídica do órgão licitante, que deverá observar se existem cláusulas em desconformidade com a lei ou com os princípios que regem a licitação.

Estando formalmente em ordem, do ponto de vista jurídico, o processo licitatório é novamente encaminhado para a autoridade pública competente, para que esta exerça um novo juízo de conveniência e oportunidade e assim decida se irá determinar, ou não, a publicação do instrumento convocatório.

Oportuno observar que, nessa oportunidade, a autoridade pública competente já possui diversas informações relevantes sobre o assunto: o objeto licitado e suas especificações; as justificativas para a sua contratação; o preço médio praticado no mercado; a existência ou não de recursos orçamentários para fazer frente às despesas; bem como as regras do instrumento convocatório do certame.

Sopesados esses fatores e uma vez decidido pela promoção da licitação, publica-se o instrumento convocatório para dar ciência aos interessados, iniciando-se, dessa forma, a fase externa da licitação.

Cabe destacar que a fase interna possui especial relevância para o tema em estudo, pois é nesse momento em que a Administração Pública realiza os primeiros juízos de conveniência e oportunidade acerca da licitação. Voltaremos ao assunto oportunamente, quando tratarmos de um dos requisitos legais da revogação da licitação (a ocorrência de fato superveniente).

Após a fase interna, há a fase externa, que se inicia com a publicação do instrumento convocatório. De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello, esta

última fase “é aquela em que, já estando estampadas para terceiros, com a convocação de interessados, as condições de participação e disputa, irrompe a oportunidade de relacionamento entre a Administração e os que se propõem afluír ao certame”.⁹

A fase externa tem o seu regular encerramento com a adjudicação do objeto licitado ao licitante declarado vencedor e a homologação do resultado pela autoridade pública competente.

Convém apontar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que, antes da homologação, há mera expectativa de direito, não sendo pertinente falar de direito adquirido, de tal forma que não haveria repercussão alguma na esfera jurídica dos licitantes (Nesse sentido: RMS nº 23.402/PR e AI nº 228.554/MG).

Oportuno observar, ainda, que nem todos os procedimentos licitatórios seguirão à risca os procedimentos acima indicados, pois algumas modalidades de licitação possuem características que as diferenciam das demais. Assim, por exemplo, nas licitações pelo sistema de registro de preços, não é necessária a reserva orçamentária, pois não há obrigatoriedade de a Administração contratar o objeto registrado em ata. Ou, ainda, da mesma forma, algumas vezes a licitação deverá ser precedida de audiência pública em razão dos valores envolvidos.

1.3 O procedimento licitatório como ato administrativo

O parágrafo único do artigo 4º da Lei 8.666/93 dispõe que “o procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública”.

⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. Cit., p.585

Tratando-se, pois, de ato administrativo, resta oportuno tecer breves comentários sobre o assunto, para melhor compreensão do objeto do trabalho.

2. O ATO ADMINISTRATIVO

2.1 Noções Gerais

A disciplina acerca dos atos administrativos é complexa e possui diversos detalhes. Apesar de ser um assunto deveras interessante, não se pretende abordar de forma exaustiva essa disciplina, pois isso nos afastaria do escopo do presente estudo.

Assim, muito embora existam diversas teorias acerca dos atos administrativos, será adotada como premissa básica deste capítulo a sistemática da teoria formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello, haja vista abordar muitos dos pontos cuja compreensão será necessária ao desenvolvimento do capítulo terceiro deste trabalho.

O referido autor conceitua o ato administrativo, em sentido amplo, como:

“declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestado mediante providencias jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.¹⁰

De acordo com a teoria em análise, a sistematização do ato administrativo conta com elementos e pressupostos.

Os elementos possuem dois componentes: a forma e conteúdo.

¹⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 389

Já os pressupostos do ato podem ser divididos em pressupostos de existência e pressupostos de validade.

Os pressupostos de existência são o objeto e a pertinência do ato ao exercício da função administrativa.

No que tange aos pressupostos de validade, subdividem-se em cinco: (i) pressuposto subjetivo (sujeito); (ii) pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais); (iii) pressuposto teleológico (finalidade); (iv) pressuposto lógico (causa); e (v) pressuposto formalístico (formalização).

Ensina, ainda, o festejado autor, que sem os elementos, não há ato jurídico algum, seja administrativo ou não. Por outro lado, sem os pressupostos de validade, não haverá ato administrativo válido.

Além disso, esclarece que, sem os pressupostos de existência “faltarão o indispensável para a produção jurídica daquele objeto constituído pelos elementos, isto é, para o surgimento de um ato jurídico qualquer (administrativo ou não, válido ou inválido), ou, então, faltarão o requerido para a qualificação dele como ato administrativo (válido ou inválido)”.¹¹

Oportuno destacar, também, a lição de Marçal Justen Filho, por abordar de forma sintética os principais elementos e pressupostos mencionados acima:

“O sujeito do ato administrativo é quem o produz, que pode ser denominado agente.

O conteúdo é aquilo que por ele é determinado ou estabelecido.

A forma é o modo de exteriorização do ato

O motivo é a causa jurídica eleita pelo agente para produzir o ato.

¹¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. Cit., p. 397

A finalidade é o resultado ou o interesse que se busca satisfazer por meio do ato.”¹²

Após essas breves considerações, convém tecer alguns comentários acerca de duas teorias doutrinárias relacionadas aos pressupostos de validade do ato: a teoria dos motivos determinantes e a teoria do desvio de poder.

A teoria dos motivos determinantes, segundo Hely Lopes Meirelles, “funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos”.¹³

Assim, tem-se que a validade do ato está atrelada à existência do motivo indicado. Conforme esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello, “uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam”.¹⁴

Já a teoria do desvio de poder guarda relação com outro pressuposto de validade do ato administrativo, a finalidade.

O desvio de poder, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ocorre quando “a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou”.¹⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o desvio de poder se manifesta quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público, ou, ainda,

¹² Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed., 2010, p. 334

¹³ Hely Lopes Meirelles, op. Cit. , p. 197

¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. Cit., p. 408.

¹⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 25ª edição, 2012, pg. 225.

quando busca uma finalidade alheia à natureza do ato que utilizou, ainda que tal finalidade se coadune com o interesse público.¹⁶

Desta feita, ambas as teorias podem levar à invalidação do ato administrativo, inclusive quando este se tratar de revogação de licitação.

Essas são, em apertadas linhas, as breves considerações iniciais a serem feitas sobre os atos administrativos, apenas o suficiente para se estabelecer uma noção geral acerca do que virá a seguir. Não significa, porém, que estamos desconsiderando a importância dos demais aspectos da disciplina dos atos administrativos que não foram aqui abordados, como os seus atributos, as distintas formas de classificação, entre outros. Apenas deixamos de tratá-los aqui para não prejudicar a didática deste tópico, mas ainda pretendemos abordar tudo aquilo que se mostrar relevante para a compreensão do tema principal do trabalho, oportunamente, conforme se mostrar necessário no contexto da situação em discussão.

2.2 A extinção dos atos administrativos

A extinção do ato administrativo poderá decorrer de diversas causas. Assim, por exemplo, tem-se por extinto o ato quando esgotado o conteúdo jurídico da relação, quando ocorre a sua execução material, pela renúncia do interessado, em razão de caso fortuito ou força maior, ou, ainda, quando se verifica o implemento de seu termo final ou condição resolutive, etc.

Também haverá extinção nos casos de retirada do ato, que poderá se dar em diversas hipóteses, como por exemplo, a revogação, anulação, cassação, caducidade, entre outros.

¹⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. Cit., p. 410.

Marçal Justen Filho observa que “a extinção dos atos administrativos significa, mais propriamente, a extinção das relações jurídicas derivadas dos atos administrativos”¹⁷. Dessa forma, os efeitos jurídicos do ato é que são desfeitos.

2.3 A revogação do ato administrativo

Conforme apontado alhures, a revogação é uma das hipóteses de retirada do ato administrativo, sendo uma das causas que levam à sua extinção.

Na revogação, a retirada do ato se dá por razões de conveniência e oportunidade, tratando-se, pois, de ato praticado no exercício de competência discricionária¹⁸.

Convém traçar um panorama acerca da revogação dos atos administrativos em geral, antes de fazer comentários específicos em relação à licitação.

2.3.1 Conceito

De acordo com Hely Lopes Meirelles, revogação “é a supressão de um ato discricionário legítimo e eficaz, realizada pela administração – e somente por ela – por não mais lhe convir sua existência.”¹⁹

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a revogação é o ato administrativo discricionário pelo qual a Administração extingue um ato válido, por razões de oportunidade e conveniência”.²⁰

¹⁷ Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, p. 362

¹⁸ Também conhecido como “ato vinculado”, aquele que a Administração pratica com certa margem de liberdade de decisão ou avaliação de acordo com critérios de oportunidade e conveniência previamente formulados (Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 434)

¹⁹ Hely Lopes Meireles, op.cit., p. 199

²⁰ Maria Helena Diniz, op. cit., p. 257

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que “revogação é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes”.²¹

Em que pese algumas diferenças conceituais, é possível vislumbrar um ponto comum entre os doutrinadores apontados alhures, no sentido de que a revogação é um ato administrativo discricionário que retira outro ato administrativo – também discricionário, por razões de conveniência e oportunidade.

2.3.2 Considerações Gerais

Por se tratar de ato administrativo, a revogação também deverá observar todos os elementos, pressupostos e características pertinentes, bem assim as demais normas e princípios do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, convém destacar jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Os atos administrativos envolvendo anulação, revogação, suspensão ou convalidação, devem ser motivados de forma ‘explícita, clara e congruente’ (...) o exercício de tais poderes pressupõe devido processo legal administrativo, em que se observa em os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (L. 9.784/99, art. 2º)” (MS 8.946/DF, 1ªS., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 22-10-2003, DJ de 17-11-2003).

Ademais, cabe transcrever os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, por abordar de forma sintética alguns pontos que serão aprofundados adiante:

²¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 457

“Portanto: a) o sujeito ativo da revogação é uma autoridade no exercício de função administrativa; b) seu objeto é um ato ou uma relação jurídica válidos; c) seu fundamento é uma competência discricionária para incidir sobre situação dantes regulada; d) seu motivo é a inconveniência ou inoportunidade da manutenção da situação precedente; e) seus efeitos, em relação ao disposto anteriormente, são os de extinguir o que fora provido, sem ofender os efeitos passados; f) sua natureza é de ato da administração ativa, constitutivo (não apenas declaratório), e expressa um poder positivo; g) seus limites são os que resultam destas características (...)”.²²

Oportuno apresentar algumas considerações sobre a revogação.

Em um primeiro momento, cabe destacar que a revogação pode atingir atos administrativos abstratos ou concretos, porém, relevante observar que nem todos os atos administrativos são passíveis de revogação.

São várias as circunstâncias que podem impedir a revogação de um ato administrativo. Em alguns casos, essa impossibilidade decorrerá das próprias características do ato administrativo em questão. Em outros, o ato será irrevogável por expressa previsão legal, ou mesmo em razão das próprias circunstâncias fáticas pertinentes ao ato.

Abordaremos adiante, de forma não exaustiva, algumas das situações em que não será possível revogar.

Os atos administrativos praticados no exercício de competência vinculada não podem ser revogados, pois “nestes não há os aspectos concernentes à oportunidade e conveniência; se a administração não tem liberdade para apreciar esses aspectos no momento da edição do ato, também não poderá apreciá-los posteriormente”.²³

²² Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit, p. 457

²³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit., p. 257

Da mesma forma, o ato administrativo inválido não poderá ser revogado, pois, nesse caso, o ordenamento jurídico brasileiro impõe a sua anulação.

Os atos administrativos já exauridos também não poderão ser revogados, pois uma vez esgotados os efeitos do ato, não haveria sobre o que a revogação incidir.

De igual sorte, os atos cujos efeitos deles decorrentes se encontram estabelecidos na lei também não poderão ser revogados. Trata-se dos meros atos administrativos, como atestados, certidões, votos, entre outros.

Não diferente será em relação a atos que integram um procedimento, no qual, praticado um novo ato, ocorre preclusão com relação ao anterior, impedindo a revogação.

Celso Antonio Bandeira de Mello ²⁴ também indica que a “coisa julgada administrativa” é capaz de obstar a possibilidade de revogação dos atos administrativos “ampliativos” da esfera jurídica dos administrados. É uma questão de segurança jurídica, lealdade e boa-fé na esfera administrativa. Quando a Administração decidir de modo contencioso um determinado assunto, em última instância, de forma a ampliar a esfera de direito de um administrado, não poderia revogar, nem se retratar, impedindo o questionamento até mesmo na esfera judicial.

Também não poderá haver revogação do ato quando a Constituição ou a lei assim o indicar. Assim, por exemplo, em relação aos atos que geram direitos adquiridos, por expressa vedação constitucional. Nesse sentido, oportuno destacar o teor da súmula 473 do Superior Tribunal Federal: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade,

²⁴ Celso Antônio Bandeira De Mello, op. cit., p. 468

respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Ainda sobre esse assunto, convém destacar que alguns fazem distinção entre a revogação livre (ou independente) e a revogação dependente. De acordo com Pontes de Miranda:

“A dicotomia – revogação dependente e revogação independente – só importa para a composição dos pressupostos da revogabilidade. Manifestação de vontade que livremente se pode revogar é manifestação de vontade revogável desde que se fez. Manifestação de vontade dependentemente revogável é manifestação de vontade que, em princípio, não é revogável, mas que se torna revogável por se terem apresentado os pressupostos”.²⁵

Assim, os atos submetidos à revogação dependente seriam, em princípio, irrevogáveis. Somente passariam a ser revogáveis em razão da ocorrência do fato previsto como pressuposto para a prática do ato de revogação.

Cabe ressaltar, todavia, que há situações nas quais, muita embora, em tese, não restaria configurado o poder de revogar, ainda assim a lei autoriza a revogação do ato, visando ao atendimento do interesse público. Ocorre que, nesses casos, poderá haver violação dos direitos adquiridos pelos administrados, de tal sorte que a retirada do ato resultará na expropriação de tais direitos e demandará o pagamento de indenização prévia, justa e em direito.²⁶

De acordo com Marçal Justen Filho, “o direito à indenização surge não apenas quando exista direito adquirido ou ato jurídico perfeito, de conteúdo

²⁵ Pontes de Miranda, 1984, XXV, p. 271, apud Sérgio de Andreia Ferreira, *Anotações sobre a revogação em sede licitatória*, Boletim de Licitações e Contratos, Editora NDJ, Agosto/2003, p. 532)

²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 467.

econômico. Haverá direito à indenização mesmo em outras hipóteses, na medida em que a revogação for apta a configurar lesão ao patrimônio do particular”.²⁷

Quanto ao sujeito ativo, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que “é uma autoridade no exercício de funções e competências administrativas (...). O agente que revoga tanto pode ser aquele que produziu o ato quanto autoridade superior no exercício hierárquico”.²⁸

O referido autor ressalva, todavia, a possibilidade de a lei atribuir competência revogatória a autoridade fora da linha hierárquica.

Cumprir registrar, ainda, a impossibilidade jurídica de revogação do ato administrativo por meio de decisão judicial. O ato somente pode ser revogado pela Administração Pública, não competindo ao Poder Judiciário apreciar os motivos de conveniência e oportunidade, de tal forma que qualquer pretensão postulatória nesse sentido deverá ser indeferida.

Cabe destacar, ainda, que, tradicionalmente, costuma-se dizer que a eficácia do ato revogatório não retroage (*ex nunc*), de tal forma que não é capaz de desconstituir os efeitos passados. Significa, pois, que “como a revogação atinge um ato que foi editado em conformidade com a lei, ela não retroage; os seus efeitos se produzem a partir da própria revogação”.²⁹

A revogação poderá ser explícita, quando declara revogado o ato anterior, ou implícita, quando emite um ato incompatível com o anterior, como, por exemplo, a edição de um novo regulamento dispendo de forma contrária aos regulamentos anteriores.

²⁷ Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, p. 398

²⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, *op. cit.*, p. 458

²⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *op. cit.*, p. 257

O fundamento e o motivo da revogação estão ligados à atribuição de competência à autoridade pública quanto à possibilidade de se exercer um novo juízo discricionário acerca de determinada situação antes apreciada, sob o enfoque do então atual contexto de conveniência e oportunidade do ato.

De acordo com Marçal Justen Filho, “A revogação se funda na inconveniência do ato para a satisfação de interesses coletivos ou a realização de direitos fundamentais”.³⁰

Referido autor pondera, todavia, que a revogação é “manifestação anômala da competência estatal” e adverte que “não é compatível com a democracia republicana que a Administração se valha da competência revocatória para frustrar direitos e garantias protegidos pelo direito (...) não é válida a revogação fundada na pura e simples invocação da existência de um ‘interesse público’”.³¹

Necessário destacar, ainda, que a Administração Pública sempre deverá justificar a revogação, indicando expressamente a motivação do ato. Trata-se de algo essencial à garantia da defesa dos direitos dos administrados, pois os princípios da motivação e da publicidade impõem que seja dada a oportunidade a todos os interessados de conhecer os motivos do ato revogatório.

Eis, em poucas linhas, a síntese do necessário para compreensão da revogação dos atos administrativos.

2.3.3 Distinção entre revogação e anulação

A revogação não se confunde com a anulação, pois esta visa o desfazimento de ato ilegítimo ou ilegal. Ou seja, a anulação ataca o ato inválido, aquele praticado em desconformidade com a Lei.

³⁰ Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, p. 396

³¹ *Idem*, p. 397

O ato inválido não pode ser revogado, pois ele deverá ser invalidado. Não existe a possibilidade, nessa hipótese, de se emitir juízo algum de oportunidade e conveniência. É inadmissível, no âmbito da Administração Pública, o exercício de tal competência discricionária sobre ato que esteja em desconformidade com a lei.

A anulação é causa de extinção do ato que leva à sua retirada por motivos de ilegalidade. Além disso, ela poderá atingir tanto os atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária quanto os atos administrativos vinculados, diferentemente, pois, da revogação.

Na lição de Hely Lopes Meirelles: “Anula-se o que é ilegítimo; revoga-se o que é legítimo, mas inoportuno ou inconveniente ao interesse público”.³²

Celso Antônio Bandeira de Mello indica que a anulação é uma das espécies do gênero “invalidação” do ato, no qual a revogação não se insere. Para o referido autor, invalidação “é a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica”³³, de tal forma que não se afiguraria correta a inclusão do ato revocatório nesse gênero, nem a utilização do termo “anulação” pra se referir à invalidação, pois esta se refere a quaisquer casos de desconformidade do direito.

A anulação do ato administrativo, ao contrário da revogação, poderá ser decretada tanto pela autoridade Pública competente no exercício de função administrativa, como também pelo Poder Judiciário. Trata-se de questão afeta à legalidade do ato, e não aos motivos de oportunidade e conveniência, de tal modo que a apreciação judicial não pode ser afastada.

³² Hely Lopes Meirelles, *Licitação e Contrato Administrativo*, 2010, 15ª edição, p. 223

³³ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 470

Os efeitos da anulação também são diferentes, na medida em que geralmente o são retroativos (*ex tunc*). Celso Antônio Bandeira de Mello ressalva que a anulação dos atos administrativos que ampliam a esfera de direito dos administrados (atos ampliativos) não deverá retroagir (*ex nunc*) se eles estiverem de boa fé e não houverem concorrido para o vício do ato.³⁴

Feitas essas considerações acima, verificaremos de que maneira tudo se relaciona com o tema central do presente trabalho, a revogação nas licitações.

3. A REVOGAÇÃO NAS LICITAÇÕES

Conforme se depreende do que já foi dito, a licitação é um procedimento administrativo no qual se desencadeia uma série de atos visando à obtenção da melhor proposta para o órgão licitante.

Referido procedimento, nos termos da lei, constitui ato administrativo formal, de tal modo que deverá observar a disciplina acerca dos elementos e pressupostos desses atos, inclusive no que se refere à revogação.

Sendo assim, a revogação da licitação deverá obedecer à mesma disciplina abordada no capítulo anterior, quanto ao ato revocatório dos atos administrativos em geral.

Assim, importante observar que, nas licitações, o poder de revogar está previsto no artigo 49, da Lei 8.666/93, a seguir transcrito:

“Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá **revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta**, devendo anulá-la por ilegalidade, de

³⁴ Idem, p. 488

ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado”. (negritos nossos)

Nesse ponto, cabe observar que, os trechos em negrito denotam que a revogação, no caso das licitações, não é livre, mas depende da observância dos requisitos expressamente elencados.

Desta feita, a princípio, a licitação seria, então, irrevogável, passando, todavia, a ser revogável, caso verificada a ocorrência dos requisitos que autorizam a sua extinção por meio da revogação.

Convém ponderar que, ao menos nesse aspecto, a legislação mencionada parece estar correta ao não permitir a revogação livre da licitação. Imagine-se o que aconteceria se assim o fosse atualmente. Permitiria que a arbitrariedade tornasse os certames ainda menos sérios. A insegurança irromperia de tal forma a afastar a participação de muitas empresas sérias, fustigando qualquer tentativa de conferir ampla competitividade aos certames e tolhendo as chances de a Administração obter a proposta mais vantajosa ao interesse público. Enfim, seria algo que não se coaduna com a hodierna conjectura do ordenamento jurídico pátrio. Contrário a tudo o que foi exposto nos capítulos anteriores.

Relevante observar que, uma vez verificada a presença dos requisitos legais que autorizam a revogação da licitação, os licitantes não poderão impedi-la. Tampouco o Poder Judiciário.

Trata-se, pois, de decisão que só pode ser tomada do ponto de vista relativo ao exercício de competência discricionária da autoridade competente para aprovar o procedimento licitatório. Portanto, somente a esta compete o poder de revogar, por expressa previsão legal.

O ordenamento jurídico não admite a invasão na esfera de cognição do ato válido e legítimo de revogação de licitação praticado no regular exercício de competência discricionária. Trata-se de critério de oportunidade e conveniências cuja apreciação se encontra exclusivamente a cargo da autoridade responsável pela aprovação dos certames do órgão licitante.

Seria contrário ao senso jurídico aceitar que algum terceiro, inclusive o Poder Judiciário, pudesse substituir essa competência para forçar o órgão licitante a não revogar a licitação caso, presente os requisitos legais, esta se mostrasse inconveniente e inoportuna aos interesses públicos que a Administração deve defender.

Cabe ressaltar, todavia, a possibilidade de invalidação do ato revogatório, se ausente os requisitos legais que o autorizam, ou se praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, conforme será abordado de forma mais detalhada no momento oportuno.

Por tal razão, a lei impõe que a revogação da licitação será feita mediante parecer escrito e devidamente fundamentado, do qual poderá se extrair os motivos do ato.

Conforme ensina Maria Adelaide de Campos França, “são as conveniências do serviço que comandam a revogação e constituem a justa causa da decisão revocatória, que, por isso mesmo, precisa ser motivada, sob pena de se converter em ato arbitrário. E o arbitrário é incompatível com o Direito.”³⁵

Já foi dito, ainda, que, tradicionalmente, costuma-se dizer que o ato revogatório não retroage, operando *ex nunc*. De agora em diante.

³⁵ Maria Adelaide de Campos França, Lei de licitações e contratos da Administração Pública, 6ª Ed., 2010, p.191

Nesse ponto, interessante destacar os comentários de Sérgio de Andréia Ferreira sobre o assunto, no sentido de que a revogação acarretaria no desfazimento de todos os atos que foram sucessivamente praticados no decorrer do procedimento licitatório, pois este configura uma relação jurídica processual una e unitária. Sendo assim, a revogação, relativamente ao processo licitatório, operaria efeitos retroativos (*ex tunc*).³⁶

Revoga-se, pois, todo o procedimento licitatório, nunca parcialmente. Diferentemente, pois, da anulação, que pode atingir apenas os atos insuscetíveis de aproveitamento, como ocorre, por exemplo, na invalidação tão somente do julgamento de habilitação.

Cabe ressaltar, ainda, que nem sempre será necessária a revogação para o encerramento e arquivamento de uma licitação³⁷. Assim, por exemplo, não é caso de revogação se todas as propostas forem desclassificadas, se todos os licitantes forem inabilitados, ou mesmo se não comparecer nenhum interessado para participar do certame. Bastaria considerar a licitação fracassada e arquivar o processo.

Feitas essas considerações, oportuno se mostra comentar acerca do que dispõe o dispositivo legal apontado alhures.

3.1 Requisitos legais

Nos termos da legislação, a revogação somente será permitida por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta. Significa, portanto, que a validade da revogação dependerá da observância de tais requisitos.

³⁶ Sérgio de Andréia Ferreira, *op. cit.*, p. 536

³⁷ Ivan Barbosa Rigolin, *Manual Prático de Licitações*, 8ª Ed., 2009, *op. Cit.*, p. 447

Dessa forma, convêm observarmos de uma forma mais aprofundada esses requisitos, relacionando-os com os princípios que regem as licitações e as finalidades a que esta se propõe, bem assim com todas as peculiaridades da disciplina acerca dos atos administrativos, expostas ao longo do presente trabalho.

3.1.1 Interesse público

Antes de comentarmos sobre esse instituto, é interessante refletir sobre a real necessidade de ter sido expressamente incluído no artigo 49, da Lei de Licitações.

Isso porque o interesse público é algo que deve ser visado em todo e qualquer ato administrativo, sem exceções. É um dos alicerces do regime jurídico administrativo. Inconcebível reconhecer a validade de ato administrativo contrário ao interesse público.

Desta feita, forçoso reconhecer que a presença dessa expressão jurídica no texto legal serve para lembrar a todos algo que jamais pode ser olvidado. Ainda que não se fizesse menção alguma quanto a isso, inegável que a revogação da licitação não poderia decorrer por razões que não atendessem ao interesse público, na medida em que este é inafastável. Apesar disso, também não se pode deixar de admitir que, tratando-se desse tema, toda precaução é necessária, já que a licitação envolve a utilização da verba pública. Deve-se, pois, considerá-la no sentido de que apenas as razões de interesse público, e não um interesse diverso, é que poderá dar ensejo à revogação.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o interesse público como aquele “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**”.³⁸ (grifos do original)

³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 62

Referido autor ainda faz uma distinção que se mostra oportuna comentar nessa oportunidade, pois também se verifica no caso da licitação. Neste sentido, existe o que pode se chamar de interesse público primário e interesse público secundário.

O interesse público primário corresponderia aos exatos termos descritos no conceito transcrito alhures. É o que a Administração Pública deve perseguir em todos os seus atos.

Lado outro, o interesse público secundário da Administração poderia ser equiparado a um interesse “individual” do Estado, enquanto detentor de personalidade jurídica própria, sujeito a direitos e obrigações, alguns deles regidos pelas regras do Direito Privado. Desta forma, certas vezes não irá corresponder à noção de interesse coletivo, o bem comum, de cada um em relação ao todo. Por tal razão, a Administração Pública somente deverá seguir os interesses secundários caso estes se coadunem com os interesses públicos primários.

Na licitação, pode-se dizer que muitas vezes existirá um interesse público secundário do órgão licitante que não irá se harmonizar com o interesse público primário.

De fato, na qualidade de quem pretende adquirir um produto ou contratar determinado serviço, ou mesmo alienar algum bem, a Administração Pública poderá se deparar com situações em que o interesse público secundário conflita com o interesse público primário. É que, sob a ótica desse ponto de vista, muitas vezes o interesse secundário clamaria pela escolha do menor preço (menor lesividade ao erário, economia de verbas públicas, etc.). Nesse ponto, não haveria problemas se, no caso em concreto, o interesse primário também impuser a vitória do menor preço.

Por outro lado, vale lembrar que a Administração pública se encontra obrigada a atingir as finalidades a que a licitação se destina. Conforme já dito, a legislação prevê três finalidades: (i) garantir a observância do princípio da isonomia; (ii) garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública; e (iii) promover o desenvolvimento nacional sustentável.

O interesse público primário da licitação, em muitos casos, demanda o atendimento das três finalidades de forma concomitante, e aí residiria o ponto de conflito do interesse público primário com o interesse público secundário pela obtenção do melhor preço: ao tentar se garantir a observância do princípio da isonomia, ou mesmo ao tentar promover o desenvolvimento nacional sustentável, a Administração Pública poderá ser obrigada a fazer ajustes nas especificações do objeto, de tal forma a tornar naturalmente mais onerosa a sua contratação.

Assim, por exemplo, a aquisição de madeira poderia ter um valor financeiro reduzido caso não houvesse normas ambientais a serem observadas, que exigem madeira reflorestada. No entanto, o benefício econômico que a Administração poderia vir a auferir nesse caso em isolado nem se compararia ao benefício ambiental que um conjunto de ações similares a essas pode levar. Seguindo a mesma lógica, tivemos a oportunidade de presenciar que as licitações para aquisição de lápis ecológicos envolvem gastos maiores do que para os lápis tradicionais, da mesma forma que tem sido mais comum no âmbito da Administração Pública a aquisição de maiores quantidades de papel reciclável em detrimento ao papel comum.

Além dessas três finalidades mencionadas na Lei 8.666/93, a Administração também poderá ser obrigada a atingir outras finalidades que venham a ser previstas no ordenamento jurídico, as quais poderão influenciar no interesse público primário do órgão licitante.

Assim, por exemplo, o será em relação à “promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica” a que alude o artigo 47, da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, que autoriza a Administração pública a conceder tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, inclusive permitindo a realização de certame destinado exclusivamente à participação deste tipo de empresas, observado as formalidades legais (artigo 48).

Feitas essas considerações, importante ressaltar que, também no caso de licitação, os atos sempre deverão ser praticados visando a atender ao interesse público primário do órgão licitante.

Significa, ainda, que, caso ocorra eventualmente a sua revogação, deverá ser por razões que atendam exclusivamente a esse interesse público primário. O ato revocatório poderá ser invalidado se restar demonstrado que, na verdade, foi praticado por razões de interesse diverso ao primário, como por exemplo, o interesse público secundário incompatível do órgão licitante, ou, o que é pior, o interesse “individual” da pessoa que se apresenta como autoridade competente, já que, infelizmente, na prática, é comum invocarem indevidamente o “interesse público” para assim satisfazerem interesses escusos, não legítimos.

3.1.2 Fato superveniente devidamente comprovado pertinente e suficiente

Não é qualquer razão de interesse público que poderá ensejar a revogação da licitação, pois, para tanto, a legislação também pressupõe que decorra de “fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta”.

Dessa forma, conforme já mencionado anteriormente, não há que se falar em poder de revogar o procedimento licitatório enquanto não verificada a ocorrência do fato superveniente a que alude os termos da lei.

A expressão “fato superveniente” denota a ideia de um fato novo, ocorrido no decorrer do procedimento licitatório, capaz de provocar a Administração Pública a alterar o seu julgamento sobre os critérios discricionários de conveniência e oportunidade acerca do prosseguimento do certame.

Desta feita, somente após a ocorrência do fato é que surgirá para a Administração a oportunidade de decidir se lhe é conveniente revogar ou não o certame, por razões de interesse público.

Não é qualquer fato superveniente, portanto, que autoriza a revogação. É necessário que seja pertinente e suficiente para justificar tal conduta. Significa, pois, que ele deve guardar relação com as razões de interesse público que motivaram o ato revocatório, já que estas devem decorrer desse fato. Não somente isso, ele também deve possuir certa relevância para o interesse público, de tal forma a se mostrar apto a autorizar a revogação, pois, conforme já mencionado, esta é manifestação anômala da competência estatal, sendo ideal que os procedimentos licitatórios fossem regularmente conduzidos até o seu fim, culminando com a contratação pretendida, em homenagem ao princípio da eficiência.

No tópico 1.2 retro, mencionamos que a Autoridade competente deve realizar alguns juízos de conveniência durante a fase interna e ao final da fase externa da licitação.

Oportuno observar que, a cada ato sucessivamente praticado no processo licitatório, agrega-se mais informações ao campo cognitivo desse juízo de competência discricionária.

Assim, na ocasião do primeiro juízo de conveniência, quando a Autoridade competente decide se autoriza a realização do procedimento licitatório, ela conhece apenas o objeto a ser licitado e as justificativas da contratação.

Posteriormente, quando decide se determinará a publicação do instrumento convocatório, ela já tem uma maior base de informações: o objeto licitado e suas especificações, as justificativas para a sua contratação, o preço médio praticado no mercado, a existência ou não de recursos orçamentários para fazer frente às despesas, bem como as regras do certame e determinará a convocação do vencedor para a assinatura do contrato ou retirada de outro instrumento hábil a formalizar a contratação.

Ao final da fase externa, o procedimento licitatório é novamente submetido ao juízo de conveniência da autoridade pública. Nessa oportunidade, além das informações mencionadas acima, ela também terá condições de saber outros detalhes fáticos distintos, como o preço declarado vencedor do certame, se houve alguma ilegalidade praticada no percurso, bem como eventuais razões recursais dos licitantes. Caso aprove a licitação, homologará o resultado do certame.

Ao impor a ocorrência do fato superveniente como requisito da obrigação, a legislação também estabelece dessa forma uma relação contextual com o exercício desses juízos de competência acima mencionados, pois, uma vez decidido pela conveniência da conjectura de fatores de uma dada situação, a Administração se vincula a essa decisão, de tal forma que somente o fato novo, até então não existente, ou não conhecido, autorizaria a sua revisão.

Não ocorrendo nenhum fato superveniente, obstado estaria, portanto, a renovação do mesmo juízo de conveniência já exercido anteriormente. Na prática, é como se de preclusão se tratasse.

Conforme ensina Marçal Justen Filho: “não se admite que a Administração julgue, posteriormente, que era inconveniente precisamente a mesma situação que fora reputada conveniente em momento pretérito”.³⁹

Segundo Sérgio de Andreia Ferreira:

“a exigência do pressuposto do fato superveniente evidencia que a revogação só será lícita se existirem elementos factuais novos, ulteriores à fase em que se encontra o processo licitatório, pois que não só na abertura, mas, a cada etapa, os atos praticados no referido processo, e que o mantêm e impulsionam, vão oferecendo a preclusão e exaurindo a valoração discricionária administrativa quanto à conveniência no avançar na licitação, em face do cenário fático que se oferece em cada um desses segmentos procedimentais: configura-se a irreversibilidade dessa valoração, a vedação à sua reapreciação.”⁴⁰

A revogação poderá ocorrer a qualquer tempo, desde que se verifique a ocorrência de fato superveniente. Assim, poderá ocorrer antes ou até mesmo após a homologação do certame. De fato, ainda haveria possibilidade de se praticar tal ato, por exemplo, durante o intervalo entre a publicação do despacho homologatório e a efetiva celebração do contrato, o que às vezes poderá demorar pra acontecer, e nesse interregno poderá sobrevir fato superveniente pertinente e suficiente para ensejar a revogação do certame caso o interesse público assim o demandar.

Oportuno ressaltar, todavia que, conforme já foi dito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça alinha-se no sentido de que, antes da homologação haveria expectativa de direito dos licitantes. Situação esta que mudará em relação ao licitante vencedor, tendo em vista que, após a publicação do despacho homologatório, poderá gerar direitos subjetivos na esfera jurídica do vencedor.

³⁹Marçal Justen Filho, *Comentários à lei de Licitações e contratos administrativos*, p. 669

⁴⁰Sérgio de Andreia Ferreira, *op. cit.*, p. 536

Por tal razão, entende-se que, a revogação havida após a homologação ensejaria o pagamento de indenização pela Administração pública ao licitante declarado vencedor pelas despesas que desembolsou para concorrer no certame (Nesse sentido, os seguintes processos julgados pelo STJ: MS 7.017/DF, MS nº 12.047/DF).

Celso Antônio Bandeira de Mello adverte, porém, que, se a revogação da licitação houver sido efetuada de forma ilícita, caberia ao vencedor indenização de tudo o que perdeu e deixou de ganhar devido ao ato ilícito que restringiu os proveitos que iria auferir com o contrato, além das despesas incorridas para participar no certame.⁴¹ Cabe ponderar que, dependendo da situação, caso a Administração Pública venha a ser condenada a realizar tal pagamento, deverá buscar reaver a quantia mediante o exercício de direito de regresso contra a pessoa que estava exercendo o cargo de autoridade competente, bem assim dos agentes que concorreram para a prática do ilícito.

Ainda em relação ao fato superveniente, cabe destacar que a lei exige que seja devidamente comprovado. Isso não quer dizer, todavia, que deva ser realizada instrução probatória à exaustão no processo licitatório, tal como se de processo judicial se tratasse. Nem sempre será necessária a produção de prova pertinente à revogação da licitação. Muitas vezes bastará que, de acordo com os motivos enunciados na motivação do ato, seja possível a terceiros, inclusive ao Poder Judiciário, atestar a real ocorrência do fato superveniente indicado. Vale lembrar, ainda, que os atos administrativos possuem como atributo a presunção de legitimidade, e que alguns fatos independem de prova, como por exemplo, os notórios, os incontrovertidos, entre outros.

Cabe destacar, todavia, que se admite prova em contrário, de tal sorte que se restar comprovado que o fato alegado não ocorreu, ou que muito embora ocorrido, não atende às relações de superveniência, pertinência ou suficiência exigidas nos

⁴¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 621

termos da lei, o ato revogatório poderá ser invalidado. Abordaremos esse assunto novamente mais adiante, de forma mais aprofundada.

3.2 Do contraditório e da ampla defesa

O § 3º do artigo 49 prevê que “no caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa”.

Cabe destacar que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o dispositivo legal supra só é aplicável “quando o procedimento licitatório, por ter sido concluído, gerou direitos subjetivos ao licitante vencedor (adjudicação e contrato) ou em casos de revogação ou de anulação onde o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto como tendo dado causa ao proceder o desfazimento do certame”. (MS nº 7.017/DF, rel. Min. José Delgado, D.J de 2.04.2011)

Assim, tratando-se de desfazimento por revogação, só em alguns casos seria assegurado previamente o contraditório e a ampla defesa, e, ainda assim, tão somente em relação ao vencedor.

Aos demais licitantes, restaria um contraditório e ampla defesa postergado, a ser realizado após o ato revogatório, caso esses manifestem interesse em discutir a situação por meio da apresentação de recurso.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a norma do §3º se completa com a do artigo 109, I, que prevê recurso do ato de revogação, ao qual poderá ser atribuído efeito suspensivo, nos termos do §2º do art. 109.⁴² Adicionalmente, convém destacar que o efeito suspensivo é capaz de obstar a prática de atos processuais, com exceção daqueles voltados ao julgamento do recurso interposto.

⁴² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit., p. 437

3.3 Da invalidação e do controle do ato revogatório da licitação

A invalidação do ato revogatório do procedimento licitatório poderá ser determinada pela própria Administração Pública, bem como pelo Poder Judiciário, a quem cabe o controle externo dos atos da Administração.

Convém ressaltar que esse controle externo ainda poderá ser exercido pelas Cortes de Conta, como, por exemplo, o Tribunal de Contas da União, que tem competência para “fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões”. (MS 24510/DF, julgado em 19/11/2003. Tribunal Pleno do Superior Tribunal de Justiça).

Vale lembrar, todavia, que nem mesmo o Poder Judiciário poderá invadir a esfera de competência discricionária privativa da Administração Pública, de tal forma que jamais poderá substituir o juízo de conveniência e oportunidade acerca do ato de revogação. Ao judiciário cabe, portanto, analisar os aspectos de legalidade do ato revogatório e garantir a sua conformidade com o ordenamento jurídico. Destarte, poderá invalidar a revogação do certame, caso algum vício a macule. Lado outro, não poderá decidir por revogar um certame de outro órgão da Administração ou determinar que a autoridade competente assim o faça, tampouco poderá decidir se o motivo era ou não conveniente e oportuno para a Administração.

Nesse sentido, oportuno destacar a seguinte lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“o campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o princípio da independência dos Poderes”.⁴³

Portanto, importa observar que não está excluída a apreciação judicial sobre os pressupostos de validade do ato administrativo que revoga a licitação, permitindo-se, pois, o exame de legitimidade quanto aos motivos; causa; finalidade; formalização e/ou até mesmo sobre ao sujeito ativo do ato, caso a questão posta em juízo se trate de reconhecer a incompetência daquele que praticou o ato.

Já foi dito, ainda, que a validade da revogação da licitação depende da sua conformidade com os termos da lei. Assim, deverá observar os requisitos e condições estipulados no art. 49, da Lei de Licitações.

Da mesma forma, por se tratar de ato administrativo praticado no exercício de competência discricionária, deverá atender a todos os elementos, pressupostos e outras características pertinentes.

Significa, pois, que são várias as circunstâncias que poderão ensejar a invalidação do ato revogatório. Vamos abordar algumas dela abaixo.

Preliminarmente, oportuno registrar que o parecer escrito e devidamente fundamentado exigido na Lei de Licitações é fundamental para a análise da validade do ato revogatório. O seu teor tem especial relevância, pois, geralmente, o despacho revocatório acolhe os seus fundamentos como razão de decidir. Trata-se, portanto, de algo essencial e indispensável à motivação do ato, sem o qual não se poderia determinar se houve ou não algum vício que macula o ato a ponto de torná-lo inválido.

⁴³ Sérgio de Andreia Ferreira, *op. cit.*, p. 536

Através da análise desse parecer é que será possível verificar a presença dos requisitos e condições previstos na lei 8.666/93. Somente dessa maneira poderá se aferir se o ato foi praticado em conformidade com o ordenamento jurídico.

Conforme ensina Marçal Justen filho: “A revogação ou a anulação somente são válidas quando formalizadas em ato motivado. A ausência de motivação é causa de invalidade. A motivação se sujeitará a controle judicial”.⁴⁴

Dessa forma, acrescenta o referido autor que poderá ser invalidado o ato revogatório se ausente o pressuposto de fato enunciado na decisão, ou mesmo em razão de erro de fato ou qualquer outro defeito na motivação.

Assim, por exemplo, o ato revogatório não será válido se não houverem sido enunciadas as razões de interesse público, ou o fato superveniente, ou se não restar caracterizada a relação de pertinência e suficiência para justificar tal conduta.

Nesse ponto, relevante destacar que algumas das teorias sobre o ato administrativo podem ser fundamentais no exercício do direito de defesa dos licitantes prejudicados pela revogação.

De acordo com a teoria dos motivos determinantes, já mencionada anteriormente, os motivos enunciados vinculam o ato, para todos os efeitos de direito. Dessa forma, o ato somente seria válido se estes realmente ocorreram e se estiverem em conformidade com o ordenamento jurídico. Se inexistentes ou inverídicos, ou mesmo se qualificados de forma incorreta, a validade do ato restará comprometida, sendo oportuno lembrar que o motivo é pressuposto de validade do ato administrativo.

⁴⁴ Marçal Justen Filho, op. cit. , p. 685

Neste sentido, convém destacar o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

“(2) Reconhecida a nulidade do ato revogatório por ausência de motivação, bem como a insubsistência dos motivos alegados pela Administração, dada a inexistência de provas de que a licitação tenha sido revogada por razões de interesse público ou de que o mercado dispõe de valores menores e mais convenientes à Administração, deve ser suprida a omissão encontrada no julgado, para o fim de, reiterada a declaração de nulidade da revogação, determinar-se o prosseguimento do procedimento licitatório. Embargos declaratórios conhecidos e providos para suprir a omissão do julgado, sem efeitos modificativos (TJ/PR, , TJ-PR - Embargos de Declaração Cível EMBDECCV 568820202 PR, 0568820-2/02)

Cabe mencionar, outrossim, que, de acordo com a teoria do desvio de poder, se for constatado que foi realizado em razão de finalidade alheia ao interesse público, ou, ainda, alheia às finalidades da licitação, o ato revogatório não será válido.

Os referidos princípios poderão ser invocados para se atacar a existência de cada um dos requisitos e condições previstas na lei para a revogação da licitação.

Desta feita, em relação ao interesse público, a revogação poderá ser invalidada se for constatado que ela, na verdade, não atende às razões de interesse público enunciadas na motivação do ato. Ou, ainda, se restar demonstrado que aquelas razões não correspondem a interesse público. Ou se forem inexistentes, inverídicas, ou não decorrentes do fato superveniente ocorrido. Da mesma forma, também não terá validade se restar configurado que o interesse público demandava outro tipo de solução para a situação. Não obstante, também será caso de invalidação se ficar caracterizado que o interesse público enunciado foi usado como mero pretexto para se atingir finalidade alheia à lei ou à licitação.

No que tange ao requisito da ocorrência de fato superveniente, cabe destacar que o ato revogatório não terá validade se for demonstrado que, na verdade, o fato indicado como motivo da revogação não ocorreu, não existiu, ou não era verídico. Além disso, se restar comprovado que o fato não era superveniente, também será caso de invalidação. De igual forma o será se o fato enunciado não guardar pertinência, nem justificar a revogação da licitação, ou se verificado desvio de poder.

Convém destacar, ainda, que o ato revogatório também poderá ser invalidado se não estiver em conformidade com os princípios enunciados no artigo 37, da Carta Magna, bem como aqueles que norteiam a licitação. Assim, por exemplo, o será em caso de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, caso restar demonstrado que a realização desse ato não se mostrava a mais adequada ou razoável diante das circunstâncias havidas.

A revogação da licitação, portanto, poderá decorrer da ocorrência de fatos diversos. Algumas situações, porém, ocorrem com uma maior frequência no âmbito das licitações, e já houve reconhecimento judicial acerca da validade do ato revogatório em tais circunstâncias.

Assim, por exemplo, considera-se regular a revogação realizada em decorrência da constatação de que os valores propostos pelos licitantes são superiores à média de preços praticada no mercado.

Neste sentido:

“RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. REVOGAÇÃO APÓS HOMOLOGAÇÃO. PREÇO ACIMA DO MERCADO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADA. 1. O Poder Público pode revogar o processo licitatório quando comprovado que os preços oferecidos eram superiores ao do mercado, em nome do interesse público. 2.

Para ultrapassar a motivação do ato impugnado seria necessária dilação probatória, incompatível com a estreita via do mandado de segurança. 3. O procedimento licitatório pode ser revogado após a homologação, antes da assinatura do contrato, em defesa do interesse público. 4. O vencedor do processo licitatório não é titular de nenhum direito antes da assinatura do contrato. Tem mera expectativa de direito, não se podendo falar em ofensa ao contraditório e à ampla defesa, previstos no § 3º do artigo 49 da Lei nº 8.666 /93. Precedentes. 5. Recurso ordinário desprovido” (STJ, RMS 30.481/RJ)

Da mesma forma, a superveniente ausência de recursos orçamentários também poderá ensejar a revogação: “a revogação de procedimento licitatório em razão da inexistência de suficientes recursos orçamentários, bem como em razão da inconveniência da aquisição de equipamentos sofisticados, não gera direito à contratação” (STJ, MS nº 4513 / DF).

A ausência de competitividade do certame também é reconhecida como causa legítima para a sua revogação:

“1. Licitação obstada pela revogação por razões de interesse público. 2. Avaliação, pelo Judiciário, dos motivos de conveniência e oportunidade do administrador, dentro de um procedimento essencialmente vinculado. 3. Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido. 4. A revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório. 5. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado. 6. O mero titular de uma expectativa de direito não goza da garantia do contraditório. 7. Recurso ordinário não provido”.(STJ, RMS 23.402/PR)

3.4 Da represtinação

Importante observar que admite-se a reprecinação da revogação de uma licitação. Tal fato ocorrerá quando houver a retirada do ato que revogou a licitação.

Ora, se a revogação é um ato discricionário que acarreta na retirada de outro ato discricionário, por inconveniência ou oportunidade, nada obsta que o próprio ato de revogação seja passível de ser invalidado, caso em desconformidade com o Direito, ou revogado, se sobrevir fato superveniente capaz de alterar o entendimento acerca do juízo discricionário anterior.

Nesse caso, cabe destacar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que “há de entender-se que o único sentido do terceiro ato é reconstituir de direito o que resultou do primeiro (...) Seu efeito é recriar o que estava extinto, a partir da última revogação”.⁴⁵

Oportuno transcrever elucidativa ementa constante de um artigo de Floriano de Azevedo Marques Neto⁴⁶ sobre o tema:

“Concorrência publica revogada após concluida a fase de seleção das propostas. Desaparecimento do evento motivador do ato revogatorio. Interesse público na contratação da obra. Economicidade da proposta vencedora mantida e acentuada, invalidação superveniente do ato revogatorio. Poder-dever de contratar o licitante vencedor”.

Explorando os mesmos termos e expressões usadas na ementa acima, podemos sintetizar as lições do referido autor da seguinte maneira: em caso de desaparecimento do evento motivador do ato revogatorio, em situações em que se verifica que ainda há interesse público na contratação pretendida, e na qual a economicidade da proposta vencedora foi mantida e até mesmo acentuada, poderá

⁴⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. Cit., p. 459

⁴⁶ Floriano de Azevedo Marques Neto, *A reprecinaço de ato revogatorio de licitações*, Boletim de Licitações e Contratos, Editora NDJ, Agosto/2002, p. 496

gerar invalidação superveniente do ato revogatório, de tal forma a haver a reprecinação desse ato, recriando-se o que foi por ele extinto e conferindo à Administração Pública o Poder-dever de contratar o licitante vencedor.

CONCLUSÃO

A licitação é uma disputa aonde o importante não é competir. O que importa aos licitantes é ganhar. Em geral, não há espírito esportivo, a concorrência é agressiva e, por vezes, desleal. Todos querem vencer.

Consequentemente, muitos licitantes não ficam satisfeitos quando ocorre a revogação de um procedimento licitatório. A anulação mostra-se, de certo lado, até um pouco mais compreensível para o licitante, pelo fato de a Administração Pública ter o dever de invalidar em caso de ilegalidade. Na Revogação, ao contrário, muitas vezes será difícil para o licitante entender e concordar com o juízo de conveniência e oportunidade realizado pela Administração, justamente pelos aspectos de discricionariedade envolvidos em tal decisão.

Aquele que se sentir prejudicado com a revogação da licitação, deverá observar se a prática desse ato está em conformidade com o ordenamento jurídico, principalmente no que tange à legislação que disciplina essa matéria. Se assim não o estiver, poderá pleitear judicialmente a invalidação.

Do outro lado dessa relação, há a Administração Pública. Diferentemente dos particulares, a Administração não possui liberdade de contratar. Quando assim se tornar necessário, deverá fazê-lo através de processo licitatório, ressalvada as exceções previstas em lei.

Vale dizer, portanto, que a Administração promove a licitação para atender as suas próprias necessidades. É ela quem convoca os interessados para o certame e

não o contrário. Dessa forma, cabe observar que, na qualidade de quem precisa contratar um serviço ou compra, ou mesmo alienar ou locar algum bem, a revogação do certame também não irá satisfazer todas as necessidades da Administração.

Vê-se, pois, que, muitas vezes, a revogação de um processo licitatório não se mostrará favorável a ninguém. Vale lembrar que a revogação da licitação deve ser motivada por razões de interesse público e que, ao buscar o devido atendimento deste, poderá não decorrer benefício prático algum à Administração, restando apenas aquele sentimento de que cumpriu com o seu dever. Ou seja, a Administração revogou a licitação por razões de um interesse público, algo muito bonito na teoria, mas que, na prática, não surtiu o efeito o que era esperado, já que a Administração não teve aquela sua necessidade – a que motivou a promoção do certame – atendida.

Por essas e outras razões é que se considera a revogação do processo licitatório uma manifestação anômala da competência estatal. Trata-se, pois, de algo que não há de ocorrer usualmente, em vista das finalidades da licitação.

Neste sentido, para evitar que esse ato seja realizado indevidamente ao alvedrio da Administração, o artigo 49, da Lei de Licitações estabelece alguns requisitos e condições para a sua prática, ao prever que a licitação somente poderá ser revogada por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta.

A correta interpretação e compreensão acerca desse dispositivo legal, bem como da forma que ele deve se relacionar com o ordenamento jurídico e a disciplina dos atos administrativos é de vital importância para a Administração Pública e, também, para os licitantes, na medida em que poderão se ver obrigados a defender ou atacar a validade do ato revogatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 29ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 2012

FARIA JUNIOR, CYONIL, *Licitações e Contratos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2010

Ferreira , Sérgio de Andreia, *Anotações sobre a revogação em sede licitatória*, Boletim de Licitações e Contratos, Editora NDJ, Agosto/2003

FRANÇA, MARIA ADELAIDE DE C., *Lei de licitações e contratos da Administração Pública*, São Paulo, Saraiva, 2010

JUSTEN FILHO, MARÇAL, *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010

JUSTEN FILHO, MARÇAL, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativo*, 14ª ed., São Paulo, Dialética, 2010

MEIRELLES, HELY LOPES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006

MEIRELLES, HELY LOPES, *Licitação e Contrato Administrativo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010

Neto , Floriano de Azevedo Marques, *A reprecinação de ato revogatório de licitações*, Boletim de Licitações e Contratos, Editora NDJ, Agosto/2002

RIGOLIN, IVAN BARBOSA, *Manual Prático das licitações*, 8ª ed., Saraiva, 2009

SILVA, JOSÉ AFONSA DA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 36ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012