

JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

TERMO: DECISÓRIO

FEITO: RECURSO ADMINISTRATIVO

REFERÊNCIA: PREGÃO PRESENCIAL Nº 011/2014

RAZÕES: REVOGAÇÃO CERTAME LICITATÓRIO SOB ARGUMENTO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE

OBJETO: Locação de Caminhões Pipas, Limpa Fossas, para serem utilizados nas demandas de água potável e esgotamento sanitário do Sistema Autônomo de Água e Esgoto de Parauapebas.

RECORRENTE: GEOTOP SERVIÇOS TOPOGRÁFICOS LTDA.

RECORRIDO): PREGOEIRO/SAAEP

Vistos etc.

I – Das Preliminares

Trata-se de RECURSO ADMINISTRATIVO interposto, por meio do seu representante legal, pela empresa GEOTOP SERVIÇOS TOPOGRÁFICOS LTDA. devidamente qualificada na peça inicial, em face da DECISÃO do Pregoeiro e Comissão de Licitação, que REVOGOU o certame em questão sob o argumento de ofensa ao princípio da competitividade, com arrimo nas disposições do item 10.1 e seguintes do edital em referência, e o art. 4º, XVIII da Lei 10.520/02 e outros da Lei 8.666/93.

Tempestividade:

O presente recurso foi protocolado pela via formal, visto ser presencial, e no prazo legal estabelecido pela Lei.

Legitimidade: a empresa Recorrente participou das sessões



públicas apresentando proposta de preço juntamente com documentação de habilitação e o provimento do recurso significa reclassificação de sua proposta e a realização de uma nova rodada de lances, podendo sagrar-se vencedora do certame. Portanto, legítima se mostra sua pretensão.

II – DAS ALEGAÇÕES DA RECORRENTE



Alega a Recorrente que a alegação adotada pela Recorrida para a REVOGAÇÃO do certame licitatório é ilegal, pois fere os princípios da isonomia, legalidade, moralidade, celeridade e igualdade entre os licitantes. Afirma, não permite à Recorrida Revogar o Processo Licitatório sobre o ténue argumento de que o princípio da competitividade teria sido violado, pois somente o Recorrente participaria da etapa de lances.

Alega em síntese, que o que ocorreu no presente caso, foi uma situação de não atendimento aos requisitos obrigatórios do edital e não de violação ao princípio da competitividade, tendo em vista, que os 6 (seis) licitantes presentes foram credenciados, suas propostas abertas e apenas o Recorrente atendeu aos requisitos do edital.

Alega ainda, que "apenas um licitante na fase de lances não significa que a administração pública não terá uma proposta vantajosa, pois o Pregoeiro poderá negociar diretamente com o licitante no sentido de reduzir os valores ofertados, atendendo ao que preconiza o princípio da melhor oferta para o ente político.

Aduz o entendimento do renomado doutrinador Marçal Justen Filho de que "a existência de um único licitante pode conduzir a uma proposta vantajosa, já que a existência ou não de uma proposta vantajosa é uma questão de fato, a ser avaliada em fase do caso concreto. Cabe verificar se o lance final é compatível com o mercado e apresenta vantagem para a Administração."

Após fazer um breve histórico de sua interpretação do processo, termina solicitando a RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO DO PREGOEIRO E COMISSÃO, no sentido de dar continuidade ao certame, promovendo a fase de lances ao ora Recorrente e ao final, declarar o mesmo vencedor do Pregão 011/2014, em respeito ao princípio da legalidade, isonomia, boa fé e celeridade.

É o breve relatório.

III - DA ANÁLISE DO RECURSO

Sem preliminares a examinar, avanço no mérito para demonstrar, de forma insofismável, o equívoco da decisão impugnada.

O rito licitatório, por vezes longo e oneroso, não pode ser revogado sem um motivo grave, tendente à lesão do interesse público. A doutrina condena peremptoriamente o rigor formalista. Fatos previsíveis, ou sem consequências realmente insuperáveis não devem induzir ao desfazimento do processo de licitação.

Como bem aponta Hely Lopes Meirelles o desfazimento de uma licitação reclama a chamada "justa causa":

*"Anulando ou revogando a licitação, o Poder Público estará exercitando sua faculdade de corrigir os próprios atos, quando eivados de ilegalidade ou carentes de utilidade para o serviço público. **O que a Administração não pode é invalidar licitação sem justa causa**, para favorecer ou prejudicar licitante. Se assim agir, praticará auto nulo, por excesso ou abuso de poder, com todos os consectários desse desvio de finalidade.*

A justa causa para anular ou revogar a licitação deve ficar evidenciada em procedimento regular, com oportunidade de defesa. Não basta a simples alegação de vício ou de interesse público para invalidar a licitação; necessário é que a Administração demonstre o motivo invalidatório. (Meirelles, Hely Lopes, Licitação e Contrato Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2010, 15ª edição, pág. 223).

2) Fundamentação legal da revogação de licitações em face de razões de interesse público, por motivo de fato superveniente

Na praxe administrativa não é incomum nos depararmos com revogações de licitações erroneamente amparadas no artigo 53 da Lei Federal nº 9.784/99:

"Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos."

Tal erro, longe de apenas refletir uma estrepitosa estultice por parte do(s) servidor(es)/funcionário(s) público(s) responsável(is) pela condução do certame licitatório, muitas vezes desvela um intento sub-reptício de tentar burlar o atendimento aos requisitos formais que exsurgem da correta fundamentação legal para a revogação de licitações[3], que se encontra no permissivo contido no art. 49 da Lei Federal nº. 8.666/1993:

"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.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

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

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação."

Conforme ensina o clássico comentador da Lei de Licitações, Marçal Justen Filho, o art. 49 da Lei do Estatuto das Licitações não autoriza a revogação das licitações por interesse público sob qualquer pretexto. A Administração está adstrita às hipóteses de fatos supervenientes devidamente comprovados capazes de autorizar a decisão extrema. Nas palavras do renomado autor:

"Nesse sentido, a Lei determina que a revogação dependerá da ocorrência de 'fato superveniente devidamente comprovado'. Isso indica a inviabilidade de renovação do mesmo juízo de conveniência exteriorizado anteriormente. EM TERMOS PRÁTICOS, SIGNIFICA UMA RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA ADMINISTRAÇÃO, CRIANDO UMA ESPÉCIE DE PRECLUSÃO ADMINISTRATIVA, UMA VEZ EXERCITADA DETERMINADA COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA, A ADMINISTRAÇÃO NÃO PODERIA REVER O ATO, SENÃO QUANDO SURGISSEM FATOS NOVOS. Na vigência da lei anterior, questionava-se a necessidade da superveniência de fatos novos para autorizar a revogação. Com a consagração expressa da posição adversa, fica afastada a tese de que 'o fato de a inconveniência ou da inoportunidade decorrer de critério adotado pela própria Administração não constitui qualquer obstáculo à edição de providências em sentido contrário'." (Justen Filho, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª edição, São Paulo: Dialética, 2008, pág. 616)

Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tulio Bottino seguem por esta mesma senda, acrescentando que as razões de interesse público que justificam a revogação de licitação por motivo de fato superveniente devidamente devem restar devidamente comprovadas:

"Se o único fundamento constitucional, legal e moral à revogação de uma licitação é, devido a algum acontecimento posterior à abertura do certame, a conveniência e oportunidade no seu cancelamento - porque graças àquele acontecimento a aquisição (ou a venda) do seu objeto deixou de ser conveniente e oportuna à entidade como era considerada antes -, ENTÃO PRECISA RESTAR CABALMENTE DEMONSTRADA NOS AUTOS ESTA MUDANÇA DO INTERESSE PÚBLICO, QUE A ENTIDADE REPRESENTA, SEMPRE QUE PRETENDA REVOGAR UM CERTAME." (Rigolin, Ivan Barbosa, Manual prático das licitações, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 449)

Por sua precisão, não se pode deixar de fazer menção à lição de Antônio Roque Citadini que, a exemplo dos autores até aqui citados, também aponta como inafastável a necessidade de a Administração Pública motivar as revogações de suas licitações com base na efetiva comprovação da superveniência de fatos que alteraram o interesse público que outrora envolvia as contratações revogadas. Indo mais além, o Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo reprovava a utilização da revogação de procedimentos licitatórios com desvio de finalidade:

"A Administração poderá revogar o procedimento licitatório por razões de interesse público motivado por fato superveniente à abertura do certame licitatório. A revogação da licitação constitui em ato de muita relevância E CABERÁ AO AGENTE PÚBLICO CIENTIFICAR-SE DE QUE O FATO SUPERVENIENTE É DE NATUREZA GRAVE, ESTÁ COMPROVADO, E QUE GUARDA PERTINÊNCIA AO OBJETO DA LICITAÇÃO, DE FORMA A EXIGIR A REVOGAÇÃO, uma vez que, em decorrência de tal fato, torna-se inadequada a continuidade do procedimento licitatório."

Como afirma Weida Zancaner, em sua obra 'Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos' '... a revogação tem como motivo a inoportunidade ou inconveniência de um ato, de uma relação jurídica ou de ambos. É na atualidade que se verifica a inoportunidade do ato ou da relação jurídica que se visa revogar, tendo em vista o interesse público'.

Isto há de ser assim, porque é evidente que o ato do administrador revogando o procedimento licitatório, não poderá se constituir em

represália por eventual resultado inesperado do certame. Não pode, portanto, a Administração, utilizar-se dessa faculdade para atingir fins escusos. A revogação indevida trará consequências individuais ao agente público, além de poder, a própria Administração, ser onerada, caso a revogação seja desmotivada, contrária ao interesse público, ainda que em decorrência de fato superveniente, mas não comprovado ou que não altere as condições da licitação. Sempre poderá o interessado recorrer deste ato, tanto na esfera da própria Administração, quanto ao controle externo e ao Poder Judiciário.” (Citadini, Antonio Roque, Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas, São Paulo: Max Limonad, 1996, págs. 294/296)

No caso específico das revogações dos pregões presenciais e dos pregões eletrônicos, diga-se que o artigo 18 do Decreto nº 3.555/2000 e o artigo 29 do Decreto nº 5.450/2005 ADOTARAM REGIME JURÍDICO IDÊNTICO ao do art. 49 da Lei Federal nº. 8.666/1993:

“Art. 18. A autoridade competente para determinar a contratação poderá revogar a licitação em face de razões de interesse público, derivadas de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado.

Art. 29. A autoridade competente para aprovação do procedimento licitatório somente poderá revogá-lo em face de razões de interesse público, por motivo de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-lo por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório induz à do contrato ou da ata de registro de preços.

§ 2º Os licitantes não terão direito à indenização em decorrência da anulação do procedimento licitatório, ressalvado o direito do contratado de boa-fé de ser ressarcido pelos encargos que tiver suportado no cumprimento do contrato.”

Em quejando jaez às lições alhures transcritas acerca do art. 49 da Lei nº. 8.666/1993, são os comentários da doutrina acerca do artigo 18 do Decreto nº 3.555/2000 e do artigo 29 do Decreto nº 5.450/2005, como bem demonstra Benedicto de Tolosa Filho:

"A revogação caracteriza-se por ser um ato discricionário vinculado, ou seja, poderá ser utilizado desde que ocorram fatos supervenientes e pertinentes (...)"

A licitação na modalidade pregão poderá ser revogada, DESDE QUE PRESENTES RAZÕES PERTINENTES DE INTERESSE PÚBLICO, DERIVADOS DE FATO SUPERVENIENTE DEVIDAMENTE COMPROVADO, portanto, ocorrido após a publicação do aviso, por ato motivado da autoridade que determinou a abertura do procedimento licitatório, assegurada ampla defesa, nos termos do art. 49 da Lei Federal nº 8.666/93." (Tolosa Filho, Benedicto de, Pregão – uma nova modalidade de licitação – comentários teóricos e práticos, pregão presencial e pregão eletrônico, São Paulo: Dialética, 2008, pág. 105)

Por fim, cumpre trazer à baila a tese (embora insular) de José Cretella Júnior no sentido de que a revogação só pode atingir única e tão somente o edital das licitações:

"Além do edital, o julgamento também pode ser anulado mas nunca revogado. A revogação, por isso, incide apenas sobre o edital. Não tem influência alguma sobre o julgamento. Não há julgamentos inconvenientes nem inoportunos. Há apenas julgamentos eivados de legalidade ou não." (Cretella Júnior, José, Das licitações públicas: (comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993), Rio de Janeiro: Forense, 2006, 18ª edição, pág. 306).

Como bem aponta Marçal Justen Filho não são todos os vícios que gerarão o fenecimento do certame licitatório, haja vista que ...

"há normas que não tutelam o interesse público, mas o privado. Logo a ofensa a tais normas não lesiona o interesse público". (Justen Filho, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 6ª edição, São Paulo: Dialética, 2008, pág. 324)

O princípio da "*pas de nullité sans grief*" (cuja alcunha, de origem francesa, pode ser traduzida como "não há nulidade sem prejuízo") reflete este afã de só fulminar o ato administrativo quando suas eivas forem de uma monta tal que agredam sacros valores tutelados pelo ordenamento jurídico, como as liberdades individuais *verbi gratia*.

Todavia, nós aspeamos a expressão "*pas de nullité sans grief*" em virtude de a mesma estar afeta a casos de anulação de atos administrativos, e não aos de revogação e, como se sabe a saciedade, em sede de licitação, também é notória a diferença entre tais institutos:

"Anulação é a invalidação da licitação ou do julgamento por motivo de ilegalidade; revogação é a invalidação da licitação por interesse público.

Anula-se o que é ilegítimo; revoga-se o que é legítimo, mas inoportuno ou inconveniente ao interesse público." (Meirelles, Hely Lopes, Licitação e Contrato Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2010, 15ª edição, pág. 223)

Só fazemos menção ao princípio da "*pas de nullité sans grief*" nos casos de revogação de licitações como um reforço à necessidade de que a justa causa do desfazimento do certame (leia-se aqui a comprovação da ocorrência de fato superveniente) por razões de conveniência e oportunidade SEJA REALMENTE DE UMA RELEVÂNCIA TAL QUE IMPONHA RESTAR EM DEBALDE OS PROCEDIMENTOS ATÉ ENTÃO PRATICADOS NA LICITAÇÃO REVOGADA. Neste sentido, vejamos o que diz José Calasans Junior:

"o fato superveniente deve ser pertinente e suficiente para justificar o desfazimento da licitação. Em outras palavras: deve a autoridade demonstrar que a ocorrência verificada afeta, especificamente, o negócio pretendido e de tal modo as condições previstas na licitação que o interesse público estaria seriamente comprometido, se concretizado o ajuste nas bases originariamente estabelecidas ..." (Calasans Junior, José, Manual da licitação, São Paulo: Atlas, 2009, pág. 93)

E, na mesma senda, vejamos também as lições de Adilson Abreu Dallari:

"Evidentemente, tais 'fatos supervenientes' para justificar uma revogação somente podem ser diretamente relacionados com a situação jurídica afetada pela revogação. Não tem sentido a alegação de coisas fluidas, etéreas, genéricas, imprecisas, até porque o mundo gira permanentemente, o tempo passa e tudo muda com o decorrer do tempo. Sempre pode haver alguma alteração no mundo dos fatos. No caso da revisão do ato de controle, esses 'fatos supervenientes' somente podem ser posteriores ao próprio ato de controle, e não apenas à adjudicação da licitação." (Dallari, Adilson Abreu, Aspectos jurídicos da licitação, São Paulo: Saraiva, 2006, 7ª edição, pág. 198)

Para finalizar, veja-se o seguinte aresto do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro (Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro nº 26/março/94):

"Licitação. Revogação. Os atos revogatórios de licitações somente se legitimam quando embasados e acompanhados de documentação que comprove as razões de interesse público originário de fatos supervenientes." (Extraído de Mendes, Renato Geraldo, Lei de licitações e contratos anotada, Curitiba: ZNT, 1997, 2ª edição, pág. 105)

Seria então o princípio da "*pas de nullité sans grief*", nas hipóteses de revogação de certames licitatórios, um desdobramento do princípio da motivação, **pois, caso o fato superveniente que faz exsurgir o interesse público NÃO SEJA PERTINENTE E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR TAL CONDUTA deverá a licitação prosseguir.**

Assim, **no regime legal das licitações, a revogação, sem prejuízo de tudo o que já aqui fora exposto, É A ÚLTIMA RATIO DO ADMINISTRADOR**, devendo ele se cercar de cautelas para fundamentar sua ação e comprovar que a revogação foi informada por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta.

Além do que o preço inicial ofertado pelo Recorrente que é da ordem de R\$ 4.862.400,00 é inferior em aproximadamente 10% (dez por cento) ao custo estimado pelo Recorrido para o objeto desse pregão, o que por si só demonstra que não se pode escoimar a Revogação no princípio da economicidade, muito menos no princípio da COMPETITIVIDADE, pois houve competição, o que ocorreu é que a grande maioria das licitantes não apresentou os documentos e equipamentos exigidos no Edital, e por conta disso não se pode penalizar a empresa que cumpriu as determinações editalícias e ainda ofertou um preço significativamente inferior ao custo levantado pela Recorrida para a determinação do valor a ser ofertado pelos concorrentes.

5) Conclusão

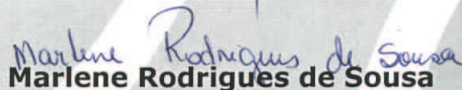
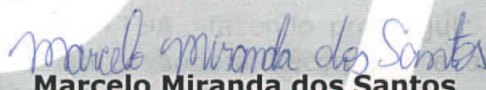
Ex positis, entendemos que para que se possa revogar uma licitação **DEVERÃO SER ATENDIDOS os seguintes requisitos:**

- a) Que ela seja a ÚLTIMA MEDIDA POSSÍVEL PELO ADMINISTRADOR, só sendo implementada quando não seja realmente mais oportuno e conveniente (à luz obviamente do interesse público) dar seguimento ao certame licitatório;
- b) Que seja ela DEVIDAMENTE MOTIVADA, expondo de forma expressa, clara e pública quais foram as razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta;
- c) Que se garanta aos licitantes a possibilidade de se oporem, contraditarem e recorrerem de decisões que determinem a revogação de um certame licitatório.

Em face disto, concluo que as razões de recorrer apresentadas se mostraram suficientes para conduzir-me a reforma da decisão atacada, qual seja para prosseguir o certame licitatório.

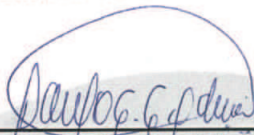
VI – DECISÃO

Por todo o exposto, julgo PROCEDENTE o recurso da empresa GEOTOP SERVIÇOS TOPOGRÁFICOS LTDA., fazendo prosseguir o certame licitatório, promovendo a fase de lances ao ora Recorrente e ao final, declarando-o vencedor do pregão 011/2014.


Mauro de Lima Prado
Pregoeiro
Marlene Rodrigues de Sousa
Membro
Marcelo Miranda dos Santos
Membro

Como razões de decidir, acolho integralmente os fundamentos e as conclusões proferidas pelo Pregoeiro em relação ao recurso interposto pela empresa Geotop Serviços Topográficos Ltda.

Parauapebas, 25 de abril de 2014.



Paulo Gonçalves Galdino
Diretor Executivo do SAAEP



*Recebido em
25/4/2014*

