

DOCTRINA

Da (im)possibilidade de anulação e revogação *ex officio* do procedimento licitatório e suas repercussões práticas

Saulo Versiani Penna*

Sumário: 1 Introdução. 2 Da extinção do ato administrativo. 3 Da distinção entre anulação e revogação do ato administrativo. 4 Anulação: nulidade e anulabilidade do ato administrativo. 5 Anulabilidade e/ou nulidade de licitação. 6 Conclusões. 7 Referências bibliográficas.

1 Introdução

É verdade que muito se tem discutido sobre a possibilidade de anulação e revogação do ato administrativo pela própria Administração Pública, como decorrência do chamado princípio da autotutela, o qual compreende uma das prerrogativas atribuídas à Administração, que lhe permite proceder ao controle de seus próprios atos como forma de garantir o exercício da sua atividade de acordo com a lei e o interesse público.

Aliás, são de notório conhecimento as Súmulas 346 e 473 editadas pelo Supremo Tribunal Federal, em que se fixou o entendimento, especialmente por intermédio desta última, sobre a viabilidade de a Administração “anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais [...] ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos...”.

Entretanto, essa prerrogativa de policiamento dos atos administrativos pela própria Administração encontra certas nuances no âmbito do procedimento de licitação, com repercussão prática peculiar, demandando uma análise mais aprofundada de cada caso concreto.

Ora, o presente artigo tem exatamente o escopo de chamar a atenção para essa especificidade da licitação, uma vez que, constituída de vários atos administrativos, não pode ser tratada de forma simplista pelo administrador público, ao aplicar de maneira indiscriminada o princípio da autotutela, sem maior reflexão e critérios que realmente preservem o interesse público.

Assim, desenvolveremos breve estudo sobre a extinção do ato administrativo, procederemos a uma distinção teórica entre anulação e revogação, bem como o que nos parece mais adequado a respeito das figuras da nulidade e anulabilidade, para, ao final, analisar as situações de cabimento ou não da anulabilidade de licitação, principalmente daquela procedida pela própria Administração (*ex officio*).

2 Da extinção do ato administrativo

O ato administrativo pode ser extinto pelo cumprimento de seus efeitos, pelo desaparecimento de seu sujeito ou objeto, pela retirada ou pela renúncia de seu beneficiário.

Na modalidade de retirada, segundo a classificação adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello¹, extingue-se por revogação, invalidação, cassação, caducidade e contraposição.

* Juiz de Direito Titular da 4ª Vara de Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, Especialista e Mestre em Direito Processual. Doutorando em Direito Processual. Professor de Direito em Belo Horizonte.

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Malheiros. São Paulo: 1995, p. 43.

Entretanto, o importante para nosso estudo é a retirada do ato da ordem jurídica pela anulação e revogação, que são formas de extinção do ato jurídico pela própria Administração Pública.

3 Da distinção entre anulação e revogação do ato administrativo

Evidentemente que, para tratar da invalidação da licitação, se torna fundamental lembrar a distinção teórica entre anulação e revogação do ato administrativo, uma vez que, para cada uma dessas hipóteses de retirada do ato do mundo jurídico, impõem-se requisitos que devem ser estritamente observados pelo administrador público, sob pena de a sua atividade ser questionada e reprimida na esfera jurisdicional.

A anulação, como se sabe, pressupõe a existência de ilegalidade, sendo, portanto, um dever o reconhecimento, pela própria Administração, do vício do ato administrativo, com a sua invalidação e de seus eventuais efeitos. Ressalte-se que, como se trata de juízo de legalidade, pode ser exercido tanto pela Administração de ofício ou mediante provocação dos interessados quanto pelo Poder Judiciário depois de provocado. E, tendo em vista que a ilegalidade atinge o ato administrativo desde sua origem, a anulação produz efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos à data de sua emissão.

A revogação, por sua vez, consiste no desfazimento do ato válido, diante de sua inconveniência e inadequação à satisfação do interesse público, o que implica juízo de conveniência e oportunidade, os quais são inerentes à Administração Pública, estando, pois, contidos em seu chamado “Poder Discricionário”. Por óbvio que, ao contrário da anulação, a revogação somente produz efeitos *ex nunc* (a partir da emissão do ato revogador), visto que é o desfazimento de um ato sem máculas ou vícios, isto é, válido, deve, por isso mesmo, ter preservado os efeitos já produzidos.

E exatamente pelo fato de a anulação reclamar a existência de ilegalidade do ato, é que o Poder Judiciário está inteiramente livre para reexaminar a atitude de invalidação procedida pela Administração, o que não ocorre com a revogação, uma vez que, aqui, o poder de revisão judicial fica limitado à pura legalidade do procedimento revogatório, já que estaria tolhido o Judiciário de invadir a discricionariedade da Administração, isto é, o binômio “conveniência e oportunidade”, em respeito ao princípio da independência dos Poderes proclamado na Constituição Republicana.

Vale ressaltar que esse poder de revisão decorre do que foi denominado pela doutrina e jurisprudência como “Princípio da Autotutela”, que nada mais é do que o poder que a Administração Pública detém de rever seus próprios atos, quer seja quanto ao mérito, quer seja quanto à legalidade, como corolário lógico da própria atividade administrativa do Estado ou do seu inerente poder de supremacia em relação aos particulares, que significa preservar o interesse público em relação ao individual ou particular.

Por isso mesmo, ensina o professor João Antunes dos Santos Neto:

Podendo executar seus atos e decisões de ofício, ocorre, via de consequência, que a Administração também pode rever aqueles mesmos atos e decisões que colocou no mundo jurídico de forma unilateral e independente, de modo a melhor atender ao princípio da legalidade e ao interesse público. É o que se convencionou chamar de *autotutela* - princípio que permite que a Administração exerça, ela própria, o controle de seus próprios atos. E este controle, que se exerce *ex officio*, se faz de modo a consagrar-se a subsunção da atividade administrativa à lei e ao interesse público, pois é corolário lógico do que restou expandido que a Administração não poderia pautar sua conduta permitindo que atos ilegais produzissem efeitos jurídicos em face de sua submissão total à *juridicidade* (*in Da anulação ex officio do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.138).

Portanto, como sinalizado pelo ilustre professor João Antunes dos Santos Neto, essa prerrogativa da autotutela, concedida à Administração, encontra sua conformação de legalidade e legitimidade no interesse público.

Assim, a invalidação de determinado ato administrativo possui um escopo ou finalidade que nada mais é que a garantia do interesse público e, por conseguinte, somente se impõe na medida da configuração de sua real necessidade de natureza pública, devendo ser repelidos os motivos de cunho puramente formalista ou de simples ritualística.

4 Anulação: nulidade e anulabilidade do ato administrativo

Questão também que sempre suscita dúvida na prática do administrador público é a que importa na prerrogativa da Administração de anulação do ato administrativo.

É claro que, sob um ponto de vista puramente teórico e doutrinário, a matéria é de fácil solução, pois todos aqueles que lidam com os fundamentos do Direito Administrativo sabem, como já mencionado, que constitui a anulação do ato administrativo pela própria Administração Pública uma decorrência lógica do princípio do interesse público sobre o privado.

Destarte, como conseqüência do próprio regime jurídico-administrativo de verticalidade da Administração Pública, em que esta, por visar o bem-estar social e o interesse público, se sobrepõe ao individualismo, é que podemos falar de autotutela e, por conseguinte, em possibilidade de anulação do ato pela Administração Pública.

Entretanto, malgrado se adote indiscriminadamente o termo “anulação” para designar tanto o desfazimento do ato nulo quanto do ato anulável, nem todo vício enseja a nulidade de um ato administrativo, pois se admite a gradação entre mera irregularidade, anulabilidade e nulidade, segundo a natureza e a intensidade com que atinge os requisitos do ato.

E, quanto a essa distinção teórica, que no final resultará em fundamental repercussão prática no campo do procedimento licitatório, o professor Marçal Justen Filho nos dá importante contribuição para o esclarecimento:

Em termos gerais, a nulidade consiste em um desencontro de uma conduta concreta perante um modelo normativo. O ato concreto não corresponde ao figurino legal, o que acarreta uma conseqüência, usualmente caracterizada como uma ‘sanção’. Podem-se distinguir os vícios conforme a gravidade da ‘sanção’. Existem três modalidades de ‘sanções’ para vícios de atos ocorridos no curso da licitação.

Em uma ordem crescente de gravidade da sanção, pode-se aludir primeiramente à *mera irregularidade*. *Verifica-se quando a ofensa ao dispositivo normativo seja inapta a acarretar lesão a interesse público ou particular*. Assim, por exemplo, a ausência do número de ordem do edital no seu preâmbulo configura irregularidade. *A simples irregularidade não produz reflexos sobre a validade da licitação*.

Em segunda ordem de cogitação, encontra-se a *anulabilidade*. Esse vício *ocorrerá quando houver ofensa à regra de tutela do interesse privado dos participantes na licitação*. Enquanto tal, o vício *apenas será pronunciável mediante provocação do interessado (titular do interesse ofendido)*. No seu silêncio ou omissão, a pronúncia do vício se inviabiliza, sendo *acobertada por uma espécie de preclusão administrativa*.

Em terceiro plano, há a *nulidade propriamente dita*. *Caracteriza-se na ofensa à regra que tutele o interesse público*. Nessa ótica, o vício *deverá ser pronunciado de ofício pela Administração Pública*. Essa classificação distingue graus de importância entre os vícios. Parte do fundamento de que as exigências normativas podem ser distinguidas conforme o tipo de interesse tutelado normativamente, que se constituiu em objeto da ofensa.

A definição do interesse tutelado depende do cotejo da norma especificamente examinada com os princípios norteadores da atividade e da licitação. *Deve-se examinar se a norma orienta-se à consecução do interesse público ou retrata tutela de interesse privado dos licitantes* (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 440) (grifos nossos).

Ora, como deixa claro o ilustre professor Justen Filho, não restam dúvidas de que essa gradação dos vícios se faz necessária na atuação do administrador público diante do dilema da decisão quanto à imprescindibilidade de invalidação do ato tido como defeituoso.

Não pode, em verdade, a Administração Pública, na sua prática de preservação do bem coletivo, declarar a invalidação de atos, notadamente no âmbito das licitações, valendo-se, falsa ou equivocadamente, da prerrogativa da autotutela, pois a nulidade pressupõe a existência de lesão a um bem jurídico que envolve interesse público, devendo ser afastada a hipótese simplista que admite a chamada “anulação de ofício” compreendida apenas como discordância do ato administrativo com um modelo normativo. Assim, jamais existirá nulidade sem que exista a configuração de um dano efetivo a interesse público.

5 Anulabilidade e/ou nulidade de licitação

E vistas as diferenças que envolvem as acepções jurídicas de mera irregularidade do ato, como a de anulabilidade e nulidade, podemos entender melhor a questão relativa à possibilidade ou não de a Administração anular de ofício o procedimento de licitação.

A licitação, como se sabe, é procedimento administrativo que visa à contratação de execução de obras ou serviços públicos, por intermédio de competição entre particulares, razão pela qual, a par do interesse público que lhe é inerente, comporta, também, a existência de interesses exclusivamente privados, os quais, por isso mesmo, devem merecer tratamento diferenciado dos atos administrativos propriamente ditos².

Dessa forma, como a licitação se compõe de vários atos preparatórios do ato final visado pela Administração, nem todo vício do procedimento licitatório corresponde à nulidade de todo certame, mesmo porque no curso desse procedimento deparamos com os interesses exclusivamente privados, os quais, como já dito, deverão receber do administrador público um tratamento distinto dos demais atos administrativos considerados puros.

Aliás, incabível trazer a teoria das nulidades do Direito Civil para o Direito Administrativo, visto que, enquanto no primeiro é a natureza do vício que implica nulidade, anulação ou mera irregularidade, no segundo, é mais importante a repercussão do vício para o interesse público do que propriamente a sua natureza, especialmente quando se trata de licitação, pois ela decorre do princípio básico do Direito Administrativo da indisponibilidade do interesse público.

A esse respeito, expõe, brilhantemente, o professor Miguel Seabra Fagundes:

... o que domina para afetar o ato administrativo mais ou menos intensamente nas suas conseqüências, deve-se insistir, é a natureza e o vulto do interesse público atingido, ao passo que, em se tratando do ato jurídico civil, interferem o interesse público e o privado, ora em equilíbrio, ora prevalecendo um sobre o outro, conforme se afigure mais propício à composição de conveniência em jogo.

Para a catalogação das nulidades no Direito Civil, prevalece a consideração da natureza intrínseca do vício e da gravidade dele, *a priori* estabelecidas, de sorte que, sejam quais forem as repercussões do anulamento em espécie, o mesmo vício acarreta sempre a mesma conseqüência (nulidade ou anulação).

No Direito Administrativo, importa menos a natureza do defeito em si do que as repercussões que a invalidez do ato, atentas às circunstâncias eventuais, venha trazer ao interesse público, pelo que

² Ensina a prof.^a Maria Sílvia Zanella Di Pietro que a licitação tem que ser definida como “procedimento administrativo”, isto é, como uma “série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual” (*in Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 299).

um mesmo vício pode, muita vez, acarretar conseqüências diversas (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 56-57) (grifo nosso).

Portanto, há que se fazer a distinção segundo a qual a *nulidade* deriva da legalidade e indisponibilidade do interesse público, enquanto a *anulabilidade* se origina de um prejuízo a um interesse concreto e disponível do particular. Assim, a Administração Pública não possui ampla faculdade para anular procedimento licitatório, estando, por outro lado, impedida de invocar, para tal intento, a conveniência e a oportunidade, motivação esta própria do ato de revogação, que igualmente reclama a presença do interesse coletivo para sua validade.

Dessarte, constituindo o vício ofensa a interesse exclusivamente privado, não tem a Administração a “faculdade” ou a “discricionariedade” para proceder à anulação do certame de ofício, dada a ausência de interesse público que a justificaria. Por sinal, bem ponderou o Ministro Oscar Corrêa que, “Se não se nega à Administração a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer disso o reino do arbítrio”³.

Por tais razões é que antes de se perguntar se houve ilegalidade para proceder à anulação, deve-se indagar se houve ofensa a interesse público, de acordo, inclusive, com o magistério abalizado do saudoso professor Paulo Neves de Carvalho:

Uma das idéias mais importantes é a de que, na avaliação dos fatores da nulidade, na avaliação do ato administrativo, há de sopesar, confrontar, sempre, a situação posta por intermédio do ato que se diz viciado com a presença do interesse público, isto é, não se invalida apenas em nome de uma desconformidade do ato administrativo com a regra legal, mas ele vai se desfazer ou não em razão da presença do interesse público (in Os atos administrativos em espécie: conteúdo, forma, revogação e anulação. Boletim de Direito Administrativo 10. São Paulo: NDJ, 1996, p. 651) (grifo nosso).

Logo, para o exercício da autotutela na licitação, é necessário que o procedimento tenha causado ou possa causar um dano efetivo ao erário. A propósito, mesmo com relação ao ato administrativo em geral, o administrador público encontra limitações no princípio da segurança jurídica, para o exercício da prerrogativa de declarar a nulidade de seus atos, como precisamente preleciona o professor João Antunes dos Santos:

Não se olvide, da mesma forma, que, em homenagem à segurança das relações oriundas do sistema jurídico positivo, deve-se exigir que o ato passível do exercício do dever de invalidação em sede de controle interno tenha causado ou possa causar algum tipo de dano. Caso contrário, se do ato não resulte qualquer lesão, ou, ao se parafrasear Lúcia Valle Figueiredo, ‘não tenha contaminado as relações surgidas’, não poderá ser anulado, pois, além de não se atender com a ação interesse superior de qualquer espécie, ‘a ausência de dano, bem como a necessidade de proteção de outros valores’, faria com que o sistema repelisse tal proceder (SANTOS NETO, João Antunes dos. Da anulação ex officio do ato administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 166) (grifo nosso).

Comunga da mesma opinião o professor Adilson Abreu Dallari, citando, inclusive, Hely Lopes Meirelles, que acrescenta, ainda, a imprescindibilidade da observância do devido processo legal no uso da autotutela, a saber:

Não se revoga uma licitação sem a comprovada existência de justa causa, apurada em procedimento contraditório. (...) ‘A justa causa para anular ou revogar a licitação deve ficar evidenciada em procedimento regular, com oportunidade de defesa. Não basta a simples alegação de vício ou de interesse

³ RE 108.182, REsp 63.451.

público para invalidar a licitação; necessário é que a Administração demonstre o motivo invalidatório'. Esse direito de defesa, que antes só era assegurado expressamente nos procedimentos judiciais, está, agora, estendido também aos procedimentos administrativos, dentre os quais se incluem os de anulação e revogação da licitação. É o que se infere do inciso LV do art. 5º da Constituição da República de 1988, concebido nestes termos: 'aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (*in Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 170) (grifo nosso).

Ora, nesse sentido, por implicar o procedimento administrativo de anulação da licitação repercussão na esfera de direito dos licitantes, ela deve ser precedida da oportunidade ao contraditório e da ampla defesa, bem como dos "meios e recursos a ela inerentes", conforme consagrado no art. 5º, LV, da CF. A propósito, essa orientação tem sido seguida na prática pelo eg. Tribunal de Justiça mineiro:

Constitucional e administrativo - Mandado de segurança - Procedimento licitatório - Comissão de licitação - Revisão de vícios - Possibilidade - Ampla defesa e contraditório - Observância - Garantia constitucional - Devido processo legal - Violação - Concessão da segurança - Manutenção - Inteligência do § 5º do art. 43 c/c art. 49 da Lei 8.666/1993 e art. 5º, LV, da Constituição da República. - *Embora possa a Comissão de Licitação, a qualquer tempo, rever vícios ocorridos no procedimento licitatório, sob o escólio da defesa do interesse público, em qualquer caso, deve ser garantido aos interessados o exercício da ampla defesa e do contraditório, sob pena de violação da garantia constitucional do devido processo legal* (TJMG - AC/Reexame Necessário nº 1.0525.04.055485-5/001 - Relator Des. Dorival Guimarães Pereira) (grifo nosso).

Administrativo - Assistência judiciária - Art. 4º da Lei 1.060/50 - Art. 105 do CPC - Mandado de segurança - Ação civil pública - Ritos processuais díspares - Impossibilidade de continência - Anulação de processo de licitação - Ilegalidade - Poder de autotutela do Estado - Dever da Administração - Segurança denegada. (...) *A Administração, na faculdade de seu poder de autotutela, deve anular o processo licitatório desde que constatado vício da ilegalidade. Para tanto, o ato de anulação deve ser precedido de oportunidade de defesa e acompanhado de escrito e devidamente fundamentado* (TJMG - AC nº 000.283.350-7/00 - Relator Des. Jarbas Ladeira) (grifo nosso).

Também o STJ já firmou posição na mesma linha, a saber:

Direito administrativo - Licitação - Anulação - Ausência de contraditório - Impossibilidade. - A anulação ou 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. Recursos providos (STJ - RO-MS 9738 - RJ - 1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU de 07.06.1999, p. 42).

Por sinal, a Lei nº 8.666/93, ao fixar as balizas do procedimento e julgamento da licitação (art. 38, IX), estabelece que o "depacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso", deve ser "fundamentado circunstanciadamente" E o art. 49 do mesmo diploma legal vai mais longe, pois ainda exige, para a anulação, prévio "parecer escrito e devidamente fundamentado".

Ademais, nem sempre a utilização fria, impensada ou sem reflexão da autotutela pelo administrador público, com a declaração de nulidade de licitação, mesmo diante da existência comprovada de vício, significaria dar cumprimento ao princípio da legalidade, pois, como já ressaltado, cumpre à Administração, na sua atividade primária, preservar o interesse público; portanto, somente estará legitimada a invocação da legalidade na medida da garantia da efetivação do interesse coletivo. Por isso, lembrando Weida Zancaner⁴ (1990), o professor Dallari esclarece:

⁴ O professor Dallari faz referência à monografia de Weida Zancaner intitulada: *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 180.

Em tese, poder-se-ia supor que o princípio da legalidade imporia sempre à Administração o dever de invalidar seus atos eivados de vícios, para restaurar a ordem jurídica por ela mesma ferida. A suposição, todavia, não procede, pois a restauração da ordem tanto se faz pela fulminação de um ato viciado quanto pela correção de seu vício. Em uma outra hipótese, a legalidade se recompõe. O princípio da legalidade visa a que a ordem jurídica seja restaurada, mas não estabelece que a ordem jurídica deva ser restaurada pela extinção do ato inválido.

Dessa forma, chama a atenção o prof. Dallari para a convalidação que, no seu entender, “se propõe obrigatória quando o ato comportá-la, porque o próprio princípio da legalidade - que predica a restauração da ordem jurídica, inclusive por convalidação -, entendido finalisticamente, demanda respeito ao capital princípio da segurança jurídica” (2003:181).

E o sistema da convalidação está intimamente relacionado com a satisfação do interesse público, visto que garante, mais do que a simples legalidade, a estabilidade das relações já constituídas. Assim, pois, ensina Dallari:

Com efeito, a convalidação é um ato que não visa apenas a restauração do princípio da legalidade, mas também a estabilidade das relações constituídas, o que nos induz a concluir que se alicerça em dois princípios: o princípio da legalidade e o da segurança jurídica (DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 6. ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 181).

Além disso, o professor Dallari, mais uma vez citando Weida Zancaner (1990), faz importante referência ao princípio da legalidade, desmistificando a idéia de que seria ele o único princípio relevante da ordem jurídica vigente:

Claro está que o princípio da legalidade é basilar para a atuação administrativa, mas, como se disse, encartados no ordenamento jurídico estão outros princípios que devem ser respeitados, ou por se referirem ao Direito como um todo, como, por exemplo, o princípio da segurança jurídica, ou por serem protetores do comum dos cidadãos, como, por exemplo, a boa-fé, princípio que também visa protegê-lo quando de suas relações com o Estado (DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 6. ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 181).

É inegável, portanto, que a invalidação da licitação possui uma relação direta com a finalidade que se pretende alcançar, de tal sorte que é pressuposto para sua legitimação e eficácia não somente a constatação da existência de vícios de pura legalidade mas também a análise da presença dos princípios de segurança jurídica e boa-fé, devendo toda essa avaliação jamais se afastar do principal fator de possibilidade de sua proclamação que é o interesse público, consubstanciado na efetiva ofensa ao erário.

E a jurisprudência, na sua grande maioria, tem acompanhado esse raciocínio, isto é, que não se deve declarar a nulidade de licitação, especialmente quando procedida *de ofício*, sem que haja razões fundadas no interesse público e na probabilidade concreta de prejuízos ao erário. Vale, dessarte, para ilustração a transcrição dos seguintes julgados:

Concorrência pública - Ação de anulação de ato da Comissão de Licitação - Redução de preço após a abertura dos envelopes - Empresa classificada em 2º lugar no certame - Admissibilidade - *Redução que não prejudicou nenhuma das empresas classificadas e atendeu ao interesse público* - Ação julgada parcialmente procedente, reconhecendo-se a ilegalidade do ato - Recursos voluntário e oficial - Recursos providos (TJSP - AC 7.692-5 - São Paulo - 4ª C. D. Púb. - Rel. Des. Aldemar Silva - j. em 17.10.1996 - v.u.) (grifo nosso).

Licitação - Concorrência - Anulação pretendida - Quebra de sigilo alegada - Fundamento em publicação jornalística com o nome da vencedora, dias antes da abertura da proposta - Descabimento - Hipótese de matéria paga de autoria desconhecida - Possibilidade de o anúncio ter sido veiculado com o simples

intuito de semear dúvida na lisura do certame - Recurso não provido (TJSP - AC 138.490-1 - São Paulo - Rel. Des. Euclides de Oliveira - j. em 16.08.1991).

Administrativo. Licitação. Vinculação às cláusulas editalícias. Publicidade somente no jornal de grande circulação local. Ausência de prejuízo. Prevalência do interesse público. Lei 8.666/93 (art. 49).

- 1. *Demonstrada a suficiente abrangência publicitária da licitação e ausente alegação objetiva de prejuízo, prevalece o interesse público, como chancelador da legalidade do ato, perdendo significado a irregularidade ocorrida.*

- 2. Recurso sem provimento (STJ - REsp 287727/CE; Recurso Especial 2000/0118834-8 - Rel. Min. Milton Luiz Pereira - DJ de 14.10.2002, p. 190).

Mandado de segurança - Licitação - Declaração de nulidade - Licitante vitorioso - Interesse para pedir segurança. - A Lei nº 4.717/65 condiciona a declaração de nulidade dos atos administrativos à conjunção de dois requisitos: *a irregularidade e a lesão ao Estado. Irregularidades formais - meros pecados veniais que não comprometem o equilíbrio entre os licitantes nem causam prejuízo ao estado - não conduzem à declaração de nulidade.* Titular de simples expectativa de direito à contratação, o licitante tem interesse legítimo em obter mandado de segurança que mantenha eficaz o resultado da licitação em que obteve vitória (STJ - MS 1113/DF; Mandado de Segurança 1991/0014548-3 - Rel. Min. Peçanha Martins - Rel. para o acórdão: Min. Humberto Gomes de Barros - DJ de 18.05.1992, p. 6.957 - RSTJ v. 34, p. 143) (grifo nosso).

- I - Se não se nega à Administração a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer disso o reino do arbítrio (STF - RE 108.182/Min. Oscar Corrêa).

- II - *A regra enunciada no Verbete nº 473 da súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência* (STJ - RMS 407/Humberto).

- III - A desconstituição de licitação pressupõe a instauração de contraditório, em que se assegure ampla defesa aos interessados. Esta é a regra proclamada pelo art. 49, § 3º, da Lei 8.666/93.

- IV - A declaração unilateral de licitação, sem assegurar ampla defesa aos interessados, ofende o art. 49, § 3º, da Lei 8.666/93 (STJ - REsp 300116/SP; Recurso Especial 2001/0005309-2 - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJ de 25.02.2002, p. 222 - RSTJ, v. 154, p. 104) (grifo nosso).

Administrativo - Ensino - Frequência a aulas - Faltas - Suprimento - DL 1.044/69 - Estudante preso - Analogia - Ato administrativo - Nulidade - Súmula 473, STF - Temperamentos em sua aplicação.

- I - É lícita a extensão, por analogia, dos benefícios assegurados pelo DL 1.044/69 a estudante que deixou de freqüentar aulas por se encontrar sob prisão preventiva, em razão de processo que resultou em absolvição.

- II - *Na avaliação da nulidade do ato administrativo, é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que se coloque em harmonia com os cânones da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e de outros valores necessários à perpetuação do Estado de Direito.*

- III - A regra enunciada no Verbete 473 da súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento. A Administração pode declarar a nulidade de seus atos, mas não deve transformar esta faculdade no império do arbítrio (STJ - REsp 45522/SP; Recurso Especial 1994/0007668-1 - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJ de 17.10.1994, p. 27.865).

6 Conclusões

Como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, para quem princípio é “a disposição expressa ou implícita, de natureza categorial em um sistema, pelo que conforma o sentido das normas implantadas em uma ordenação jurídico-positiva”, e, em conseqüência, “violar um princípio é muito mais

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”. Por conseguinte, conclui o eminente professor e jurista: “o desrespeito a um princípio constitui a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme a natureza do princípio que se violou”.

Assim, não se pode olvidar que os princípios servem para orientar a interpretação e a aplicação de toda e qualquer norma, determinando a atuação adequada da Administração Pública.

A própria Lei nº 8.666/93, que teve como parâmetro o Decreto-lei 2.300/86, regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, fixa os princípios da licitação.

Logo, o procedimento licitatório deve ficar submetido aos princípios que regem a atividade da Administração Pública (art. 37 da CF), e não apenas à análise cômoda sobre a existência de vícios para se proceder à sua anulação.

Ademais, embora os participantes do procedimento de licitação tenham assegurado o direito público subjetivo a que sejam observadas as regras formais estipuladas, isso não significa se apoiar em exigências desnecessárias, desarrazoadas, desproporcionais ou inúteis.

Por isso mesmo, não se deve anular o procedimento licitatório sob a alegação de existência de simples omissões, irregularidades, se nenhum prejuízo for causado à Administração ou aos concorrentes. Dessarte, o ato anulatório ou de revogação da licitação deve ser motivado em uma base real, sob pena de se transformar em atuação arbitrária.

De mais a mais, o interesse público deve preponderar no julgamento de anulação, como em todo o curso do procedimento licitatório, mesmo porque a proteção do bem coletivo é o indicador da probidade administrativa e revela-se como um dos valores constitucionais que deve ser resguardado nos procedimentos licitatórios, no mesmo nível da legalidade, da igualdade e da publicidade.

Referências bibliográficas

CARVALHO, Paulo Neves de. Os atos administrativos em espécie: conteúdo, forma, revogação e anulação. *Boletim de Direito Administrativo* 10. São Paulo: NDJ, 1996.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 10.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores.

SANTOS NETO, João Antunes dos. *Da anulação ex officio do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

-:-:-