

ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO



Alessandro Dantas

Mestre e Especialista na área de Direito Público, professor de Direito Administrativo em graduação e pós-graduação. Instrutor de Licitações e Contratos Administrativos do Grupo Negócios Públicos. Coordenador Técnico do Encontro Nacional sobre Responsabilidade dos Agentes Públicos da ERX do Brasil. Coordenador Técnico do Seminário Avançado de Processo Administrativo Disciplinar da ERX do Brasil.

1 - INTRODUÇÃO

A anulação e a revogação são as duas mais tradicionais e conhecidas formas de extinção do ato administrativo. A licitação também é passível de ser anulada ou revogada, porém, em razão de ser um procedimento administrativo (conjunto de atos) e não um único ato, haverá algumas mudanças em sua aplicação nesta matéria.

O princípio da autotutela administrativa admite que tanto a anulação quanto a revogação possam ser feitas de ofício pela Administração. Na anulação, o parâmetro de controle será a violação à lei e aos princípios constitucionais do art. 37, ao passo que na revogação o fundamento provém do princípio da indisponibilidade do interesse público.

A matéria foi sistematizada no art. 49 da Lei de Licitações.

2 - ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

2.1 Motivo da anulação

A anulação da licitação, à semelhança do que ocorre em relação aos atos administrativos, é motivada pela ilegali-

dade (aqui entendida em sentido amplo), ou seja, a desconformidade de qualquer fase da licitação à lei ou aos princípios constitucionais do art. 37.

Assim, se no decorrer do procedimento licitatório forem praticados atos com violação à lei ou aos princípios constitucionais, a autoridade competente deverá anular o procedimento.

2.2 Extensão da anulação

A anulação em matéria licitatória pode ser total ou parcial (classificação quanto à sua extensão), razão pela qual a autoridade com competência para anular o certame deverá analisar em que fase da licitação foi praticada a nulidade. Isso porque a Administração, quando realiza um certame licitatório, pretende a contratação de algum objeto, sendo a licitação apenas um meio instrumental, impessoal e moral apto a

aferir qual o melhor negócio.

Por isso, apesar do vício procedimental, a Administração ainda continua com interesse em contratar o objeto (um bem, a prestação de um serviço, por exemplo), motivo pelo qual deve anular apenas o ato ilegal e os produzidos a partir do mesmo, devendo aproveitar os que antecederam à nulidade.

Nos procedimentos regidos pela Lei 8.666/93 entendemos que apenas será possível a anulação parcial se a ilegalidade que se pretende anular for da fase de julgamento de proposta em diante, não se admitindo anulação da licitação, por exemplo, se o vício se deu na fase de habilitação, exceto se a nulidade for declarada na própria fase de habilitação.

Isso porque o efeito do ato de anulação é retroativo à origem do vício, desconstituindo os atos subsequentes. Assim, se o vício for anterior à fase de julgamento das propostas, o fato de as mesmas já terem sido abertas, violadas, impede o prosseguimento do certame, eis que fere o princípio da sigiloso das propostas. Em síntese, poderá ser anulada parcialmente a licitação se o vício ocorreu: 1) na fase de julgamento das propostas, a exemplo de um erro de classificação, 2) na adjudicação (entrega de lote errado) e na homologação.

Já na modalidade Pregão, mesmo que o vício seja na fase de habilitação será possível sua anulação parcial. Isso porque nesta modalidade o julgamento das propostas antecede a habilitação. Por isso, no pregão, tem-se que a anulação será total quando o vício for anterior ao julgamento das propostas, como, por exemplo, na fase de publicidade do instrumento convocatório (inobservância do prazo mínimo de publicidade). Em estreita síntese: no pregão a anulação parcial tem um campo de abrangência mais exten-

so do que nas modalidades da Lei 8.666/93, especialmente quanto a vício na fase de habilitação, na qual na sistemática da Lei 8.666/93 a autoridade competente deverá anular totalmente o certame, ao passo que no Pregão, não.



2.3 Legitimidade para anular a licitação

Como se trata de extinção da licitação por motivo de ilegalidade (em sentido amplo), tanto a Administração quanto o Poder Judiciário poderão pronunciar sua anulação. A primeira o faz no exercício da autotutela (seja provocada, como no caso de recursos, seja de ofício), uma vez que é destinatária dos princípios impositivos do art. 37 da Constituição Federal. Já o Poder Judiciário atua em razão da garantia constitucional do art. 5º, inc. XXXV, que veda a exclusão de sua atuação em caso de lesão ou ameaça a direitos. A anulação pela própria Administração configura tipo de controle interno, ao passo que quando a mesma é feita pelo Poder Judiciário o controle é externo.

Apesar de os fundamentos de iniciativa da anulação pela Administração e pelo Poder Judiciário serem diferentes (princípio da autotutela e princípio da inafastabilidade da jurisdic-

ção), os parâmetros de controle se identificam. Por outras palavras: tanto a anulação feita pela Administração quanto aquela proclamada pelo Poder Judiciário têm como parâmetros a lei e os princípios constitucionais do art. 37 da Constituição Federal, ou seja, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, além de outros.

A anulação pela Administração pode ser feita de ofício ou por provocação. É o que ocorre, por exemplo, quando no meio da licitação percebe-se que, pelo valor estimado para a contratação de um determinado bem¹, deveria ser adotada modalidade Concorrência, quando na prática foi adotada Tomada de Preços. Neste caso, a Administração percebendo tal vício (de ofício ou por provocação) deverá anular na íntegra o certame. Outro exemplo pode ser elucidado no caso de inobservância do prazo recursal na fase de habilitação na Lei 8.666/93. Se um licitante for inabilitado e a Comissão de Licitação não ofertar o prazo de recurso, ou prosseguir para fase de julgamento de propostas, o procedimento estará fadado à anulação.

2.4 Peculiaridades da anulação feita pelo Poder Judiciário

A anulação feita pelo Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional, ou seja, sua função típica, só pode ser mediante provocação, eis que vige no ordenamento pátrio o princípio da inércia da jurisdição, que se encontra textualizado no art. 2º do Código de Processo Civil.

Nesse ponto o autor da ação deve ter uma série de cautelas, sob pena de o erro procedimental inviabilizar o deferimento do pedido deduzido.

¹ Neste caso o bem apresentado no exemplo não é comum, ou seja, é impassível de contratação por Pregão. Isso porque no Pregão, conforme vimos em capítulo próprio, o critério para sua adoção é ser o bem ou serviço comum, não importando para fins de escolha da modalidade o valor estimado da contratação.

O primeiro ponto é identificar o momento em que a ilegalidade se deu para poder deduzir o pedido corretamente, ou seja, anulação parcial ou total do procedimento.

Deve o autor da demanda deixar claro na peça inicial, especialmente no Mandado de Segurança (quando for caso de anulação parcial), que ele quer que anule o ato ilegal, e, por força do art. 49, § 5º, da Lei 8.666/93, estenda os efeitos de decisão aos praticados após o vício. Deve-se ainda ter cuidado em relação ao pedido. Se o jurisdicionado pleitear a anulação da licitação e os atos subsequentes, o valor da causa não será o valor do contrato, mas um valor atribuído apenas para efeitos fiscais, pois o que se pretende é anulação de ato procedimental, o qual, sendo acatado, leva à nulidade do contrato.²

Todavia deve-se ter cuidado, pois pode haver interpretação divergente no sentido de que o valor da causa é o valor do contrato, ou o valor preposto pelo impetrante, o que acarretará no aumento das verbas de sucumbência, exceto se a pretensão for deduzida em Mandado de Segurança, onde não são devidas verbas a

² Há uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, que ficou ementada da seguinte forma: "Processual civil. Recurso especial em agravo de instrumento. Impugnação do valor da causa. Retenção (CPC, art. 542, § 3º). Inaplicabilidade. Alegada violação do art. 259, V, do CPC. Não ocorrência. Pretensão declaratória. Ausência de conteúdo econômico. Precedentes. Desprovidimento.

1. A retenção prevista no § 3º do art. 542 do CPC é inaplicável ao especial interposto contra decisão interlocutória proferida no incidente de impugnação do valor da causa. 2. O litígio não tem por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, mas simples pretensão de ver reconhecida, judicialmente, a habilitação de licitante, para o regular prosseguimento da licitação. 3. A procedência do pedido não implicará a vitória da licitante, tampouco o direito de contratar com a Administração Pública. Logo, o valor do contrato não serve como parâmetro para definição do valor da causa. 4. Recurso especial desprovido" [REsp 627.222/SC. Rel.a Min.a Denise Arruda. Primeira Turma. Julgado em 17/10/2006. DJ 20.11.2006, p. 274]

esse título.

2.5 Ampla defesa e contraditório na anulação da licitação

O art. 49 da Lei de Licitações informa que quando a autoridade competente for anular o certame, deverá ela ofertar aos licitantes a ampla defesa e o contraditório. Seria essa medida preventiva? Há autores, como Marçal Justen Filho, que entendem que qualquer decisão administrativa relevante deve ser antecedida de contraditório e ampla defesa. Por outro lado, há quem sustente que na anulação e revogação não se requer prévio contraditório e ampla defesa, os quais serão exercidos apenas se interposto recurso nos termos do art. 109, inc. I, alínea “c”, da Lei 8.666/93. Esse é o pensamento de Ivan Barbosa Rigolin.³

Sendo ou não o caso de prévio contraditório e ampla defesa, o fato é que do ato que anula a licitação cabe recurso nos termos do art. 109, inc. I, alínea “c”, da Lei de Licitações, momento em que o recorrente terá a oportunidade de exercer com abundância a ampla defesa e o contraditório. É claro que apenas há chance de êxito deste recurso se o ato anulatório da licitação for ilegal, como, por exemplo, advindo de autoridade não competente, ou não sendo caso de anulação do certame.

2.6 Hipóteses em que será cabível a indenização na anulação

Cabe tecer alguns comentários sobre se há ou não indenização em caso de anulação do certame. O posicionamento que vem prevalecendo é

³ Adverte o autor: “Resumindo-se, para concluir, advirta-se: ampla defesa em anulação ou revogação de licitação não existe. Contraditório é apenas o recurso administrativo que a lei já assegura, no art. 109. O § 3º do art. 49 constitui folclore legislativo puro, lastimável sob todos os títulos, e excelente oportunidade para manter-se calado que o legislador, outra vez nesta Lei no 8.666, desperdiçou”.

que deve a Administração indenizar os prejuízos dos licitantes que não contribuíram para a nulidade do certame, desde que provem os prejuízos efetivamente experimentados.

Em sendo o caso de o licitante dar ensejo à nulidade, e isso vale tanto para a licitação quanto para o contrato, não terá ele direito à indenização.⁴



⁴ Apesar disso, há posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a Administração, mesmo nos casos de culpa do contratado, deve indenizá-lo. Os fundamentos desta decisão baseiam-se no princípio da moralidade e na vedação ao enriquecimento indevido da Administração. Registre-se, por oportuno, trecho da decisão: “No entanto, a Administração deve indenizar a empresa contratada pela execução de etapas das obras ajustadas até a data da declaração de nulidade, ainda que a anulação do contrato tenha ocorrido por utilização de documento fraudado pela empresa, como na hipótese em exame. Com efeito, recebida a prestação executada pelo particular, não pode a Administração se locupletar indevidamente e, com fundamento na nulidade do contrato, requerer a devolução de valores pagos por obras já realizadas, o que configuraria violação ao próprio princípio da moralidade administrativa” [STJ – REsp 408.785. RN – 2a T. Rel. Min. Franciulli Netto. DJU 30.06.2003, p. 00187].

3. REVOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

3.1 Motivo da revogação

A revogação da licitação, como forma de extinção do certame, opera-se por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente e devidamente comprovado. Em outras palavras, à semelhança do que ocorre em relação aos atos administrativos, a revogação é pautada em critérios de conveniência e oportunidade.

Só que em matéria licitatória a lei especificou que o motivo da revogação deve ser superveniente à instauração do procedimento, sob pena de ilegalidade do ato revocatório. É o que ocorre, por exemplo, quando está em curso uma licitação para a construção de uma ponte acessória e a mais importante daquela cidade vem a ruir. Neste caso, o comprometimento da ponte principal é fato superveniente e justificador da revogação da licitação, cujo objeto é a construção da ponte acessória.

3.2 Extensão da revogação da licitação

Interessante notar que a revogação da licitação, ao contrário do que parece, não é baseada na inconveniência ou inoportunidade do certame licitatório, pois este é apenas um meio instrumental para a contratação. Assim, e isso é bem interessante, o motivo da revogação da licitação não é o procedimento em si, mas a inconveniência e inoportunidade, decorrente de fatos supervenientes, da futura contratação.

Por esse motivo, ao contrário da anulação que pode ser parcial ou total, aqui só é possível admitir a revogação total, uma vez que se a Administração não possui mais interesse no futuro contrato não há que se falar em revogação parcial da licitação.

3.3 Legitimidade para revogar a licitação

Diferente da anulação, a revogação da licitação só pode ser feita no exercício da função administrativa. Por outras palavras: não cabe ao Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, revogar uma licitação. Por outro lado, pode o mesmo Judiciário, no exercício de sua função administrativa, revogar uma licitação promovida por sua estrutura.

3.4 Cabimento de indenização na revogação da licitação

Como se trata de ato extintivo baseado na falta de interesse em firmar o pacto, ou seja, ato legal, os efeitos da revogação não são retroativos (*ex nunc*), cabendo indenização aos que comprovarem ter experimentado prejuízos em decorrência da revogação do certame.

3.5 Ampla defesa e contraditório e recurso cabível na revogação da licitação

Do ato que revoga licitação cabe recurso administrativo nos termos do art. 109, inc. I, alínea "c", da Lei 8.666/93, cujas razões recursais devem se limitar à nulidade ou não do despacho revocatório, como, por exemplo: 1) ausência de competência da autoridade que revogou a licitação; 2) inexistência de motivo superveniente etc.

Registre-se, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça no RMS no 30.481/RJ, cuja relatoria coube à Ministra Eliana Calmon, entendeu que a possibilidade de contraditório no caso de revogação de procedimento licitatório apenas será deferida caso já tenha sido homologado o certame e adjudicado o objeto ao licitante, pois até então o mesmo não tinha qualquer expectativa de contratação.

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. REVOGAÇÃO APÓS HOMOLOGAÇÃO. PREÇO ACIMA DO MERCADO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADA.

1. O Poder Público pode revogar o processo licitatório quando comprovado que os preços oferecidos eram superiores ao do mercado, em nome do interesse público.

2. Para ultrapassar a motivação do ato impugnado seria necessária dilação probatória, incompatível com a estreita via do mandado de segurança.

3. O procedimento licitatório pode ser revogado após a homologação, antes da assinatura do contrato, em defesa do interesse público.

4. O vencedor do processo licitatório não é titular de nenhum direito antes da assinatura do contrato. Tem mera expectativa de direito, não se podendo falar em ofensa ao contraditório e à ampla defesa, previstos no § 3º do art. 49 da Lei 8.666/93.

Precedentes.

5. Recurso ordinário desprovido.

Ao contrário do decidido pelo Egrégio Tribunal, entendemos que o direito ao exercício do contraditório e ampla defesa já pode ser exercido após descoberto o titular da proposta mais

vantajosa, mesmo que ainda o certame não tenha sido homologado e adjudicado o objeto. Isso porque, os atos de adjudicação e homologação são vinculados, razão pela qual, identificado o titular da proposta mais vantajosa a Administração é obrigada a lhe adjudicar o objeto e transcorrido corretamente o certame, homologá-lo.

Entendimento diferente daria margens para antes da adjudicação a Administração, não satisfeita com o licitante vencedor, simplesmente revogue a licitação, até mesmo por motivos escusos, carecendo este ato – que pode ser ilegal – da possibilidade de controle interno por meio de recursos. Criar-se-ia uma zona de imunidade de controle interno, incentivando o licitante a ingressar com medida judicial.

Sendo o motivo superveniente e pautado em razões de interesse público (conveniência e oportunidade), a Administração pode revogar a qualquer momento o certame, porém, a partir do momento em que já se descobriu o titular da proposta mais vantajosa, deve ser ofertado a ele o direito de questionar a licitude do ato de revogação do certame.

Apesar deste julgamento do STJ, no TCU há o entendimento de que:

“A jurisprudência desta Corte de Contas é segura no sentido de que, na hipótese de desfazimento do processo licitatório, por revogação ou anulação, assegura-se ao licitante vista dos autos e direito ao contraditório e à ampla defesa” [Acórdão 2.211/10 – Plenário, TC-019.201/2005-4, Rel. Min. Augusto Nardes, 01.09.2010]. ■