

PARECER JURÍDICO

Processo Licitatório nº040/2021

Pregão Eletrônico nº032/2021

Objeto: Contratação para transporte escolar

Os autos vieram para esta assessoria jurídica, diante de provocação da Secretária de Educação municipal, que indaga a respeito da possibilidade jurídica de revogação de itens da licitação em razão da falta de interesse público superveniente em razão da negativa de pais de alunos de algumas rotas não concordarem que seus filhos sejam transportados para retomada das aulas presenciais diante da possibilidade de contágio pelo CORONAVÍRUS (COVID-19). Relata a Secretária que diante dessa situação algumas das rotas licitadas perderam a motivação de existência e isso afeta o interesse público, vez que os gastos da contratação ocasionariam danos aos cofres públicos. Em síntese, a Secretária indaga se é possível revogar a licitação em relação a essas rotas. Além disso, a Secretária informa que, também, algumas rotas NÃO licitadas e que eram atendidas pela frota própria da prefeitura não estão sendo realizadas porque os pais também não concordam com o transporte dos filhos e isso redundou que veículos próprios da prefeitura ficaram sem utilização e esses poderiam então fazer as rotas que foram licitadas.

Desta forma, mediante a provocação acima mencionada, passo a analisar o solicitado e por oportuno reavaliar a regularidade do certame licitatório, inclusive quanto aos aspectos e princípios constitucionais da legalidade, moralidade e eficiência.

Inicialmente, cumpre destacar que compete a essa assessoria jurídica, única e exclusivamente, prestar consultoria, sendo este parecer meramente OPINATIVO, sob o prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos a conveniência e oportunidade da prática dos atos administrativos, que estão reservados à esfera discricionária do administrador público legalmente competente, tampouco examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira, salvo hipóteses teratológicas.

Antes de se adentrar ao mérito do presente parecer é de ser verificado que a condução da análise técnico jurídica é vinculada à atividade prevista legalmente da função da advocacia, em especial conforme disposto na Lei Federal n. 8.906/94, que estabelece o Estatuto da Advocacia e da OAB. Nesta forma, para confecção do presente instrumento, é de ser observada a isenção

do profissional e o seu caráter opinativo (Art. 2º, § 3º da Lei referida), corroborado este entendimento pela liberdade administrativa do responsável, gestor, já que este poderá ou não seguir a opinião técnica segundo sua conveniência e finalidade. Reitera-se que o presente parecer, por essência, é um instrumento de opinião não passível de vinculação à decisão da administração pública.

A respeito do tema revogação, é importante destacar que a Administração exerce poder administrativo sobre os seus atos, o que caracteriza princípio administrativo da autotutela administrativa.

Ainda no tocante ao tema, a respeito da liberdade e discricionariedade pertencente a Administração à prática do ato de revogação, mencionamos a doutrina de Marçal Justen Filho:

"No exercício da competência discricionária, a Administração desfaz seu ato anterior por reputá-lo incompatível com o interesse público. A revogação pressupõe que a Administração disponha da liberdade para praticar um certo ato ou para determinar alguns de seus aspectos. Após praticado o ato, a Administração verifica que o interesse público poderia ser melhor satisfeito por outra via. Promoverá, então, o desfazimento do ato anterior. A isso se denomina de revogação."

Corroborando com o exposto, ainda, o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho (Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética. 9ª Edição. São Paulo. 2002, p. 438) tece o seguinte comentário sobre revogação:

"A revogação consiste no desfazimento do ato porque reputado inconveniente e inadequado à satisfação do interesse público. A revogação se funda em juízo que apura a conveniência do ato relativamente ao interesse público. Após, praticado o ato, a administração verifica que o interesse público poderia ser melhor satisfeito por outra via. Promoverá então o desfazimento do ato anterior. Ao determinar a instauração da licitação, a Administração realiza juízo de conveniência acerca do futuro contrato (...). Nesse sentido, a lei determina que a revogação dependerá da ocorrência de fato superveniente devidamente comprovado. Isso indica a inviabilização de renovação do mesmo juízo de conveniência exteriorizado anteriormente".

Destaca-se ainda, que a Prefeitura Municipal de Cumaru do Norte, através da Secretaria Municipal de Educação, a qual gerencia o presente processo, é ordenadora de despesa, e esta possui competência privativa para prática de diversos atos processuais, dentre eles o ato de revogação, cabendo respeito às suas decisões.

A Lei 8.666/93 não deixa claro que a homologação da licitação gera um direito certo para a empresa de que irá assinar o contrato, pois podem ainda ocorrer hipóteses de anulação e revogação, conforme veremos.

Segundo entendimento do Tribunal de Contas da União, apenas quando o órgão convoca a empresa para assinar o contrato é que gera o direito subjetivo de exigí-lo por parte da licitante. Ou seja, apenas a homologação, segundo o TCU, não é capaz de gerar esse direito.

Desta forma, existem as hipóteses de o órgão revogar ou anular o certame, mesmo que ele já tenha sido homologado.

A revogação do procedimento licitatório pode ocorrer a qualquer tempo do procedimento, a partir da fase externa, até a convocação da empresa para assinar o contrato, quando então gera a presunção de direito. Trata-se de uma prerrogativa, ou um “poder” da Administração, de revogar algo que não é mais vantajoso, que não seja conveniente.

Podemos encontrar fundamento para a revogação e para a anulação na **Súmula n. 473 do STF** (Supremo Tribunal Federal):

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Além dessa Súmula, também no art. 49 da Lei 8.666/93:

“Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.”

Portanto, para revogar um procedimento licitatório, a qualquer tempo, basta que o órgão comprove que não é mais de interesse público, de forma devidamente justificada.

Como vimos, no art. 49, para que o órgão possa revogar, ou mesmo anular uma licitação, essa decisão deve ser fundamentada e justificada.

É necessário que seja registrado no processo administrativo licitatório, que é permitindo ao licitante atingido pela decisão a possibilidade de peticionar e se manifestar a respeito da determinação.

Isso é confirmado pelo parágrafo 3º do art. 49:

“§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.”

“Revogação de licitação em andamento com base em interesse público devidamente justificado não exige o cumprimento do parágrafo terceiro, do artigo 49, da Lei nº 8.666/93. (...) Só há aplicabilidade do parágrafo terceiro, do artigo 49, da Lei nº 8.666/93,

quando o procedimento licitatório, por ter sido concluído, gerou direitos subjetivos ao licitante vencedor (**adjudicação e contrato**) ou em casos de revogação **ou de anulação onde o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto, como tendo dado causa** ao proceder o desfazimento do certame". (TJSP, **Apelação Cível nº 175.932-5/4-00, Rel. Scarance Fernandes, j. em 16.03.2004**).

Registra-se mais uma vez que a revogação da licitação encontra fundamentação legal no Art. 9º da Lei nº 10.520/2002, c/c Art. 49 da Lei nº 8.666/93 e na Súmula do Superior Tribunal Federal nº 473.

Compulsando os presentes autos, destacam-se fatos supervenientes que se contrapõem ao prosseguimento do feito com a necessidade de saneamento de atos por interesse público.

Ressalte-se que, no **item/cláusula 25.4 do Edital** está facultado à PREFEITURA MUNICIPAL DE CUMARU DO NORTE o direito de revogar, anular ou transferir a presente licitação, em caso de interesse público, o que significa dizer que isso pode ser a qualquer tempo, desde que presente o INTERESSE PÚBLICO.

No mesmo sentido, até mesmo se tivesse sido concretizada a contratação, por meio de contrato administrativo, o município de Cumaru do Norte poderia revogar a licitação unilateralmente conforme previsão no **item/cláusula 2.2 do Edital**. Vejamos:

*"2.2 Deve-se ressaltar que os serviços em epígrafe são imprescindíveis para o transporte dos alunos, pois temos uma densidade geográfica muito grande, onde as dificuldades são imensas, haja vista a necessidade de darmos o apoio necessário aos alunos da rede Pública Municipal, no cumprimento das atividades-fim desta municipalidade. A vigência contratual será até 31 de dezembro de 2021 a contar da data da assinatura do contrato, **podendo o mesmo ser rescindido unilateral, pela Administração, por razões de interesse público**, com fundamento nos artigos nº. 58, inciso II c.c. art. nº. 78, XII e 79, inciso I, ambos da Lei nº. 8.666/93 e aditado sempre através de termo aditivo, conforme preceitua no art. 57, caput e inciso II, da Lei 8.666/1993" (grifo nosso).*

No caso em concreto temos que o interesse público relatado pela Secretaria de Educação surgiu após a adjudicação e homologação do certame licitatório, sem contudo existir CONTRATO firmado entre as partes (Secretaria de Educação e empresas vencedoras dos itens licitados). Frise-se que, ainda **NÃO** existe contrato firmado entre as partes.

O interesse público no caso encontra respaldo, conforme informações da Secretária de Educação, em virtude de que rotas escolares, em

razão da manifestação e deliberação dos pais dos alunos, deixaram de ter necessidade, vez que não há quem transportar se os pais não concordam que seus filhos sejam usuários desse transporte enquanto pendente a celeuma de possível contágio do COVID-19. Dentre essas rotas acima reportadas temos rotas licitadas e não licitadas, sendo que das rotas que antes eram atendidas pela frota própria da prefeitura algumas deixaram de ter alunos a serem transportados por força de decisão dos pais. ASSIM, veículos da frota própria ficaram disponibilizados para atenderem inclusive as rotas que foram licitadas. Desta forma, temos que a partir dessa iniciativa dos pais não há necessidade de manter as rotas licitadas.

Outrossim, apesar da consulta da Secretaria de Educação ser restrita quanto a possibilidade de revogação da licitação ou de itens da licitação, analisando o Edital e seus anexos, constatei que há situação de restrição da competição passível de nulidade de todo o certame.

Consta no Edital a cláusula seguinte:

“6.1.2 Todos os itens são de participação exclusiva a microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.”

Essa cláusula/item do edital restringe a participação no procedimento ao prever que TODOS OS ITENS são de **participação exclusiva** a microempresas e empresas de pequeno porte, vez que está impedindo que empresas ou até mesmo pessoas físicas que não se encaixam nesse perfil fiquem excluídas do certame, o que inviabiliza a ampla participação de interessados, considerando que dos onze (11) itens licitados apenas três (3) são de valores inferiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil Reais). Nesse rumo, a preferência prevista em lei assegura participação exclusiva apenas naqueles itens que não ultrapassem esse valor.

Desta forma, interessados ao lerem o Edital concluiriam que as empresas de médio e grande porte ficariam impedidas de participarem da licitação, inclusive nos itens acima de R\$ 80.000,00 (oitenta mil Reais), ferindo o princípio da ampla concorrência e das propostas com mais vantajosidade para a Administração. A lei assegura a preferência apenas para os casos de itens até R\$ 80.000,00, de acordo com a previsão no **Art.48, inciso I, da Lei Complementar nº123/2006**.

Além disso, essa preferência nos processos licitatórios fica garantida somente quando houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, o que também não se verifica nos autos. (Art.49, inciso II da Lei Complementar 123/2006) pois não há comprovação nesse sentido.

Mas não é só. Verifica-se no Edital, logo de início, quando da **descrição do objeto**, o caráter restritivo do certame tendo em vista que estabelece a 'CONTRATAÇÃO DE EMPRESA', conforme sua redação:

"2. - DO OBJETO 2.1 CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA LOCAÇÃO DE VEÍCULOS DE TRANSPORTE ESCOLAR, COM PAGAMENTO POR QUILOMETROS RODADO TOTALIZANDO 106 DIAS LETIVOS ESTIMADOS, CONFORME CALENDÁRIO ESCOLAR, DENTRO DE ROTAS PRÉESTABELECIDAS NO MUNICÍPIO DE CUMARU DO NORTE – PA, CONFORME CONDIÇÕES, QUANTIDADES E EXIGÊNCIAS ESTABELECIDAS NESTE EDITAL E SEUS ANEXOS."

Mais adiante, a destinação de participação no certame licitatório somente às Pessoas Jurídicas prossegue conforme estabelece o edital – cláusula/item 6.1.2:

"6.1.2 Todos os itens são de participação exclusiva a microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006."

É RESTRITIVA também porque impede a participação de pessoa física.

Analisando as demais cláusulas/itens do edital fica claro que o mesmo **não regulamenta e nem permite a participação de pessoa física**, pois não estabelece os requisitos e critérios para sua habilitação Jurídica (item 13.4.1 – Quanto à habilitação jurídica e seguintes), etc. Assim, tem-se como incontornável e insanável essa restrição e por consequência gera, por mais esse fundamento, a nulidade do procedimento licitatório em análise.

Afinal, é publico e notório que um contingente significativo trabalha de forma autônoma na área de transporte escolar e seus veículos são registrados junto ao departamento de trânsito (DETRANs) em nome dessas pessoas físicas.

O direito de licitar é um direito público subjetivo de natureza abstrata, no entanto, não é absoluto, pois se subordina ao preenchimento de certas exigências, previstas em lei e no edital licitatório. Ora, a exigência de somente participar pessoa jurídica impede que pessoas físicas participem do certame licitatório sem justificativas plausíveis, restringido a competição do certame considerando a possibilidade desses participantes licitarem uma ou mais rotas.

A Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações) foi alterada pela Lei nº 12.349/2010, e passou a prever que:

“Art. 3. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

*I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, **cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)(grifos nossos)”.*

ASSIM, constata-se que o edital permitiu apenas participação de microempresas e de pequeno porte, excluindo do certame a participação das empresas de médio e grande porte, bem como pessoas físicas.

Diante disso, a situação supra fere a legislação, em especial o Art.3º e seu inciso I, da Lei nº8.666/93, o que gera nulidade absoluta do certame licitatório.

Outrossim, cumpre destacar que analisando os documentos constantes no processo de licitação, verificamos que uma das empresas apresentou DOCUMENTO DE PROPRIEDADE DE UM CAMINHÃO para o transporte escolar em uma das rotas, além de ter apresentados os demais documentos de propriedade do veículos depois do prazo legal. Enfim, o processo apresenta várias situações de fato e de direito que recomenda o seu

NÃO prosseguimento, até porque faltam poucas semanas para o final do ano letivo, segundo informações da Secretaria de Educação, o que não justificaria a assinatura de contratos para poucos dias. Se as aulas retornaram de forma híbrida e até agora não necessitou de veículos de terceiros, fica demonstrado que o ano letivo deve seguir sem contratação de empresas.

Por todo o exposto, destacado o caráter meramente OPINATIVO do presente parecer, considerando os princípios norteadores da administração pública, os quais podem ser considerados, sempre respeitando a discricionariedade e conveniência da administração pública, opinamos para:

1) considerar que o certame deve ser **ANULADO** em razão de ferir o caráter competitivo do certame licitatório, nos termos do Art.3º. inciso I, da Lei 8.666/93 e fundamentação acima;

2) ou, se a autoridade superior entender diferente do acima quanto a nulidade do processo licitatório, entendemos que os itens da licitação que dizem respeito a ROTAS desnecessárias para transporte de alunos, em função ausência de alunos para serem transportados, bem como aquelas rotas que podem ser atendidas pela frota própria da prefeitura, conforme acima esclarecido, caracteriza **INTERESSE PÚBLICO superveniente** capaz de autorizar sua REVOGAÇÃO a fim de não causar prejuízos aos cofres públicos, pois caso não revogadas a Administração Pública municipal fará despesas sem justificativa com o pagamento de empresas sem necessidade de prestação dos serviços para os quais inicialmente seriam contratadas.

Desta forma, considero pertinente que o presente processo licitatório seja apreciado e revisto para efeito de anulação ou revogação por parte da autoridade competente, conforme fundamentos acima expostos, a quem caberá a decisão sobre a ANULAÇÃO OU REVOGAÇÃO, bem como para os devidos tramites legais.

Por fim, qualquer das decisões acima, necessário se faz oportunizar às empresas interessadas o direito de apresentarem manifestação e defesa quanto a anulação ou revogação da licitação, nos termos da fundamentação supra, devendo a autoridade competente proceder cautelarmente decisão de tutela antecipada a fim de não assinar contratos provenientes da licitação em apreço.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Cumarú do Norte-PA, 23 de novembro de 2021.

Miraldo Júnior Vilela Marques
OAB/PA 6386-A
Assessor Jurídico municipal