PARECERES

LICITAÇÃO — CARTA-CONVITE — LISTA TELEFÔNICA

— É lícita a revogação do processo licitatório, após a adjudicação, em face do previsto no respectivo edital.

PARECER

I

Consulta-nos a Telecomunicações do Rio de Janeiro S.A. (Telerj), empresa do sistema Telebrás, sobre providências a adotar com respeito à licitação instaurada para selecionar empresa a ser incumbida da edição das listas telefônicas do Rio de Janeiro.

A licitação tem como fundamento o disposto na Lei nº 6.874, de 3 de dezembro de 1980, cujo art. 2º autoriza a empresa exploradora do serviço de telecomunicações a contratar, com terceiros, a edição das listas telefônicas, "sendo obrigatória, em tal caso, a realização de licitação".

Regulamentando a matéria, o Decreto nº 88.221, de 8 de abril de 1981, em seu art. 3º, § 1º, consagra a competência do Ministério das Comunicações para "baixar diretrizes que regulem as licitações", o que deu margem à Portaria Ministerial nº 189, de 20 de agosto de 1983, em que se contém a seguinte estipulação:

"Art. 28. A licitação será realizada mediante convocação, através da imprensa, ou mediante carta-convite, a critério da concessionária, dentro do que dispõem o art. 2º da Lei nº 6.874, de 3 de dezembro de 1980, e o art. 5º, § 1º, do Decreto nº 88.221, de 7 de abril de 1983."

A opção feita pela modalidade carta-convite, a importar na escolha restrita entre empresas predeterminadas, suscitou impugnações judiciais, tanto no Rio de Janeiro, como na cidade de São Paulo, na qual a concessionária local (Telesp) procedeu de modo idêntico.

No foro do Rio de Janeiro, o mandado de segurança impetrado por uma das empresas convocadas não mereceu acolhida na instância singular quanto ao exame de legalidade do procedimento, em face da preliminar de que "o candidato que, convocado através de carta-convite, participa da licitação não tem direito líquido e certo à anulação do ato de que participou" (sentença de 27 de junho de 1986, do Dr. Juiz Federal da 2ª Vara).

Transita, ainda, perante a 1ª Vara da Justiça Federal no Rio de Janeiro, ação popular com igual pretensão, a saber, a decretação da nulidade da licitação sob a forma de carta-convite e a correlata responsabilidade dos administradores e beneficiários do ato. A medida liminar, concedida no sentido de sustar o prosseguimento da licitação, foi reformada, em grau de agravo, pelo Tribunal Federal de Recursos. Pende, no entanto, de julgamento da instância singular o mérito da ação, sujeita, ademais, a duplo grau de jurisdição.

Na cidade de São Paulo, aberta pela Telesp licitação idêntica, sob a modalidade de carta-convite, o ato deu causa a que empre-

sa não-convidada a participar do evento contestasse, na via judicial, a legalidade do concurso licitatório, entendendo obrigatória, em face do vulto econômico dos serviços a serem contratados, a competição ampla da concorrência pública.

O mandado de segurança foi concedido em sentença de primeira instância, acolhida pelo Tribunal Federal de Recursos, em acórdão na Apelação em Mandado de Segurança nº 105.852, no qual se declarou a "proibição do processo licitatório por carta-convite, quando os valores do empreendimento são superiores a 500 vezes o valor do salário mínimo (§ 6º do art. 127 do Decreto-lei nº 200/67)".

É certo que o Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso extraordinário, reformou essa decisão. Mas o fez, por uma questão preliminar, recusando legitimidade *ad causam* ao impetrante (por não ser parte na licitação), deixando, conseqüentemente, de se manifestar sobre o mérito, ou seja, sobre a validade, ou não, do procedimento licitatório com carta-convite.

II

A escolha feita, pela consulente, da modalidade da carta-convite para cumprimento do dever legal de licitação atendeu a orientação geral traçada pela administração da empresa matriz do sistema em que se insere (Telebrás) que no mesmo sentido instruiu outras de suas subsidiárias. A seu turno, a empresa *holding*, ao firmar essa diretriz, tomou como paradigma a literalidade da mencionada norma do art. 28 da Portaria Ministerial nº 189/83, nela identificando o poder discricionário de livre preferência por qualquer das duas formas de licitação ali referidas: a convocação pela imprensa (concorrência pública) ou a convocação por carta-convite.

Assim, removido o obstáculo da medida liminar na ação popular com o provimento do agravo interposto, a consulente deu seqüência à licitação e veio a adjudicar a celebração do contrato à empresa colocada em primeiro lugar.

Diante da iminência de se consumar o processo seletivo, fica, porém, aberto à administração um exame derradeiro de conveniência, perante os termos da cláusula 9 do edital, que expressamente dispõe:

"9. *Da revogação da licitação*

9.1 Em qualquer fase do processo e *antes de firmado o contrato* poderá a Telerj revogar esta licitação no todo ou em parte e proceder à realização de outra com o mesmo objetivo, quando lhe parecer mais oportuno, sem que caiba a qualquer licitante alegar o resultado anteriormente havido, nem prejuízo por licitar, ou pretender indenização, seja a que título for, pelo ato de conveniência da entidade licitadora" (grifo nosso).

A lei interna da licitação — que é o edital — contempla, assim, a faculdade de que, *até a celebração do contrato*, possa a administração reconsiderar a matéria e emitir novo juízo de conveniência e de oportunidade, podendo tanto optar pela outorga do serviço como liberar-se de fazê-lo, em atenção exclusivamente ao interesse público envolvido. Não poderá, na primeira hipótese, desobedecer à ordem rigorosa de classificação dos candidatos (salvo a eventual superveniência de inexecução da proposta); não se lhe impõe, contudo, consumar o contrato, a não ser que, após a adjudicação, entenda conveniente fazê-lo.

Assim dispõe expressamente a norma do edital, traçando a estrutura e os trâmites da licitação, a que todos os concorrentes se submeteram quando aderiram à convocação.

III

A pausa a que se propôs a consulente antes de uma definitiva deliberação (e a consulta é expressivo atestado de dúvida) revela um grau de incerteza da administração quanto à conveniência de levar a termo final a eficácia do processo seletivo.

Possivelmente, razões de ordem técnica terão inspirado essa perplexidade diante do

largo tempo decorrido desde a opção pelo procedimento adotado, a que não será também alheia a profunda transformação econômico-financeira dos dias atuais.

A nosso ver, deve sobrelevar, contudo, em tal ajuizamento novo da matéria, o risco que a administração irá assumir na medida em que torne definitiva a escolha pela forma de carta-convite.

Não importa que essa opção tenha sido feita sob a convicção de sua legitimidade e nesse sentido tenha a administração construído a defesa de seu ato nas lides a que foi chamada.

Certo é que a tese continua *sub judice*, sem que o Poder Judiciário tenha firmado julgamento sobre o mérito.

Embora o Tribunal Federal de Recursos, na ação originária de São Paulo, tenha condenado a legalidade da licitação, a força do julgado desapareceu com o provimento do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, que se ateve, porém, à acolhida da preliminar argüida, não alcançando a dirimência do mérito.

De outra parte, transita, ainda, na instância preambular, o pedido de nulidade da licitação, formulado na ação popular em curso. Qualquer que seja a sentença monocrática, subirá ao julgamento do Tribunal Federal de Recursos, em grau de apelação ou pela via do recurso de ofício, o conhecimento da pretensão. E à decisão do segundo grau poderá, ainda, seguir-se o exame final na instância maior do Supremo Tribunal Federal, pela via de recurso extraordinário.

Defronta-se, pois, a administração com a incerteza e a insegurança de que se revestirá a celebração do contrato, na medida em que possa vir a perecer o seu alicerce, consubstanciado na validade do procedimento da licitação.

Se, em tempo de imprevisível duração, sobrevier decisão anulatória, contaminado estará, por igual, o contrato em sua legitimidade.

A edição das listas telefônicas, que se alonga em sua consecução pelas vicissitudes pregressas da licitação, ficará ainda sujeita ao risco de nova paralisação e de atrasos mais graves, segundo o rumo que venha a assumir o litígio judicial em pendência.

A solução mais confortável de aguardar-se, previamente, a definição judicial se torna insustentável tanto pela indeterminação da pausa como pelo agravamento de m- essa dubiedade na definição da política administrativa no setor.

No quadro atual em que se coloca a legitimidade, ou não, da escolha emanada do processo de licitação por carta-convite, o contrato dele proveniente, sem embargo de sua perfeição formal, ficará anulado anulada for a licitação, com evidente prejuízo econômico e operacional para a empresa exploradora do serviço de telecomunicações, que terá despendido em vão tempo e recursos para um resultado incerto.

A revogação da licitação, antes de consumados os seus efeitos, é medida válida, prevista explicitamente no edital e premonitória de efeitos danosos ao serviço e até mesmo de responsabilidade pessoal dos administradores, se prevalecer o pedido anulatório da ação popular.

Dir-se-á que todas essas razões antecedem à adjudicação do contrato ao primeiro colocado na licitação.

Assim é certamente, em termos factuais. Não prevalece, porém, o argumento do ângulo jurídico.

A faculdade atribuída à administração para reconsiderar a matéria não se esgota com a adjudicação e, conforme o ditame expresso do mencionado subitem 9.1 do edital, pode ser exercida *até à celebração do contrato*. Não importa a proximidade em que se encontre a época convencionada para esse fim. A administração somente se obriga *após o contrato e em razão dele*. Não há, em suma, direito subjetivo do primeiro classificado senão o de não ser preterido. Não pode a administração atribuir a outrem o contrato após a adjudicação do objeto da licitação. Mas a expectativa de direito do adjudicatário fica condicionada à opção final da administração de consumar os efeitos da licitação.

IV

A licitação — tivemos ensejo de acentuar, em outra oportunidade — "é um *procedimento administrativo,* ou seja, uma seqüência de fases e atos que se apresentam encadeadamente, resguardando, porém, uma relativa autonomia de execução" (*Revista de Direito Público,* 53/4:92).

A existência de determinado ato poderá ser pré-requisito de outro, mas não obriga à prática daquele que o deva suceder.

"A administração", adverte Hely Lopes Meirelles, "pode revogar a licitação em qualquer de suas fases, desde que o interesse público imponha essa invalidação. São as conveniências do serviço que comandam a revogação, e passam a ser a *justa causa* da decisão revocatória, que por isso mesmo deve ser *motivada,* sob pena de se converter em ato arbitrário do administrador público" (*Licitação e contrato administrativo*. 5. ed. p. 147; *Direito administrativo brasileiro*. 12. ed. p. 260).

Ao licitante não é dado opor-se à supremacia do interesse público que venha a tornar imperativa a revogação da licitação ou de alguma de suas fases. A doutrina é tranqüila no sentido de que o juízo de conveniência é próprio da administração, manifestação privativa de sua competência.

Não é outro o depoimento de Hely Lopes Meirelles:

"O licitante vencedor não pode impedir a *revogação da licitação,* mas pode exigir a indicação dos motivos pela administração e, não os havendo, poderá obter judicialmente a *anulação* do ato revocatório" (*Direito administrativo*... cit. p. 260). Assim também o magistério de Celso Antonio Bandeira de Mello: "A revogação pode ser feita a qualquer tempo antes de travado o vínculo consensual relativo ao objeto licitado" (*Licitação*. p. 86).

Lucia Vale Figueiredo observa que "o adjudicatário tem direito à integração do procedimento ou então que a Administração declare as causas impeditivas dessa integração. Ressalve-se, entretanto, a impossibilidade de o adjudicatário exigir o contrato que poderá não ser celebrado desde que justificadamente (inconveniência, inoportunidade ou ilegalidade)" (*Direitos do licitante*. 2. ed. p. 89).

Segundo Jèze, a adjudicação é um ato-condição que regula o exercício da autoridade pública, autorizando-a a concluir o contrato. A adjudicação não cria, porém, nenhuma situação jurídica individual ou geral e tem a mesma natureza jurídica da operação do concurso, no que se refere à nomeação do agente público (Jèze, Gaston. *Los principios generales de derecho administrativo*. Trad. arg. v. IV. 1ª parte. p. 116-7).

Assim como o concurso habilita ao provimento do cargo público, garantindo o direito de prioridade dos classificados sem obrigar à nomeação, de igual forma a licitação não admite preterição do adjudicatário, sem obrigar à celebração do contrato.

Conforme a lúcida lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, "inexiste direito adquirido do adjudicatário à efetivação do acordo, há somente o direito de não ser preterido em favor de outrem" (*Da licitação;* conclusões. p. 115).

A liberdade de revogar, que é direito inerente à autoridade, em função do interesse público, mais se reforça, na hipótese, com a previsão do edital que, como bem define Hely Lopes Meirelles, "é a matriz da licitação e do contrato" (*Licitação e contrato*... cit. p. 98).

O item 9 do edital, antes transcrito, explicita essa faculdade atribuída ao administrador de "em qualquer fase do processo e antes de firmado o contrato" revogar a licitação. Tal faculdade é, aliás, consagrada, com sentido de generalidade, no ato regulamentar do sistema federal de licitações, o Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973, cujo art. 6º inclui entre as normas obrigatórias, "independentemente de menção expressa no ato convocatório", a de que "estará sempre ressalvado à Administração, antes da assinatura do contrato, o direito de, por despacho motivado da autoridade competente, de que se dará ciência aos licitantes, revogar ou anular qualquer

licitação, sem que caiba direito a reclamação ou pedido de indenização por parte dos participantes" (item I).

Em suma: a revogação da licitação é ato discricionário parcial, no sentido de que pode livremente ser praticado, com vinculação estrita ao dever de motivação do ato.

À administração é facultado desistir da licitação, até mesmo após a adjudicação de seu objeto a um dos licitantes, mas está obrigada a declarar os motivos de seu ato de vontade, que ficam submetidos, quanto à sua *existência,* ao controle de legalidade, sendo privativa da autoridade administrativa a ponderação de seu *valor* como inspiração do ato (ver, a respeito, nosso *Direito administrativo,* p. 26).

Inquestionável é, assim, a faculdade de que goza a consulente para revogar a licitação em causa, mesmo após a adjudicação. Não somente esta é a uniformidade das opiniões doutrinárias, como a revogação tem respaldo na legislação própria (art. 6º, I, do Decreto nº 73.140/73), e na letra do edital (item 9).

Ambas as normas — a do regulamento como a do edital — são acordes em que a revogação, ato lícito da administração, não gera direito de indenização para o adjudicatário.

Dita o preceito regulamentar que o ato revocatório é praticado "sem que caiba direito a reclamação ou pedido de indenização por parte dos participantes".

E a norma do edital ainda mais particulariza que a revogação será feita a critério da empresa, "quando lhe parecer mais oportuno, sem que caiba a qualquer licitante alegar o resultado anteriormente havido, nem prejuízo por licitar, ou pretender indenização, seja a que título for, pelo ato de conveniência da entidade licitadora".

V

Na hipótese em que a consulente, fundada nas razões antes expostas, entenda conveniente revogar a licitação, não é de se afastar a possibilidade de que a empresa adjudicatária venha a postular em juízo tanto a celebração do contrato, como, alternativamente, indenização a título de perdas e danos.

Convém, assim, apreciar se a ela socorre um ou outro desses direitos: o de exigir a prestação administrativa (celebração do contrato) ou o de ser indenizada pela inexecução do objeto da adjudicação.

Quanto ao primeiro, parece-nos tranqüilo, à luz dos ensinamentos trazidos à colação, que a administração não pode ser compelida a convolar o contrato quando o interesse público lhe faculta desobrigar-se de atribuir o serviço, em face de motivos adequadamente explicitados no ato de revogação.

Saber se a revogação licitamente exercida após a adjudicação libera a administração de indenizar o licitante é questão menos segura na doutrina nacional.

Hely Lopes Meirelles admite a indenização quando o ato revocatório (ou, *a fortiori,* a anulação) parece de vício de legalidade, uma vez examinados judicialmente os motivos alegados. Caberá, então, ao licitante, impedido de opor-se à revogação quando legitimamente declarada, alcançar "o restabelecimento de seus direitos na licitação, quer recebendo o objeto que lhe fora adjudicado, quer obtendo a indenização correspondente" (*Licitação e Contrato...* cit. p. 149). O dever de indenizar será, portanto, fruto não da revogação em si mesma, mas da ilegalidade de que ela estiver revestida.

Mais radical, Celso Antonio Bandeira de Mello postula o entendimento de que, "a partir do momento em que uma oferta seja a melhor delas (...) o postulante cumpriu o que a administração solicitara ao convocar o certame. Se fatores supervenientes ou se novo juízo administrativo desaconselham o contrato (...) a administração deve arcar com as conseqüências de nova decisão que, conquanto justificável, frustra a expectativa do proponente que preencheu o que lhe fora solicitado pelo Poder Público" (*Licitação.* p. 87).

Mesmo assim, o ilustre administrativista limita a indenização às "despesas que haja

efetuado com a licitação ou que por força dela tenha sofrido", excluído "o lucro que obteria se fora efetuado e cumprido o ajuste a que tendia a licitação. Trata-se de acobertar os ônus que pesaram sobre o licitante vencedor e não de outorgar-lhe ganhos que teria com a avença irrealizada" (op. cit. p. 87).

VI

A nosso ver, impõe-se distinguir nitidamente o caso em que as normas que disciplinam o instituto da licitação silenciam sobre a revogação, ou a ela apenas se referem, daquele outro em que — como na situação em exame — a norma legal, reproduzida no edital, não somente estabelece expressamente a faculdade de revogar, a qualquer tempo, a licitação não-consumada, como ainda e especificamente exclui qualquer direito do licitante a ser indenizado.

Diante da norma legal (e, por derivação dela, o edital) que limita expressamente a eficácia da adjudicação, permitindo sua revogação enquanto não celebrado o contrato, o adjudicatário é titular apenas de uma situação jurídica específica: o direito de não ser prejudicado pela preterição em benefício de outrem.

O direito italiano consagra, para tais situações, a expressão feliz de um *diritto affievolito* (direito enfraquecido), que não chega a ser um direito subjetivo e é um pouco mais do que um simples interesse legítimo.

A doutrina alemã, sobretudo pela influência de Walter Jellinek, que se foi refletir, na Itália, sobre Lucifredi, consagrou o princípio da chamada *reserva de revogação*, pelo qual o ato constitutivo emitido pela administração nasce, por força da norma jurídica de competência do agente, com a cláusula de revisibilidade.

A *reserva de revogação* não é uma condição do ato que lhe suspenda a eficácia ou, pelo implemento, venha a resolver-lhe a existência. É uma ressalva, ínsita na própria emissão do ato, pelo qual o agente reserva a si um juízo final de valor quanto à realização do direito.

Representa, conforme a definição de Alessi, "una simplice autoatribuzione della potestà stessa, in via preventiva, da parte della stessa autorità che emana il provvedimento, al momento della emanazione" (*La revoca degli atti anministrativi*, p. 96).

Entre os seus efeitos manifestos, ensina o mesmo mestre, invocando o apoio de Ranelletti, está o de "rendere suscettibile di revoca sensa indemnità un atto che, altrimenti, sarebbe revocabile solo contro indemnizzo al privato destinatario dell'atto de revocare" (op. cit. p. 97).

Estudando a matéria no direito espanhol, José Manoel Sala Arquer lembra que a reserva de revogação visa a elidir o condicionamento econômico que a indenização oferece à liberdade da administração, intérprete do interesse público. Sua previsão, antecedendo ao ato, de logo informa o destinatário sobre o poder revocatório da administração. A incidência da reserva de revogação supõe, segundo o autor, "norma que habilite de modo espreso a la Administración para insertar en el acto la reserva de revocación", aditando que "es evidente que el único efecto posible de la rR en nuestro Derecho es la ausencia de indemnización, que, por otra parte, es el que con más frecuencia se le asigna en la pratica" (*La revocación de los actos administrativos en el derecho español*. p. 271 e 272).

Coube a José Robin de Andrade, professor na Universidade de Coimbra, aprofundar o exame da reserva de revogação, conceituando-a como "o elemento acessório do ato administrativo pelo qual o autor se garante a faculdade de alterar ou revogar o ato em questão, apesar de o ato ser normalmente irrevogável" (*A revogação dos atos administrativos*. p. 172).

Elucida, excelentemente, o mestre lusitano:

"A emanação de um ato aparentemente constitutivo de direitos sob reserva de revogação traduz-se exatamente na atribuição de um poder jurídico, e na subordinação do bem jurídico privado por ele prossegui-

do às exigências do interesse público, por outras palavras traduz-se numa atribuição de meras faculdades." Por meio da reserva de revogação, "se garante à Administração o poder de apreciar livremente a situação concreta e decidir de acordo com a sua opinião, o que assegura maior elasticidade à ação administrativa" (op. cit. p. 178-9).

A nosso ver, a situação focalizada na consulta caracteriza, com exatidão, o acolhimento do princípio da *reserva de revogação,* quando estipula o regime jurídico da licitação em causa. Os licitantes não ignoravam, desde a abertura do procedimento, que, em todas as fases (inclusive, portanto, na adjudicação), estava resguardada a faculdade de que, no todo ou em parte, a entidade poderia alterar o resultado da licitação sem obrigação de indenizar. Os licitantes assumiram livremente o risco decorrente dessa previsão, aceitando as regras do negócio jurídico em formação, tal como proposto no edital, que não fez mais do que acolher a ressalva geral prevista na legislação própria.

Sem embargo, assim, de possíveis opiniões em contrário, entendemos que a consulente, caso venha a optar pela revogação da licitação, não ficará sujeita a qualquer indenização pelo uso legítimo de competência expressamente consagrada, o que não afasta, obviamente, possa pretensão dessa natureza ser posta em juízo.

Importa aditar, finalmente, duas observações de relevo, pelas implicações que possam derivar de uma decisão no sentido de revogar a licitação em apreço.

Primeiramente, a adoção do critério revocatório no presente caso, com bases em razões específicas, não interfere com quaisquer outras licitações idênticas que tenham sido realizadas por outras concessionárias do sistema Telebrás, tenham sido, ou não, celebrados contratos. Não há uniformidade obrigatória entre situações que são necessariamente distintas, conforme as peculiaridades de cada caso.

De outra parte, caso venha a ser revogada a licitação sob a forma de carta-convite, não poderá a consulente reincidir no mesmo procedimento. Para outra licitação, que venha a instituir, terá de adotar a modalidade de concorrência pública ou, para usar a terminologia da Portaria nº 189/83, a convocação através da imprensa.

VII

A decisão a ser assumida pela consulente, ou pela empresa matriz que a supervisiona, encontra, pois, soluções legais igualmente válidas: tanto poderá inclinar-se pela celebração do contrato com o adjudicatário, assumindo os riscos apontados, como poderá revogar a licitação, sujeita à eventualidade de demanda judicial, embora, a nosso ver, com boas razões jurídicas a seu favor.

A opção entre os dois termos da alternativa deverá ter como norte a conveniência administrativa, regida pelo critério mais benéfico ao interesse público e à segurança no efetivo desempenho do serviço específico em cogitação, a saber, a edição das listas telefônicas da cidade do Rio de Janeiro em condições estáveis e confiáveis.

O juízo da matéria é, em termos latos, antes de política administrativa do que de estrita legalidade, presente em ambas as hipóteses.

VIII

Em face do exposto, passamos a responder aos quesitos formulados na consulta:

1. Podem a Telerj/Cetel revogar ou anular a licitação no estágio atual em que ela se encontra?

Resposta: pelos fundamentos desenvolvidos ao longo do presente parecer, respondemos afirmativamente.

A reserva de revogação constante do edital, com apoio no ato regulamentar das licitações, permite, até mesmo após a adjudicação do objeto da licitação, a revogação do procedimento licitatório.

2. Em caso positivo, haveria necessidade de motivar a decisão?

Resposta: sim. Exercendo a faculdade revocatória, devem as entidades explicitar os

motivos determinantes do ato. Assim estão obrigadas tanto pela própria natureza do ato como pela expressa determinação da norma regulamentar aplicável (art. 6º, I, do Decreto nº 73.140/73).

Assim nos parece, s.m.j.

Rio de Janeiro, 14 de julho de 1986. — *Caio Tácito,* professor titular na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.