

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ÁGUAS DE LINDÓIA,
ESTADO DE SÃO PAULO,**

Processo nº 087/2021

Pregão Presencial nº 035/2021

M CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.823.335/0001-35, com sede na Avenida Senador Dinarte de Medeiros Mariz, 14, Vale do Sol, Parnamirim/RN, vem, por meio de seu advogado (**Anexo I – Procuração**), perante Vossa Excelência, interpor:

RECURSO ADMINISTRATIVO

nos termos do art. 109, I, 'c' da Lei Federal 8.666/93, em face da decisão que **REVOGOU o Pregão Presencial nº 035/2021**, pelos fatos e fundamentos que adiante passa a expor:

I - DA TEMPESTIVIDADE

O artigo 109, inciso I, alínea "c" da Lei 8.666/93, estabelece o cabimento de recurso administrativo, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de revogação ou anulação de licitação.

In casu, a Recorrente tomou conhecimento da decisão que determinou a revogação do Pregão Presencial nº 035/2021 no dia 05/10/2021, através de publicação no Diário Oficial dos Municípios; desse modo, iniciando a contagem a partir do dia seguinte a publicação (06/10/2021), computando somente os dias úteis, o último dia para a interposição do presente recurso administrativo é 14/10/2021, portanto, tempestivo (**Anexo II - Decreto declarando ponto facultativo no dia 11/10/2021**).

II - SÍNTESE FACTUAL

Trata-se de certame licitatório promovido pelo Município de Águas de Lindóia/SP, na modalidade pregão presencial, cujo objetivo é a “*Contratação de empresa especializada em coleta manual e/ou mecânica, transporte e destinação de resíduos sólidos domiciliares, de feiras livres e de varrição do Município (...)*”.

No dia 02 de agosto de 2021 ocorreu a sessão para apresentação da proposta e documentos de habilitação, obtendo-se a seguinte classificação:



PREFEITURA MUNICIPAL DE ÁGUAS DE LINDÓIA

CNPJ N°. 46.439.683/0001-89

Inscrição Estadual – Isento

1	Classif.	Código	Proposta para todos os itens Proponente / Fornecedor	Valor Total	Status Lance
1	109680	SABADINI - COMERCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUCAO E	611.825,40	Classificado	S
2	109604	BRUNO DE OLIVEIRA FRANCA	734.645,70	Classificado	S
3	104624	VALE AMBIENTAL EIRELI	922.816,80	Classificado	S
4	110762	M CONSTRUCOES & SERVICOS LTDA	1.225.643,40	Classificado	N
5	110758	CLEANMAX SERVICOS LTDA	1.287.900,00	Classificado	N
6	110756	SOCIEDADE EMPRESARIAL DE COLETA E TRATAMENTO DE RE	1.317.060,00	Classificado	N
7	110760	ETENG ENGENHARIA E SERVICOS LTDA	1.462.860,00	Classificado	N
8	110759	SHALOM ENGENHARIA E CONSTRUCOES BARRETOS LTDA	1.469.178,00	Classificado	N
9	110761	AMPLITEC GESTAO AMBIENTAL LTDA	1.469.178,00	Classificado	N
10	110757	THV SANEAMENTO LTDA	1.469.275,20	Classificado	N
11	104604	BEST COMERCIAL E LOCACOES LTDA	1.469.275,20	Classificado	N

A primeira colocada no certame pediu desistência da proposta, sendo iniciada a análise dos documentos de habilitação da segunda colocada, ao final, sendo a empresa BRUNO DE OLIVEIRA FRANCA declarada vencedora e adjudicado o valor de R\$ 151,15 (cento e cinquenta e um reais e quinze centavos) por tonelada.

Para surpresa desta Recorrente, após o julgamento da fase recursal, em 05/10/2021, foi publicado na imprensa oficial, o comunicado de revogação do certame, sob a justificativa de “razões de interesse público e conveniência administrativa”.

De acordo com o Memorando nº 311/2021 enviado pelo Secretário de Obras e Serviços Públicos ao Departamento de Compras e Licitações e disponibilizado no endereço eletrônico da prefeitura de Águas de Lindóia¹, enquanto o pregão em tela se encontra em período recursal, a vigência do contrato anterior para coleta de resíduos sólidos se encerrou, de modo que foi necessário realizar a Dispensa de Licitação nº 025/2021, onde foi contratada a empresa ECOSUL SUSTENTABILIDADE E SANEAMENTO AMBIENTAL LTDA pelo valor de R\$ 148,20 (cento e quarenta e oito reais e vinte centavos) por tonelada.

Desse modo, “não restou outra alternativa senão a revogação do pregão em tela, uma vez que, a contratação emergencial mostrou-se muito mais vantajosa para a administração”, além de ser “um fato superveniente devidamente comprovado ao início da licitação”, bem como, “é dever do agente público garantir a proposta mais vantajosa para a Administração Pública em seus processos licitatórios e, na última cotação de preços referente ao serviço de coleta e destinação de resíduos sólidos, foi constatado propostas de menor valor das apresentadas no Pregão Presencial, em andamento”.

Ato contínuo, o Departamento de Compras e Licitações encaminhou os autos do processo ao pregoeiro, que emitiu parecer favorável a revogação do pregão

¹

<https://www.aguasdelindoiia.sp.gov.br/licitacao/detalhe/866/p-styletext-alignjustifystrongpregao-presencial-n-0352021nbspstrongobjetostrong-contratacao-de-empresa-especializada-em-coleta-manual-eou-mecanica-transporte-e-destinacao-de-residuos-solidos-domiciliares-de-feiras-livres-e-de-varricao-do-municipio-de-aguas-de-lindoiiasp-co/>

✉ paivamarinhoadv@gmail.com

e, encaminhou ao procurador; este corroborou o parecer do pregoeiro, remetendo-o ao Prefeito.

Por sua vez, o Prefeito acatou integralmente, as justificativas apresentadas nos documentos anteriores, portanto, utilizou-se da chamada motivação *aliunde*, isto é, quando o agente público remete a motivação de um ato administrativo a uma justificativa de ato anterior, que embasa sua edição. Assim, a motivação para a revogação do Pregão Presencial nº 035/202, foi a superveniência de nova pesquisa de preço, onde se constatou que o valor da tonelada para o serviço de coleta domiciliar de resíduos sólidos, se encontrava inferior àquele ofertado pela empresa vencedora do certame.

Ocorre que, quando examinamos essa decisão de maneira mais detida, constatamos a existência de vício no elemento motivação, vejamos:

a) **Primeiro**, foi apontado que “**não restou outra alternativa senão a revogação do pregão**, uma vez que, a contratação emergencial mostrou-se muito **mais vantajosa para a administração**”; ocorre que, em momento algum, o pregoeiro chegou a convocar a empresa vencedora do certame, a fim de negociar o preço da tonelada, pelo valor obtido na nova cotação;

b) **Segundo**, ainda que a cotação realizada para a dispensa emergencial tenha sido realizada em momento superveniente a sessão de abertura do pregão, e de fato, seja dever do agente público garantir a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração, **não houve esforço por parte do Pregoeiro no sentido fazer cumprir essa obrigação**. Consoante já citado, era prerrogativa da Administração a negociação com a empresa vencedora do certame, visando chegar ao valor da tonelada obtido na nova pesquisa de preço;

c) **Terceiro**, o Município alega que é “dever do agente público a busca pela proposta mais vantajosa”, todavia, o conceito de “proposta mais vantajosa” ultrapassa o preço, estando intrinsecamente ligada *know-how* do executante, o que no caso da contratação emergencial, não foi divulgado; desse modo, a empresa pode estar oferecendo um valor abaixo do mercado, por falta de experiência no ramo do objeto contratado;

d) **Quarto**, o Município alega que o preço do pregão ficou acima do valor de mercado, tendo obtido um valor menor com o emergencial, quando comparado com os valores da licitação; **porém, há um preço máximo estabelecido pela própria administração e, as propostas ofertadas firmaram valores abaixo do firmado no pregão; assim, essa justificativa mais uma vez não se sustenta**, já que os lances ofertados pelas participantes da licitação, foram baseadas no orçamento base do Município;

e) **Quinto, não podemos esquecer ainda que o Município revogou um processo regular de licitação, nos termos previstos na Constituição Federal, para realizar uma contratação de forma precária, baseada em uma emergência fabricada, conduta essa gravíssima.**

Destarte, a decisão de revogação do Pregão Presencial nº 035/2021 merece ser revista e anulada, seja pelos vícios na motivação da decisão, seja pela ilegalidade na contratação de forma emergencial, ante a existência de licitação válida.

Nesses termos, passamos a discorrer.

III - DA FUNDAMENTAÇÃO

III.1. Da não observância ao art. 20 e art. 21 do decreto-lei 4.657/1942. Decisão administrativa sem considerar suas reverberações práticas.

Inicialmente, cumpre trazer à baila que de acordo com o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Tal regramento alberga expressamente as decisões em todas as esferas decisórias, como a administrativa, controladora e judicial.

De modo mais claro, a referida lei ainda expressa em seu art. 21 que a decisão no âmbito das esferas já mencionadas, que importar em invalidação de atos, ajuste, contrato, etc., **deve** indicar de modo expresso as **suas consequências jurídicas e administrativas**. É de se observar que a redação do dispositivo impõe

um dever quando da produção normativa, de tal forma que a sua não observância acarreta na nulidade do ato, o qual já é concebido com vício de nulidade.

É cediço que a LINDB é uma norma de sobredireito, ou seja, balizadora de toda e qualquer norma jurídica que se desenvolva no seio do ordenamento jurídico nacional, em todas as suas esferas – a menos que exista regramento específico que disponha em contrário.

Data vênia, é a partir destas considerações que se vê com certa estranheza a decisão que revogou o Pregão Presencial nº 035/2021. É que a simples indicação de que a “nova contra contratação tinha um valor menor”, sem indicar e considerar suas reverberações práticas a Administração e aos licitantes que participaram do certame, de plano a concebe com vício de nulidade.

A teleologia da norma sob exame é clara: **impedir que decisões que afetem sobremaneira o resultado de uma relação contratual ou procedimental acarretem em prejuízos aos entes envolvidos na relação com o Ente público**. Assim evitando consequências negativas não só aos particulares, mas à própria administração pública.

No caso em comento, a título exemplificativo, a revogação do certame, com a justificativa de que a nova contratação é mais vantajosa ao Município não se mostra razoável, especialmente, pela forma que vem foi realizada: DE FORMA EMERGENCIAL; pior ainda, com a existência de licitação regular válida, o que se configura uma prática irregular e criminosa por parte do agente público que concorre para sua realização.

Nesta toada, vale trazer o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso que corrobora a necessidade de o julgador examinar as consequências práticas de suas decisões:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL COM REEXAME NECESSÁRIO DE SENTENÇA - MANDADO DE SEGURANÇA - ORDEM CONCEDIDA - PROCESSO SELETIVO - CANDIDATURA A DIRETOR DE UNIDADE ESCOLAR ESTADUAL - SERVIDOR DETENTOR DE DOIS MANDATOS CONSECUTIVOS EM ESCOLA DIVERSA - POSSIBILIDADE -

✉ paivamarinhoadv@gmail.com

📍 End. Avenida Rodrigues Alves, 800, TBC,
sala 1008, Tirol. Natal/RN. Cep: 59.020-200

LIMITAÇÃO VINCULADA AO LOCAL E NÃO À PESSOA - PRINCÍPIOS DA FINALIDADE, INTERESSE PÚBLICO E EFICIÊNCIA - MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA - ARTIGO 20 DA LINDB - PRIORIZAÇÃO DOS EFEITOS PRÁTICOS DO JULGADO - SENTENÇA RATIFICADA - RECURSO DESPROVIDO.

Segundo o artigo 20 da LINDB, o julgador precisa analisar os problemas, as opções de solução e as consequências reais de cada qual delas, a fim de eleger aquela que melhor efeito prático represente para o caso em apreciação. A proibição de mandatos consecutivos se presta a assegurar o princípio democrático da alternância do poder, evitando-se a perpetuação de mesmos grupos à frente da administração de determinada localidade, de modo que se deve associar a continuidade diretiva escolar, para fins de restrição às novas candidaturas, não à pessoa que se candidata, mas ao local pelo qual pretende concorrer.

(TJ-MT - Apelação / Remessa Necessária: APL 0050537-69.2015.8.11.0041. Relator Márcio Vidal. 1ª Câmara de Direito Público e Coletivo. Data do julgamento: 20.08.2018)

O referido julgado guarda estreito liame com o teor das normas contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, consubstanciado na primazia de sua observância quando da realização de atos jurídicos ou normativos. Neste sentido, os art. 20 e art. 21 da referida lei adquirem extrema importância ante a repercussão na esfera do direito público.

III.2. Do vício na motivação da decisão.

Passada a análise preliminar sobre a ausência das consequências práticas da revogação, passamos a análise do vício no elemento motivação da decisão.

O ato administrativo é o meio, pelo qual a Administração Pública atua, no exercício da função administrativa, sob o regime de direito público e ensejando manifestação de vontade do Estado ou de quem lhe faça às vezes.

De acordo com a doutrina majoritária e seguindo a classificação apresentada pelo art. 2º da Lei nº 4717/65 (Lei de Ação Popular), o ato administrativo contém 5 (cinco) elementos essenciais: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

- a) **Competência:** consiste no poder atribuído ao agente público para praticar o ato. Caso o ato seja praticado por alguém incompetente, isto é, que não detenha atribuição para exercê-lo, este ato será nulo;
- b) **Finalidade:** é o escopo do ato administrativo, é tudo o que se busca atingir com sua prática;
- c) **Forma:** é a materialização e exteriorização do ato, a forma física como se manifesta o conteúdo do ato administrativo; a motivação, isto é, declaração expressa que determinou a prática do ato, integra o elemento forma;
- d) **Motivo:** são as razões de fato e de direito que dão ensejo a pratica do ato;
- e) **Objeto:** é aquilo ao que o ato se dispõe, o seu efeito causado no mundo jurídico.

Dentre os elementos que compõem o ato administrativo, destacamos a forma, que é a exteriorização do ato. Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que *“**integra o conceito de forma a motivação do ato administrativo, ou seja, a exposição dos fatos e do direito que serviram de fundamento para a prática do ato; a sua ausência impede a verificação de legitimidade do ato**”*².

Além de integrar a forma, a motivação é um dos princípios que permeiam o Ordenamento Jurídico Pátrio, estando implicitamente previsto no art. 5º, inciso LV, afinal, não seria viável o contraditório e ampla defesa, sem que se conheçam os motivos que levaram a determinada decisão.

Igualmente, esse princípio encontra expresso no art. 93, incisos IX e X da Carta Constitucional, ao assentar, respectivamente, que “**todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 288.
✉ paivamarinhoadv@gmail.com

preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” e **“as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”**.

A motivação é a explicitação das razões que levam o administrador a decidir de uma maneira ou de outra, diante de determinada situação, de determinados pressupostos ou fatos; deve ser demonstrada previamente ou contemporaneamente a expedição do ato a ser praticado pela administração pública.

A explicitação dos motivos do ato administrativo permite controlar o subjetivismo do agente e também atende à exigência da demonstração de boa-fé que deve presidir as relações da Administração Pública com os administrados.

Em se tratando de decisão administrativa, é inegável que a fundamentação está diretamente relacionada com o direito do interessado de influir na formação do convencimento, seja da autoridade administrativa superior, competente para apreciar o recurso cabível no caso, seja do Juiz, ao qual for submetida a pretensão de controle de validade daquela decisão administrativa.

Acerca do dever de obediência ao princípio da motivação das decisões administrativas, Mello³, apresenta o conteúdo constitucional que de tal princípio:

O fundamento constitucional da obrigação de motivar – como se esclarece de seguida – implícito tanto no art. 1º, inciso II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quando no parágrafo único deste perceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão à direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do ‘porquê’ das ações de quem gere negócios que lhes digam respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas as leis.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo.

✉ paivamarinhoadv@gmail.com

Na mesma esteira, é a importante lição trazida Uadi Lammêgo Bulos⁴:

Para que uma decisão seja motivada não basta a menção pura e simples aos documentos da causa, às testemunhas ou à transcrição dos argumentos dos advogados. **O requisito constitucional só será satisfeito se existir análise concreta de todos os elementos e demais provas dos autos, exaurindo-lhes a substância e verificando-lhes a forma.** Só assim a higidez de um decisum se aferirá, compatibilizando-se com a mensagem insculpida no preceito em epígrafe.

Desse modo, podemos concluir que, sendo a motivação pressuposto indispensável na fundamentação (forma) do ato decisório, vincula diretamente este, portanto, se a motivação para o ato estiver viciada, a decisão será nula.

Nelson Ney Júnior⁵ ensina que a falta de motivação nas decisões é de tamanha gravidade que acarreta sua nulidade de imediato, por afrontar expressamente o texto constitucional:

Caso não sejam obedecidas as normas do art. 93, n. IX e X, da CF, a falta de motivação das decisões jurisdicionais e administrativas do Poder Judiciário acarreta a pena de nulidade a essas decisões, cominação que vem expressamente designada no texto constitucional. Interessante observar que normalmente a Constituição Federal não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direitos e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade, que o legislador constituinte, abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade.

In casu, ainda que que a decisão apresente motivação, esses motivos não externam a verdade, desse modo, invalidando o ato administrativo, isso porque, os Agentes Públicos limitaram-se a informar que foi realizada nova pesquisa de preço, onde foi constatado que a vencedora do pregão estava com valor da tonelada superior ao de mercado, todavia, em momento algum, usou as prerrogativas possibilitadas pela Lei nº 10.520/2020 para convocar a licitante e negociar sua proposta.

Ademais, afirma que a proposta obtida na nova cotação é mais vantajosa para a administração, no entanto, não divulgou o know-how da empresa contratada,

⁴ BULOS. Uadi Lammêgo Constituição Federal anotada, 8.^a ed., São Paulo: Saraiva.

⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais.

de modo que, uma das justificativas para o valor apresentado pode ser a falta de experiência na coleta domiciliar de resíduos sólidos.

Igualmente, verifica-se que o Município estabeleceu um orçamento máximo no pregão, sendo que todas as propostas ficaram abaixo do valor orçado pela Administração; desse modo, não se mostra plausível justificar a revogação da licitação, afirmando que as propostas ficaram acima do valor de mercado, quando todas elas, estavam abaixo do preço estipulado pelo orçamento municipal.

Esclareça-se que não estamos sugerindo que a Administração não poderia realizar uma nova cotação durante o certame, a fim de verificar a compatibilidade dos preços obtidos no certame com os de mercado, mas, a partir do momento que “supostamente se verificou a divergência desses valores” caberia ao pregoeiro convocar a empresa vencedora para negociar, visando adequar ao “preço de mercado”; caso a vencedora não aceitasse, chamasse a segunda colocada e assim sucessivamente. Desse modo, estaria sim, perseguindo a proposta mais vantajosa.

Ao agir de modo inverso – ou seja, decidir pela revogação do certame e realizar uma contratação emergencial – sem ao menos oportunizar aos licitantes a chance de negociar a proposta, os agentes públicos atuaram ilegalmente, além de macular a motivação da decisão, pois, se a única razão para revogar o pregão fosse o valor da tonelada “estar acima do mercado”, os licitante seriam chamados oferecer novos lances.

Nesse turno, a jurisprudência pátria é pacífica no sentido de que vício na motivação, enseja a anulação da decisão:

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA ACOLHIDA. ART. 93, IX DA CF/88. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DAS MOTIVAÇÕES DAS DECISÕES JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO. REQUISITO ESSENCIAL DA SENTENÇA. ART. 458 DO CPC. AUSÊNCIA AFERIDA. NULIDADE DA SENTENÇA. O princípio da motivação das decisões judiciais encontra-se, de forma explícita, manifesto na [Constituição Federal/88](#), no seu art. 93, IX, que estabelece para a sua inobservância a nulidade do pronunciamento judicial, tendo o art. 458 do CPC, ao tratar da sentença, elencado a fundamentação como um dos requisitos essenciais da sentença. No caso dos autos, assiste razão ao apelante, eis que se observa que o digno a quo violou o comando constitucional, vez que se limitou a decretar a extinção da ação sem

✉ paivamarinhoadv@gmail.com

📍 End. Avenida Rodrigues Alves, 800, TBC,
sala 1008, Tirol. Natal/RN. Cep: 59.020-200

resolução do mérito, sem apontar as razões que lhe levaram a fazê-lo, nem motivar per relationem. Portanto, considerando a ilegitimidade da decisão exarada, imperioso que seja erradicada do mundo jurídico, importando até no reconhecimento de sua nulidade de ofício, acolhendo-se a preliminar suscitada.. PRELIMINAR ACOLHIDA. RECURSO PROVIDO. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0002194-98.2004.8.05.0201, Relator (a): Maria do Socorro Barreto Santiago, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 15/07/2015).

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA POR AUSÊNCIA DE ADSTRIÇÃO AO INCISO IX, DO ARTIGO 93, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DA DECISÃO. RECURSO IMPROVIDO E MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA RECONHECIDA. UNÂNIME. Mostra-se lesionadora do Princípio da Motivação das Decisões Administrativas, o decisum que não fornece as razões de fato e de direito que justificariam a sanção culminada, sendo nestes termos írrito, já que, sequer demonstra o nexo de causalidade entre a norma jurídica e o caso concreto. (TJ-MA - AC: 5462008 MA, Relator: CLEONICE SILVA FREIRE, Data de Julgamento: 10/02/2009, SAO LUIS)

Destarte, resta cristalino a necessidade de anulação da decisão que revogou o Pregão presencial nº 035/2021, em face do vício na motivação, considerando a possibilidade de negociar com os licitantes, a fim de obter novas ofertas, compatíveis com a cotação realizada em momento posterior a sessão inaugural do certame.

III.3. Da diferença entre proposta mais vantajosa e proposta de menor valor.

O art. 3^a da Lei nº 8.666/93 assenta que consiste em um dos objetivos das licitações públicas, a busca pela proposta mais vantajosa⁶. Entretanto, proposta mais vantajosa, não significa necessariamente, aquela que tenha o menor preço.

⁶ Art. 3º 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.

Nesse sentido, Matheus Carvalho⁷ afirma que *“a Administração é orientada a selecionar a proposta de melhor preço que não pode ser confundido com o menor valor monetário, pois, existem hipóteses em que pagar o valor mais elevado propiciará à Administração Pública vantagens maiores”*.

Destarte, compreende-se que o menor preço por si só, não corresponde a maior vantagem ao interesse público, tendo em vista ser necessária não apenas uma análise imediata, mas sim de forma a visualizar os resultados da contratação a longo prazo.

Nessa esteira, A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA CARACTERIZA-SE PELO CONJUNTO DE ELEMENTOS QUE TRANSCENDE O MENOR PREÇO DESTACADO NO CERTAME, mas exige do órgão licitante uma análise quanto as despesas de manutenção e treinamento; eficácia quanto aos requisitos mínimos de exequibilidade e atendimento a necessidade do destinatário e dos demais critérios exigidos no edital; além de verificar o cumprimento dos critérios mínimos de qualificação técnica. Ou seja, observar-se-á no momento da seleção da proposta o custo benefício.

O art. art. 44, § 2º da Lei nº 8.666/93⁸, define que não será considerada nenhuma vantagem não prevista no edital, isto é, o alcance à proposta mais vantajosa está vinculado aos parâmetros previamente definidos. No mesmo sentido, o artigo 45, § 1º, inciso I da mesma norma estipula que além do menor preço, deverá o vencedor do certame ter realizado sua **“proposta de acordo com as especificações do edital ou convite”**.

A partir dessas normas, extrai-se que o instrumento convocatório tem o de estabelecer parâmetros para o objeto licitado, que possibilitem não só a contratação do menor preço, mas também, a entrega de um serviço eficiente, que satisfaça o interesse público.

⁷CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 2ª Edição. Editora Juspodvm, 2015.

⁸ § 2º Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

No caso concreto, por se tratar do serviço de natureza essencial, mostra-se ainda mais imperioso que seja observado outros parâmetros além do preço no momento da contratação, isso porque, a execução da limpeza urbana de forma por uma empresa que não disponha de *know-how* na área mostra-se problemática de diversas formas, acarretando uma série de problemas, tanto para a população, quanto para o meio ambiente. Como sabemos, o acúmulo de lixo oriundo coleta domiciliar proporciona o surgimento de vetores de doenças, como baratas, moscas, ratos, escorpiões e os temidos mosquitos; além do surgimento do chorume, que causa poluição dos lençóis freáticos, mananciais de água, etc. igualmente, causa problemas estéticos, deixando a cidade mais feia e afastando turista, especialmente, no caso do Município de Águas de Lindóia, conhecido por ser uma cidade com grande potencial turístico.

Isto posto, resta patente que a justificativa apresentada que se estaria “biscando a proposta mais vantajosa” não se mostra viável, uma vez que, o barato, não significa mais eficiente para o interesse público.

III.4. Da ilegalidade na contratação emergencial. Da emergência fabricada.

Além de tudo que já foi exposto, é válido trazer à baila o que dispõe o art. 37, XXI da Constituição Federal: as compras e alienações dos entes da administração pública, **via de regra**, serão realizados mediante procedimentos licitatórios.

Diz-se “via de regra” porque haverá situações excepcionalíssimas em que o Administrador Público estará autorizada a realizar contratação direta, é dizer, sem a necessidade da deflagração de procedimento licitatório, conforme previsão do art. 24, da Lei 8.666/93.

De acordo com o citado artigo, especificamente em seu inciso IV, admitir-se-á a contratação direta na hipótese de emergência, em razão da existência de uma situação urgente e que possa gerar prejuízos ao interesse público. Vejamos:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os
✉ paivamarinhoadv@gmail.com

bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Ocorre, que o cenário fático aponta para a criação de uma situação emergencial por ato de vontade da própria Municipalidade, uma vez que existe processo regular de licitação ativo para contratação do serviço de limpeza urbana decorrerá, inclusive com a declaração de vencedor, no entanto, o Município optou pela revogação do certame, alegando um SUPOSTO preço superior ao de mercado, para justificar a contratação direta. Mais uma vez frisamos – **suposto preço superior ao de mercado, pois, em momento algum houve convocação dos licitantes para negociar o preço óbito na cotação realizada em momento posterior a sessão de lances do pregão.**

Nesse particular, forçoso ter em mente que a substituição da licitação pela contratação emergencial, nas hipóteses em que a Administração Pública deu causa à excepcionalidade, é denominada **emergência fabricada**, vedada pela nossa legislação e combatida pela melhor doutrina e jurisprudência.

A jurisprudência pátria já tratou sobre essa temática em reiteradas oportunidades, conforme julgados oriundos do Tribunal de Contas da União. Vejamos:

20.4.3. A CGU observou que a Suframa não planejou adequadamente as necessidades em TI (peça 5, p. 5), tendo em vista a inexistência de plano estratégico de TI (Peti) e de plano diretor de TI (PDTI). Também, não promoveu tempestivamente as licitações, a exemplo do Pregão Eletrônico 12/2013, lançado quinze dias antes do término do Contrato 19/2008, que já se encontrava em prorrogação excepcional. Ressalte-se que, mesmo após alerta da auditoria interna sobre irregularidades, tais como: itens restritivos à competitividade, prazo inexecutável para migração dos sistemas, preço de referência aparentemente exorbitante, entre outras, decidiu continuar o processo licitatório. E, após análise dos órgãos de controle, esse pregão foi cancelado, sendo inclusive objeto da Nota Técnica CGU 723/2014/DEDIC/DE/SFC/CGU-PR e Inquérito Civil Público 1.13.000.000522/2014-10. Além da atuação supracitada, os pontos de irregularidades já foram objeto de verificação na Auditoria Anual de Contas com encaminhamento de recomendações, no entanto não foram acompanhadas por meio do Plano de Providências Permanente (PPP), persistindo no exercício de 2014 recomendações não atendidas pela Suframa.

20.4.4. Essa omissão resultou nas três contratações emergenciais da Fucapi em 2014 (Contratos 08/2014, 29/2014 e 37/2014), **por meio da**

✉ paivamarinhoadv@gmail.com

utilização de dispensas por emergência e prorrogações excepcionais, chamadas de 'emergência fabricada', essa prática é rechaçada pela doutrina e jurisprudência, na qual, por inércia, há a negligência do planejamento necessário para a realização de processo licitatório previsto em lei. (Acórdão 1748/2018-Plenário, Relator Augusto Sherman, Sessão: 01/08/2018, Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1748%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=be375fe0-0628-11ea-8e1c-9d99768ba572)

45. São pertinentes as ponderações do responsável acerca da viabilidade legal de contratações por dispensa de licitação em situações emergenciais, conforme definido na Constituição Federal e Lei 8.666/1993. Igualmente não se questiona a necessidade da contratação, com vistas a preservar o interesse público. Neste sentido, observamos que já na instrução inicial (peça 4, item 27), ficou consignado que 'está pacificado neste Tribunal que a contratação direta é possível mesmo quando a situação de emergência decorre de falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos. A inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração. Todavia, **deve ser analisada a conduta do gestor público que não adotou tempestivamente as providências para fins de responsabilização.** Nesse sentido, Acórdãos 285/2010, 1.876/2007, 1.022/2013 e Decisão 138/2010, todos do Plenário'. 46. **Neste contexto, são totalmente desprovidas de fundamento a afirmação de que a contratação se enquadraria na situação emergencial, excepcional, ou fato extraordinário, que fugiria da previsibilidade ordinária do administrador. Conforme fartamente demonstrado nos autos, o contrato em questão foi celebrado em 26/11/2014, e desde o dia 16 de abril de 2012, quando foi firmado o primeiro contrato, também emergencial, para patrocínio da mesma ação apenas em primeira instância, a Administração sabia da necessidade de se proceder à licitação para patrocínio da ação nas instâncias superiores, e, mesmo assim, não tomou as providências necessárias à realização do indispensável certame (item 21 desta instrução).** 47. A alegação de que o contrato somente foi celebrado após o cumprimento dos requisitos estabelecidos no art. 26, parágrafo único, II, da Lei n.8.666/93, apenas demonstra que foi atendida a formalização da dispensa por emergência. No entanto, o questionamento da audiência se refere à caracterização indevida da contratação na situação emergencial. Nada foi questionado acerca dos aspectos formais do processo de dispensa. 48. Por fim, reiteramos que não se questiona o fato de que a contratação era necessária naquele momento para atender ao interesse público, no entanto, a situação emergencial se concretizou pela não adoção tempestiva de providências necessárias à realização de procedimento licitatório objetivando a contratação de escritório de advocacia para patrocínio da ação judicial relativa ao processo 0064173.67.2011.4.01.3400, na instância de segundo grau e superiores, resultando na contratação emergencial do Escritório de Advocacia Oliveira, Braga & Parca Advogados Associados (processo 2014038049 - Orçamento 214/2014), com base indevida no art. 24, IV, da Lei 8.666/1993 e em afronta ao art. 2º da Lei 8.666/1993.

O Superior Tribunal de Justiça também já se posicionou sobre a questão

da Emergência fabricada no julgamento do REsp de nº 1760128/SP⁹ relatado pelo Min. Hermann Benjamin. Eis um trecho do voto que ele fala sobre a vedação da emergência fabricada na Administração Pública:

Examinados os requisitos e condicionantes estabelecidos pela doutrina e transportando-os para o caso concreto, é possível extrair que a contratação de serviço público de transporte escolar de alunos da zona rural do Município era medida de rigor.

Porém, os demais elementos apontam para a deformação da dispensa – e, como consequência para o caso, geração de emergência fabricada ou ficta – com base nas seguintes premissas fáticas estabelecidas no decism combatido (fl. 1.001-1.002, e-STJ):

"Em outras palavras, a dispensa de licitação foi baseada na emergência que, na hipótese dos autos, é ficta e não real.

Houve contratação direta de empresa prestadora de serviço de locação de 34 (trinta e quatro) ônibus de, no mínimo, 40 (quarenta) lugares, para transporte de alunos da zona rural do Município (fls. 116/121).

*Como é incontroverso, em anos letivos anteriores, houve a devida realização de concorrência pública para a contratação dos mesmos serviços. **Portanto, a Administração Pública tem plena ciência de que o procedimento deve ser renovado periodicamente e também de quanto tempo, aproximadamente, é necessário para se percorrer todas as suas fases, até a adjudicação do contrato administrativo.***

Nesta esteira, não se sustenta o argumento segundo o qual a emergência se fazia presente devido à proximidade da data do início do ano letivo sem que o procedimento licitatório tivesse se encerrado".

*Se isso, de fato, aconteceu, ou seja, se o contrato ainda não havia sido celebrado mesmo às vésperas do início das aulas, **a omissão se deveu única e exclusivamente por desídia do agente público**".*

No julgamento dos Embargos de Declaração, o Tribunal local confirmou seu entendimento (fl. 1.353, e-STJ, grifei):

*Feitos tais questionamentos, impõe-se concluir **que não resta caracterizada a emergência arguida, bem como não resta justificada a dispensa de licitação, haja vista que a desídia ou o despreparo administrativo foi a causa principal da ilicitude praticada. Não se nega a necessidade da contratação, apenas não está suficientemente demonstrada a real legitimidade do afastamento do procedimento licitatório, uma vez que não se configuraram as hipóteses autorizadoras de dispensa previstas no artigo 24 da Lei nº 8.666/93.***

Constata-se, pois, que a **emergência ficta e/ou fabricada** se origina a partir da utilização de **dispensa, por emergência** e de prorrogações excepcionais, em razão da **falta de preparo ou desídia causada pela própria Administração Pública**.

Portanto, resta evidente que os fatos narrados subsume-se perfeitamente às lições doutrinárias e jurisprudência que tratam sobre o tema, isso porque, repita-se, mesmo diante da existência de licitação para o serviço de limpeza urbana, o Município optou por revoga-la e promover contratação direta, sem sequer divulgar os autos do processo de dispensa.

Significa dizer, sob outro aspecto, que o ato administrativo que tentará justificar a contratação emergencial será nulo por falsidade de motivação, que conforme já fartamente explicado, foi comprometida na sua origem.

Desse modo, o ato administrativo para deflagrar procedimento para contratação emergencial, em razão da criação da emergência fabricada, carecerá de veracidade da motivação, circunstância que deve ensejar a declaração de nulidade do ato.

IV - DO EFEITO SUSPENSIVO DO RECURSO

O art. 109, §2º da Lei nº 8.666/93, *in verbis*, assenta quanto a possibilidade de concessão de efeito suspensivo aos recursos dos atos que resultarem em revogação ou anulação de licitação.

§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, **motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.**

Desse modo, quando presente razões de interesse público, poderá a autoridade competente, atribuir o efeito suspensivo ao recurso.

Nesse passo, resta claro a necessidade de concessão do efeito suspensivo ao presente caso, estando presente os pressupostos fáticos e de direito. Primeiro, trata-se de um serviço de natureza essencial e se interesse público, para o qual foi realizada licitação regular, submetendo as empresas a um processo exaustivo de qualificação técnica, a fim de verificar a aptidão do contratado com o objeto licitado, desse modo, selecionar a melhor proposta, ou seja, àquela que atenda de forma técnica e detenha o melhor preço, atendendo ao interesse público de forma eficiente.

Segundo a motivação apresentada pelo Município – conforme já fartamente discorrida – é falha, portanto, nula, não podendo ser usada como justificativa para revogar o certame.

Terceiro, sendo nula a motivação para revogação do certame, mostra-se evidenciada a ilegalidade na contratação emergencial, que nada mais é que uma emergência fabricada, com o único intuito de celebrar uma contratação direta.

Assim, mostra-se necessário a concessão de efeito suspensivo ao processo de revogação do Pregão nº 035/2021 e, por conseguinte, da dispensa emergencial nº 025/2021, que se mostra, deliberadamente, emergência fabricada para contratar um particular sem o devido processo licitatório, em detrimento a um contrato administrativo, advindo de processo licitatório regular.

V - DOS PEDIDOS

Destarte, em razão dos fatos e fundamentos expostos, **REQUER-SE:**

a) A concessão do efeito suspensivo, nos termos do art. 109, §2º da Lei nº 8.666/93;

b) que o presente RECURSO seja CONHECIDO e PROVIDO, para determinar a ANULAÇÃO da decisão que revogou o pregão presencial nº 035/2021, promovendo a continuidade do certame.

✉ paivamarinhoadv@gmail.com

📍 End. Avenida Rodrigues Alves, 800, TBC,
sala 1008, Tirol. Natal/RN. Cep: 59.020-200

c) A disponibilização dos autos da dispensa emergencial nº 025/2021.

Termo em que pede deferimento.

Parnamirim, 14 de outubro de 2021.

Cleciane de Mendonça Vasconcelos

OAB/RN 13.927