

Parecer

Licitação – revogação de pregão eletrônico – contratação emergencial existente

“A contratação emergencial vincula-se à existência de alguns requisitos: situação emergencial ou calamitosa que não possa ser imputada à desídia do administrador; urgência de atendimento; e risco da ocorrência de sérios danos a pessoas ou bens. A situação emergencial, segundo consta dos autos, é a urgência na contratação dos serviços de Limpeza, Conservação, Higienização e Jardinagem, que não podem ser interrompidos.”

artigo

Parecer nº 826/12 NCA-PGE/AP
processo nº 2012/65021

Interessado: polícia militar do estado do Amapá – comando geral
objeto: consulta sobre procedimentos licitatórios

Licitação – pregão eletrônico – suspensão – deferimento de medida liminar em mandado de segurança – revogação: possibilidade – contratação emergencial existente – possibilidade de nova contratação direta.

I – RELATÓRIO



O comandante geral da polícia militar do estado do Amapá – PMAP encaminha a esta procuradoria ofício¹ contendo consulta administrativa relacionada a procedimento licitatório. Trata-se da análise concernente ao pregão eletrônico nº 001/2012, com vista à contratação de empresa especializada na execução de serviços continuados de limpeza, conservação, higienização

e jardinagem nas dependências da polícia militar do Amapá, nos municípios de Macapá e de Santana.

Os autos vieram com 33 (trinta e três) páginas, contendo a seguinte documentação: a) ofício de encaminhamento (fls. 02-04); cópia de decisão liminar deferida no mandado de segurança nos autos do processo nº 0027240-83.2012.8.03.0001; cópia da petição inicial do mandado de segurança (fls. 07-22); decisão da pregoeira da PMAP sobre o pedido de impugnação ao edital oferecido pela empresa Fênix serviços especializado Ltda. (fls. 23-30); extrato de movimentação processual do mandado de segurança nº 0027240-83.2012.8.03.0001, atestando a inexistência de decisão exauriente.

No ofício de encaminhamento da consulta a esta procuradoria, a polícia militar do estado menciona que:

a) A PMAP procedeu à abertura de procedimento licitatório para contratação de empresa especializada em serviços de limpeza e conservação, no dia 9 de abril de 2012, em razão do contrato, na época em vigência, está expirando seu prazo de validade, de 60 (sessenta) meses, em 2 de agosto de 2012;

b) Para a realização do novo certame, todos os meios legais foram adotados, inclusive se houve manifestação desta procuradoria, em parecer jurídico exarado em 18 de junho do corrente ano;

c) Após a tomada de todas as medidas necessárias à realização do feito, a polícia militar publicou o aviso de licitação, levando ao conhecimento dos interessados que, no dia 11 de julho, realizaria o certame na forma pregão eletrônico, estabelecendo como data-limite para acolhimento das propostas o dia 10 de julho de 2012;

d) No dia 9 de julho de 2012, um dia anterior ao acolhimento das propostas, a empresa Fênix serviços especializados Ltda., que à época era a atual contratada da polícia militar quanto ao objeto deste certame, impetrou mandado de segurança com pedido de liminar, o qual foi deferido no dia 10 de julho de 2012, suspendendo o pregão que estava sendo realizado pela PMAP até o julgamento do mérito;

e) Nos autos do pedido, a empresa solicita correções no edital e sua consecutiva republicação. todavia, todas estas alegações da empresa já haviam sido suscitadas anteriormente, em pedido de impugnação ao edital de licitação, sendo tudo devidamente justificado pela pregoeira em resposta à impugnação (documento nos autos);

f) Ante a concessão da medida liminar no mandado de segurança, a PMAP procedeu a uma contratação emergencial, no sentido de que o serviço de limpeza e conservação prestado não sofresse solução de continuidade, já que o contrato estabelecido na PMAP, para este tipo de serviço, encerrava-se em 2 de agosto de 2012;

g) Na contratação emergencial, fixou-se o prazo de 90 (noventa) dias, considerando este suficiente e necessário para que ocorresse o julgamento de mérito e fosse dada continuidade ao pregão eletrônico, suspenso durante o ato de acolhimento das propostas;

h), entretanto, o contrato emergencial terá seu termo final em 7 de novembro de 2012 e, até a presente data, não

houve julgamento do mérito do mandado de segurança com pedido de liminar, que suspendeu o procedimento licitatório para contratação de empresa especializada em serviços de limpeza e conservação.

Diante de tais fatos, a polícia militar do estado do Amapá elabora a presente consulta, cujos termos, a seguir expendidos, servem como quesitos da presente *consultation juridique*.

1. Caso, até o encerramento do presente contrato emergencial, não se tenha julgado o mérito da questão, a PMAP poderá realizar nova contratação emergencial, já que existe uma impossibilidade legal de prorrogação do contrato ora estabelecido?

2. Em caso negativo, como a PMAP deverá proceder para que não haja descontinuidade na prestação do serviço, levando-se em conta que a partir da 2ª quinzena de dezembro de 2012 até fevereiro de 2013 não é possível realizar qualquer tipo de licitação, pois não há orçamento aberto?

3. Existe alguma possibilidade legal da PMAP proceder à revogação da licitação que está suspensa, dando abertura a novo procedimento, tendo em vista que várias propostas já foram acolhidas no pregão eletrônico, e que tal fato gerou direito adquirido aos participantes do certame suspenso?

4. Havendo essa possibilidade de revogação, como a PMAP deverá proceder a fim de que sejam saneados os questionamentos do edital e se consiga concluir o procedimento? é diante de tais questionamentos que se ocupará o presente parecer jurídico.

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A resposta à presente consulta será dividida em tópicos, assim como explicitado nos quesitos acima, de modo a melhor compreender a matéria. No entanto, com o fito de maior aproveitamento didático, as respostas não serão conferidas na mesma sequência que foram propostas na consulta do órgão consulente.

Salienta-se, de antemão, que a resposta ao item 4 ficará prejudicada, eis que, nos autos, não há elementos suficientes à sua formulação, na medida em que não foi juntada a documentação relativa ao edital e demais atos concernentes ao pregão eletrônico nº 001/12, sendo, portanto, necessária a formulação de outra consulta, específica a este item, com toda documentação necessária ao esclarecimento dos questionamentos.

a ausência da documentação relativa ao processo licitatório do pregão eletrônico nº 001/2012-pmap torna as respostas aos questionamentos acima colacionados um tanto mais vagas, já que não se pode apreciar o mérito do próprio mandado de segurança, não sendo o documento de fls. 23-30 (decisão da pregoeira da PMAP sobre o pedido de impugnação ao edital oferecido pela empresa Fênix serviços especializados Ltda.) suficientemente hábil à solução do presente caso.

É ponderável, de antemão, salientar que o quesito 4 desta consulta poderá ser objeto de consulta específica, como já mencionado, ou de questionamento nos autos de outro procedimento licitatório que se venha a deflagrar, segundo adiante será explicitado.

Quanto à possibilidade de revogação da licitação

Detém-se, em um primeiro momento, quanto à possibilidade de revogação da licitação já existente. Fundamentalmente, necessário analisar em que estágio a licitação encontra-se. Como bem exposto na consulta formulada, já houve a iniciação da fase externa, mas não houve, sequer, o julgamento das propostas, apenas o recebimento de algumas delas.

Quanto ao tema, assim dispõe o art. 49 da Lei Geral de Licitações e contratos:

“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 comprovar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.”

A revogação da licitação ocorre por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado. Há um juízo de discricionariedade do administrador público quanto à revogação. Indaga a doutrina, sobre a extensão desta discricionariedade, sobremaneira, quando já finalizado o procedimento licitatório, com homologação do certame, o que não é o caso dos autos.

Aqui, inaugurou-se a fase externa, que logo fora interrompida por uma decisão judicial. sequer se adentrou na fase de negociação inerente ao pregão. não há licitantes vencedores. Não se cogitou, nem mesmo, do próprio credenciamento. Consoante explicitado na consulta, apenas algumas propostas foram recebidas, não havendo, nem de leve, direito adquirido dos licitantes que ofertaram propostas.

Logo, inarredável a possibilidade de revogação do certame, forte na literalidade da própria lei, já que há razões de interesse público que afastam a impossibilidade de revogação do certame, sobremaneira, porque a administração encontra-se sob a égide de um contrato precário, emergencial, urgindo a realização, o mais célere possível, do correto procedimento licitatório.

Ademais, na consulta, consta a informação de indisponibilidade orçamentária entre os meses de dezembro de 2012 a fevereiro de 2013, fato este que agrava, ainda mais, a situação.

A possibilidade de revogação do certame é umbilicalmente ligada à hipótese de sucessivas contratações emergenciais. Adentra-se, por óbvio, em uma ponderação de valores, indagando-se o que é mais ou menos benéfico para a administração. Claramente, imperando um primitivo juízo valorativo, cordata é a contratação com a mais ampla competitividade, o que não se dá por meio da contratação direta.

No caso sob cotejo, não se faz necessária, nem mesmo, a concessão do contraditório e da ampla defesa, eis que inexistente empresa vencedora do certame. O ato de

revogação ganha, por assim dizer, contornos mais robustos, esvaziada a imprescindibilidade de abertura do direito de defesa.

Nesse sentido, o STJ julgou legal a decisão da administração em revogar certame licitatório, o qual havia sido impugnado por via judicial, com sentença ordenando correção de vícios e continuidade do procedimento. Nessa mesma esteira:

“o poder Judiciário, constatando a nulidade do edital de licitação ordenou a correção. 2. Facultatividade do estado em revogar a licitação, como permitido pelo art. 49 da Lei nº 8.666/93.”²

Quanto à aplicabilidade do § 3º do art. 49 da Lei nº 8.666/93, também, no presente caso, não se faz mandatória. Esta é a melhor inteligência jurisprudencial:

“revogação de licitação em andamento com base em interesse público devidamente justificado não exige o cumprimento do § 3º do art. 49 da Lei nº 8.666/93. (...). *Só há aplicabilidade do § 3º do art. 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 anulação onde o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto, como tendo dado causa ao proceder ao desfazimento do certame.*”³ (grifou-se)

Este é, também, o entendimento do superior tribunal de Justiça, segundo o qual o vencedor de determinado procedimento licitatório não é titular de nenhum direito antes da assinatura do contrato, tendo mera expectativa de direito, não se podendo falar em ofensa ao contraditório e à ampla defesa.⁴ em suma, a consultoria zênite assim se manifesta quanto ao contraditório e a ampla defesa em momento prévio à revogação da licitação:

“nesses termos, a partir da jurisprudência do STJ, a administração somente terá o dever de conceder o contraditório e a ampla defesa em momento preliminar à revogação se esta acontecer depois de adjudicado o objeto e homologado o certame.”⁵

Contudo, não se pode desbordar dos requisitos mínimos inerentes ao ato administrativo revogatório, em especial seu conteúdo e sua forma. Em suma, “o ato revogatório tem como conteúdo em si a revogabilidade de um ato administrativo emanado anteriormente”⁶. E a forma “nada mais significa do que a exteriorização do ato pelo qual a administração pública, por intermédio de seu agente público, transluz e revela a revogação”⁷.

Em resposta ao primeiro quesito, juridicamente possível a revogação do certame, não havendo o que se falar em direito adquirido de meros licitantes que somente ofertam

propostas. Todavia, mesmo se tratando de ato discricionário, é necessária a sua motivação pela autoridade competente, promovendo-se a devida publicidade ao ato de revogação.

Quanto à possibilidade de uma nova contratação emergencial

A resposta a esse questionamento já foi respondida por esta procuradoria, quando da emissão do preciso parecer nº 646/12, da lavra da Dra. Jeane Martins, fato esse já salientado na consulta formulada. Indaga-se sobre a possibilidade de nova contratação emergencial. É sobre esse ponto que se discorrerá nas linhas abaixo.

É certo que já houve uma contratação emergencial, a qual se findará em 7 de novembro do corrente ano. Consta, nos autos, que o mérito do mandado de segurança ainda não foi apreciado e, quanto a esse julgamento, trata-se de uma incógnita, já que provimentos judiciais são imprevisíveis.

Pelo que se vê, até o dia 7 de novembro, o contrato emergencial ainda estará vigente. Todavia, após essa data, caso ainda não tenha sido finalizada a licitação, cujo processamento encontra-se suspenso por força de decisão judicial, o serviço será interrompido.

Certo é que não se pode prorrogar contrato emergencial. Todavia, faz-se possível a realização de outra contratação emergencial, na hipótese da impossibilidade de finalização do processo ora paralisada (pregão eletrônico nº 001/2012-pmap). Adentra-se, novamente, na primeira resposta formulada neste parecer, pertinente à revogação do certame. É que, caso o agente administrativo, ora consultante, opte pela revogação da licitação nº 001/2012, já mencionada, poderá deflagrar outro procedimento. Entretanto, o tempo entre o ato de revogação e a finalização do novel certame a ser encetado, inclusive com a análise da fase interna por esta procuradoria – oportunidade em que poderá haver manifestação sobre o questionamento de número 4 – tende a ultrapassar a data final de 7 de novembro de 2012, quando o contrato emergencial ora vigente, firmado com a empresa distribuidora Floresta e Serviço Ltda. – epp (CNPJ nº 34.925.479/0001-99) tem seu termo final.

Assim, cuidadosamente, considerando que o mérito do mandado de segurança ainda não foi apreciado, e considerando a possibilidade de não haver tempo hábil para a instauração e finalização de outro procedimento licitatório, a contratação emergencial faz-se possível, arrimado no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93:

“art. 24”. É dispensável a licitação:

(...)

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 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”.

Por mais que se trate de uma contratação direta, alguns requisitos devem ser observados. É que a contratação emergencial vincula-se à existência de alguns requisitos: situação emergencial ou calamitosa que não possa ser imputada à desídia do administrador; urgência de atendimento; e risco da ocorrência de sérios danos a pessoas ou bens.

A situação emergencial, segundo consta dos autos, é a urgência na contratação dos serviços de limpeza, conservação, higienização e Jardinagem, que não podem ser interrompidos, pois, segundo pacífico entendimento doutrinário, tais serviços estão inseridos na categorização de serviços contínuos, é dizer, serviços auxiliares necessários à administração para o desempenho de suas atribuições, cuja solução de continuidade pode ensejar prejuízo ao interesse público, por ser de necessidade perene⁸, de modo que a administração se vê na obrigação inescusável de contratar uma empresa para realizar o serviço, sem interrupção, caso não seja possível concluir o regular procedimento licitatório em tempo hábil, haja vista que houve decisão judicial que o suspendeu.

A urgência de atendimento deve-se ao fato de o atual contrato, já emergencial, estar na iminência de expirar, sem condições de prorrogação, e o certame que já fora deflagrado encontra-se suspenso por força de decisão judicial. Assim sendo, trata-se de uma urgência qualificada, sob pena de comprometimento da própria saúde das pessoas – servidores em especial – que transitam pelos edifícios públicos do Órgão consultante.

Quanto ao risco da ocorrência de sérios danos, é inimaginável conceber que algum ente público possa permanecer sem os serviços de limpeza e conservação, sob pena de causar grave lesão à ordem administrativa, pelo comprometimento à integridade física de pessoas e bens, já que a falta de limpeza ocasiona lixo acumulado, material orgânico em deterioração, além de outros danos. Verificada a existência destes requisitos materiais, passa-se à análise da formalização do processo, com esteio no art. 26 da Lei nº 8.666/93:

“art. 26. as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguinte do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. parágrafo único. o processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

i – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

- ii – razão da escolha do fornecedor ou executante;
- iii – justificativa do preço;
- iv – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.”

A norma legal que vaticina a dispensabilidade de licitação não permite uma ampliação da discricionariedade ao administrador público. Razões de ordem pública, fundada em manifesto interesse público, devem servir como baliza para não se realizar o procedimento licitatório.

Para formalização da contratação direta, por emergência, que ainda não se analisa, já que se trata de uma conjectura, e não de uma realidade fática, a obediência ao regramento do art. 26 da Lei nº 8.666/93 é imperiosa, dever este a ser observado pela administração.

Portanto, à luz do que foi exposto, entende-se ser possível a contratação direta, com base na emergência, caso não seja possível finalizar o processo licitatório que ora se encontra suspenso por decisão judicial ou na hipótese de não ser possível encetar outro procedimento e finalizá-lo em tempo hábil, sob pena de comprometimento do funcionamento da própria administração.

III – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas digressões

Diante do exposto, é crível assimilar que há uma situação emergencial, diante da qual a contratação direta, com base no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 faz-se possível.

Em resposta às demandas formuladas, impõe-se, ainda, ponderar que se deve tratar de duas hipóteses. a primeira delas decorre da revogação do atual certame que se encontra suspenso por decisão judicial (pregão eletrônico nº 001/2012-PMAP). Nesse caso, obrigatória a deflagração de outro procedimento licitatório e, nessa específica presunção, caso seja possível a finalização dessa novel licitação, oportuniza-se outra contratação direta, entretanto, se e somente se, não seja possível finalizar todo o procedimento com competição ampla.

NOTAS

- 1 Ofício nº 310/12-dcc/da, de 4 de agosto de 2012.
- 2 STJ, ROMS nº 18.027, relª. minª. Eliana Calmon, DJ de 06.06.05.
- 3 TJ/SP, Apelação Cível nº 175.932-5/4-00, Rel. Scarance Fernandes, j. 16.03.04.
- 4 STJ, RMS nº 30.481/RJ, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ de 02.12.09.
- 5 Revista zênite – informativo de licitações e contratos (ilc). nº 221, jul. 2012, p. 731.
- 6 REIS, Luciano Elias. *Controle da revogação na licitação pública*. revista zênite – informativo de licitações e contratos (ilc). Curitiba: zênite, n. 222, p. 808-825, ago. 2012, p. 816.
- 7 *Ibidem*.
- 8 IN nº 18/MARE – 1997.

não caso não se opte pela revogação do pregão eletrônico nº 001/2012-pmap, e considerando a hipótese de aguardar o julgamento do mérito do mandado de segurança, ter-se-á, por óbvio, de também se acorrer da contratação emergencial. saliente-se, acima de tudo, que a análise sobre a revogação da licitação suspensa judicialmente (pregão eletrônico nº 001/2012-pmap) é juízo discricionário do gestor, a mesma autoridade competente para deflagrar outro procedimento, *v.g.*, comandante-geral da PMAP, a quem compete a atribuição quanto ao conteúdo do ato de revogabilidade do procedimento licitatório.

E, por fim, em qualquer hipótese, para a correta solução do quesito de número 4, necessária se faz a juntada da documentação relativa ao procedimento licitatório já existente (pregão eletrônico nº 001/2012-pmap). caso se opte pela revogação deste e encetamento de outro certame, ainda assim a análise será evidenciada de igual modo, haja vista a obrigatoriedade do exame, por esta procuradoria, dos autos do processo administrativo licitatório, sobremaneira, em sua fase interna, em obediência ao art. 38 da Lei nº 8.666/93, bem como ao decreto estadual nº 2.832/12.

A síntese possível e necessária

À luz do exposto, opina-se pela possibilidade de revogação da licitação suspensa judicialmente (pregão eletrônico nº 001/2012-pmap), não havendo que se falar em direito adquirido dos participantes, perdendo o mandado de segurança seu objeto. Bem assim, opina-se pela possibilidade de contratação direta com base na emergência, com fulcro no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, como forma de não interromper a prestação dos serviços de limpeza, higienização, conservação e jardinagem nas dependências da consulente.

Remeto às considerações superiores.
Macapá, 21 de setembro de 2012.

Guilherme Carvalho e Sousa
procurador do estado

GUILHERME CARVALHO E SOUSA é doutorando em direito administrativo pela pontifícia Universidade católica de são paulo (pUc-sp), mestre em direito e políticas públicas pelo UniceUB, especialista em direito público e especialista em direito do trabalho e processual do trabalho. advogado militante, com atuação prioritária nos tribunais superiores e na área de contratação pública e direito empresarial. sócio do escritório guilherme carvalho & advogados associados. professor universitário em Brasília (iesB e UniceUB), palestrante e professor de pós-graduação em vários cursos, faculdades e tribunais de contas. autor de vários artigos e pareceres jurídicos publicados em revistas de grande circulação. procurador do estado do amapá e Bacharel em administração de empresas.