

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

HERCULANO DIAS DA ROSA

REVOGAÇÃO DE LICITAÇÃO E DIREITO À INDENIZAÇÃO

CURITIBA

2009

HERCULANO DIAS DA ROSA

REVOGAÇÃO DE LICITAÇÃO E DIREITO À INDENIZAÇÃO

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Doutor Gustavo Fernando Knoerr

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

HERCULANO DIAS DA ROSA

REVOGAÇÃO DE LICITAÇÃO E DIREITO À INDENIZAÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Doutor Gustavo Fernando Knoerr

Avaliador: _____

Curitiba, 29 de outubro de 2009.

Sumário

Introdução	1
1. Revogação da Licitação	3
1.1 Revogação: conceito	3
1.2 Discricionariedade: conveniência e oportunidade	10
1.3 Controle da revogação	17
1.4 Legitimidade do ato Revogado e Efeitos da Revogação	22
2. Indenização e Revogação	28
2.1 Qualidade do Ato da Licitação: direito adquirido e ato jurídico perfeito	28
2.2 Espécie de Responsabilidade	35
2.3 Fato Superveniente Frente Casos de Exclusão da Responsabilidade	41
2.4 Dano Indenizável: características subjetivas e objetivas	46
Considerações Finais	52
Bibliografia	54

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de investigar o conceito de revogação aplicando-o para a espécie de processo administrativo de licitação. Investiga-se as características que revestem a revogação de forma geral depois a refina em relação especificamente à licitação. Adiante, busca-se tratar da responsabilidade civil do Estado pelos eventuais danos que a revogação da licitação pode trazer ao particular, anotando quais as características disso.

Palavras-chave: Revogação. Licitação. Características. Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos. Responsabilidade Civil. Princípio da Isonomia. Dano Indenizável.

Introdução

Na presente monografia pretende-se responder ao questionamento da aplicabilidade de responsabilidade civil em razão da revogação de licitação. Em que condições isso pode se operar.

Antes de passar propriamente ao tema da indenização conseqüente da responsabilidade civil, irá ser feita importante análise sobre a revogação e seu sentido dentro do processo licitatório.

Nesse passo procura-se verificar o conceito de revogação e sua classificação dentro da teoria do Direito Administrativo e da Lei n. 8.666/93, traçando um conceito principalmente relacionado à dependência que caracteriza a revogação.

Serão propostos os requisitos objetivos da revogação que servem para caracterizá-la como ato administrativo próprio e que se vinculam às condições de constituição e validade.

Adiante será dado especial destaque à característica da discricionariedade que recebe relevância na revogação face outra hipótese concorrente, da anulação. Nesse momento estará aberta imediata investigação sobre a eficácia da revogação especificamente sobre o ato a que se refere.

A seguir a observação se voltará ao controle da revogação, as formas pelas quais ele pode se operar, inclinando-se centralmente para a espécie do controle judicial. Nesse ponto se fará a devida relação com a distinção estabelecida no tópico anterior, da presença de discricionariedade ou vinculação na revogação.

Para finalizar o primeiro capítulo, será analisada a situação do ato revogado com a revogação, distinguindo-se especificamente que parte do ato fundamento é extinta e modificada, aplicando as conclusões ao processo licitatório face os especiais efeitos que ele traz.

Traçados os contornos da revogação em vista do ato revogatório, aplicando-se à licitação, passa-se no segundo capítulo a verificação da responsabilidade emergente da revogação, com um foco na cláusula geral de responsabilidade da Administração presente na Constituição da República.

A espécie de responsabilidade será obtida a partir da dissociação entre responsabilidade por comportamento lícito e ilícito, visto que a revogação é por certo um comportamento lícito da Administração.

Prosseguindo se verá qual o dano que pode ser indenizável e quais as características por quais ele terá de se revestir, fazendo-se a correspondência com o fundamento que se lhe dá que é a lesão ao princípio da isonomia.

Nessa linha se separará as características específicas que deve ter o dano causado por comportamento lícito da Administração e sua incidência específica face à licitação.

Ao final do trabalho o que se pretende é ter dado uma noção razoável do fato da revogação de licitação e quais os requisitos do dano por ela causado para que um particular pleiteie indenização diretamente na Administração ou no Judiciário.

1. Revogação da Licitação

Nesse tópico o centro é a revogação, seu conceito e seus elementos de definição. Não cabe, aqui, fazer o detalhamento sobre o que significa a licitação e quais são suas etapas essenciais. A licitação é o fato jurídico contra o qual a revogação se projeta.

O fato de a revogação operar-se em um âmbito específico, por característica desse espaço, vai criar peculiaridades específicas no elemento de justificação e da eficácia do ato, mas não descaracteriza o instituto da revogação.

Nessa seção o trabalho desenvolve-se sucessivamente na verificação do que é o conceito da revogação, a análise do conteúdo da conveniência e oportunidade, e, por fim, como pode se operar o controle dessa revogação, ou melhor, qual tipo de controle pode ser tido por legítimo.

1.1 Revogação: Conceito

É possível chegar-se a um conceito de revogação somente após a percepção do ponto de vista de vários autores. A isto se permite através da análise comparativa dos elementos componentes da revogação e, por fim, da elaboração de uma crítica diante dos consensos e divergências. A conclusão pessoal é o derradeiro passo desse processo cognoscitivo.

A utilidade de trazer o conceito de revogação está em que a partir da sua exposição torna-se possível perceber os elementos e limites inerentes a qualquer revogação. A configuração da revogação na licitação há de obedecer as linhas gerais

de revogação, não pode se conceber em uma espécie totalmente original de revogação por se tratar de licitação.

A revogação de licitação distingue-se da revogação do ato único, porque aqui incide sobre um procedimento (DI PIETRO. 2007, p. 325), entendido como “sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tedem, todos, a um resultado final e conclusivo” (BANDEIRA DE MELLO. 2007, p. 468). O resultado final, no caso da licitação, é a celebração de contrato (DI PIETRO. Idem), de conteúdo patrimonial (BANDEIRA DE MELLO. p. 505). Com isso reafirma-se que a revogação não se descaracteriza em razão do ambiente de licitação, em que ela é aplicada. Por isso, releva o estudo do seu conceito geral.

Passemos a colacionar o que diz a doutrina a respeito da revogação.

Lúcia Valle de Figueiredo a conceitua como “emanação de provimento secundário, constitutivo, emanado no exercício do mesmo poder de prover, por parte de órgão ainda titular da relação jurídica, e cuja finalidade é a supressão definitiva dos efeitos do provimento inicial (primário), por motivo de conveniência e oportunidade, assentada em interesse público superveniente, concreto e atual (e da mesma natureza), atribuindo-se-lhe efeitos *ex nunc*” (FIGUEIREDO. 2003, p. 244).

Ainda que “o ato revogatório tem por finalidade a *supressão dos efeitos de ato anterior, praticado legalmente*, porém, por ter ocorrido situação subsequente, a Administração Pública, ao fazer nova valoração técnico-jurídico-administrativa, conclui pela inoportunidade de sua permanência no ordenamento jurídico” (Idem, p. 245).

Segundo essa autora a revogação não é um ato propriamente, mas, sim, um provimento. A natureza dele é secundária porque se entende que não modifica ou influi diretamente na situação jurídica de seu destinatário real. Esse provimento de extinção somente tem sentido para o destinatário na medida em que projeta os seus efeitos sobre outro ato que possui conteúdo positivo. Nessa acepção que pode se conceber ser esse provimento secundário.

O conteúdo da revogação é negativo, o que fica indicado pela palavra *supressão*. A supressão logicamente não é do ato a ser revogado. Esse ato certamente *sofre* a revogação mas não deixa de existir. O ato de revogação, caso tivesse um tal efeito, estaria assemelhando-se à uma desconstituição, o que o faria ser confundido com invalidação (FIGUEIREDO. 2003, p. 233).

O verbo suprimir aplica-se, por suas palavras, aos efeitos do ato. Ao se revogar uma licitação, nessa linha, não se pode entender que ficaram sem fundamento os atos praticados pelos particulares durante a licitação. Pelo contrário, todos os atos fundaram-se na correspondência à finalidade pública da Administração. A diferença está em que perde seu sentido porque revogada a licitação, não há o contrato que é o seu objetivo.

Também fixa os motivos desses atos nas situações que possam demonstrar a conveniência e oportunidade da revogação. A conveniência e a oportunidade devem estar fundadas em interesse público, não estando especificado se só pode justificar o interesse primário ou se também é apto a motivar o secundário, segundo classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE

MELLO. 2005, p. 63). Entende-se, então, que ambos são possíveis de justificar uma revogação.

Prosseguindo, traz-se à baila o posicionamento de Odete Medauar. Para ela, “*revogação* é ato editado pela própria Administração para suprimir ato administrativo anterior, por razões de mérito, ou seja, por razões de conveniência e oportunidade no atendimento do interesse público. Tendo em vista que a revogação fundamenta-se em razões de mérito, descabe o Poder Judiciário editá-la, pois sua apreciação cinge-se a aspectos de legalidade do ato administrativo” (MEDAUAR. 2003, p. 174).

Difere de Lúcia Valle Figueiredo. Essa afirma que a revogação em si, é um ato, não uma situação decorrente. O objeto desse ato, no entanto, é a supressão de ato anterior. Situação que diverge da primeira doutrinadora porque não afirma que a extinção se dirija aos *efeitos* do ato que é revogado, mas ao ato em si. Essa definição esvaziaria o sentido jurídico dos atos dos administrados praticados dentro de um processo de licitação.

Especificamente quanto à revogação de licitação Medauar adiciona que “a *revogação* desfaz o processo licitatório por razões de interesse público relativas a fato superveniente, devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta (art. 49). Tendo em vista essa possibilidade de revogação, há muito se afirma que o licitante vencedor não tem direito à celebração do contrato, cabendo-lhe, sim, o direito de não ser preterido se o contrato for celebrado” (Idem, p. 222).

Pode-se até cogitar que essa posição quanto às conseqüências da revogação de licitação, no sentido de que o licitante não tem direito à contratação se deve do modo como a autora, em geral, entende a revogação. Pois, se a revogação afeta o próprio ato revogado em sua situação ontológica, de se deduzir assim que o fundo jurídico que alimentou a ação dos particulares durante a licitação também é retirado. Ainda sob a autoridade justificante do interesse público.

Nessa toada, qualquer raciocínio a preservar o interesse dos licitantes a partir da revogação de licitação fica logicamente enfraquecido, porque contra eles pesará o argumento de a revogação ter provocado o desfazimento do ato em si em favor do interesse público. Não foram simplesmente os efeitos futuros da licitação que foram impossibilitados de vir a ser, porém propriamente a constituição dos atos erigidos que teriam sido afetados em sua existência.

Em outra linha, há a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello. Ele assevera que “revogação é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuadas por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes” (BANDEIRA DE MELLO. 2005, p. 430).

Concorda, assim, com Lúcia Valle Figueiredo no pensamento de que a revogação não é um ato administrativo propriamente, mas um *fato jurídico*, apesar de não dizer também que seja um provimento. Para ela, simplesmente é o fato jurídico da extinção do ato jurídico, por ocasião de *outro* ato administrativo a ele referido. Ou então a extinção de efeito de ato jurídico, sem discriminar se todos, alguns ou algum dos efeitos derivados de um ato singular.

No que se refere aos motivos desse ato igualmente faz indicação à conveniência e oportunidade da extinção. O administrador não fica liberado de preservar o interesse público no exercício na aplicação dessas razões, contextualizando-se com a posição doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Celso Antônio, antes de se referir à revogação, levanta que “concluído o procedimento com sucesso, a Administração, em princípio, estará *obrigada a contratar*” (Idem, p. 589). No entanto, a partir do termo “em princípio” retoma o poder de revogar, tratando-o como reafirmação desse direito. Contudo, tal posição é contraposta a de Odete Medauar e mais explícita e completa do que a de Figueiredo.

O ato revogatório fica condicionado a ocorrência de “motivo *superveniente*, em razão do qual a Administração tenha justificativas de interesse público bastantes para não contratar, poderá, mediante ato fundamentado, “revogar” a licitação, assegurados, previamente o contraditório e ampla defesa do vencedor do certame, interessado em firmar solução contrária” (Ibidem, p. 590).

Nesse ponto, o que existe é a ênfase no fato de o interesse público dever vir de motivo *superveniente*, motivo aqui entendido como fato percebido pelo administrador. Não fala que o motivo *superveniente* deva ser igual ou superior ao que originou a licitação, mas deixa justificativa no plural, pelo quê se percebe uma sutil referência a que o motivo da revogação há de atrair um interesse público ao menos igual aquele que desencadeou o acontecimento da licitação.

Em relação às garantias dos licitantes, fala da obediência ao devido processo legal para que a revogação aconteça, que é aqui configurado nas situações de

ampla defesa e contraditório. Nesse ponto reserva a garantia somente para aqueles que tenham vencido a licitação, compreendendo-se que caso não haja ainda qualquer vencedor o administrador não tem o dever de chamar os licitantes ao contraditório para justificar sua decisão de revogação.

A seguir, toca-se a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Ela consigna que a revogação “é ato administrativo discricionário pelo qual a Administração extingue um ato válido, por razões de oportunidade e conveniência”, quanto aos efeitos afirma que ela “atinge um ato que foi editado em conformidade com a lei, ela não retroage; os seus efeitos se produzem a partir da própria revogação; são feitos *ex nunc* (a partir de agora)” (DI PIETRO. 2007, p. 231).

Sua posição geral é semelhante a de Medauar porque afirma que a revogação é um ato administrativo instrumental da extinção de outro ato. Difere dela porque quanto a seu efeito, não afirma que desfaza o outro ato, mas que o extingue, na mesma linha que Celso Antônio. Contudo, ela é explícita ao se referir que esse é um ato discricionário do administrador, diferentemente dos outros doutrinadores estudados que ao invés de se referir diretamente à presença de discricionariedade, que significa “margem de liberdade” (Idem, p. 202), preferiram fazer expressa indicação ao interesse público.

Quanto à revogação específica da licitação deixa claro que há “necessidade de ocorrência de **fato superveniente** e de **motivação** para que o procedimento da licitação possa ser revogado por motivo de interesse público. Em

caso de prejuízo para o licitante, deve o mesmo ser indenizado, desde que devidamente comprovado” (Idem, p. 377).

É igual ao comum dos doutrinadores na necessidade de fato superveniente para que haja a revogação da licitação. Nesse sentido não se aplica a interpretação aberta de interesse público justificante da revogação, derivado nas palavras de Figueiredo de nova interpretação da situação fático-jurídico-administrativa. É necessário, na revogação de licitação que isso seja posterior. No aspecto da motivação também não acrescenta porque a motivação é fator elementar do ato administrativo.

Por se concluir que a comparação desses conceitos nota-se a presença em todos da conveniência e da oportunidade. Isso demonstra que são centrais na revogação. E por não terem seus contornos bem definidos em momento anterior, cabe o seu estudo pormenorizado nos tópicos adiante.

1.2 Discricionariedade: conveniência e oportunidade

Em absoluto, os autores estudados confirmam a necessidade da conveniência e oportunidade para a revogação. Esses elementos compõem o conteúdo do mérito do ato administrativo, na lição de Odete Medauar. Ela diz que “o mérito *administrativo* expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário” (MEDAUAR. 2003, p. 122).

E ao se falar de mérito administrativo, está a se fazer clara referência à discricionariedade porque “a margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade corresponde à noção de *mérito administrativo*” (Idem). Ainda afirma que “em ordenamentos estrangeiros, os termos “oportunidade” ou “juízo de oportunidade” traduzem a apreciação do mérito” (Ibidem).

Ressalva quanto à essa margem de liberdade que “o poder discricionário sujeita-se não só às normas específicas de cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo” (MEDAUAR, p. 122). Reforçando, mais adiante, que “permanece, no entanto, certa margem de livre de apreciação da conveniência e oportunidade de soluções legalmente possíveis” (Idem, p. 122), sem explicar o que, sequer minimamente, significam tais termos.

Hely Lopes Meirelles inclui a conveniência e oportunidade dentro do trato do ato discricionário, seriam fatores da situação do ato administrativo sobre os quais incide a liberdade do administrador, pois “*ato discricionário* é o que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização” (MEIRELLES. 1966, p. 174).

Fica claro que esse autor admitiu ao lado da conveniência e da oportunidade, alguns outros fatores, como a possibilidade de escolha de destinatário, de conteúdo e modo de realização. Medauar, por sua vez, desdobra o mérito em duas faces de conveniência e de oportunidade, deixando-as no cerne do exame da

discricionarieidade. Não se pode aprofundar na crítica a aquele conceito, mas a doutrina mais recente discorda de tal consideração, resguardando a vinculação à lei para os demais elementos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro avança na precisão da discricionarieidade ao afirmar que ela pode se situar no motivo e objeto do ato administrativo (DI PIETRO. 2007, p. 201), sendo que particularmente a conveniência e a oportunidade estarão dentro do motivo. Para ela “o motivo será discricionário quando (...) a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos, os chamados **conceitos jurídicos indeterminados**, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa” (Idem, p. 200).

Na ótica dessa autora, portanto, a conveniência e oportunidade estão relacionadas aos conceitos jurídicos indeterminados, conceitos que são separados um do outro por Odete Medauar. Esta entende serem categorias autônomas, afirmando que no caso do conceito jurídico indeterminado no caso concreto se forma apenas uma opção viável, restrição que impediria a existência da margem de liberdade que se chama mérito, o qual reflete os juízos conveniência e oportunidade (MEDAUAR. 2003, p. 126).

As duas coincidem em um ponto, ao menos se aproximam em muito. Para ambas a conveniência e oportunidade seriam uma situação intelectual, interna do agente, porém que se exterioriza. Medauar refere-se a eles como *juízo*, Di Pietro refere-se a eles como *critérios*. Tais juízos para a primeira são necessários na

apreciação dos *factos*, enquanto para a segundo são necessários na interpretação dos conceitos jurídicos.

Diferem em tal ponto de forma bastante clara de Meirelles que entende que a própria conveniência e oportunidade seriam objeto de escolha, de modo que entende caracterizar-se a conveniência materialmente em uma qualidade do objeto a ser observada, como, por exemplo, no contraste comparativo bonito ou grande. O administrador vê duas situações concretas de conveniência, podendo ter liberdade para escolher qual conveniência vai justificar o ato, por exemplo. Nesse passo a conveniência eleita, dissociada da oportunidade, elimina a outra possibilidade.

Como juízo ou critério a conveniência e a oportunidade, entende-se, que devem ser levadas juntas para a tomada de decisão do administrador. De modo que o administrador pode chegar à conclusão de que sendo tal opção a mais conveniente, também é a mais oportuna. Ou, no sentido inverso, de que sendo a mais oportuna, também é o mais conveniente. Situação em que fica é mais provável pela situação concreta que somente uma dessas opções é viável.

De outro lado, pode ainda haver situação em que embora seja o mais conveniente, não seja o mais oportuno, o que impede que a decisão seja tomada pela conveniência. Ou de que ao ser o mais oportuno, não é o mais conveniente, situação em que se impede que a decisão seja tomada diretamente pela oportunidade.

A solução para essas situações expostas é a formação de juízos por pesos em relação a cada um dos critérios, os quais devem ser expostos na motivação do ato. A conveniência deve receber um peso e a oportunidade receberá outro, igual ou distinto

de acordo com a avaliação subjetiva do administrador, observando a finalidade pública. Feito isso os pesos deverão ser aplicados segundo o ponto de vista do administrador e a opção será resultado de tal ponderação, que precisa ficar clara na motivação do ato.

Celso Antônio Bandeira de Mello também caracteriza a conveniência e a oportunidade como sendo critérios, como Di Pietro. O autor afirma que o “mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis para a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.” (BANDEIRA DE MELLO. 2005, p. 932).

O autor afirma, com isso, que a discricionariedade atual, em que se aplicam definitivamente os critérios de conveniência e oportunidade, vem da situação de impossibilidade de verificação *objetiva* da melhor opção, situação que autoriza o administrador ao uso de hierarquia de valores subjetiva. E é dessa natureza porque não pode ser fundada com base em consensos científicos previamente estabelecidos, mas somente na percepção pessoal e cultural do administrador. Daí origina-se a identificação subjetiva da decisão a ser tomada pelo administrador.

A aplicação de tais critérios, para Celso Antônio, não se daria para alcançar uma única posição admissível no Direito, mas para se chegar a uma das decisões legítimas hipoteticamente. Porém, torna-se única ao ser expressa. O exercício do

poder discricionário fica exaurido com o exercício do poder de escolha do mérito (JUSTEN FILHO. 2005, p. 47), ressalte-se que este é necessariamente guiado pelo uso dos critérios de conveniência e oportunidade.

Por último cabe citar Lúcia Valle Figueiredo. Ela descreve a discricionariedade como “competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade gerais, e afastado de seus próprios “standards” ou ideologias, dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma” (FIGUEIREDO. 2003, p.206).

Essa autora desacredita a separação entre atos discricionários e vinculados ao afirmar que no “conceito não cabe qualquer distinção. Não cabe porque não há distinção entre atos vinculados e discricionários na estática da norma. Atos administrativos são todos, quer vinculados, quer discricionários, atos jurídicos, atos legais, portanto, debaixo estritamente da lei e que perseguem finalidades por esta traçadas” (Idem, p. 198).

Arremata a sua posição sobre discricionariedade citando Sainz Moreno ao afirmar que “pura só existe *quando o critério da decisão deixa de ser jurídico para converter-se em político*. Os atos de discricionariedade administrativa somente se justificam pela natureza política da decisão, que é tomada. Isto não significa que se confundam com os atos políticos de governo, que não são, naturalmente, atos administrativos, senão que se surpreende neles uma essência política por ser

manifestação direta do Poder Público” (SAINZ MORENO. *In*: FIGUEIREDO. 2003, p. 307).

Tendo como único fundamento as categorias de atos discricionários e vinculados não é possível classificar-se a licitação. Se há dúvida quanto a uma divisão entre discricionário e vinculado em relação ao ato administrativo singular, quanto mais em relação a um procedimento que, como foi visto anteriormente, é um conjunto de atos administrativos interligados para alcançarem um fim.

Ela “não é apenas uma sucessão formal e mecânica de atos. A sucessão de atos significa a dissociação temporal e lógica dos diversos componentes da decisão do administrador (...) cada fase culmina com uma decisão. (...) Cada decisão condiciona o seguimento do procedimento licitatório. Assim, quando se define o objeto a ser licitado, está se condicionando o conteúdo do edital. O conteúdo do edital restringe as possibilidades dos concorrentes e delimitada as propostas que serão apreciadas etc. Daí aludir-se ao princípio da vinculação ao edital, para indicar o exaurimento da competência discricionária. (...) No curso de uma licitação, é vedado alterar os critérios e as exigências fixadas no ato convocatório” (JUSTEN FILHO. 2005, p. 47).

Assim, a discricionariedade na licitação, consubstanciada na possibilidade para fixação dos critérios pelos quais o procedimento tramita, fica exaurida com o lançamento do edital. O único ato que retoma a condição de ser discricionariedade é o que dispõe sobre a continuidade ou não do impulso da licitação, qual seja a sua revogação.

1.3 Controle da revogação

Todo o ato administrativo está sob a possibilidade de ser submetido a controle de fora do órgão do qual ele foi emanado. O controle pode ser interno, vindo da própria Administração, ou externo, quando revisto pelo Judiciário, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, art. 5º, inc. XXXV, Constituição Federal.

Odete Medauar explica que “o controle interno visa ao cumprimento do princípio da legalidade, à observância dos preceitos da “boa administração”, a estimular a ação dos órgãos, verificar a conveniência e oportunidade de medidas e decisões no atendimento do interesse público (controle de mérito), a verificar a proporção custo benefício na realização das atividades e a verificar a eficácia de medidas na solução de problemas” (MEDAUAR. 2003, p. 408).

Já a respeito do controle jurisdicional afirma que “caracteriza-se como controle externo, de regra “a posteriori”, repressivo ou corretivo, podendo apresentar conotação preventiva. É desencadeado por provocação (não existe jurisdição sem autor) e efetuado por juízes dotados de independência.” (Idem, p. 423). Acrescenta que a “proteção judiciária representa um dos pilares do Estado de Direito, sobretudo como corolário do princípio da legalidade que norteia a atuação dos poderes públicos” (Ibidem, p. 424).

A diferença entre as duas espécies de controle quanto ao alcance, é que o primeiro pode atingir todos os aspectos do ato jurídico, pois ao tratar dele a autora se refere à parte do ato jurídico reservado para o administrador público, que é o mérito do ato. Diferente do comentário que tece em relação ao segundo ato, nesse ponto a

autora só faz referência a uma possibilidade de controle no que toca à legalidade do ato jurídico, o controle jurisdicional teria uma característica corretiva, viria para atacar a validade.

Interessa notar que segundo apontamento de Medauar o fato de o administrador poder se pronunciar sobre o mérito qualificaria o ato de revogação como de controle. A revogação teria o sentido de controle do mérito, não propriamente da legalidade. Dessa forma, é possível se dizer a partir dessa linha que a revogação é ato de controle próprio do poder Executivo.

A revogação submeter-se-ia, muito embora, à apreciação do Judiciário. Não no que diz respeito ao conteúdo próprio e regular, nos elementos que a definem, porém, no eventual desvio de sua qualidade e nos aspectos atinentes à legalidade como em qualquer outro ato jurídico. A revogação é um ato de controle que se submete ao controle interno e externo igualmente, podendo ser invalidado se necessário. Isso porque a extinção de um ato também há de obedecer uma norma singular.

A reserva para o controle do mérito de forma exclusiva pelo administrador mediante o qual ele foi atualizado, não é aceita em unanimidade. Essa posição é desafiada por Lúcia Valle Figueiredo, porque para ela “não se pode esvaziar, inviabilizar os controles por força da criação de conceitos alargados a dimensões insuportáveis” (FIGUEIREDO. 2003, p. 212). Prosseguindo, analisa que o “fato, qualificado juridicamente, deve ajustar-se à previsão normativa, da maneira mais adequada possível, a fim de que se busque atingir, no caso concreto, o interesse público a ser implementado. E, SE o administrador desbordou ou não dos limites de

sua competência a verificação cabe ao controle interno e externo, neste último incluído o controle judicial, dos Tribunais de Contas e Parlamento.” (FIGUEIREDO. 2003, p. 214).

Em sua ótica a discricionariedade é diminuída de forma a que não pode ser tratada como uma parcela de poder intangível do administrador, essa situação configuraria, por sua vez, uma transgressão ao princípio da inafastabilidade da jurisdição na apreciação dos atos que se fundam em conceitos jurídicos indeterminados (termo usado para evitar discricionariedade).

Ela alça essa categoria para reforçar que a indeterminação teórica e geral do legislador, não se reverte, na outra mão, em uma indeterminação de correção de opções do administrador diante do caso concreto. Nesse ponto, significa que na aplicação da norma pelo administrador, a indeterminabilidade seria revertida em uma determinação concreta, na qual o certo seria particularmente e singularmente definível.

A revogação seria derivada do contraste da indefinição do conceito com a nova configuração e seqüente definição dos fatos (aspecto do intelectualivo, subjetivo). A revogação seria oriunda não da existência de uma segunda possibilidade previamente configurada, na época em que o ato foi gerado, com posterior reavaliação, mas de uma hipótese totalmente nova que veio a se processar posteriormente pela completa modificação do pano de fundo. Diverge da posição de Medauar porque assume como válida a hipótese de revogação apenas por situação e hipótese inexistente (talvez imprevisível) ao tempo em que o ato foi levado a efeito.

Celso Antônio também afirma que a pluralidade de controle dos atos administrativos, porque a “Administração Pública, direta, indireta ou fundacional, assujeita-se a controles internos e externos. *Interno* é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo. *Externo* é o efetuado por órgãos alheios à Administração” (BANDEIRA DE MELLO. 2007, p. 905).

Ao tecer comentário sobre a extensão do controle judicial (externo) assevera quanto aos atos administrativos que “nada há de surpreendente ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio- e, de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação é do direito” (Idem, p. 945).

Dessa maneira Celso Antônio também defende que os atos administrativos estão sujeitos a controle, seja da própria Administração, seja de fora dela, por órgãos como o Judiciário ou Parlamento. O controle por meio judicial também se aplica a toda à extensão do ato controlado, porque “ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária” (Idem, p.946).

Confirma isso ao dizer que “não há fugir, pois, à conclusão de que ao Judiciário assiste não só o direito mas o indeclinável dever de se debruçar sobre o ato administrativo, praticado sob título de exercício discricionário, a fim de verificar se manteve ou não fiel aos *desiderata* da lei; se guardou afinamento com a significação *possível* dos conceitos expressados à guisa de pressuposto ou de finalidade da norma ou se lhes atribuiu inteligência abusiva” (Ibidem, p. 942).

Já Maria Sylvia classifica o controle em legislativo, judicial e administrativo. Trata-se adiante somente do judicial e administrativo. Quanto a este diz que “controle administrativo é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação. (...) O controle sobre os órgãos da Administração Direita é um controle interno e decorre do *poder de autotutela* que permite à Administração Pública rever os próprios atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes” (DI PIETRO. 2007, p. 673).

De outro lado, o “controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados” (Idem, p. 689). Acrescenta que o “Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou

discricionários, mas sempre sob o aspecto da *legalidade* e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da *moralidade* (arts. 5º, inciso LXXIII, e 37)” (Ibidem).

Assim, vê-se que quanto ao controle interno ou administrativo não há dúvida que pode alcançar a revogação como um todo, pelo princípio da autotutela, sem que se discrimine entre o que é vinculado ou discricionário, distinção que não é feita por Lúcia Valle Figueiredo. De outro lado, no que se refere ao controle judicial ele se faz até sobre o mérito, mas com a restrição que se dirá adiante, diferente do controle que a própria Administração exerce que alcança toda a extensão e profundidade do ato.

Aquilo que o Judiciário pode apreciar da parte em que se diz haver garantida liberdade ao administrador é somente enquadramento do exercício do poder à legalidade e moralidade, como completa Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Não se poderia admitir para a teoria clássica (que afirma a discricionariedade liberdade de opção entre dois ou mais válidos) que o Judiciário interviesse nesse aspecto como se o critério subjetivo da opção não fosse patenteado pelo próprio legislador.

Nesse ponto, o trabalho percorre caminho diverso daquele que se inicia com Celso Antônio e é continuado por Lúcia Valle Figueiredo, para os quais diante do caso concreto, ainda que a opção não tenha sido dada por antecipação, só haveria uma opção. Assim, opta-se pela posição de Odete Medauar, por ser posição que estabelece uma maior confiança no administrador para que haja estabilidade nos atos do administrador.

1.4 Legitimidade do Ato Revogado e Efeitos da Revogação

A revogação tem como pressuposto objetivo um ato administrativo válido. Um que se adéque às disposições legais, o que significa dizer que tenha legitimidade formal. Isso determina a forma como se interpretam os seus efeitos, e esses efeitos como atos jurídicos perfeitos ou não. Dessa forma, pode-se chegar a outros efeitos ou não.

Medauar afirma que os “efeitos da revogação operam a partir do presente, porque desfazem atos dotados de legalidade, ou seja, operam *ex nunc*. O ato de revogação é irretroativo, pois incide sobre ato legal, que produziu efeitos válidos” (MEDAUAR. 2003, p. 175).

O fato de a revogação operar sobre ato válido é o fundamento da irretroatividade dos efeitos da revogação. Por conseqüência o ato ilegítimo, desconforme com a legislação, não pode ser revogado, é atingido por outro fato, a declaração de nulidade. Quanto ao efeito direto não especifica qual seja, se provocado sobre os órgãos da Administração, ou se provocado por terceiros em relação com a Administração. Afirma somente a validade desse ato, e que é efeito do ato administrativo depois revogado. Ou seja, é fato-efeito cuja causa é a Administração.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam que a “revogação somente produz efeitos prospectivos, para frente (*ex nunc*) porque o ato revogado era válido, não tinha vício nenhum. Além disso, devem ser respeitados os direitos adquiridos” (ALEXANDRINO *et alli*. 2008, p. 446).

Alexandrino e Vicente Paulo tomam um enfoque diferente do que Medauar, eles não ressaltam a situação do ato revogado como ela faz. Aqui esses autores frisam

os efeitos do ato revogatório, que gera a revogação. Eles afirmam que os efeitos se constituem em fatos futuros, caso contrário não teriam falado em prospecção de efeitos. O efeito do ato revogado, no passado, dessa forma, é preservado.

No processo isso tem significado específico. Um ato encadeia-se a outro, um ato não se isola de outro. Isso traz a consequência que ao se produzir um ato do processo, é implícito o dever de produzir o seguinte, dentro do esquema sistemático do processo em específico. A revogação no *iter* de um processo é contrariar essa lógica e produzir um efeito de extinção.

Como o condutor do processo de licitação é o Estado, e porque ele é regido pelo princípio do impulso oficial, também a ele cabe o dever de comprovar que os requisitos da revogação ocorreram. Isso porque a expectativa inicial era que houvesse um ato seguinte para prosseguimento do processo, caso não corresponda tal expectativa, por haver a revogação, deve comprovar efetivamente a mudança de situação autorizadora da revogação.

De outro lado, entende-se que se o ato revogatório produz efeitos para o futuro, um desses efeitos a serem produzidos pode ser o direito de indenização do licitante que tinha possibilidade de ganho e teve perdas com a licitação não consumada.

Lúcia Vale Figueiredo também assevera a esse respeito que “o ato revogatório tem por finalidade a *supressão dos efeitos de ato anterior, praticado legalmente*, porém, por ter ocorrido situação subsequente” (FIGUEIREDO. 2003, p. 245).

Essa autora, por sua vez, traz, em princípio, um enfoque para os motivos do ato. Isso condiciona e restringe a possibilidade da revogação. A revogação tem lugar se ocorrido fato superveniente à situação que provocou o ato revogado. O ato sobre o qual se dirige, no entanto, é válido. Com a edição do ato revogatório ocorre “supressão” dos efeitos do ato revogado.

Contudo, isso merece ser criticado. Tal supressão não é uma conclusão lógica. De um modo ou de outro se o efeito já existiu, uma vez que eficaz o ato revogado, certo que a supressão não vai ter condições de alcançar aquilo que na realidade já foi produzido. Isso porque, o que foi feito ou se operou sob o ato legítimo, enquanto eficaz, é materialmente existente e não pode ser simplesmente suprimido.

Assim, a leitura que deve ser feita de Lúcia Valle Figueiredo é que a supressão do efeito do ato revogado deve acontecer só se ele ainda continua a provocar um fato-efeito ou se atinge um fato que vai acontecer. De outro modo não pode ser considerado. Se entendesse por correto o que literalmente ela disse, seria afirmar que os fatos que foram executados sob a eficácia do ato revogado cairiam em um vazio jurídico, em desconsideração à eficácia temporal do ato da administração.

Nesse ponto vale muito citar Celso Antônio, quem mais é claro. Ele elucida que o “objeto da revogação é um ato administrativo válido ou uma relação jurídica *válida* dele decorrente. Aí reside uma *diferença capital entre a revogação e a invalidação*. Na revogação não se busca restaurar legitimidade violada, mas atende a uma conveniência administrativa, ao passo que na invalidação fulmina-se um ato viciado perante as normas jurídicas” (BANDEIRA DE MELLO. 2007, p. 432).

Ainda acrescenta que a “revogação tanto pode atacar um ato ainda ineficaz (cf. ns 14 e 15), a fim de impedir que surjam efeitos típicos, o que é raro, como voltar-se contra a relação jurídica nascida de um ato já eficaz, que é o mais comum. Na primeira hipótese elimina o ato para abortar a deflagração de seus efeitos. Na segunda, elimina os *efeitos ainda não consumados do ato*” (BANDEIRA DE MELLO. 2007, p. 432).

A primeira vista parece uma distinção desnecessária para se fazer no presente trabalho. Mas não. Tem importância argumentativa e analítica. O que se pretende é reafirmar a legitimidade dos efeitos, como atos, praticados em um processo administrativo.

Celso Antônio tem maior clareza porque além de tratar a revogação pelo aspecto da legitimidade, também trata de tal situação pelo plano da eficácia. Ou seja, a revogação de um ato já eficaz é diferente do que a revogação de um ato ainda não eficaz.

A consequência é que os efeitos da revogação do ato revogado que ainda não provocou efeitos é o impedimento do seu acontecimento. Porém, também se não provocou efeitos materiais em relação a terceiros em particular, é irrelevante a pergunta por direito à indenização e frustração de expectativas.

Contudo, se o ato revogado também já produziu efeitos em relação a terceiros, é possível cogitar que a Administração tenha causado algum dano. Nesse caminho, passa a ser relevante a expressão usada por Celso Antônio de efeitos *ainda não consumados*. Para melhor compreender tal categoria, deve ser feita uma separação

entre os efeitos que já foram consumados (passados) e aqueles que serão consumados (futuro), fazendo-se relação entre eles.

Os efeitos já consumados têm relevância a partir de sua relação com os que serão consumados. São esses que provocam o envolvimento de terceiros e podem gerar direito à indenização, porque o efeito traduziu-se em atos dentro de um processo licitatório, por exemplo, e isso tem sua correspondência econômica.

Dizer que há *efeitos ainda não consumados* serve apenas para ressaltar o cabimento da revogação. Se todos os efeitos já tivessem sido consumados, o ato administrativo ou o processo já teria cumprido sua finalidade sendo incoerente se falar de revogação.

Pode-se ainda cogitar de que os efeitos do ato revogado tenham vários destinatários e que tenham sido consumados em relação a um, sem ser aos demais. Então, falar-se-ia de que ainda não é consumado somente em relação a algum ou alguns dos sujeitos. No entanto, tal reflexão não é pertinente ao presente trabalho. Aqui a revogação importante é de licitação.

Uma vez que os participantes da licitação cumprem as exigências para estar na licitação, fazem-no em um mesmo momento pela inscrição e apresentação da proposta em um mesmo prazo. Não há a possibilidade de que venha um a princípio, seja recebido dentro do processo licitatório, depois venha outro, também seja recebido, situação que abriria a possibilidade de desigualdade de posições, impossível no caso de licitação.

Dessa maneira os efeitos da revogação são de extinguir o processo ou ato, impedir futura produção de efeitos ainda possíveis, nesse caso, pelo avanço da e, na licitação em particular, de incidir de modo homogêneo sobre todos os licitantes ainda efetivamente participantes do processo licitatório.

2. Indenização e Revogação

A indenização não é especificamente prevista na lei geral de licitações e contratos administrativos, n. 8666 de 1993. Esse fato é relevante porque a aplicação direta da indenização a partir da lei não é diretamente determinável pelo administrador. Assim, é perfeitamente possível que ele não a determine no caso concreto por alegar que ela não é admitida por lei.

Essa interpretação não é completa. O texto de lei não se aplica sem o contexto da Constituição e a consideração da construção doutrinária, especialmente quanto a esse tema de responsabilidade do Estado. E tanto mais que se fala do direito administrativo, cuja matéria não é codificada e demanda avaliação de dispositivos de grande abrangência cristalizados na Constituição.

Por isso a orientação meramente legalista, não vai ser orientadora do capítulo. Ela não é plausível porque a lei geral não a prevê. Isso é uma omissão patente. Omissão que é superada a partir do tipo de responsabilidade civil adotada na Constituição da Administração frente ao administrado.

2.1 Qualidade do Ato da Licitação: direito adquirido e ato jurídico perfeito

A indenização é efeito da responsabilidade. Para que se desencadeie tal efeito jurídico, antes se implementa determinada situação jurídica. O ambiente específico aqui tratado é a licitação. Então, cabe verificar a posição jurídica na qual o administrado/licitante se encontra durante a licitação. O que se fala é da determinação de sua situação subjetiva, que espécie é ela. Necessário perceber se há lesão à direito subjetivo.

A revogação é uma possibilidade conferida à Administração na condução do processo de licitação. A Administração não tem o dever de sempre levar a licitação até a última etapa, antes da contratação. Porém é claro que a Administração ao licitar entra em relação com terceiro, sendo a fator irradiador de várias outras situações. É necessário discernir quais são elas.

Para isso acontecer é mais adequado sair das categorias básicas como ato jurídico perfeito e direito adquirido. Essas são garantias (limites) elementares na relação do Estado com terceiros, particularmente importantes na Administração.

O inciso XXXVI do art. 5º da Constituição prevê que a *lei* não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Elas funcionam como limite da atuação estatal.

Na presente análise só importa avaliar as figuras de ato jurídico perfeito e direito adquirido, visto que quanto à coisa julgada, aqui não se cogita. Note-se que não se trata de atividade judicial, mas tão-só administrativa.

De início percebe-se que a proteção dada pela Constituição se estabelece em relação aos efeitos de lei sobre situações jurídicas. Mais especificamente sua retroação

ou intertemporalidade (MENDES. 2009, p. 501). No entanto, a interpretação da norma há de ser feita não na acepção mais estrita, de lei formal resultante de processo legislativo próprio. Isso porque é a lei o fator jurídico de maior relevância. Nega-se efeitos dele se presente alguma das três circunstâncias.

Assim a tutela jurídica conferida não é somente diante da lei, mas de qualquer ato jurídico. Porque se a Constituição, por uma garantia fundamental, veda que até uma lei influa sobre certas situações, o mesmo se fala sobre outras normas jurídicas inferiores. Tais são institutos de segurança das relações jurídicas diante da necessidade de mudança (MENDES. 2009, p. 501), cuja expressão máxima está na proteção contra o potencial alterador da lei, mas vai além dela. Transborda da lei e atinge inclusive o ato administrativo.

José Afonso da Silva afirma que o mais freqüente “é que uma lei, uma norma, só perca o vigor quando outra a *revogue expressa* ou *tacitamente*. Se a lei revogada produziu efeitos em favor de um sujeito, diz-se que ela criou *situação jurídica subjetiva*, que poderá ser um simples interesse, um interesse legítimo, a expectativa de direito, um direito condicionado, um *direito subjetivo*” (AFONSO DA SILVA. 2006, p. 433).

O constitucionalista relaciona a revogação com a fim do vigor da norma. A seguir reconhece a produção de efeitos pela lei, com o sentido anterior mais amplo, de norma. Tal criatividade se expressa por meio da constituição de situações jurídicas, como gênero, as quais se desdobram em diversas espécies, que são detalhadas na seqüência.

Dentre elas o interesse, interesse legítimo e expectativa de direito. Em destaque inclui a categoria de direito subjetivo. Quanto a ele afirma que “é garantido jurisdicionalmente, ou seja, é um direito exigível na via jurisdicional” (AFONSO DA SILVA. 2006, p 433). Por exclusão o restante embora reconheça serem situações jurídicas, não são direitos exigíveis ou sequer direitos. Por não ter sujeito ativo, passivo ou objeto da prestação determinado por via adequada, no caso de direito. Ou porque não se implementou algum requisito necessário a sua eficácia, se não é exigível.

E é dentre tais espécies de situações subjetivas, a de *direito subjetivo* que se relaciona diretamente a outra categoria antes referida, de *direito adquirido*. A consequência óbvia disso é a exigibilidade por via jurisdicional. Contudo o *direito adquirido* é um direito de caracterização específica.

Primeiramente, antes de esboçar qualquer conceituação é necessário dizer que a “doutrina ainda não fixou com precisão o conceito de direito adquirido” (AFONSO DA SILVA. 2005, p. 434). Este autor a princípio traz a Lei de Introdução do Código Civil que apresenta uma definição específica na qual se afirma que “*consideram-se adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem* (art. 6º, § 2º)” (AFONSO DA SILVA. 2005, p. 434).

A seguir arremata sobre esse tema ao afirmar que se “o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em *direito adquirido*, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para

ser exercido quando convier. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato de o titular não o ter exercido antes” (AFONSO DA SILVA. 2005, p. 434).

Desse modo a característica de tal direito subjetivo é ser plenamente exercível, mas que não tenha sido exercido de fato por escolha (vontade) do titular. Se assim é, trata-se da categoria de direito adquirido que não se nomeia dessa maneira pelo fato de haver ocorrido a aquisição do direito. Porém, ao se falar que é *adquirido*, está se afirmando a aquisição do direito a despeito de o efetivo poder sobre o direito não ter se mostrado, mediante seu exercício.

De fato, na licitação não se fala da existência de direito à contratação, porque é poder da Administração a revogação. O requisito da contratação é a vitória na licitação, porém isso não constitui direito. De tal modo não se pode também falar em direito adquirido, porque ausente direito exercível por um titular, o licitante vencedor.

De outro lado, necessário ser visto se há um ato jurídico perfeito. Nesse sentido José Afonso da Silva explica que a “diferença entre direito adquirido e ato jurídico perfeito está em que aquele emana diretamente da lei em favor de um titular, enquanto o segundo é negócio fundado na lei.” Na mesma linha prossegue “[a]to jurídico perfeito, nos termos do art. 153, §3º [art. 5º, XXXVI], é *aquela que sob regime da lei antiga se tornou apto para produzir os seus efeitos pela verificação de todos os requisitos a isso indispensável*. É perfeito ainda que possa estar sujeito a termo ou condição” (AFONSO DA SILVA. 2005, p. 436).

Deve ser ressaltada a última frase. Lá está em ênfase “termo ou condição”. Isso significa que ainda que haja uma condição a ser suprida, não se restringe a aceitação

jurídica do ato em razão disso. Ou seja, uma condição posterior não invalida o ato já praticado. Nesse caso, observa-se que há uma restrição objetiva ao exercício de um direito. De outro lado, o ato da pessoa, que dependia dela, foi cumprido. Assim, o que se fala é da conservação da estabilidade dessa situação porque cometido o ato que a ela competia com base no direito.

A licitação é sucessão de atos. O edital é o ordenador da licitação. O edital é o ato que se funda na lei e desencadeia a concorrência efetivamente. Se a lei altera o ato-edital, ele é preservado se praticado conforme a lei vigente válida. Não se pode falar em retroação de efeitos da lei para esse caso. Por consequência, o mesmo entendimento é de ser aplicado no caso da revogação que encerra progressão do processo de licitação.

Se houve o encerramento da licitação com base na revogação, não há mais que se falar em alteração da condição jurídica pela qual os atos nela praticados se fizeram. Porque como foi visto em momento anterior, a revogação é incidente sobre os efeitos do ato revogado, desconstitui os princípios informadores da finalidade e progressividade que informam tal processo. Isso tira a necessidade jurídica de outro ato se realizar sob o impulso da Administração, mas não retira o valor jurídico e a validade do ato realizado. Ainda que não tenham provocado a contratação, objetivo pelo qual foram feitos.

Não se pode desconsiderar que o ato praticado em uma licitação é condição do seguinte, por conseguinte, cada ato constitui-se condição do outro. Se assim é pode ser aplicado o entendimento de José Afonso da Silva quanto aos atos feitos durante

uma licitação. A despeito de enfrentar oposição explícita de outros doutrinadores como Marçal Justen Filho.

Tal autor considera que não há lesão de ato jurídico perfeito nem direito adquirido se houve a revogação de revogação. Para ele, a “revogação pressupõe a existência de atos válidos, que ainda não se caracterizem como perfeitos nem tenham gerado direito adquirido” (JUSTEN FILHO. 2005, p. 474).

O autor afirma que há a validade dos atos praticados antes que houvesse a revogação. Percebe-se que o autor relaciona o ato jurídico perfeito com eficácia. Associação que José Afonso da Silva não faz, percebe-se que este autor supõe ato jurídico perfeito ainda que sujeito à condição, ou seja, ainda que seja ineficaz. Nesse caso o efeito prospectivo a se realizar, é garantido e preservado.

Desconsidera que no processo administrativo a finalidade específica de um ato é preparar, condicionar e validar a existência do seguinte segundo o programa legal ou normativo para o processo previsto, a fim de como um todo, o processo atualizado autorize a prática do ato final, objetivo de todo ele e dele diferente. A revogação impede que o princípio da progressividade opere no processo e o encerra.

A característica de ato jurídico perfeito do ato no processo licitatório iguala-se, na realidade, à validade, de modo que a distinção de Marçal Justen Filho não se aproveita para o fim de qualificar os atos produzidos durante a licitação. De todo modo, não se pode querer fazer distinção desnecessária para que se defenda, a todo custo, o direito de indenização do licitante.

Dessa feita o que se conclui é da natureza de ato jurídico perfeito dos atos produzidos durante a licitação porque foram atos tomados ou pela Administração ou pelo particular, fundados em um direito específico, cuja validade é preservada seja diante de lei, seja diante de revogação.

Ademais, essa distinção é importante apenas para confirmar que não há lesão à direito, sendo a categoria relevante para a espécie unicamente a de ato jurídico perfeito. Isso é especialmente relevante no caso de a licitação já haver sido concluída, sem a contratação. A possibilidade da revogação confirma a ausência de direito subjetivo. Não se fala, então, em uma revogação-expropriação, no conceito de Lucia Valle Figueiredo.

Para ela isso ocorreria se há direito subjetivo lesionado. Então, diante “do direito adquirido ou definitivamente constituído, ou, ainda, direito perfeito, a revogação vai se colocar como patológica, no sentido de não desejável” (FIGUEIREDO. 2003, p. 253).

2.2 Espécie de Responsabilidade

A responsabilidade da Administração deve ser vista a partir da Constituição. Da cláusula geral de responsabilidade do Estado do art. 37, § 6º da Constituição Federal. Tal disposição constitucional serve para dar fundo jurídico à responsabilidade do Estado por qualquer atividade que seja, porque não se restringiu a algum ato ou atividade específica.

No texto da Constituição apenas foram afirmados os sujeitos que responderão nessa forma: “pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público”.

O fundamento dessa responsabilidade varia conforme a natureza do ato e origem do dano. Nesse caso interessa o dano decorrente da atividade lícita. E essa responsabilidade dá-se por aplicação do princípio da isonomia, que preserva a esfera jurídica do particular diante de atos que manifestam a soberania do Estado, distribuindo igualmente as desvantagens da atuação da iniciativa pública.

Nessa linha está Lucia Valle Figueiredo que diz “caber responsabilidade quer por atos lícitos ou ilícitos. A responsabilidade estatal decorrente de atos ilícitos funda-se, facilmente, no princípio da legalidade.” (FIGUEIREDO. 2005, p. 270). Assim, nesse primeiro momento a autora aponta o fundamento da responsabilidade por ato ilícito, o princípio da legalidade. A responsabilidade é sanção, se contrapartida por rompimento com a legalidade.

No entanto, ao continuar sua exposição também indica qual é o fundamento da responsabilidade por ato *lícito*. Nesse esteio assevera que “se a Administração, ao dar cumprimento a suas funções, ao exercer, de conseguinte, suas competências-deveres, lesar o administrado, também responderá por ato lícito, sob fundamento do princípio da igualdade (se todos são iguais perante a lei, também o devem ser no tocante às cargas públicas)” (Idem, p. 271).

Como a revogação é um ato permitido e lícito ao administrador, trata dela também nesse tópico. A doutrinadora afirma a esse respeito que “a revogação do ato

administrativo (ainda que dentro dos limites da legalidade) ocorrida por motivo superveniente, por alteração do interesse público a concretizar, também pode ensacar indenização. Certamente, a indenização não ocorrerá sempre e sempre. Porém, a regra de que se indenizam *danos certos, especiais e anormais* também vale para o ato lícito da revogação” (Ibidem, p. 271).

Nesse passo, a autora mostra-se em uma posição aberta para a responsabilidade do Estado em caso de revogação, com conseguinte também se for contra licitação. A questão principal serão os casos em que isso poderá acontecer. Haverá a necessidade de uma valoração e verificação concreta, pela qual será visto se houve ou não lesão ao princípio da isonomia. Também se isso importa em dano certo especial e anormal.

Sem ter a mesma abrangência de Lúcia Valle Figueiredo, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma quanto à responsabilidade por cometimento de ato lícito que “há casos em que o Estado é autorizado pelo Direito à prática de certos atos que não têm por conteúdo próprio sacrificar direito de outrem. Sem embargo, o exercício destes atos pode vir a atingir direitos alheios, *violando-os*, como mero subproduto, como simples resultado ou seqüela de uma ação legítima” (BANDEIRA DE MELLO. 2007, p. 963).

Percebe-se que o eminente jurista pretende a diferenciar a expropriação de outros atos lícitos que causam lesão à direito. Isso porque a expropriação é ato típico do Estado cujo objetivo é certamente a apropriação de um direito tido por outrem. Distinto disso é a ação do Estado que não tem por objetivo a obtenção de direito de outrem, mas o lesiona em particular, ainda que legitimamente.

Nesse caso dá uma positiva à responsabilidade do Estado também. Ao dizer que “consideramos inclusos no tema responsabilidade os casos em que uma atividade lícita do Estado, orientada para certo fim não necessariamente entechocante com direito de outrem, vem, todavia, a compor situação na qual este resulta transgredido, como consequência mediata do comportamento estatal lícito” (Idem. p. 964).

Com relação ao caráter especial da responsabilidade do Estado por ato lícito importa colacionar o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Ela afirmou que ao “contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato **ilícito** (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos e comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade” (DI PIETRO. 2007, p. 595).

A autora centraliza a importância do dano na responsabilidade por conduta do Estado. Em torno disso que giraria o tema da responsabilidade estatal. Entre os fatos jurídicos que são relevantes relaciona os atos jurídicos, atos ilícitos, de comportamentos materiais ou omissão do Poder Público (Idem, p. 595), o que faz com que essa classificação seja mais detalhada quanto a categoria de atividades e condutas que poderiam dar vazão à responsabilidade civil do Estado.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, por sua vez, não dispõem diretamente sobre quais as espécies de condutas estatais estão sujeitas à responsabilidade civil, referem-se genericamente à atividade do Estado. Apontam a teoria do risco administrativo como ser a adotada no direito pátrio, acentuando que por essa teoria o Estado fica eximido de responsabilidade nos casos de culpa exclusiva da pessoa que

sofreu o dano ou se foi resultado de caso fortuito e força maior (ALEXANDRINO, Marcelo *et alli*. 2008, p. 601).

Porém, são concordantes com os outros doutrinadores no ponto que tange ao fundamento da responsabilidade. Para eles “a fundamentação da responsabilidade estatal reside na busca de uma repartição isonômica, equânime, do ônus proveniente de atos ou dos efeitos oriundos das atividades da Administração. Evita-se com a repartição, entre todos os cidadãos, do ônus financeiro da indenização, que somente alguns suportem os prejuízos ocorridos por causa de uma atividade desempenhada pelo Estado no interesse de todos” (Idem, p. 603.)

Nesse tema, outrossim, importante destacar o posicionamento de Marçal Justen Filho, porque trata especificamente sobre a responsabilidade em razão da revogação de licitação. Ele é categórico ao afirmar que a “revogação acarreta dever de reparar os efeitos lesivos sofridos pelos terceiros em virtude do desfazimento dos atos administrativos” (JUSTEN FILHO. 2005, p. 474).

Na continuação complementa que em “termos práticos, os limites opostos à revogabilidade dos atos administrativos também restringem os casos de indenizabilidade. É que os casos de maior prejuízo seriam aqueles nos quais existisse situação jurídica consolidada, justamente na qual a revogação não é admitida” (JUSTEN FILHO. 2005, p. 474).

Nesse ponto importante frisar o termo “situação jurídica consolidada”. A expressão não é auto-explicativa. Poder-se-ia traduzi-la por direito adquirido. É uma hipótese. Se assim for, mostra-se radical divergência com Lucia Vale Figueiredo,

autora que afirma ser apenas patológica e não recomendável a revogação em tais casos. Contrapõe a possibilidade da revogação com a categoria da revogação-expropriação, o que não é mencionado por Marçal Justen Filho.

De todo modo, o que se percebe é uma posição radicalmente a favor de responsabilidade civil por ocasião de revogação de licitação por parte de Marçal Justen Filho. Restringe essa possibilidade à existência de culpa, não à lesão ao princípio da isonomia, conforme citação colacionada mais adiante.

Lucia Valle Figueiredo é ainda mais analítica ao estudar a responsabilidade civil por revogação. É elucidativa sua análise. Citando Robin de Andrade, afirma que se divide “o problema da indenização da seguinte maneira: 1º) se já há direito adquirido, este não constitui barreira intransponível à revogação – entretanto, na realidade, o ato revogatório se traduz em autêntica expropriação; 2º) as expectativas legítimas gerariam, se provado dano real e irreparável, indenização cujo *quantum* seria proporcional ao dano” (FIGUEIREDO. 2003, p. 253).

Isso só vem a confirmar aquilo que já se havia referido sobre sua posição de haver a revogação-expropriação. Inova, no entanto, ao afirmar que *expectativa legítima* (José Afonso da Silva) também gera direito à indenização especialmente ao se tratar de revogação, que se estende com tranquilidade para a revogação de licitação, porque não se vê qualquer óbice de assim se fazer, visto que na licitação também estão envolvidas *expectativas legítimas* de terceiros à Administração.

Enfim, conclui-se nessa parte pela certeza quanto à possibilidade de responsabilidade do Estado pela revogação da licitação, a despeito de se estar ciente que não há direito adquirido.

2.3 Fato Superveniente frente Casos de Exclusão de Responsabilidade

Em virtude de haver dúvida sobre a responsabilidade do Estado quanto à responsabilidade, cabe contrastar os casos de exclusão da responsabilidade estatal (sobre os quais há consenso de não pagamento de indenização pelo Estado) com o requisito para revogação de licitação: fato superveniente, que é uma condicionante determinante da revogação.

Sem que haja fato superveniente, não se revoga por aplicação direta da lei, por uma interpretação literal. Contudo, a expressão *fato superveniente* é aberta porque a espécie de fato não é discriminada. Cabe então, antes da comparação predita, fazer breves considerações a respeito dela, visto que por sua noção imprecisa e abrangente faz possível se cogitar em diversas categorias de fatos.

Nessa toada, primeiro se fala dos fatos que se refiram imediatamente ao objeto licitado ou apenas mediamente.

Caso seja imediato a influencia é direta sobre as características do bem a ser adquirido ou do serviço a ser prestado. Pode ser o preço do bem no mercado ou sua qualidade intrínseca. Já se o fato for mediato, a mudança não se refere diretamente ao objeto da licitação, mas a alternativa que lhe fazia frente antes da decisão que definia o objeto da licitação, pelo incremento das vantagens da alternativa outrora preterida.

Não é somente essa a distinção possível de ser feita. O fato motivador da revogação pode ser distinguido entre o de ordem objetiva (externo ao administrador) e o de ordem subjetiva (interno ao administrador).

Alteração de metas políticas com a simples mudança de governo, pela constituição de novos mandatos, é caso de mudança subjetiva. Isso porque se refere a valores políticos e econômicos, nem sempre explícitos. Esses, a despeito do grau de abstração pelo qual se expõe, podem influir decisivamente em questões polêmicas, como a construção de usinas nucleares ou programa de urbanização de áreas verdes pretendidas para reserva ambiental, em exemplos singelos. Enquanto os fatores apontados no parágrafo anterior são de ordem evidentemente objetiva.

Lúcia Valle Figueiredo ao comentar sobre revogação (geral) refere-se a uma nova interpretação da situação fático-jurídico-administrativa (cf. 1.1) dos motivos que deram origem ao ato, que se cingiu do interesse público justificador da revogação. A *nova* interpretação certamente não se dá por um dever de revisão dos atos, mas de um fator externo que ao chegar ao conhecimento do administrador demanda outras posições quanto aos motivos de ato já tomado. E nesse limite que a autora estabeleceu, bem se pode conceber que o fato seja mediato ou imediato ao objeto da licitação, ou seja de ordem objetiva ou subjetiva.

Em verdade, a explicação é aberta. Interpretação da situação “fático-jurídico-administrativa” é comum a qualquer ato administrativo. O que se modifica para o caso da revogação é tão-só a *nova* interpretação emergente. Operada em virtude do fato superveniente. Sendo a superveniência a única característica que acompanha o fato

que provoca a revogação. Por conseqüência extrai-se que não se falou que tal fato devesse ser imprevisível, ou que a interpretação que exige revogação não fosse possível de ser formulada do momento em que o ato foi editado.

Essa previsibilidade da interpretação da revogação ou do fato que gera a nova interpretação interessa visto a maneira como o doutrinador Marçal Justen Filho considera a responsabilidade para esses casos. Para ele, a “Administração está obrigada a indenizar os licitantes pelos prejuízos sofridos, quando o evento que conduziu à revogação for imputável à Administração. Especialmente quando se verificar atuação culposa dos agentes públicos, será cogitável a responsabilização, nos mesmo moldes em que se passaria no direito privado” (JUSTEN FILHO. 2005, p. 474).

Significa dizer que, segundo o respeitável administrativista, a revogação de revogação poderia gerar responsabilidade, porém nos moldes do direito privado. Isso significa que a defende conceber responsabilidade subjetiva para esses casos, ou seja, dependente de elementos de conhecimento do sujeito (atual ou potencia) dos prejuízos e riscos de insucesso envolvidos em sua decisão, bem como dos fatores que os poderão efetivar.

A previsibilidade ou imprevisibilidade do fato modificativo da valoração ou do interesse da Administração é pouco explorada pela doutrina jurídica. Até porque essa característica não é referida em lei. Se houvesse expressa referência no tópico atinente à revogação, significaria a imposição de mais um requisito para o administrador em relação ao seu poder de revogar, que tornaria a revogação praticamente inviável para a

Administração. Por isso, tal limite *não* foi incorporado pela legislação brasileira de licitações.

É factível que um fato antes que ocorra tenha uma valoração e depois que esteja atualizado tenha outra. Isso com segurança reflete na comparação da valoração presente no momento da edição do ato, daquela existente na fase de preparação de execução ou propriamente de execução do ato objetivado com a licitação. Porque não importa se a execução do ato revogado (ou a ser revogado) tenha se implantado e gerado efeitos. É possível que tendo o processo licitatório encerrado, outro fato tenha se dado antes da efetiva contratação, que importou em modificação substancial da valoração para contratação do objeto, que faça de interesse público a revogação.

Assim, não haveria justificativa razoável da imposição supra-legal de que o administrador para justificar a revogação da licitação tenha que provar argumentativamente que seu preparo técnico não lhe dava condições de prever o sucesso de fato que alterou totalmente a lógica de custo-benefício estabelecido no momento da abertura da licitação. Isso simplesmente faria com que a Administração fosse irremediavelmente apegada a posições de evidente desvantagem, pura e simplesmente porque o fato superveniente era possível de ser cogitado desde antes.

A falta de previsão de algum fato é caso muito raro e também não se relaciona sequer aos fatos excludentes da responsabilidade do Estado, conforme a teoria de responsabilidade adotada no Brasil. Os casos de eliminação da responsabilidade evidenciam que não é suficiente falar-se na previsibilidade de um fato para demarcar a culpa do Estado no agir do agente da Administração.

Pela aplicação da proporcionalidade hermenêutica não é plausível exigir para algo menos ordinário, aquilo que não se exigiu para o mais extraordinário. Nesse caso o mais ordinário é o simples fato superveniente, enquanto o mais extraordinário é o fato excludente de responsabilidade estatal, que é exceção e também só pode ser encarado assim.

Ainda a esse respeito, de ser visto que a jurisprudência e doutrina brasileira aderiram à teoria do risco administrativo para caso de responsabilidade da Administração Pública (CAVALIERI. 2008, p. 237). Segundo ela, haveria exclusão de responsabilidade nos casos de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Essa análise em parte é confirmada por Odete Medauar que menciona haver essa exclusão se houver *força maior, culpa da vítima e conduta culposa de terceiro* (MEDAUAR. 2003, p. 401). Porém, como aqui a relação de pertinência se faz primordialmente em relação à licitação a partir da *força maior*, é essa que interessa para efeito do estudo da previsibilidade da revogação da licitação.

A *força maior* é “expressa em fatos da natureza, irresistíveis; exemplo: inundação de rio, ressaca de mar na praia; queda de raio, tremor de terra, chuva de granizo” (Idem, p. 401). Sabe-se que ainda esses casos são previsíveis, porém não esperados. Não existe uma probabilidade inicial de que venham ocorrer, ainda assim são previsíveis.

Perfeitamente concebível que essa excludente se encontre dentro do campo de previsão do agente administrativo, o que não impede que constituía o ato ou processo

que a decisão contra a qual o fato prejudicial mas imprevisível se relaciona. Fatos de sucesso improvável ou duvidoso, não podem impedir o agir do administrador em determinado sentido, bem como não devem obstaculizar sua reação revogatória se acontecerem.

Com isso quer-se afirmar que a previsibilidade de um fato que dá causa ao ato da revogação não se relaciona com responsabilidade dela advinda. De outro lado, viu-se que o fato superveniente não se relaciona com *força maior*, essa tem localização distinta na teoria administrativa, sem relação direta com a revogação. O fato superveniente simplesmente deve estar relacionado com o interesse público de interromper o processo licitatório, não com a característica subjetiva de previsão do fato que origina a revogação.

De sorte que se a responsabilidade subjetiva do Estado (segundo a doutrina de Marçal, única a dizer algo preciso sobre o ponto) não se vincula à previsibilidade do fato superveniente, devendo se adstringir à avaliação das medidas de cautela que a Administração tomou para que fossem previsto os fatos supervenientes com segurança a fim de haver um risco de revogação aceitável para um outro agente público com mesma qualificação técnica daquele que tomou a decisão envolvida no ato sobre o qual incide a revogação. Sem significar, com isso, que o ato seja nulo.

2.4 Dano Indenizável: características subjetivas e objetivas

Tendo se definido a espécie de lesão que uma revogação de licitação pode provocar, de responsabilidade que pode ser aplicada e a não aplicação imediata dos

casos de exclusão de responsabilidade à revogação, por não coincidirem com fato superveniente, nesse ponto importa verificar o dano que pode integrar a indenização. Necessário ser visto as características dos danos que poderão ser indenizados caso houver se estabelecido um caso concreto em que o Estado deva ser responsabilizado por caso de revogação.

Nesse particular coerente e detalhada a doutrina de Celso Antônio. O autor firma primeiramente como requisitos gerais do dano indenizável que tenha havido dano à direito e que isso seja certo (BANDEIRA DE MELLO. 2007, p. 990). Quanto ao ponto peculiar de lesão à direito, não se adotou essa posição no trabalho. No presente trabalho não se restringe a direito, mas se estende também para *expectativa legítima*, nos termos do que antes defendido.

Em relação à certeza da lesão, significa que deve ser possível determinar com segurança qual foi o dano econômico lesionado com o comportamento estatal (lícito ou ilícito). Não é necessário que esse seja apenas o já realizado, pode também ocorrer de a lesão envolver redução econômica certa, porém futura. A certeza não está necessariamente ligada com à atualidade do dano porque é possível que haja evento futuro cuja realização seja certa.

Até esse instante se falou de responsabilidade por lesão de modo geral. Especificamente relacionada à responsabilidade por comportamento lícito do Estado o doutrinador enumerou outras características. São elas da *especialidade* e *anormalidade* (Idem. 2007, p. 991), que complementam as duas anteriores em razão do fundamento da responsabilidade ser a lesão ao princípio da isonomia que está em

regra abrangida na ação lícita do Estado, mas que pode falhar em algumas ocasiões daí porquê os requisitos especiais para que se configure.

Nesse passo, válida a citação de Lúcia Valle Figueiredo. Ela não lista tantos requisitos como Celso Antônio, apesar de acompanhá-lo. Exclui a necessidade de lesão à direito, acolhendo os demais. Afirma que na “linha do risco-proveito, exposta por Oswaldo Aranha de Mello e seguida por Celso Antônio, indenizam-se os danos *certos, anormais e especiais*, quando estivermos diante de atividades lícitas” (FIGUEIREDO. 2003, p. 273).

Essa autora omitiu e excluiu a indenização por dano à direito, cuja presença é essencial a Celso Antônio. Isso porque como antes comentado, ela é da posição que *expectativa legítima* também pode justificar responsabilidade extracontratual do Estado, o que evidentemente transcende a categoria de *direito subjetivo*.

Quanto aos demais fatores condicionantes da responsabilidade por comportamentos lícitos, em particular, existe convergência entre os autores. Nessa fase há de se trabalhar unicamente com eles por ausência de vasta doutrina no tema.

Quanto ao aspecto da *especialidade*, Celso Antônio assevera que “é aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico, disseminado pela Sociedade. Corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos, e não sobre a coletividade ou genérica e abstrata categoria de pessoas.” (Ibidem, p. 991).

Figueiredo a esse respeito, em posicionamento semelhante ao de Celso Antônio, afirma sinteticamente que os danos especiais se definem por “não atingirem a todos, porém somente a um ou alguns” (FIGUEIREDO. 2003, p. 273).

Entre os dois doutrinadores não se firma qualquer distinção relevante em termos de conceito nesse tópico, além da redação. Celso Antônio somente é mais analítico. Na especialidade do dano o que importa é que o evento por comportamento da Administração atinja um número restrito de pessoas, que possa ser distinguido em relação à Sociedade. De plano, exclui-se dessa via os direitos difusos.

Com relação a outra característica, da *anormalidade* do dano, Bandeira de Mello afirma que “é aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social” (BANDEIRA DE MELLO. 2007, p. 991). Está claro que tal condicionante está referida somente ao quantitativo do dano. Isso porque há o dano que deve ser tolerado pelo particular, porque inseparável da relação de convívio social.

Nessa linha, o autor explica que a “vida em Sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais. São pequenos ônus que não configuram dano anormal” (Idem, p. 991).

Seguindo esse raciocínio, Valle Figueiredo afirma relativamente aos danos *anormais* que eles devem estar “transcendendo os incômodos normais que qualquer um deve se submeter por viver em sociedade” (FIGUEIREDO. 2003, p. 273). Difere

de Celso Antônio ao tratar os danos pelo termo incômodo e não como perda patrimonial, dando-lhe uma perspectiva mais ampla que pode significar igualmente o dano moral.

Vê-se que as características especiais para responsabilidade da Administração pelo ato da revogação são da *especialidade* e *anormalidade*. Em se tratando de licitação há de se fazer breves considerações, pela sua peculiaridade

A respeito da especialidade ela é ínsita ao processo licitatório, não havendo muito que se fazer prova dela. Somente podem ser lesionados pela revogação de uma licitação aqueles que efetivamente estão participando de um certame licitatório. O conjunto de sujeitos cuja esfera jurídica é afeta já é previamente definido em relação ao restante do conjunto social.

Inobstante, o fator da *anormalidade* do dano é relevante. Deve ser visto se o dano havido ao particular foi além do normal. Para isso deve se ter em comparação qual o custo de oferecimento da proposta para uma operação ordinária e aquela demandada pela entidade pública. Se dessa diferença sobressair um gasto que transcende uma perda conforme o risco, caracteriza-se a *anormalidade* do dano pela revogação.

Esse requisito, contudo, não será difícil de ser verificado porque o próprio procedimento licitatório induz a custos maiores que aquele presente na seleção para contratação de um serviço no mercado de atividade econômica em *sentido estrito*. Disso há maior grau de certeza se a espécie de licitação é de concorrência, porque as

etapas são de tal forma definidas que quase imprescindível assistência jurídica para o licitante.

Em relação ao modo de fixação do equivalente do dano Marçal Justen Filho afirmou que “aplicam-se as garantias do contraditório e da ampla defesa. Se a Administração cogita anular atos do procedimento e determinar a indenização por perdas e danos, deverá propiciar prévia manifestação dos interessados. Nem caberá fixar, unilateralmente, a indenização devida” (JUSTEN FILHO. 2005, p. 476).

É um requisito procedimental, nesse passo, para a fixação de indenização por revogação que exista um procedimento administrativo nesse sentido para que o particular prove a *expectativa* ou *direito lesionado*, mostre a *certeza* da lesão e ainda detalhe a *anormalidade* de uma tal lesão em função a uma circunstância normal.

Considerações Finais

O trabalho traçou os pontos principais atinentes à revogação e depois fixou por qual dano o Estado pode ser responsabilizado. Não é todo o dano que pode ser indenizado com o ato legítimo, porque dessa maneira não estaria fazendo uma distinção prática entre o comportamento lícito e ilícito o que geraria a incoerência do Ordenamento Jurídico como um todo, tornando-o incompreensível no meio social.

O segundo capítulo foi especialmente dedicado a isso. Não se pode admitir a opinião errônea de que o Estado não pode causar dano, que o transtorno que causa não é dano e que ele deve garantir sempre o bem-estar. É uma posição impraticável. A imperfeição das relações sociais e dos múltiplos acontecimentos da natureza (fora de controle) provocam reações jurídicas pelo Estado no sentido de afirmar o Direito diante de todas essas circunstâncias. Tais reações não raro são destrutivas, que significa o Estado ferir posições jurídicas de menor interesse face o interesse maior que representa, de manutenção da Ordem Jurídica.

Contudo, nesse agir o Estado não pode operar sem limites especialmente quando por uma ação anterior à extinção por revogação deu causa a todo o transtorno ao particular como no caso da licitação, em que chama o particular a satisfazer uma necessidade sua, tirando-o da inércia. Nesse caso é a Administração quem abre oportunidade para a participação do particular e deve se ter em consideração isso para a fixação da responsabilidade.

Inobstante, não é porque a Administração está na origem do ato que ocasiona o dano que ela terá de responder por qualquer dano. Há de se cogitar no dano passível

de indenização e naquele que é diretamente derivado do risco inerente à atividade do particular, o que envolve arcar com os custos ordinários de informação quanto a atividade que pode desenvolver frente a demanda por seu serviço ou produto e o preço a isso dado, sem contraprestação.

A característica central afirmada para que haja responsabilidade por ocasião da revogação da licitação está na *anormalidade* do dano causado. Significa dizer que os gastos envolvidos na licitação devem ter sido extensos de tal modo que uma revogação deveria ter sido necessariamente prevista diante de tamanhos gastos envolvidos no processo. Exemplo atual está na aquisição dos equipamentos militares pelo Ministério de Defesa do Brasil, na espécie de caças militares.

Aqui ocorre a lesão de *expectativa legítima* que é da preservação do certame para eventual contratação. A *expectativa* não é da contratação mas da preservação do certame frente aos gastos nela envolvidos, *anormais* porque transbordam do rotineiro de suas operações.

Nessa linha, de modo restrito e ponderado se afirma a responsabilidade em face da revogação especificamente de licitação, nos termos apresentados no curso do trabalho.

Bibliografia

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª Edição. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 16ª Edição. Revista e Atualizada. São Paulo: Método, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª Edição. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª Edição. Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 6ª Edição. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Volume II. 1ª Edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1966.

_____. *Das Licitações Públicas*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DI PIETRO, Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª Edição. Revista, Atualizada e Traduzida. São Paulo: Malheiros, 2003.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13ª Edição. Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11ª Edição. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª Edição. São Paulo: Dialética, 2005

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7ª Edição. Revista e Atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª Edição. Revista e Atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

_____. *Licitação e Contrato Administrativo*. 9ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Edição. Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discricionalidad Administrativa*, pp. 307-308, in: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª Edição. Revista, Atualizada e Traduzida. 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Edição. Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.