

**JOÃO GUILHERME DUDA**

**CONTROLE JUDICIAL DO ATO REVOCATÓRIO DE LICITAÇÃO.**

**CURITIBA**

**2006**

**JOÃO GUILHERME DUDA**

**CONTROLE JUDICIAL DO ATO REVOCATÓRIO DE LICITAÇÃO**

**Monografia apresentada como requisito parcial  
para a graduação no Curso de Direito da  
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientadora: Professora Doutora Angela C.  
Costaldello.**

**CURITIBA**

**2006**

***Dedico o presente trabalho, com gratidão, aos meus pais.***

***Agradecimentos à Professora Dra. Ângela Costaldello. Primeiramente, pelos ensinamentos e estímulos, ainda quando ministrando a Disciplina "Licitações e Contratos Administrativos", neste curso de graduação, constituindo significativo impulso inicial para este estudo. Depois, pela receptividade ao plano proposto e pelo incentivo ao seu aprofundamento. Por fim, pela orientação acurada, desenvolvida em franco diálogo e em plena disponibilidade, mesmo nos momentos mais críticos, com bons conselhos nos pontos carentes de melhorias, e sem impor preciosismos formais ou obrigações hermenêuticas e axiológicas.***

***Faço os meus agradecimentos também aos Professores Drs. Marçal Justen Filho e Eduardo Talamini pelos ensinamentos e oportunidades.***

***Agradeço ainda aos colegas Guilherme F. D. Reisdorfer, Ayrton R. Giublin Neto e Diogo S. Hecke, pelos auxílios indispensáveis e desinteressados ao longo do curso.***

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	vi
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 ADMINISTRAÇÃO DEMOCRÁTICA E REVOGAÇÃO</b> .....	5
2.1 Estado e Direito.....	5
2.2 Estado Democrático e Estado de Direito.....	6
2.3 Estado, Administração e Democracia.....	7
2.4 Comunicação, democracia, procedimento e direitos fundamentais.....	9
<b>3 REVOGAÇÃO DE LICITAÇÃO – ASPECTOS FORMAIS</b> .....	11
3.1 Breve introdução à revogação de ato administrativo.....	11
3.2. Gênese da revogação: devido procedimento administrativo.....	13
3.2.1 Procedimento administrativo e princípios da administração.....	14
3.2.2 Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa.....	15
3.2.3 O § 3º do artigo 49 da Lei 8.666 de 1993.....	16
3.3 O dever de motivação do ato revocatório.....	18
<b>4 ASPECTOS MATERIAIS DA REVOGAÇÃO DE LICITAÇÃO</b> .....	20
4.1 A natureza do ato de revogação de licitação.....	20
4.2 Preliminarmente: o problema do “Interesse público”.....	22
4.2.1 A colisão de princípios e a busca pela máxima satisfação de direitos fundamentais.....	23

## Sumário

4.3	Controle da discricionarietà na revogaçã.....	24
4.3.1	O controle dos motivos da revogaçã.....	25
4.3.2	Ainda quanto aos motivos: o problema dos conceitos indeterminados..	26
4.3.3	Desvio de poder e finalidade.....	28
4.4	A proposta da discricionarietà vinculada a princípios.....	30
4.5	Uma nova proposta para o controle da revogaçã da licitaçã: releitura da Sùmula 473 do STF e do artigo 49 da Lei 8.666/1993.....	31
<b>5</b>	<b>A INVALIDADE DA REVOGAÇã E OS DIREITOS DOS LICITANTES.....</b>	<b>36</b>
5.1	O dever de indenizar danos decorrentes de revogaçã lícita e a insuficiêcia da indenizaçã como sançã à revogaçã ilícita.....	35
5.2	A obrigatoriedade da continuidade do procedimento revogado de maneira inválida.....	37
<b>6</b>	<b>CONCLUSã.....</b>	<b>42</b>
<b>7</b>	<b>REFERêNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>43</b>

## RESUMO

O artigo 49 da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993 prescreve a hipótese que autoriza a revogação da licitação pela autoridade competente: "*razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta...*". Verificada a situação descrita, a autoridade tem o poder de retirar os efeitos de atos perfeitos e válidos, no exercício de uma competência tida como discricionária. Ocorre, no entanto, que para ser válido o ato revocatório, este deve estar adstrito às condições da norma. Contudo, o texto pertinente à situação ora abordada é permeado de conceitos de difícil determinação: "*razões interesse público*"; e "*fato pertinente e suficiente para justificar tal conduta*", que podem ser interpretados de maneira equivocada pela autoridade competente. Nasce daí a primeira dificuldade, recorrente no Direito Administrativo, dos limites do controle jurisdicional de atos administrativos discricionários, em especial quanto aos seus motivos. Ademais, além do problema de ordem material, há a necessidade do exame do atendimento a requisitos formais decorrentes da principiologia dos Direitos Administrativo e Constitucional contemporâneos, que demandam um "Devido Processo Administrativo". Tais problemas, a despeito da discricionariedade, não podem estar imunes ao controle jurisdicional e devem ser vistos, como pretende este trabalho, sob a ótica de um Direito Administrativo vigente em um Estado Democrático. Verificada pelas razões acima a invalidade da revogação, cumpre iniciar a discussão acerca das suas conseqüências, em âmbito judicial, em especial no que diz respeito aos direitos dos licitantes, mas sem olvidar o próprio "interesse público", em vista da possibilidade de a revogação significar que uma contratação conveniente e oportuna dê lugar a outra lesiva e favorecedora. Busca-se evitar que o ato revocatório ilegal prospere, redundando em mera indenização ao licitante e em grave lesão à coletividade.

## 1 INTRODUÇÃO

Para realizar as suas funções, o Estado pode se valer de colaborações espontâneas ou compulsórias dos particulares. Ocorre que em um Estado democrático são crescentes os controles sobre as hipóteses de participação compulsória, restando os instrumentos jurídicos dessa ordem excepcionalizados.<sup>1</sup> Com efeito, *"o acordo de vontades vai se configurando como o instrumento jurídico de maior relevância para o Estado obter acesso aos bens e serviços dos particulares."*<sup>2</sup>

No entanto, ao contrário dos particulares, a administração para contratar está obrigada a adotar um procedimento preliminar preestabelecido em lei, a licitação.<sup>3</sup> Tamanha é a obrigatoriedade do procedimento licitatório, que ela é elevada por José Afonso da Silva ao *status* de princípio constitucional norteador da administração pública, na oportunidade em que ainda consignou que a licitação *"constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o poder público."*<sup>4</sup> A exigência constitucional pode ser detectada no artigo 37, XXI; bem como no artigo 175, ao tratar a Constituição das concessões e permissões de serviço público.

Embora, em regra, a Administração possua discricionariedade para contratar ou deixar de contratar, salienta-se que o procedimento licitatório é de natureza vinculada<sup>5</sup>, *"restringindo drasticamente a liberdade de escolha do administrador."*<sup>6</sup>

Não poderia ser de outra forma, uma vez que a opção constitucional pela busca à proposta mais vantajosa tem como escopos a proibição administrativa; a isonomia; a impessoalidade; a proteção a interesses públicos; e à boa utilização de recursos governamentais.<sup>7</sup> Com efeito, a licitação é a mais

---

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. p. 276.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9ª ed. p. 11.

<sup>3</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. p. 465.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. p. 652. 1

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. *Obra citada*. p. 653.

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...* p. 309.

<sup>7</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Obra citada*. p. 468.

significativa manifestação da procedimentalização como "*instrumento indispensável de controle do poder estatal e de aperfeiçoamento da atuação governamental*"<sup>8</sup>.

A despeito de a discricionariedade não ser um vício normativo, por fornecer ao agente a possibilidade de fazer a escolha mais adequada em vista do caso concreto<sup>9</sup>, nas licitações nota-se a opção constitucional pela vinculação dos atos administrativos. A referida escolha mostra-se adequada, uma vez que a experiência histórica brasileira demonstra<sup>10</sup>, especialmente em atos que envolvam despesa pública, o exercício da discricionariedade como uma faculdade, um poder, ou uma liberdade<sup>11</sup> do agente, enquanto, a rigor, o conceito está sujeito à idéia de instrumentalidade no cumprimento dos deveres (determinados pela legalidade) inerentes à função administrativa<sup>12</sup>.

Destarte, todas as hipóteses de discricionariedade existentes no procedimento licitatório são exceções que devem ser interpretadas de maneira restritiva, sob pena de risco à efetividade dos controles da atuação administrativa, justamente em um momento delicado que, em regra, dá início ao dispêndio de recursos públicos e está sujeito a manifestações de autoritarismo e imoralidade.

Em contrapartida, a Lei 8.666 de 21 de junho de 1993 – diploma normativo que regulamenta e vincula a exigência constitucional do procedimento licitatório – prevê em seu 49º artigo a possibilidade de revogação da licitação. A revogação, no entanto, é por natureza um exercício *discricionário* pelo qual a administração extingue um ato válido.<sup>13</sup>

No caso específico da revogação de licitação a discricionariedade é atribuída pela norma através da expressão "*por razões de interesse público*". Com efeito, ao iniciar a sua lição manualística acerca da revogação, Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que a revogação ocorre quando a autoridade "*conclui que*

---

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada. p. 215.

<sup>9</sup> Idem. p. 161.

<sup>10</sup> Pede-se vênua pela manifestação aparentemente não científica, todavia justificada pela notória e recorrente realidade de problemas vinculando a corrupção às licitações. Tal fato, dispensa citações doutrinárias ou dados estatísticos.

<sup>11</sup> Luiz Alberto BLANCHET afasta a liberdade supostamente contida na discricionariedade, para consignar o dever de o agente atuar em vistas do conceito constitucional de eficiência. Cf. *A discricionariedade ou irrelevância jurídica*. p. 69-71.

<sup>12</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. p. 14-16.

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8ª ed. p. 205.

*um dado ato ou relação jurídica não atendem ao interesse público e por isso resolve eliminá-los(...)"<sup>14</sup> (sem grifos no original).*

Não se pode admitir, todavia, o recorrente erro de se prestigiar o termo *interesse público* ao ponto de a sua simples menção se pretender suficiente a demonstrar que a administração possui discricionariedade no caso e que está a buscar, em conformidade com todos os princípios de um Estado Democrático, a melhor alternativa, ou ao menos uma alternativa razoável, em sua atuação concreta.<sup>15</sup>

Portanto, a revogação de licitação, embora ato que se produza no exercício de competência predominantemente discricionária, está sujeita a rigorosos controles<sup>16</sup>; tanto pelas vinculações decorrentes dos requisitos do art. 49 da Lei 8.666/1993, como por aqueles resultantes da sistemática administrativista e sua matriz principiológica constitucional<sup>17</sup>.

Tais parâmetros vão dos mais objetivos, como a real superveniência dos fatos que dão motivos à revogação realmente; ao mais complexo: a conformidade aos princípios constitucionais da motivação que faz o nexo de causalidade entre o fato novo e a finalidade estatal de atendimento aos objetivos constitucionalmente programados. Ressalte-se o risco de um ato discricionário em colisão com o princípio da moralidade. Indo além, é indispensável o controle por meio de um "devido processo administrativo" em que os particulares afetados exerçam os seus direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Caso o ato de revogação se demonstre inválido, em vista dos parâmetros acima exemplificados, são necessários meios efetivos para que não se propaguem os prejuízos dele resultantes, especialmente se nocivos não apenas aos licitantes, mas em especial ao interesse público.

Neste ponto, apresentam especial relevância tutelas jurisdicionais capazes de evitar que a Administração – caso seja a revogação inválida – obtenha

---

<sup>14</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. p. 546.

<sup>15</sup> A atual hegemonia da análise constitucionalizada da atividade administrativa, com a parcial restrição da importância de fórmulas como "interesse público" ou "conveniência e oportunidade" é bem exposta em trabalhos que serão mais à frente revisados. Cite-se de imediato JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>16</sup> Por se tratar de competência discricionária, há controles, em especial, quanto à "motivação, o motivo e os vínculos entre a decisão e seus fundamentos". Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...* p. 439.

<sup>17</sup> Sobre a discricionariedade vinculada a princípios trataremos adiante, inspirados em FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

êxito em abortar o procedimento, em prejuízo de interesses coletivos e patrimônios principiológicos do Direito. Salienta-se que a indenização, tradicionalmente<sup>18</sup> apontada como consequência da revogação ilícita, a despeito de ser justa e necessária, repara tão somente os prejuízos individuais.

Em suma, o presente trabalho pretende abordar: aspectos formais e materiais – bem como seus pressupostos axiológicos – que tornam inválido o ato de revogação; bem como as consequências da invalidade do ato, a fim de se evitar a concretização de prejuízos aos licitantes e, em especial, aos interesses coletivos.

---

<sup>18</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...* p. 546.

## 2 ADMINISTRAÇÃO DEMOCRÁTICA E REVOGAÇÃO.

### 2.1 Estado e Direito.

Hans Kelsen<sup>1</sup> expõe que doutrina a que denomina "tradicional" defende que o Estado é independente do Direito e até preexiste em relação a ele. Conforme este pensamento, o Estado criaria o Direito para depois a ele se submeter. Assim, ao mesmo tempo em que seria "metajurídico", um verdadeiro pressuposto do Direito, o Estado receberia também o status de sujeito jurídico.

Para o jurista austríaco este dualismo tem razão ideológica: a necessidade de o Estado ser justificado pelo Direito que ele mesmo cria impõe que este seja apartado daquele. Isto é, superadas as fases históricas de imposição do poder pela violência ou pela religião, paradoxalmente, o poder estatal busca legitimação no conteúdo, supostamente justo<sup>2</sup>, do seu Direito.<sup>3</sup>

O Estado é uma ordem jurídica eficaz e soberana, limitada espacial e temporalmente, que visa à organização da sociedade.<sup>4</sup> Como Estado e Direito são apenas impressões distintas acerca do mesmo fenômeno (ao menos na visão kelseniana), é impossível a existência de Direito onde não há Estado, bem como não se vislumbra como o Estado possa organizar a sociedade e os seus órgãos sem normas jurídicas.

Ou seja, todo Estado está sob o império do Direito, mesmo que isso se resuma ao enunciado de que a norma<sup>5</sup> vigente é a vontade imediata do seu déspota soberano<sup>6</sup>. Isso ocorre porque todo poder se pretende legítimo,

---

<sup>1</sup> *Teoria Pura do Direito*. Trad. da 2ª ed. original. 3ª ed brasileira. p. 300-301.

<sup>2</sup> Essa valoração pode incluir critérios religiosos, carismático (demagógicos), etc.

<sup>3</sup> *Idem*. p. 301.

<sup>4</sup> *Idem*. p. 306.

<sup>5</sup> Kelsen expõe que a ordem de um assaltante, embora subjetivamente revestida de coerção, não é jurídica, isto é, não está submetida a um critério objetivo de validade, uma norma fundamental pressuposta. Conclui que a juridicidade não se dá em razão do conteúdo da ordem, nem somente pela força, mas pelo fato de a norma estar inserida num ordenamento de validade e eficácia restritas em tempo e espaço que exclui normas incompatíveis com o seu fundamento, em conteúdo ou forma. *Obra citada*. p. 48-54. Lembre-se de que o conteúdo do sistema pode não ser tido como "justo" pelo intérprete, tal como ocorre quando um comunista avalia um ordenamento capitalista, ou quando um católico avalia uma Constituição que expressamente admite o aborto.

<sup>6</sup> Ironicamente, ao ser a voz do déspota o Direito vigente, este soberano também será confundido com o próprio Estado. A interpretação equivocada de conceitos como discricionariedade e interesse público permite que, mesmo em locais com soberania eleitoral popular, o agente dite normas jurídicas ou atos constitutivo relevantes e suas ações e vontades sejam confundidas com aquelas do Estado, supostamente elaboradas em ambiente democrático.

jurídico, motivo pelo qual a melhor distinção entre Estados não se dá quanto ao acolhimento de um ideal de Estado de Direito, mas sim quanto a o que uns e outros entendem por Direito<sup>7</sup>.

Portanto, a legitimidade em Kelsen afasta-se do conteúdo, ligando-se à própria legalidade e à validade formal da norma, que por sua vez decorre da procedimentalização da criação de normas, em um sistema dinâmico, regulador da coerção<sup>8</sup>.

## 2.2 Estado Democrático e Estado de Direito.

O Estado contemporâneo legitima-se na democracia, não no Direito. Com efeito, a submissão do Estado à legalidade de nada serve se as normas jurídicas – e atos administrativos constitutivos – não são produzidas democraticamente. Demanda-se um Estado Democrático, enquanto que diversos Estados ("de Direito", como qualquer Estado), em diversos locais e períodos, submeteram-se à legalidade autoritária por seus líderes arbitrada.

Ressalve-se: com isso não queremos dizer que todo Estado atende aos requisitos do "Estado de Direito" Liberal, oriundo das concepções de soberania popular (Rosseau) e de separação de poderes (Montesquieu), das quais decorre uma administração que tem a sua conformidade à Lei externamente controlada<sup>9</sup>. Outrossim, o adjetivo "democrático" não significa a encampação da idéia de José Afonso da Silva<sup>10</sup> de que pela Constituição de 1988 chegara o momento de um novo socialismo, democrático, ou da convergência da Democracia com o Socialismo.

Todavia, pretendemos ir além: o modelo liberal de Estado de Direito – mesmo que acrescido das idéias socialistas de igualdade material – hoje não é suficiente à constatação de um regime democrático e à plena

---

<sup>7</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomaz. *Curso de Direito Administrativo*. p. 367. A ressalva é feita com a colocação de que a negação da condição jurídica de um Estado se faz a partir de uma concepção ideal de Direito, com o exemplo de o marxismo desautorizar o sistema jurídico ocidental como uma simples superestrutura de dominação.

<sup>8</sup> Vide BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. p. 72-73.

<sup>9</sup> Idéia inaugural em BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade...* p. 11-13.

<sup>10</sup> Obra citada. p. 119-120.

eliminação de critérios carismáticos de legitimação do poder.<sup>11</sup> Ou seja, mesmo fora da semântica kelseniana de "Estado de Direito"; na compreensão liberal da expressão, não temos todos os requisitos da Democracia.

### 2.3 Estado, administração e Democracia.

O grande problema que se coloca vai além dos freios ao poder<sup>12</sup>, culminando na questão da sua legitimação<sup>13</sup>. Há um avanço em relação ao "Estado de Direito" liberal: o Estado Constitucional Democrático.

A democracia deve ser vista como um valor, e não como um mero processo eleitoral<sup>14</sup>. Mesmo neste aspecto há questionamentos: em sufrágio universal o resultado pode ser um "*imperador eleito*"<sup>15</sup>. Acrescente-se que o critério majoritário faz com que a eleição do chefe do Executivo – Poder cada vez mais onipresente na vida do indivíduo – não contemple o abrigo de minorias, tal como ocorre no Poder Legislativo, com eleições proporcionais<sup>16</sup>.

Ademais, o princípio da legalidade e a supremacia da Constituição têm sido dissimulados no cotidiano da administração pública, com a prevalência de concepções personalistas de poder<sup>17</sup>, em que vontades pessoais de agentes políticos são impostas sob o rótulo do suposto interesse público.

---

<sup>11</sup> Cf. Aluizio Batista de Amorin (*Elementos de Sociologia do Direito em Max Weber*. p. 112-130), Max Weber expõe que a força, por si, é incapaz de manter a dominação. Assim, classifica em três as formas de legitimação do poder político: *tradicional*, na qual prevalecem relações patrimoniais ou patriarcais de dependência; *carismática*, de fundamento emocional, quando se concentra em um indivíduo (v.g. demagogo, religioso, revolucionário ou herói militar) a crença popular de que este tenha qualidades extraordinárias aptas a por fim aos problemas do seu enfadonho cotidiano; e, finalmente, a *legal*, na qual nos submetemos ao poder estatal impessoal e burocrático, externalizado por meio de instituições e normas oriundas de **procedimentos**. Também vide ARGÜELLO, Katie. *O ícaro da modernidade: Direito e política em Max Weber*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1997.

<sup>12</sup> Problema apontado por Norberto Bobbio como o "fundamental do Estado constitucional moderno, que se desenvolve como antítese do Estado absoluto" em *As idéias políticas na Idade Moderna até Kant*. In: *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. p. 11

<sup>13</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. p. 97-100.

<sup>14</sup> Idem p. 100.

<sup>15</sup> A idéia é de Hans Kelsen (*A democracia*. p. 89-92): quando há um chefe do executivo eleito pela massa, há dificuldades de controle do líder e de representação das vontades dos diversos grupos sociais, podendo haver uma ditadura da maioria que o elegeu sobre os interesses das minorias, ou até mesmo um distanciamento dos compromissos com a maioria.

<sup>16</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. p. 260-261.

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...* p. 18-19.

A vontade da maioria é de diagnóstico impossível, além de insuficiente à Democracia contemporânea. O poder político deve refletir interesses sociais plurais e o atendimento de grupos de duração cronológica limitada, nascidos e desfeitos à medida que seus sujeitos têm interesses em comuns, mas também interesses diversos entre si, por sua vez comuns a outros grupos<sup>18</sup>.

A isso devem ser acrescidos os problemas da dificuldade de o agente político (por meio de pesquisas?) extrair qual é a vontade (opinião) popular; e mais grave, da personalização da política pela televisão, ambiente de falsa intimidade, cujas imagens desvaloriza idéias e revaloriza aparências, desvirtuando juízos, também pela disponibilização desigual de qualidade e quantidade de informações<sup>19</sup>.

Com efeito, atualmente a democracia não é uma mera técnica legislativa, mas contém uma função organizacional para que as normas democraticamente criadas caracterizem efetivamente o agir da administração e da jurisdição<sup>20</sup>. Neste sentido é que Kelsen<sup>21</sup> propõe que a competência da jurisdição exercida sobre a administração seja ampliada e consolidada, à medida que os atos administrativos são obras de instâncias sujeitas às influências de partidos, enquanto a atuação destes deve se restringir à esfera legislativa.

A procedimentalização é indispensável tanto ao Direito<sup>22</sup> como à Democracia. Todavia, critérios formais, procedimentais, institucionais, embora indispensáveis, não são suficientes à legitimação democrática exigida do ordenamento em que se insere o objeto de estudo deste trabalho. Exige-se um novo critério formal, procedimental, apto a gerar um resultado democrático, sem que se apele ao conceito de justiça, altamente mutável e inseguro.

---

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...* p. 10-11.

<sup>19</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. p.154

<sup>20</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. p. 114-115.

<sup>21</sup> *A Democracia*. p. 83-84.

<sup>22</sup> Conforme a orientação jus positivista por nós adotada acima.

## 2.4 Comunicação, democracia, procedimento e direitos fundamentais.

O que é indispensável e suficiente é a atenção a um procedimento que extraia o consenso democrático.<sup>23</sup> No plano filosófico, a linguagem passa a ser a sede da fundamentação, exigindo pressupostos normativos pragmáticos para que se realize o consenso<sup>24</sup>. Tais pressupostos da razão comunicativa, ao nosso ver, evitam a ditadura da maioria, ainda que esta seja procedimentalizada e fundamentada na legalidade, tal como as experiências fascistas<sup>25</sup>.

Exige-se, então, a possibilidade de que todos possam participar do diálogo; que os conteúdos sejam inteligíveis; e a sinceridade dos interlocutores para que a argumentação seja válida e tenha sentido<sup>26</sup>. Esses princípios configuram-se, no plano jurídico, como direitos fundamentais. Isso se verifica, em especial, no direito de o sujeito participar em igualdade de condições<sup>27</sup> em processos de formação de opinião e de vontade. Assim se configuram a ordem jurídica e o Estado legítimos, restando afastado o paradoxo da legitimidade pela legalidade.<sup>28</sup>

Neste sentido é que no item imediatamente anterior mencionamos que o procedimento, por si, embora indispensável, não constitui a legitimação democrática. Soma-se ao procedimento a exigência de sua conformidade a pressupostos da razão comunicativa, do diálogo racional e democrático.

O resultado é que as decisões estatais legítimas, e para nós interessa o ato administrativo, devem ser decorrência de um procedimento democrático orientado pela busca ao pleno respeito aos direitos fundamentais. Não por acaso esses dois princípios (a vinculação aos direitos fundamentais e

---

<sup>23</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada. p. 11.

<sup>24</sup> LUDWIG, Celso L. *Razão Comunicativa e Direito em Habermas*. In *A Escola de Frankfurt e o Direito*. p. 3.

<sup>25</sup> Não se trata de curiosidade histórica. Afinal, o trabalho trata de um ordenamento latino americano, campo propício às demagogias autoritárias, com o verniz democrático do espetáculo eleitoral e da suposta busca pela igualdade material.

<sup>26</sup> Idem. p. 4

<sup>27</sup> Arriscamos que a exigência de motivação do ato administrativo e que o princípio do contraditório, podem ser vistos como decorrências daquelas regras pressupostas ao diálogo válido descrito por Habermas (vide. LUDWIG. Obra citada).

<sup>28</sup> Idem p. 7-8. Qual seria a sede da legitimidade da legalidade?

a procedimentalização orientada por regras democráticas) constituem a base do Direito Administrativo postulado por Marçal Justen Filho.<sup>29</sup>

O procedimento (ou processo) administrativo democrático, com suas questões inerentes (devido processo legal, motivação, ampla defesa, contraditório), voltado para o melhor resultado de satisfação de direitos fundamentais, passa a ocupar o papel central na análise da validade do ato de revogação.

No que tange aos aspectos discricionários da questão, para que não se repita o paradoxo da legitimidade fundamentada na legalidade, cumpre verificar o respeito a princípios constitucionais democráticos, a fim de que o interesse público seja alcançado, e não meramente alçado como fundamento de validade.

Este trabalho ingressa em sua fase preponderantemente dogmática, no capítulo seguinte, a partir de dois pressupostos talvez ideológicos, todavia ora explicitados:

1. A revogação da licitação é ocasião propícia a arbitrariedades e favorecimentos, em vista de eventual insatisfação do agente com o resultado das fases de habilitação e/ou julgamento;
2. Mesmo em seus aspectos discricionários, o ato que revoga a licitação está sujeito à observância a princípios fundamentais democráticos, no que diz respeito à sua gênese e aos seus possíveis resultados para os administrados.

---

<sup>29</sup> *Curso...*, cite-se a página 215.

### 3 REVOGAÇÃO DE LICITAÇÃO – ASPECTOS FORMAIS.

#### 3.1 Breve introdução à revogação de ato administrativo.

Ainda que de maneira rápida e superficial, é necessário um inventário de tópicos acerca da *revogação do ato administrativo*, gênero essencial à compreensão da espécie *revogação de licitação*. Fazemos ressalva de que questões relacionadas a conteúdo, motivo e finalidade da revogação serão atacadas adiante, já com foco na Lei de Licitações.

Com intuito introdutório, valemo-nos do conceito de Daniele C. Talamini<sup>1</sup>.

*"A revogação é uma forma de extinção dos atos administrativos, praticada no exercício de competência discricionária, que visa a suprimir sem retroatividade a eficácia de determinado ato que produz ou está prestes a produzir efeitos inconvenientes ou inoportunos."*

Com efeito, verifica-se na revogação o exercício de uma competência discricionária, justamente porque o ato não é desfeito em razão de vício ou defeito, hipótese de anulação. O que se avalia na revogação é o exame da conveniência e da oportunidade do ato para a satisfação de interesses coletivos e/ou a realização de direitos fundamentais.<sup>2</sup>

Como o fundamento da revogação é um juízo discricionário acerca do ato já editado, não é válida a revogação de ato decorrente do exercício de competência vinculada,<sup>3</sup> sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

A apreciação da oportunidade e da conveniência é exclusiva à função administrativa<sup>4</sup>. Por esta razão, a revogação em sede jurisdicional é incompatível

---

<sup>1</sup> *Revogação do ato administrativo*. p. 217.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso...* p. 273.

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada. p. 205.

<sup>4</sup> O que pode ocorrer é o controle jurisdicional do exercício da competência discricionária no que diz respeito à sua conformidade aos princípios constitucionais, como postularemos adiante.

com o princípio constitucional da separação dos poderes.<sup>5</sup> Há ainda outro argumento relevante: afirma a doutrina que o fundamento legal para revogação é o mesmo que existe para prover originariamente sobre a matéria<sup>6</sup>. Ora, se o fundamento para a revogação é a competência para a criação do ato, somente a própria autoridade que o editou – ou seu superior hierárquico – é competente para revogá-lo<sup>7</sup>.

A revogação respeita efeitos que já ocorreram, apenas atingindo um ato ineficaz, ou pondo fim ao ciclo de conseqüências jurídicas da relação criada pelo ato. Afirma-se que o ato revogador tem eficácia *ex nunc*.<sup>8</sup>

Pode ocorrer, no entanto, que a relação iniciada pelo ato a ser revogado tenha criado uma situação jurídica consolidada, um direito adquirido, que nem mesmo por lei – e muito menos por um ato administrativo de revogação – pode ser afetado.<sup>9</sup>

Além das hipóteses de competência vinculada e de respeito a direito adquirido, há outros casos em que se veda a revogação. Em primeiro lugar, há atos que, embora discricionários, a lei declara irrevogáveis. Ainda nesta linha, há casos nos quais não se proíbe a revogação, mas há requisitos de validade impostos por lei. Como exemplo, a superveniência de um fato relevante a dar motivo à revogação da licitação<sup>10</sup>.

A doutrina ainda elenca outras situações irrevogabilidade: atos já exauridos, uma vez que a revogação visa à extinção dos efeitos futuros do ato; atos meramente administrativos (e.g. certidões); atos de controle; atos integrantes de procedimento, após sua preclusão; e os atos complexos, resultantes da vontade de mais de um órgão administrativo.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...* p. 398

<sup>6</sup> TALAMINI, Daniele C. Obra citada. p. 66.

<sup>7</sup> Em sede jurisdicional não se revoga um ato, mas a mesma negativa não é válida para a retirada dos efeitos da revogação. O ato revogado pode ter a sua eficácia restaurada em sede jurisdicional, uma vez que a revogação pode ser inválida.

<sup>8</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada. p. 402.

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada. p. 273-274.

<sup>10</sup> Sobre a dependência da revogação da licitação ver no capítulo seguinte as lições de Sérgio Andréa Ferreira. *Anotações sobre a revogação em sede licitatória*. Revista de Direito Administrativo n°. 229. São Paulo, Jul./Set de 2002.

<sup>11</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada. p. 404-405.

### 3.2 Gênese da revogação: devido procedimento administrativo.

Conforme as teses que abraçamos no segundo capítulo, o procedimento administrativo será a gênese do ato democraticamente legitimado, através da efetiva e racional participação dos sujeitos afetados. O procedimento é a contrapartida dada aos particulares à perspectiva de um ato unilateral da administração que lhes irá afetar<sup>12</sup>. Ou seja, o devido processo legal administrativo é a garantia do cidadão frente ao poder da Administração de autotutela do interesse público<sup>13</sup>, do qual decorre a possibilidade da revogação de seus atos.

A noção de processo administrativo como instrumento de realização de direitos fundamentais – inerente ao conceito de democracia que adotamos – supera a idéia de um rito cuja formalidade gerava legitimidade desvinculada de conteúdo; característica essencial do Estado liberal de Direito, do império da legalidade e das idéias de Montesquieu, Weber, Kelsen, Bobbio, dentre outros<sup>14</sup>.

Sugerimos um resultado prático radical à premissa acima. O ato resultante do procedimento deverá ser a decorrência lógica do diálogo e dos seus argumentos. Pelo exposto no capítulo segundo, não seria democrático, nem atenderia aos princípios de nossa Constituição, procedimento com a manifestação de particulares, se disso não resultasse um ato coerente com o consenso dos sujeitos.

As hipóteses de obrigatoriedade de instauração de processo administrativo parecem coincidir com aquelas descritas na Lei 9784/1999 quando prescreve a motivação dos atos administrativos, no art. 50<sup>15</sup>, que decorrem dos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição.

A motivação é essencial ao procedimento. As razões que a ensejam são as mesmas que exigem o procedimento: a revogação possui natureza constitutiva, excepcional, e confronta a segurança jurídica<sup>16</sup>. Não raramente,

---

<sup>12</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. p. 93.

<sup>13</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. p. 65.

<sup>14</sup> Conforme acima.

<sup>15</sup> TALAMINI, Daniele C. Obra citada. p. 225.

<sup>16</sup> Idem. p. 137-138.

teremos atos essencialmente discricionários, todavia vinculados neste aspecto: a exigência de um procedimento administrativo obediente a princípios constitucionais.

### 3.2.1 Procedimento administrativo e princípios da administração.

Além de ser instrumento de realização de princípios constitucionais, o próprio processo administrativo está sujeito a essa principiologia, visto que está inserido na atividade administrativa. Assim, devem-se respeitar a legalidade<sup>17</sup> e os adjacentes princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Especialmente quando estamos diante da discricionariedade conferida por lei, devemos observar a conformidade do ato para os fins que o justificam; verificar se a opção não causa gravames ao cidadão maiores do que a estrita necessidade; questionar a proporcionalidade entre a carga coativa do ato e o resultado atingido; e garantir a exclusão de condutas que, embora textualmente abrigadas na hipótese normativas, sejam bizarras, irracionais, contrárias ao senso comum<sup>18</sup>.

O tratamento isonômico dos interessados também é indispensável, em especial na carga probatória, nas oportunidades e prazos de manifestação, bem como na acessibilidade a documentos<sup>19</sup>. Além disso, o formalismo excessivo pode colocar a administração em posição de desigual vantagem ao dificultar a atuação do administrado<sup>20</sup>. Ainda nesta linha, aplica-se o princípio da publicidade, sob pena de ser inviabilizada a participação dos particulares.

Esses problemas são indissociáveis da moralidade administrativa e do decorrente dever de condução de um procedimento orientado pela boa-fé e pela imparcialidade<sup>21</sup>. A boa-fé, em extrema síntese, homenageia a previsibilidade das condutas, no que se inclui a busca máxima pela preservação dos atos

---

<sup>17</sup> Aí se inserem, em especial, a Lei 9784/1999 e o seu escopo de proteção aos direitos dos administrados conjugado com o melhor cumprimento das finalidades da administração. Cf. BOCKMANN MOREIRA, Egon. *Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9784/1999*, p. 78-79.

<sup>18</sup> Idem. p. 81-83. Citando CANOTILHO, J.J. Gomes.

<sup>19</sup> Tais normas podem ser vistas como transposições ao mundo jurídico das regras do diálogo válido, propostas por Habermas. Conforme acima.

<sup>20</sup> Idem. p. 88-91.

<sup>21</sup> Idem. p. 107.

administrativos<sup>22</sup>. Na imparcialidade, e na sua estreita relação com a impessoalidade, temos que a decisão deve ser resultado lógico do procedimento e de sua instrução<sup>23</sup>, sendo vedados prejulgamentos, inclinações por critérios pessoais, etc. Desrespeitadas tais premissas, temos a nulidade do ato, por ofensa ao princípio constitucional da moralidade<sup>24</sup>.

### 3.2.2 Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa.

O conceito e o conteúdo da cláusula *due process of law* são de difícil definição, com autores entendendo que o sentimento e a intuição podem oferecer melhores resultados do que a razão nesta tarefa<sup>25</sup>. Deveras, é um princípio de construção histórica, sedimentado mais no cotidiano da Common Law do que nos tratados dedutivos do continente europeu.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>26</sup>, com foco no Direito Administrativo, expõe que o devido processo legal constitui a exigência de um processo formal e regular, em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa, para que se tomem de maneira válida decisões gravosas a um dado sujeito. O autor ainda defende<sup>27</sup> que nos casos em que a urgência demanda a postergação provisória do contraditório e da ampla defesa a Administração deve buscar no Judiciário tutelas de urgência, para que possa editar validamente atos gravosos aos administrados<sup>28</sup>.

A possibilidade aberta pelo artigo 45 da Lei 9784/1999 não compromete o entendimento acima. O poder de a administração tomar providências

---

<sup>22</sup> Esse assunto será ampliado adiante, pois o descuido com a moralidade e com o dever de boa-fé pode ser constante causa de revogações ilícitas de procedimentos licitatórios.

<sup>23</sup> Conforme postulamos acima. Para Bockmann Moreira, obra citada, p. 113, abandonada a imparcialidade, abre-se a possibilidade de que os resultados de procedimentos administrativos sejam sistematicamente e desarrazoadamente a favor da administração.

<sup>24</sup> Idem. p. 116.

<sup>25</sup> DINAMARCO. Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Volume I.* p. 244-246.

<sup>26</sup> Obra citada p. 97-101.

<sup>27</sup> Idem p. 98.

<sup>28</sup> Na Jurisprudência, cite-se o caso do Aterro Sanitário da Caximba. A administração municipal de Curitiba editou decreto de revogação da licitação, sem que abrisse oportunidade de manifestação aos licitantes, e muito menos a entidades da sociedade civil. Alegava a urgência da revogação, seguida de contratação emergencial, em vista do esgotamento da estrutura cuja ampliação era o objeto da licitação revogada. O referido decreto foi suspenso por decisão liminar em mandado de segurança. Nos autos 154.734-4/1 (Agravo Regimental em Suspensão de liminar) o Órgão Especial do TJ/PR negou provimento ao recurso que pretendia a suspensão da liminar. O primeiro tópico da argumentação do Des. Relator Otto Sponholz foi a inobservância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Vide [www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br) e DJEPR 6637 de 07.06.2004.

acauteladoras, em caso de risco iminente, está inserido no contexto da instrução do procedimento, devendo ser o mínimo necessário para o seu prosseguimento útil. Fazemos a analogia com as medidas cautelares do processo civil, que não podem satisfazer o objetivo final do processo. Ou seja, o art. 45 não traz validade, por exemplo, à revogação de licitação sem prévio exercício de contraditório.

Há ainda que se considerar que o devido processo legal é uma maneira de se evitar que os atos da administração fiquem vinculados apenas ao ânimo do agente<sup>29</sup>.

Com efeito, o devido processo legal impede que se abra mão das garantias do contraditório e da ampla defesa<sup>30</sup>. Pela primeira, exige-se que o interessado seja intimado e participe dos atos, com influência no resultado final. Pela segunda, há o direito de ciência plena do processo, de oposição de defesas, de produção de provas e de assistência por advogado<sup>31</sup>.

### 3.2.3 O § 3º do artigo 49 da Lei 8.666 de 1993.

O referido dispositivo consigna que “No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.”

Trata-se de transposição para lei ordinária do conteúdo dos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal. Por essa razão, e também pelas expostas acima quando tratamos da legitimação democrática da atividade administrativa, seria indispensável o devido processo legal para a revogação de licitação, mesmo que a lei não o previsse.

A despeito do excepcional acórdão do Mandado de Segurança 7017 do STJ, exposto em nota acima, a inobservância do devido processo legal tem sido

---

<sup>29</sup> Julgando o caso *Dominó Holding/Sanepar x Estado do Paraná* (STJ, RMS 18769), no qual “o Executivo, de forma inopinada, depois de quase cinco anos de atuação, veio a afastar da sociedade, por ato de império, a empresa que investiu vultosas somas de capital depois de sair vencedora em um processo licitatório”, a Min. Relatora Eliana Calmon consignou que: “Dentro da nova ótica do Direito Administrativo, praticamente desaparecem os atos pessoais do administrador, que fica adstrito à observância de um processo no qual seja garantido ao interessado o contraditório e a ampla defesa, de tal sorte que não se tenha, no ato administrativo, a vontade absoluta do seu prolator.” Vide DJU 21/02/2005 e [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br).

<sup>30</sup> Em entendimento que sob as premissas deste estudo desrespeitaria a Constituição, temos no STJ a ementa do Mandado de Segurança nº. 7017, de lavra do Ministro José Delgado: “Revogação de licitação em andamento com base em interesse público devidamente justificado não exige o cumprimento do § 3º do art. 49, da Lei 8.666/1993.” DJU de 02/04/2001.

<sup>31</sup> BOCKMANN MOREIRA, Egon. Obra citada. p. 343.

vista pela Jurisprudência como suficiente à nulidade da revogação. É vício insanável, a despeito da relevância dos motivos da revogação.

Assim como no Agravo Regimental 154734-4/1 do TJ/PR, também se decidiu naquele sentido no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 9738 do STJ<sup>32</sup> (Min. Relator Garcia Vieira, DJU 07.06.1999) cuja ementa consignou que a

*“revogação de processo licitatório deve ser precedida de oportunidade de defesa, exigindo-se plena justificação, sob pena de ferimento às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.”*

Neste sentido confira-se também, dentre outros, no Tribunal Regional da 1ª Região o acórdão dos autos 199801000082474<sup>33</sup>; no Tribunal de Justiça do Distrito Federal a apelação 20030111014210APC DF<sup>34</sup>; no Tribunal de Justiça de Minas Gerais a apelação 1.0467.03.900021-2/001(1)<sup>35</sup>; e no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a apelação 70010137024<sup>36</sup>.

Ainda ocorrem decisões em sentido de que o respeito ao devido processo legal somente é indispensável quando há revogação após a adjudicação do objeto ao vencedor do certame<sup>37</sup>. Enquanto parte da doutrina e da jurisprudência já se arriscam no direito do vencedor à contratação, contrastam as idéias de quem sustenta que é o direito à adjudicação que demanda o respeito ao contraditório e à ampla defesa. O fundamento é que o licitante antes do resultado não possui direito adquirido.

Ora, é evidente, a despeito da questão de já ter – ou não – algum direito adquirido, que a revogação, mesmo antes do resultado da licitação, traz gravame aos administrados, além de ser ato relevante a toda coletividade.

---

<sup>32</sup> Ministro Relator Garcia Vieira, DJU de 07.06.1999. Esse julgamento contou com o voto favorável do Ministro José Delgado, que posteriormente, no acima citado Mandado de Segurança nº. 7017, relativizou esta posição.

<sup>33</sup> Des. Federal Relator Wilson Alves de Souza, DJU 29.05.2003.

<sup>34</sup> Des. Relator Cruz Macedo DJU 10.10.2005.

<sup>35</sup> Des. Relator Roney Oliveira, DJMG 25.11.2004.

<sup>36</sup> Des. Relator João Armando Bezerra Campos, 07.12.2005.

<sup>37</sup> Apelação nº. 1.0000.00.346317-1/000(1) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Des. Relator Nilson Reis. DJMG 23.12.2003. O acórdão inclusive traz a já citada ementa da lavra do Ministro José Delgado.

Além disso, pelo princípio da legalidade, a administração somente age no limite da autorização legal. Não existe o critério privatista de que o que não é vedado é permitido. O referido dispositivo não menciona que apenas após a adjudicação o administrado terá a garantia constitucional da ampla defesa. Assim, não merece prosperar teratológico e minoritário entendimento.

### 3.3 O dever de motivação do ato revocatório.

Um dos requisitos formais mais relevantes de qualquer ato administrativo de cunho decisório é a exposição pública e expressa das razões – motivos e finalidades – que conduziram o agente a produzi-lo, mesmo que no exercício de competência predominantemente discricionária.<sup>38</sup>

Vale a lição de Egon Bockmann Moreira<sup>39</sup>:

*"Somente através do exame da motivação do ato poder-se-á cogitar do cumprimento da legalidade, moralidade, publicidade, etc. O que igualmente revela seu caráter de garantia instrumental em relação a outras garantias constitucionais."*

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>40</sup> aponta o perigo de a administração trazer *ad hoc* a motivação do ato, apenas quando tiver este impugnado, ocasião em que a aferição dos fatos, ou da sua relevância, já não poderá ser realizada adequadamente. Nesta linha, Carlos Ari Sundfeld<sup>41</sup> defende que a motivação no momento da edição do ato, ou em ocasião anterior, salvo exceções de menor complexidade, é requisito insanável de validade.

Com efeito, resta indubitável o dever de motivação de ato que importe na revogação de outro, conforme prescrição normativa.<sup>42</sup> O dever de motivação

---

<sup>38</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada. p. 258-259.

<sup>39</sup> BOCKMANN MOREIRA, Egon. Obra citada. p. 333.

<sup>40</sup> *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*. p. 77.

<sup>41</sup> *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*. 118-127.

<sup>42</sup> Cf. art. 50, VIII da Lei 9784/1999.

ganha especial relevância no ato revocatório<sup>43</sup>, em vista deste se tratar de medida excepcional que confronta a segurança jurídica, justificada pela preservação do interesse público.<sup>44</sup>

O artigo 49 da Lei 8.666 de 1993 prescreveu a exigência de decisão motivada, tanto para a revogação como para a anulação do procedimento, ao constar no texto normativo “*mediante parecer escrito e devidamente fundamentado*”.

Com a vênua pela repetição, ressalta-se que as expressões "interesse público" ou "conveniência e oportunidade" não têm a capacidade metafísica de, por si, dar motivação ao ato, tal como pretende a lamentável prática administrativa. Devem estar expressos por quais motivos e com quais finalidades concretas o agente optou pela revogação. A ausência de motivação torna impossível um processo administrativo orientado pelo princípio do devido processo legal, uma vez que “*toda decisão desmotivada impede qualquer defesa às partes*”<sup>45</sup>.

Por fim, saliente-se que a motivação, requisito formal do ato, é a exposição dos motivos e com eles não se confunde. Os fatos e finalidades que justificam – ao menos no intelecto do agente público – a revogação são de suma importância no caso licitatório. Recordem-se as exigências de que o fato seja superveniente e suficiente para que o prosseguimento da licitação possa ser visto como ofensivo ao interesse público. Tal tópico é central neste trabalho e será analisado adiante.

---

<sup>43</sup> Muito antes da edição da Lei 9784/1999, por ocasião de um dos precedentes dos quais se originou a Súmula 473 do STF, já era impossível a dispensa da motivação no exercício da autotutela. Consignou na ocasião o Min. Relator Antonio Villas Boas que “*nenhum ato pode ser praticado nesta hora [momento da revogação ou anulação de ofício], em detrimento de um cidadão e de sua família, sem fundamentação positiva e certa (...)*”. MS 13942. DJU de 24.09.1964.

<sup>44</sup> TALAMINI, Daniela C. Obra citada. p. 137-138.

<sup>45</sup> Tribunal Regional da 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº. 199801000082474. Relator Des. Federal Alcides Vettorazzi. DJU 10.10.2000

## 4 ASPECTOS MATERIAIS DA REVOGAÇÃO DE LICITAÇÃO.

### 4.1 A natureza do ato de revogação de licitação.

Como mencionado anteriormente, a revogação de um ato administrativo diz respeito a seus aspectos de mérito circunscritos nos limites da discricionariedade. Em sentido amplo, a revogação significa a retirada da vontade que criou o ato<sup>1</sup>. Logo, somente os atos cujo fundamento é a atuação discricionária da administração podem ser revogados.

Destarte, a revogação é um ato de administração ativa, e não de controle, ao contrário da anulação. Há uma desconstituição unilateral dos efeitos do ato<sup>2</sup>.

Na hipótese licitatória, contudo, ocorre uma **revogação dependente e onerosa**, em que

*“não se admite a reconsideração dos aspectos discricionários, congênitos do ato, mas, tão somente, a valoração, que decorre de fatos ulteriores, isto é, vícios de mérito adquiridos; é a inconveniência superveniente, decorrente de fatos sobrevindos.”<sup>3</sup>*

Ademais, há o dever de indenizar, sem que isso signifique que a indenização sane a irrevogabilidade. Neste sentido, a licitação é, a princípio, irrevogável. O poder da administração nasce com o substrato fático superveniente.

Diógenes Gasparini<sup>4</sup> chega a afirmar que *“a revogação é ato administrativo vinculado, embora assentada em motivos de conveniência e oportunidade”* em vista das condições impostas pelo art. 49 da Lei 8.666/1993.

Na mesma linha, temos a lição de Hely Lopes Meirelles<sup>5</sup>:

---

<sup>1</sup> FERREIRA, Sérgio Andrea. *Anotações sobre a revogação em sede licitatória*. p 45.

<sup>2</sup> Idem p. 46.

<sup>3</sup> Idem p. 47.

<sup>4</sup> *Direito Administrativo*. 8ª ed. p. 520.

<sup>5</sup> *Licitação e Contrato Administrativo*. 10ª ed. p. 166-167.

*“É erro manifesto considerar-se a revogação ou a anulação da licitação como atos discricionários da Administração, pois ambos são vinculados aos motivos<sup>6</sup> e pressupostos legais que os consagram. Na revogação, apenas a valoração do interesse público, da conveniência administrativa ou da oportunidade da execução do objeto da licitação é que fica ao alvedrio da Administração (...) Mas é preciso que aqueles motivos existam efetivamente e sejam indicados na decisão revocatória (...) e, não os havendo, [o licitante] poderá obter judicialmente a anulação do ato revocatório (...).”*

Dos postulados acima consolidamos a posição de que na revogação da licitação, excepcionalmente, a lei defere certa carga discricionária à administração, todavia prevalecendo aspectos vinculados de natureza formal, bem como a exigência da superveniência de um fato pertinente e suficiente<sup>7</sup> a justificar a medida, sob a ótica do interesse público.

A discricionariedade é da natureza da revogação, pois a autoridade competente inicia e extingue o processo licitatório com o fundamento da titularidade da busca pelo interesse público<sup>8</sup>, conforme expusemos no capítulo anterior. É uma exceção, todavia, por estar inserida na licitação, que é por excelência um meio de controle, de vinculação da administração, que inclusive prevê o direito público subjetivo a um “devido processo licitatório<sup>9</sup>” Uma vez iniciada a licitação, os atos seguem o rito legal, sem restar carga discricionária na sua edição. Por conseqüência, a revogação no âmbito da licitação, em regra, é impossível.

A vinculação formal – sempre como garantia do administrado, nunca a favor da administração<sup>10</sup> – é evidente e inafastável, pelas razões expostas no capítulo anterior. Por fim, dentre o gênero “revogação de ato administrativo” a

---

<sup>6</sup> Não há mera repetição da teoria dos motivos determinantes, para a qual o ato discricionário está vinculado aos motivos de sua gênese. Isso ocorre porque no caso das licitações o ato de revogação está vinculado ao motivo (pressuposto) legal, o fato superveniente, enquanto que na discricionariedade os motivos são atribuídos pela administração.

<sup>7</sup> Teremos de abordar o tema “discricionariedade e conceitos indeterminados”, adiante, em vista dos problemas que surgem da determinação de um fato com pertinente e suficiente.

<sup>8</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Licitação*. p. 86.

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...* p. 88.

<sup>10</sup> Idem, *ibidem*.

hipótese licitatória é uma exceção ao opor a exigência de um fato superveniente. Há aqui uma vinculação de ordem material em uma espécie cujo gênero (revogação) é tipicamente condicionado apenas a critérios de conveniência e oportunidade<sup>11</sup>.

#### 4.2 Preliminarmente: o problema do “Interesse público”.

Embora vinculado em relevantes aspectos, a revogação de licitação encerra a discricionariedade deferida pela lei, quando esta possibilita a revogação pela autoridade “por razões de interesse público”.

Preliminarmente, não se pode olvidar a atual crítica à fundamentação da atuação administrativa no conceito de interesse público. A prática administrativa tem reiteradamente usado a mera menção ao conceito como fundamento suficiente à prática de seus atos discricionários. Tal vício traz abrangência por demais larga à faculdade de revogar, em prejuízo da segurança jurídica<sup>12</sup>.

Marçal Justen Filho<sup>13</sup> aponta que a supremacia do interesse público tem sido invocada para justificar atos incompatíveis com a Constituição de 1988. Tal prática vem em substituição a fórmulas como “poder de império”; “poder de polícia”; “poder discricionário”; “razões de Estado”, etc. Em comum, essas situações têm a imprecisão do fundamento, o que dificulta o controle da validade dos atos. Essa indeterminação serve de camuflagem a interesses do agente; do aparato administrativo; de particulares favorecidos; do próprio Estado.

Ademais, como salientamos no segundo capítulo, a unanimidade é impossível, enquanto que a vontade da maioria se desvincula da individualidade e, assim, não exclui a opressão. Acolhendo a sugestão do jurista paranaense, a solução dessa perplexidade reside na identificação dos direitos fundamentais como núcleo do Direito Administrativo. O interesse público deixa de ser fundamento para ser finalidade. Um ato produzido em decorrência de um procedimento democrático, respeitando-se os direitos fundamentais, irá atingir o visado interesse público.

---

<sup>11</sup> O que serve de ilustração para a afirmação corrente de que “*não existem tipos puros e absolutos de vinculação e discricionariedade.*” Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...* p. 171.

<sup>12</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. p. 245.

<sup>13</sup> Obra citada. p. 35-47.

#### **4.2.1 A colisão de princípios e a busca pela máxima satisfação de direitos fundamentais.**

Os princípios fundamentais, nos quais, em nosso ordenamento, se insere a garantia dos direitos fundamentais, há muito já são tidos como o cerne da estruturação do Estado e do ordenamento pelo Direito Constitucional.<sup>14</sup>

E não se diga que há a mera substituição do problema da indeterminação do conceito de interesse público pelo problema da abstração dos princípios.

Isso não ocorre à medida que se compreendam os princípios como normas que prescrevem condutas que devem ser realizadas na maior medida do possível, ou seja, são mandamentos de otimização<sup>15</sup>. Tal classe normas comporta, além da validade, outra dimensão: um peso no caso concreto, o que permite um critério de escolha quando duas dessas normas (válidas) entram em conflito<sup>16</sup>. Pode ocorrer, inclusive, que determinada norma, embora basilar no ordenamento, seja uma regra, tal como a irretroatividade da lei penal, por não comportar colisão com outra norma.

A função jurisdicional e a função administrativa, embora distintas, por concepção clássica, não criam o direito, limitando-se a aplicá-lo. O juiz depara-se com situações complexas, para as quais não encontra uma única norma válida, uma vez que princípios relevantes podem estar em colisão. Contudo, determina uma solução, sem que negue a validade de um deles, ou crie um novo. Em suma, não inova no ordenamento. Da mesma forma pode proceder a Administração, quando a lei não restringe a uma hipótese o caminho da busca pela máxima realização dos direitos fundamentais.

Substitui-se a mera invocação do interesse público por um critério racional e passível de integral motivação, capaz de limitar o poder estatal, enquanto o instrumentaliza para a máxima satisfação dos direitos fundamentais<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. Obra citada. p. 95.

<sup>15</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. p. 607-627. Expondo a concepção de Alexy.

<sup>16</sup> Idem. p. 610. Critério de R. Dworkin.

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...* p. 55.

### 4.3 Controle da discricionariedade na revogação.

Diante do exposto, não há como se afastar a verificação das razões expostas como de interesse público à conformidade aos princípios constitucionais de direito público.

Em primeiro lugar, como já expusemos no capítulo anterior, a mera invocação do interesse público como motivação à revogação torna nulo este ato.<sup>18</sup> Outro ponto é que o ato e a sua motivação devem ser resultado lógico de um procedimento administrativo observador do “Devido Processo Legal”, também como mencionamos anteriormente. Por fim, e com grande relevância, sustentamos que a decisão deve estar em conformidade não apenas com a estrita legalidade da norma que a autorizou. Deve respeitar todo o ordenamento e, em especial, seus princípios constitucionais<sup>19</sup>.

Ocorre que na ordem constitucional superada, o controle do ato se restringia à sua estrita legalidade. Fazia-se apenas o confronto dos elementos do ato com a lei que o regia, e caso essa silenciasse quanto aos motivos e finalidades, subentendia-se a escolha discricionária, impenetrável ao controle judicial<sup>20</sup>.

Tal entendimento era justificado com a colocação de que

*“o mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, ‘fará obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes’.”*<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Confira-se trecho do acórdão da apelação nº. 70010019388, do TJ/RS, Des. Relator João Armando Bezerra Campos, de 21.12.2005:

*“o fato é que o ato revogatório não se apresenta razoável, na medida em que os motivos apresentados constituem-se argumentos genéricos, ausente justificativa plausível a ensejar a revogação do certame. A mera argumentação de ausência de interesse público não se mostra razoável para justificar a decisão de não contratar a vencedora do certame.”*

<sup>19</sup> A questão da vinculação a princípios será devidamente fundamentada trecho específico.

<sup>20</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*. p. 44-45.

<sup>21</sup> SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ªed. p. 128.

Nesses casos de atos identificados como discricionários, em uma fase já mais adiantada, o controle material se limitava aos postulados de duas teorias: dos motivos determinantes e do desvio de poder.

#### 4.3.1 O controle dos motivos da revogação.

Pela teoria dos motivos determinantes, compreende-se que

*“toda potestade discricional se apóia numa realidade de fato que funciona como pressuposto fático da norma de cuja aplicação se trata. Este fato há de ser uma realidade como tal fato(...)”<sup>22</sup>,*

o que demanda

*“um controle pleno da exatidão dos fatos determinantes da decisão e, através dele, do correto uso dos seus poderes discricionais da Administração, que, qualquer que seja seu efetivo alcance, só podem operar quando se produzem as concretas circunstâncias de fato”<sup>23</sup>.*

No caso das licitações o problema está, inicialmente, relacionado à existência e à veracidade do fato apontado pela administração com o pertinente e suficiente<sup>24</sup> à revogação, em vista da preservação do interesse do público. Reitere-se que pelos *motivos determinantes* os fatos apresentados pelo agente como justificativa do ato associam-se à validade e vinculam o agente<sup>25</sup>.

A prática administrativa costuma apresentar motivos falsos ou superestimados, como uma calamidade (que na realidade é um infortúnio de menor gravidade) cumulada com a insuficiência de recursos (inexistente, ou a que o

---

<sup>22</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomaz. *Obra Citada*. p. 405.

<sup>23</sup> *Idem*. p. 406

<sup>24</sup> Surge aqui outro problema: se existe discricionariedade na determinação de conceitos fluidos, como a “pertinência e suficiência” do fato superveniente. Trataremos disso adiante.

<sup>25</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª ed. p. 162.

administrador deu causa). Isso comporta severo controle, sendo vedada ao judiciário a escusa de que o exame daquela sorte de fatos é exclusivo à Administração.

Com efeito, "negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa(...)"<sup>26</sup>

Entretanto, Celso Antônio Bandeira de Mello vai além: não basta a mera verificação da existência e da veracidade do ato; deve o juiz analisar a adequação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, em vista da finalidade da lei e dos princípios do ordenamento, em especial a razoabilidade e a proporcionalidade, uma vez que o agente pode se valer de poderes além do necessário para o cumprimento do seu dever.<sup>27</sup>

Abraçada a possibilidade acima, opinamos que temos uma possibilidade de controle de mérito pelo Judiciário. A tutela jurisdicional vai avaliar se a revogação – que sempre tratamos como uma medida extrema – é indispensável e proporcional em vista do fato trazido pela administração.

Quanto à superveniência do ato, vale o alerta de Marçal Justen Filho:

*“Não se admite que a administração julgue, posteriormente, que era inconveniente precisamente a mesma situação que fora reputada como conveniente em momento pretérito (...) Isso indica a inviabilidade de renovação do mesmo juízo de conveniência exteriorizado anteriormente (...) significa uma restrição à liberdade da Administração, criando uma espécie de preclusão administrativa”.*<sup>28</sup>

Disso extraímos que a mudança do agente competente para a instauração – e, por conseqüência, para a revogação do procedimento – pode importar em mera mutação de juízo sobre a mesma realidade fática, o que não autoriza o desfazimento da licitação.

---

<sup>26</sup> TÁCITO, Caio. *Desvio de poder em matéria administrativa*, tese, circulação limitada, 1951, Rio de Janeiro, cópia xerográfica, p. 17. apud BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso...* 21ª ed. p. 932.

<sup>27</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Discricionariedade...* p. 94-98.

<sup>28</sup> *Comentários...* p. 438-439.

#### 4.3.2 Ainda quanto aos motivos: o problema dos conceitos indeterminados.

A situação pode ser assim sintetizada:

*“Com a técnica do conceito jurídico indeterminado, a lei refere uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisos no seu enunciado, não obstante o qual é claro que tenta delimitar uma hipótese concreta”<sup>29</sup>*

São conceitos que não admitem uma determinação rigorosa em abstrato, sendo, todavia, determináveis por ocasião de sua aplicação, admitindo, na visão do jurista espanhol, apenas uma solução.<sup>30</sup>

Isso se dá tal como em sede jurisdicional: ao se deparar com a interpretação de um conceito (parcialmente, ou à primeira vista) indeterminável, na aplicação da lei ao caso concreto, cabe ao juiz apenas uma solução. Se em segundo grau se detectar equívoco na *interpretação*, haverá reforma.

Há uma atividade interpretativa, não discricionária. A diferença é que na interpretação há a reconstrução de vontade normativa alheia ao aplicador, sujeita à legalidade, enquanto que na discricionariedade a lei atribui ao aplicador o dever-poder de realizar a escolha.<sup>31</sup> Quando a lei adota a técnica do conceito jurídico indeterminado, busca compatibilizar a adaptação da solução à realidade com o seu controle, em vista da determinabilidade do conceito.<sup>32</sup>

Eros Roberto Grau<sup>33</sup> é mais incisivo: a interpretação correta da lição de Seabra Fagundes importa em compreender que a discricionariedade é atribuída pela lei, e não simplesmente *decorre* dos termos<sup>34</sup> ambíguos ou equivocados do texto

---

<sup>29</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomaz. *Obra Citada*. p. 393.

<sup>30</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>31</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...* p. 155.

<sup>32</sup> *Idem*. p. 159.

<sup>33</sup> *Direito posto e o direito pressuposto*. p. 140-141.

<sup>34</sup> Relevante é a distinção entre conceito, abstração que compreende a essência do objeto, e termo, signo lingüístico que representa o conceito. No Direito, o conceito não identifica a essência de uma coisa, mas de uma significação, de uma idéia. *Idem*. p. 143-145. A norma somente poderá ser jurídica, em contraste com a moral individual, se o seu conceito contido é objetivo, geral e uniforme para todos (universal). Logo, a juridicidade não comporta a indeterminação dos conceitos, embora os termos que os representam demandem atividade interpretativa. O conceito, objetivamente é sempre determinado, mas pode ocorrer que, subjetivamente, a

normativo<sup>35</sup>. Adota o autor as idéias de Enterría: a interpretação dos conceitos admite uma solução sujeita ao controle judicial<sup>36</sup>, ao contrário da verdadeira discricionariedade, que admite mais de uma solução válida, mas sujeita a controle apenas em alguns aspectos para o mesmo fato.

Portanto, quando se diz que **somente** se revoga a licitação por razões de "**interesse público**" decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, "**suficiente e pertinente a justificar tal conduta**" temos um conceito determinável (ou termos, de um conceito determinado), cuja interpretação comporta controle.

Embora possam existir restrições acerca do controle judicial no que tange à determinação do interesse público<sup>37</sup> invocado, a relevância no fato superveniente está completamente sujeita a um novo juízo em sede jurisdicional. Ou seja, o nexa causal entre o fato superveniente e os interesses em jogo deve ser pleno<sup>38</sup>.

Há relevantes vozes doutrinárias, todavia, no sentido de que

*"tanto dos conceitos indeterminados utilizados pela norma jurídica assim como das hipóteses explícitas de discricionariedade derivam espaços de livre apreciação (...) em ambos os casos, a partir do esgotamento da via interpretativa, nascerá uma zona de incerteza, onde haverá dentro da moldura legal um quadro de opções igualmente lícitas à disposição do administrador. (sem grifos do autor)"<sup>39</sup>*

---

determinação, quando o intérprete se depara com o termo, possa ser uma tarefa cujo resultado não é integralmente previsível.

<sup>35</sup> Segue então uma severa crítica àqueles que confundem a atividade discricionária com a interpretativa. Eros Grau afirma que os referidos autores resistem à postura crítica, que converte o papel do estudioso de expositor em censor. Idem p. 143.

<sup>36</sup> Idem. p. 148-149. Inclusive os atos motivados por razões "interesse público", em vista da interpretação do signo que representa o conceito "indeterminado". Todavia o autor tolera a pluralidade de soluções, ao contrário do jurista espanhol. p. 161.

<sup>37</sup> Ou melhor, da composição de interesses coletivos e individuais, garantidos por princípios fundamentais.

<sup>38</sup> Como exemplo a licitação revogada pela administração porque o vencedor não mais estava sediado no Município para o qual prestaria os serviços de informática. A pertinência dos fatos pode ser revista pelo Judiciário. Apelação 70010019388, TJ/RS, Des. Relator João Armando Bezerra Campos. 21.12.2005.

<sup>39</sup> VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Alteração unilateral do contrato administrativo. Interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993*. p. 190.

Entretanto, o citado autor faz nota ressalvando que seu entendimento não significa a exclusão do controle judicial da tarefa administrativa da interpretação do pressuposto fático indeterminado. Isso se dará, inclusive, em vista da principiologia do Direito Administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>40</sup> expõe que não se pode afirmar que uma interpretação divergente acerca de um conceito daquela espécie será necessariamente equivocada. Se a interpretação do administrador for razoável e conforme à teleologia da norma, não deve ser substituída por aquela que o Judiciário entendeu mais adequada. Faz a ressalva, contudo, de que o Judiciário deve anular os atos decorrentes de interpretação não adstrita ao um mínimo de razoabilidade<sup>41</sup>.

Jessé Torres Pereira Junior<sup>42</sup> chega a posicionamento incisivo nesta questão: o dever de determinação de conceitos pelo juiz permite que este controle o mérito do ato administrativo, ao interpretar expressões como “interesse público”<sup>43</sup>.

De qualquer maneira, se consignado que ao juiz não cabe ditar o interesse público, não se nega que ele pode controlar a interpretação, no mínimo quanto à sua restrição ao razoável, de conceitos que configuram os pressupostos fáticos (motivos) da revogação da licitação.

#### 4.3.3 Desvio de poder e finalidade.

Pelo desvio de poder, o controle judicial invalida “o exercício de uma competência administrativa tendo em mira finalidade diversa da que lhe corresponde segundo o comando legal”<sup>44</sup>.

A finalidade que enseja a revogação é a mesma que serve de suporte ao início do procedimento. São os dois princípios básicos da licitação: a máxima otimização dos recursos públicos<sup>45</sup> e a isonomia dos administrados.

---

<sup>40</sup> *Discricionariedade...* p. 22-23.

<sup>41</sup> *Idem* p. 92.

<sup>42</sup> *Obra citada.* p. 92.

<sup>43</sup> Em sentido oposto: GUIMARÃES PEREIRA, César A. *Discricionariedade e apreciações técnicas da administração.* RDA nº. 231. Jan/Mar de 2003. p. 236, para quem isso importaria na eliminação da discricionariedade em toda a atividade administrativa.

<sup>44</sup> MUNHOZ DE MELLO, Rafael. *O desvio de poder.* p. 43.

<sup>45</sup> Com o que se identifica a moralidade administrativa. Vide FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos dos Licitantes.* p. 96.

Sempre de difícil comprovação, são freqüentes os casos em que a revogação ocorre justamente pelo atendimento dos fins legais pela licitação, enquanto que o administrador pretendia uma contratação desvantajosa, pautada por favorecimentos pessoais.

Porém, nem sempre há um vício volitivo. Pois quando o agente foge do razoável, e age de maneira desproporcional sem fazer um adequado sopesamento de princípios, também estará, mesmo bem intencionado, a se evadir da finalidade legal.<sup>46</sup> Da mesma maneira não será segura a comprovação do desvio.

É de extrema importância a assertiva de Rafael Munhoz de Mello<sup>47</sup> de que

*“a prova do desvio de poder é negativa: basta demonstrar que a finalidade legal não foi objetivada pelo exercício da competência, sendo desnecessária a prova de qual a finalidade efetivamente buscada pelo agente (...) sob pena de se tomar o desvio de finalidade figura sem nenhuma relevância prática.”*

Pelo fato de geralmente estar vinculada a intenções inconfessáveis, que seriam rigorosamente apenas comprovadas pela declaração do seu autor, o desvio de poder deve ser controlado com menor rigor probatório. Deve se valer de indícios que somados levem à conclusão pelo desvio<sup>48</sup>. Por exemplo: motivação ausente ou incoerente; desrespeito ao devido processo administrativo; excepcionalidade da medida; antecedentes e momento do ato; personalidade do agente (mesmo íntegro, sua ideologia pode por em risco a busca pela finalidade legal).

No caso de licitações: antipatia ideológica pelo objeto da licitação iniciada por outro agente político; vitória de empresa que não contribui com campanha política do mandatário; tentativa de contratação sem licitação ou início de uma nova licitação com objeto igual ou que contenha aquele da licitação revogada; habilitação de licitantes por via judicial, etc.

---

<sup>46</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada. p. 70.

<sup>47</sup> MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Obra citada. p. 64.

<sup>48</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada. p. 80.

#### 4.4 A proposta da discricionariedade vinculada a princípios.

Como já postulamos acima, a discricionariedade não é uma liberdade deferida ao agente nos moldes da vontade privada, como se irrelevante fosse a sua escolha<sup>49</sup>. O que ocorre, é que a lei impõe que o agente aperfeiçoe a sua conduta em vista do interesse público, existindo um dever para o qual é atribuído um poder instrumental, de se buscar a melhor alternativa<sup>50</sup>, sob a ótica da razoabilidade, da proporcionalidade, da lealdade, da boa-fé e da igualdade.<sup>51</sup>

O princípio da legalidade não importa uma vinculação negativa da administração, mas positiva, no sentido de uma cobertura legal de toda a atuação administrativa, que só é legítima com atribuição prévia<sup>52</sup>.

Todavia, o exposto princípio não pode significar que o ato está vinculado somente à regra que o autoriza, ignorando o restante do ordenamento<sup>53</sup>. Em especial, não se admite que o ato seja desconforme ao que há de mais relevante no ordenamento: os seus princípios basilares; os direitos fundamentais. É elementar no Direito que uma norma não deve ser avaliada apenas de maneira estática. A compreensão dinâmica impõe a sua validade e a sua interpretação inseridas em um sistema que supera a mera soma de normas.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> Como anota Eros Grau (Obra citada. p. 143), "*a doutrina do direito administrativo liberal [discordamos do rótulo, pois não vemos relação direta entre a ideologia de esquerda e um direito administrativo democrático, pelo contrário, em vista da tendência de agigantamento do Estado e de intervenção nas liberdades individuais] constrói uma falsa legalidade, na medida em que fragiliza mediante a introdução, nela, deste autêntico cavalo de tróia, a discricionariedade (...). A confusão entre juízo de oportunidade e juízo de legalidade – também nisso insisto – é, nesse bojo, fatal.*"

<sup>50</sup> Conforme as idéias contidas em BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada. p. 32-36.

<sup>51</sup> Idem. p. 96.

<sup>52</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomaz. Obra Citada. p. 371-376.

<sup>53</sup> FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. p. 128.

<sup>54</sup> "*deve ser compreendido o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.*" Idem p. 137.

A separação dos poderes não deve servir de abrigo à arbitrariedade que crê na impossibilidade de controle de atos tidos como políticos<sup>55</sup>, ignorando a sua relevância jurídica.<sup>56</sup>

A discricionariedade não significa que o administrador desfrute de liberdade para desvincular sua atividade dos princípios constitucionais do sistema, ainda que essa atuação guarde menor vinculação à estrita legalidade do que os atos plenamente vinculados; com o que se quer dizer que são nulos os atos discricionários que ofendam princípios, sendo imperativo o controle jurisdicional neste sentido.<sup>57</sup>

Se é certo que não se admite a substituição do administrador pelo juiz, em contraposição exige-se jurisdicionalmente um administrador negativo<sup>58</sup> – analogia com o legislador negativo do controle de constitucionalidade das leis – que avalie não só sob a ótica da norma que atribui competência, mas de todo o sistema, a finalidade, o motivo, e a logicidade da relação deles com o conteúdo do ato.

A proposta acima pode ser assim sintetizada:

*"No quadro principiológico, a legalidade (...) como vetor que fundamenta na lei a obrigatoriedade da forma de agir, tem se demonstrado carecedor de reflexão e discussões. A moderna doutrina do Direito Administrativo adota uma significação mais ampla de legalidade, expressando 'a conformidade com o direito' (...) a estrita legalidade, que retira da literalidade da lei a sua aplicação aos casos concretos, exige novos contornos, em moldes menos inflexíveis. Parece que a ensejar esta ordem de alterações estão, basicamente, dois fatores: a busca de concretização de justiça material em detrimento do formalismo*

---

<sup>55</sup> Miguel Seabra Fagundes (Obra citada. p. 137-138) expõe que *"a Constituição delega certas atribuições de cunho eminentemente político, que, pela sua natureza específica, são incompatíveis com a interferência do Poder Judiciário, do mesmo modo que excluem da intervenção do Executivo atos privativos do Legislativo e vice-versa."* Essas idéias e, em especial, o exemplo que as ilustram, olvidam a própria função clássica do Judiciário como Baluarte da Constituição. Tão elementar quanto a não interferência do Executivo no Legislativo, é a idéia de um Judiciário que pode controlar outros poderes, mas que em contrapartida não atua de ofício.

<sup>56</sup> Idem p. 132.

<sup>57</sup> Idem. p. 133.

<sup>58</sup> Idem. p. 138-139.

*legal e a segurança jurídica (...) a Administração está submetida, não apenas à lei, mas ao Direito (...) a legalidade estrita cede lugar a outros princípios e valores, como a segurança jurídica e a boa-fé (sem grifos no original)<sup>59</sup>.*

#### **4.5 Uma nova proposta para o controle da revogação da licitação: releitura da Súmula 473 do STF e do artigo 49 da Lei 8.666/1993.**

Às considerações acima se opõe a dificuldade de se delimitar a fronteira entre o controle principiológico do ato – na relação do seu conteúdo com o seu motivo e a sua finalidade – e a invasão da função administrativa, que por vezes importa em escolhas simultaneamente válidas e opostas, sem que o juiz possa impor aquilo que ele entendia como a "melhor" alternativa.

O risco dessa invasão tem levado a uma excessiva (ao nosso olhar) cautela nas decisões judiciais, que invocam a súmula 473 do STF, bem como o artigo 49 da Lei 8.666/1993, como uma autorização normativa quase irrestrita à revogação.

Primeiramente, seja analisado o contexto da gênese da referida súmula<sup>60</sup>. No Mandado de Segurança nº. 12.512-DF<sup>61</sup>, decidiu-se pela irrevogabilidade de atos que importem na ofensa a direito adquirido. No mesmo sentido, o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 16.935-SP<sup>62</sup>, em que se entendeu legal a revogação de uma autorização a um administrado que excedeu os limites daquela, mas fez-se a ressalva ao direito adquirido. No Mandado de Segurança nº. 13.942 foi concedida a segurança para anular revogação que não atendeu ao dever de motivação, e assim dificultou o controle judicial, nem observou o direito adquirido em tela<sup>63</sup>. Por fim, a ementa do Recurso Extraordinário 27.031-

---

<sup>59</sup> COSTALDELLO, Angela C. *A invalidade dos atos administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*. p. 131.

<sup>60</sup> Adotaremos o rol de casos indicados como precedentes da súmula em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 12.09.2006. Com a ressalva de que o teor do MS 1194 de 07.06.1950 não estava disponível.

<sup>61</sup> Min. Relator Lafayette de Andrada. DJU de 1.10.1964.

<sup>62</sup> Min. Relator Themístocles Cavalcanti. DJU de 24.05.1968.

<sup>63</sup> Min. Relator A. M. Villas Boas. DJU de 29.4.1969.

SP<sup>64</sup> se dedica a diferenciar a anulação de ofício da revogação, asseverando que esta é impossível após o nascimento do direito subjetivo.

Quanto à revogação, percebe-se que o que se buscou consolidar não foi a possibilidade de, em regra, a Administração revogar os seus atos. Porque isso é óbvio. Também em nenhum momento foi dito que a revogação escapa ao controle judicial. Porque isso seria absurdo. A segurança jurídica foi almejada com foco no direito adquirido e no dever de motivação.

Entretanto, em regra, não é isso que se tem em vista quando a jurisprudência invoca a referida súmula. Veja-se o caso do Agravo de Instrumento nº. 96.01.03642-3/DF do Tribunal Regional Federal da Primeira Região.<sup>65</sup> Conforme o relatório<sup>66</sup>, após a homologação do procedimento para a compra dos medicamentos, houve a sua revogação mediante lacônica motivação – que fazia referência ao diploma licitatório e à referida Súmula – e sem oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa<sup>67</sup>. Conforme o voto relator, a urgência era patente, pelo curto prazo de validade e pela extrema necessidade dos medicamentos. Houve o voto pelo provimento do agravo, para a anulação da revogação, com o mandamento judicial determinando a contratação.

Porém, vieram os votos vogais. O Desembargador João Aluizio Palmeira consignou o seguinte:

*“considero ser prematura a concessão de medida liminar no momento, dado que essa licitação teria sido suspensa por ordem de Ministro de Estado (...) Decerto, essa revogação decorreu de algum interesse relevante, porque não teria sentido suspender-se o procedimento sem qualquer motivo”.*

O voto, também pelo improvimento, do Desembargador Aldir Passarinho Junior buscou maior juridicidade:

---

<sup>64</sup> Min. Relator Luiz Gallotti. DJU de 04.05.1955.

<sup>65</sup> DJU de 19.12.1996.

<sup>66</sup> Desembargador Federal Catão Alves.

<sup>67</sup> Aspectos formais que por si, além de trazerem suspeitas de desvio de poder, são suficiente à nulidade da revogação, conforme postulamos acima.

*“não sendo da conveniência e oportunidade da Administração Pública (...) não cabe, entendo eu, ao Poder Judiciário analisar essas questões, determinando o prosseguimento da concorrência internacional. Nos termos da Súmula 473, do Colendo Supremo Tribunal Federal, é dado à administração revogar seus atos, asseguradas, é claro, à parte licitante prejudicada as perdas e danos”.*

Com o máximo respeito, entendemos que a Súmula 473, por sua origem histórica e pela evolução do Direito Administrativo tem índole restritiva. Ao intérprete cumpre buscar nela vícios à revogação, no que diz respeito ao direito adquirido e à apreciação judicial, o que impõe a motivação. A sua teleologia não importa em reforçar as hipóteses em que a revogação é tida como válida.

Da mesma maneira, o art. 49 da Lei 8.666/1993. A finalidade principal da norma não foi autorizar a revogação de licitação, até porque isso já era previsto no art. 39 do Decreto-Lei 2300/1986<sup>68</sup>, mas tornar explícita a exigência de um fato superveniente<sup>69</sup> – o que não era pacífico – e para explicitamente impor à hipótese as exigências constitucionais da motivação e do devido processo legal.

Em vista do exposto, postulamos que a Súmula 473 do STF e o artigo 49 da Lei 8.666/1993 servem para impor maiores controles ao ato de revogação da licitação, enquanto que costumeiramente tais textos têm servido como argumento para aqueles que intentam barrar um controle efetivo dos motivos e finalidades da revogação de licitação.

---

<sup>68</sup> Conforme o quadro que remete à lei anterior em: PEREREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. p. 336.

<sup>69</sup> Sérgio Andrea Ferreira (obra citada) ressalta a excepcionalidade da revogação da licitação em vista do advérbio contido na expressão “*somente* poderá revogar a licitação” que compõe o texto do art. 49 da Lei 8.666/1993.

## 5 A INVALIDIDADE DA REVOGAÇÃO E OS DIREITOS DOS LICITANTES.

### 5.1 O dever de indenizar danos decorrentes de revogação válida e a insuficiência da indenização como sanção à revogação inválida.

O tratamento dado por determinado ordenamento jurídico à questão da responsabilização estatal é um relevante sintoma da profundidade da democracia do Estado a que está relacionado. Afastadas concepções de que o soberano não erra, "*a responsabilidade do Estado, numa acepção ampla, significa o dever de reconhecer a supremacia da sociedade e a natureza instrumental do aparato estatal.*"<sup>1</sup>

A doutrina tradicional<sup>2</sup> afirmava que a revogabilidade do ato gerava isenção do dever de indenizar o dano decorrente; arrematando em seguida que o ato classificado como irrevogável, como no caso de respeito a direitos adquiridos, poderia ser suprimido mediante indenização.

Tal solução olvida que não apenas o particular pode ser prejudicado pela revogação arbitrária. Indo além: desrespeita o princípio da legalidade e acata a falsa crença de que a administração sempre busca o interesse público.

Lúcia Valle Figueiredo<sup>3</sup> e Adilson Abreu Dallari<sup>4</sup>, apoiados na tese de responsabilização estatal objetiva, consignam que mesmo lícita, a revogação que causa danos gera para o Estado o dever de indenizar.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>5</sup>, a revogação legítima, em regra, não gera dever de indenizar<sup>6</sup>, pois a lesão a direitos seria rara nessa hipótese. Se configurado um dano especial e anormal, haveria a indenização, até porque o autor não descarta a responsabilidade estatal por ato lícito.<sup>7</sup> Na mesma lição está prescrita a necessidade de expropriação de direito adquirido do particular, para que

---

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...* 791.

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed. p. 192-193.

<sup>3</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. p. 255-256.

<sup>4</sup> *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 4ª ed. p. 191.

<sup>5</sup> *Curso...* p. 405-406.

<sup>6</sup> Tal assertiva é melhor compreendida com a ciência da tese de responsabilidade civil do Estado por ato lícito sugerida pelo autor: o dano indenizável não pode ser aquele suportado por toda coletividade, e nem aquele de pouca significância, inerente ao convívio social. Idem p. 864-865.

<sup>7</sup> Idem. p. 405.

se revogue o ato que deixou de atender ao interesse público. Ainda para o autor a indenização posterior não sanaria a ilicitude, e o ato deveria anulado pelo Judiciário<sup>8</sup>.

Essa posição nos parece adequada: prevê indenização para as hipóteses em que a sistemática publicista prescreve a responsabilidade objetiva do Estado, enquanto postula pela anulação do ato revocatório inválido, uma vez que não apenas o direito do particular diretamente envolvido é posto em risco.

Tal imposição é especificada para as licitações:

*“Se a revogação for ilicitamente efetuada e, por qualquer razão, não mais existirem meios de assegurar a efetivação do contrato, aquele que teria direito a ele fará jus a uma indenização que acoberte, já agora, não apenas as despesas que efetuou para disputar o certame, mas também o que perdeu e deixou de ganhar em decorrência do ato ilícito que lhe frustrou os proveitos que auferiria com o contrato (sem grifos original)”<sup>9</sup>.*

Note-se também que a regra de que a revogação lícita não gera um dano indenizável não vale para a hipótese das licitações.

*“Entendemos que, com ou sem previsão legal, o licitante vencedor cuja proposta haja sido satisfatória terá, no caso de revogação lícita, direito a ser indenizado pelas despesas em que incorreu para disputar o certame. Com efeito, se a Administração exige seriedade dos concorrentes e firmeza em suas propostas, não pode, depois, mesmo socorrida por razões de interesse público deixar de atuar com seriedade e honrar a firmeza da convocação que fez, ignorando os gastos em que incorreu aquele que venceu o certame apresentando oferta satisfatória.”<sup>10</sup>*

---

<sup>8</sup> Em sentido contrário, entendendo que o direito adquirido é uma barreira à revogação que se retrata no direito à indenização: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...* p. 438.

<sup>9</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 16ªed. P. 559.

<sup>10</sup> Idem. p. 558.

O fato de o parágrafo segundo do artigo 49 da Lei 8.666 de 1993 ter tratado da indenização apenas para as hipóteses de anulação de ofício não nos parece uma omissão<sup>11</sup>. Indica que a indenização no desfazimento da licitação é regra, abrindo exceção para a anulação de ofício, quando a administração não deu causa à ilegalidade.

Albergamos as posições que entendem que a revogação anterior à conclusão dos julgamentos, não gera dever de indenizar<sup>12</sup>. A razão é que não há dano, nem direito, pois com a concorrência múltipla, a regra é que o licitante fará as despesas da elaboração da proposta sem uma contrapartida futura<sup>13</sup>. Não há dano anormal nem especial.

Também pelos assumidos riscos naturais do procedimento é que não assistente aos licitantes vencidos o direito à indenização pela revogação.<sup>14</sup>

## **5.2 A obrigatoriedade da continuidade do procedimento revogado de maneira inválida.**

Fora a questão da condenação à indenização decorrente de revogação inválida, entramos em tormentosa questão: tutelas mandamentais à administração, por ocasião da invalidação judicial ato revocatório.

Ocorre que ainda no curso do procedimento, o licitante vencedor – ou que acredita no seu êxito futuro, quando a revogação se dá ainda antes da finalização do julgamento das propostas<sup>15</sup> – não irá se resignar com a revogação inválida, passando a diligenciar apenas pela indenização.

---

<sup>11</sup> Em sentido contrário: SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Revogação e anulação no procedimento licitatório*. In *Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos*. Coord. GARCIA, Maria. p. 153.

<sup>12</sup> Sem prejuízo de que a revogação ilícita deva ter seus efeitos retirados do ordenamento por decisão judicial, conforme abaixo.

<sup>13</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Licitação*. p. 86-87.

<sup>14</sup> GASPARINI, Diógenes. Obra citada. p. 519.

<sup>15</sup> A revogação tem apenas uma condicionante temporal: a superveniência de um fato relevante que afete o interesse público. Sabendo desse fato, não há porque a licitação prosseguir para só após a homologação ocorrer a revogação. Em sentido contrário, de que a revogação só pode ocorrer na ocasião da homologação, ou após: GASPARINI, Diógenes. Obra citada. p. 520.

Seu maior interesse é que a licitação prossiga, para que possa ser contratado.<sup>16</sup> Assim, se possuir provas documentais suficientes, buscará a via mandamental de índole satisfativa<sup>17</sup>, ou ainda vias ordinárias, dispondo de maior dilação probatória.

Veja-se a finalidade atribuída por Celso Antônio Bandeira de Mello ao controle da revogação:

*“Com efeito: o único sentido das restrições à revogação só pode ser o de garantir aos concorrentes a continuidade seqüencial do certame e ao primeiro classificado o acesso ao contrato buscado.”<sup>18</sup>*

Contudo, a Jurisprudência<sup>19</sup> tem, com clareza, feito a distinção entre a adjudicação e a contratação. O vencedor teria direito àquela, mas não a esta, uma vez que persistiria à Administração a discricionariedade de revogar – ou o dever de anular – o procedimento<sup>20</sup>, caso verifique um fato superveniente; ou ainda a faculdade de simplesmente não contratar<sup>21</sup>, a despeito de reconhecer a validade e de não retirar a eficácia do procedimento via revogação.

---

<sup>16</sup> São os casos de todos os exemplos jurisprudenciais colacionados acima, em que um dos licitantes buscava invalidar a revogação, sempre mediante tutelas de urgência, e nunca com foco na indenização. Por todos, pela notoriedade, o caso do Agravo Regimental em Suspensão de Liminar nº. 154-734-4 do Tribunal de Justiça do Pará, citado no capítulo 3.

<sup>17</sup> Vide. BATISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil. Volume 2.* 4ª ed. p. 396.

<sup>18</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...* p. 556. Fazemos a ressalva de que não apenas os licitantes podem ter interesse no prosseguimento da licitação. Pode haver ofensa a interesses coletivos e à moralidade, abrindo possibilidade jurídica de pedido por tutela mandamental em ação popular ou em ação civil pública.

<sup>19</sup> Por todos: Recurso Extraordinário nº. 107.552 – DF. DJU de 28.04.1987. 2ª Turma do STF. Ministro Relator Francisco Rezek. apud PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários...* p. 339-348.

<sup>20</sup> Marçal Justen Filho (*Comentários...* p. 404) expõe a divergência doutrinária acerca da ordem entre homologação e adjudicação. Por exemplo, Diógenes Gasparini entende que a revogação só pode ocorrer na fase de homologação, ato de autoridade superior, posterior à adjudicação, ato da comissão (conforme acima). Já o jurista paranaense entende que ambos os atos são interdependentes e realizados por autoridade superior à comissão, só que a adjudicação seria posterior.

<sup>21</sup> O entendimento clássico é que o momento típico da revogação é o da homologação e que mesmo a licitação com objeto adjudicado e não revogada (ou anulada) não gera direito à contratação. Com isto, o adjudicatário que demonstrasse a invalidade da revogação, ou mesmo da omissão da administração em adjudicar, obteria mera tutela declaratória a fim de evitar eventual preterição (Rev. STJ 34/143 apud JUSTEN FILHO, Marçal, *Idem...* p. 407.).

O direito à adjudicação, pelo qual se reconhece ao vencedor do certame o direito de não ser preterido em eventual contratação<sup>22</sup>, é pacífico na doutrina<sup>23</sup>. A resultante prática deste direito é de suma importância.

Ocorre que após a revogação mal intencionada, pode o agente tentar se valer de um subterfúgio para contornar o direito de não preterição do vencedor, ou simplesmente para se evadir da vinculação ao edital originário: realizar uma contratação direta, ou iniciar uma nova licitação (em ambos os casos há invalidade), com um objeto semelhante ou mais amplo (que contenha também o objeto certame revogado)<sup>24</sup>.

Entretanto, o direito à adjudicação não é o suficiente. Reportamo-nos à lição acima transcrita de Celso Antônio Bandeira de Mello: as finalidades das restrições legais à revogação são: continuidade do certame e acesso do vencedor ao contrato.

Todavia, a contratação do vencedor permanecia sendo vista, em regra, como faculdade, em concepção tida como superada por Marçal Justen Filho, que postula pelo direito do vencedor à contratação<sup>25</sup>:

*"a concepção tradicional (...) acaba por produzir efeitos nocivos para o interesse público. Ponto fundamental reside na seriedade da atividade administrativa licitatória. Não é possível a Administração promover uma licitação sem a efetiva perspectiva da contratação. A licitação se traduz em um custo de transação<sup>26</sup>(...) A ausência de seriedade da licitação importa*

---

<sup>22</sup> Art. 50 da Lei 8.666/1993.

<sup>23</sup> Desde LOPES MEIRELLES, Hely. *Licitação...* p. 20.

<sup>24</sup> Neste caso, a nova licitação e a contratação direta deverão ser anuladas, por ofenderem o princípio da vinculação ao edital. Para Marçal Justen Filho (*Comentários...* p. 408), no caso, há ofensa a direito adquirido do vencedor da licitação.

<sup>25</sup> Idem, ibidem.

<sup>26</sup> O que significa que a proposta não vai contemplar apenas preço do objeto somado a uma parcela de retorno de capital. Incluirá, por exemplo, custos com técnicos para a elaboração de proposta, honorários de advogados, remuneração do risco de não contratação, remuneração do risco de alteração unilateral do contrato, remuneração do risco de não obtenção de recomposição satisfatória do equilíbrio econômico do contrato; dificuldades com eventual execução de precatórios; em casos de concessões ainda: risco de encampação, desapropriação, etc. Isso sem mencionar a hipótese de bons fornecedores se absterem de participar de certames, resultando numa "feudalização" do procedimento, que fica restrito a empresas de influência política e reiterada prática licitatória. Esses custos são, em regra, suportados pelo Estado e, conseqüentemente, por toda a coletividade. Em sua cruzada ideológica e demagógica pelo moralismo estatal, determinado governante, e seus

*uma elevação irracional dos custos de transação (...) para que a Administração possa receber propostas do maior número de licitantes e logre obter a solução contratual mais adequada e vantajosa, é imperioso que se reconheça o direito do adjudicatário ao contrato (...) trata-se, também aqui, de um dever-poder, o que significa que tal decisão tem de submeter-se ao regime jurídico pertinente."*

Da lição acima, retiramos que a contratação do vencedor é a regra, restando a ocorrência de fato superveniente *realmente* pertinente ao interesse público como uma das exceções que permitem a não contratação. De outro lado, se a revogação é inválida, cai por terra o fundamento da autoridade para não contratar.

Quando a revogação inválida ocorre antes do julgamento das propostas, é possível o mandamento judicial para o seu prosseguimento, em vista da natureza vinculada (princípio da vinculação ao edital) do procedimento.

A revogação inválida ofende o interesse público e a ordem jurídica. "Ao se converter o ato revogatório em indenização, na realidade divide-se o dano por toda a coletividade."<sup>27</sup> Recorde-se que não apenas a ofensa a direito adquirido pode configurar a ilicitude de dada revogação.

Outrossim, o particular pode não ter interesse somente na indenização, e a reiteração da prática de procedimentos destituídos de seriedade, além de ofender o princípio da segurança jurídica, em especial nas relações com a administração, gera um ônus econômico desnecessário ao Estado<sup>28</sup>.

Em suma, a manutenção da revogação inválida fulmina todos os escopos do princípio constitucional da licitação, pelo qual iniciamos este trabalho: moralidade, isonomia e redução de custos para a Administração.

---

assessores jurídicos, podem estar a dilapidar o patrimônio público, por meio de onerações desnecessárias que serão reveladas, em regra, após o término de mandato.

<sup>27</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Obra citada. p. 251.

<sup>28</sup> Conforme a nota 26, acima. A isso seja somado que as modernas teorias gerenciais, nascidas do momento em que a gestão se afastou da propriedade do capital (que no Brasil só ocorreu na década de 90), demonstram que não apenas o lucro estimula a atuação dos agentes econômicos. No processo decisório são de grande importância critérios como a segurança empresarial e a perpetuação do empreendimento, cuja alta aversão a riscos nem mesmo altos lucros podem afastar. Cf. ROSSETTI, José P. *Introdução à Economia*. 19ª ed. p. 475-477. Entendemos que uma revogação inválida contribui com a má imagem estatal, da qual resulta o afastamento de boas empresas em relação a contratos públicos.

## 6 CONCLUSÃO

A licitação é um instrumento de vinculação da atividade administrativa que busca a moralidade, a isonomia e a vantajosidade nas contratações, o que impõe um severo controle da discricionariedade excepcionalmente atribuída.

A validade da revogação demanda um "devido processo administrativo" cujas regras e finalidades sejam orientados por princípios constitucionais. Também não podem ser esquecidos os controles de motivos e finalidades impostos por todo o ordenamento e estritamente pela própria lei 8.666/1993, ao mencionar a necessidade de superveniência de fato relevante ao **interesse público**.

A expressão acima vem sofrendo severas restrições hermenêuticas pela potencialidade do ocultar arbítrios, enquanto se postula por um Direito Administrativo orientado pelos princípios fundamentais da Constituição, com o sopesamento de seus valores e a máxima satisfação dos direitos fundamentais como técnica interpretativa.

A validade do ato de revogação não constitui óbice à responsabilização extracontratual do Estado; enquanto que a invalidade da revogação não é sanada pela indenização do licitante.

É dever do Poder Judiciário determinar que a Administração prossiga com a licitação revogada, em vista da vinculação ao edital, e do dever de seriedade exigido da Administração na mesma proporção que incumbe aos licitantes, ao formularem propostas.

Do direito à adjudicação do objeto da licitação revogada de maneira inválida não resulta somente a não preterição do vencedor. Adota-se o postulado de que a contratação do adjudicatário é a regra, desconstituída por exceções como, por exemplo, a revogação válida. Há um dever-poder de contratar, e não mera faculdade da Administração.

O principal prejudicado com a revogação inválida é o interesse público, em vista do desrespeito à isonomia, à moralidade, à vantajosidade, e aos demais princípios constitucionais; enquanto que a insegurança jurídica criada pelo administrador será arcada por toda a coletividade, com a remuneração risco suportado pelos licitantes, em futuras contratações.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIN, Aluizio Batista de. *Elementos de Sociologia do Direito em Max Weber*. Florianópolis: Insular, 2001.

ARGÜELLO, Katie. *O ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1997.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Revista de Informação Legislativa. v. 35 n. 137. Brasília, Jan/Mar 1998.

\_\_\_\_\_. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*. São Paulo: RT, 1981.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Licitação*. São Paulo: RT, 1980.

BATISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil. Volume 2*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000.

BLANCHET, Luiz Alberto. *A discricionariedade ou irrelevância jurídica*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Volume 2. Curitiba, 2002.

BOBBIO, Norberto. *As Idéias Políticas na Idade Moderna até Kant*. In: *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3 ed. Brasília: Editora UNB, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: editora UNB, 1999.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. *Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9784/1999*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTALDELLO, Angela C. *A invalidade dos atos administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*. Tese de Doutorado. Curitiba: UFPR, 1998.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DINAMARCO. Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Volume I*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA, Sérgio Andrea. *Anotações sobre a revogação em sede licitatória*. Revista de Direito Administrativo nº 229. São Paulo, Jul/Set de 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direitos dos Licitantes*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomaz. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: RT, 1990.

GASPARNI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAU, Eros R. *Direito posto e direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Tradução da 2ª edição original por João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991

LUDWING, Celso L. *Razão Comunicativa e Direito em Habermas*. In *A Escola de Frankfurt e o Direito*. Curitiba: UFPR, jul/1997.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Licitação e Contrato Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: RT, 1991.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Neumann e revisão de Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. *O desvio de poder*. Revista de Direito Administrativo nº 228. São Paulo, Abr/Jun de 2002.

PEREREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

ROSSETTI, José P. *Introdução à Economia*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Revogação e anulação no procedimento licitatório*. In *Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos*. Coord. GARCIA, Maria. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Nº1. Belo Horizonte: Del Rey, jan/jun de 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*. RDP. v. 18 n. 75: p. 118-127, São Paulo, jul./set., 1985.

TALAMINI, Daniele C. *Revogação do Ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Alteração unilateral do contrato administrativo. Interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993*. São Paulo: Malheiros, 2003.