

Parecer 2020.04.20.01/A.JUR/CPL

Processo Pregão Eletrônico 2020.03.06.001 -PE 001/2020

Interessado: Secretaria Municipal de Educação

Assunto: Parecer Anulação do Pregão Eletrônico 001/2020.

Trata-se de fundamentação visando subsidiar a decisão de anulação do Pregão Eletrônico No 001/2020, cujo objeto é serviços de transporte escolar de alunos da rede de ensino p Municipal de Piquet Carneiro/CE, conforme as especificações no termo de referência, constante no anexo I do presente edital.

Senhora Secretária de Educação,

1. RELATÓRIO

Referimo-nos ao Pregão Eletrônico nº 001/2020, cuja sessão de abertura ocorrera em 23 de março de 2020. Após a fase de lances, a Pregoeira responsável pela condução do certame passou a convocar a licitante, respeitada a ordem de classificação, a apresentar proposta de preços, conforme dispõe a legislação sobre o tema e em consonância com o Edital publicado. O licitante EDMAR PEREIRA DA SILVA – ME, CNPJ de No 13.652.368/0001-86, foi a empresa que apresentou a melhor proposta para a realização dos serviços, relativo aos Lotes 1, 2 e 3, conforme estabelece o Item 8 do edital, que dentro do prazo legal apresentou sua proposta consolidada. Após o recebimento da proposta consolidada, no dia 24 de março de 2020, a Pregoeira via despacho a senhora secretária, levantou um questionamento sobre o anexo do edital, no caso o termo de referência (Anexo I), na qual o mesmo nos itens/lotas não informava a quantidade de alunos beneficiados por rota/turno. No dia 26 de março de 2020 a Secretária de Educação, despachou a esse Assessor para análise, procurando alguma forma de solucionar o entrave devido o erro no termo de referência. Após exaustiva análise mediante diligências, tomando com base em recomendações do Ministério Público Federal sobre a matéria, e ainda decisões dos Tribunais de Contas, defende-se que o Pregão Eletrônico No 001/2020, deve ser anulado, em virtude de vícios que serão detalhados neste **PARECER**.

2. FUNDAMENTAÇÃO

DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO



Cabe desde logo ressaltar que todo ato administrativo deve atender, dentre outros princípios, ao da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, da igualdade e da motivação, sendo de relevo consignar que, em sede de licitação, todos os atos da Administração devem sempre almejar o atendimento ao princípio da isonomia, da vinculação ao Instrumento Convocatório e da legalidade, consoante artigo 4º do Decreto nº 3.555/2000, que dispõe:

A licitação na modalidade de pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletivamente e comparação objetiva das propostas.

Além disso, salientamos que as ações adotadas pela pregoeira na condução dos trabalhos se respaldam na Lei nº 10.520/2002, nas exigências estipuladas no Instrumento Convocatório (no caso específico, o Edital nº001/2020 e respectivos anexos) e, subsidiariamente, na Lei nº 8.666/93, ao passo que o rito da fase externa do certame se norteia pelas disposições do Decreto nº 5.450/2005, disciplinador do pregão eletrônico.

À luz dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, além do direito positivado por meio da Lei nº 8.666/93, não resta qualquer dúvida de que a Pessoa Jurídica de Direito Público deverá prestigiar legalidade, moralidade, eficiência e isonomia a todos os certames licitatórios **em busca da contratação mais vantajosa ao interesse público.**

No entanto, em que pesem tais considerações, importante ressaltar que, para buscar a contratação mais vantajosa ao interesse público, torna-se necessária a segurança atribuída aos habilitantes, vinculando-os ao edital e este ao processo que o antecedeu, conforme o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Esta norma-princípio encontra-se disposta no art. 41, caput, da citada lei: "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada".

Diz-se, por isso, que o edital torna-se lei entre as partes, e este, por sua vez, somente é publicado após o devido processo administrativo que o justifica e o autoriza. Deste modo, a regra que se impõe é que a realização da licitação deve ser precedida de um processo administrativo que a justifique e a autorize, somente após deve ser publicado o edital, que não poderá sofrer alterações após a publicação, **salvo se assim exigir o interesse público**, devendo atentar a todos os esclarecimentos, avisos e informações concedidos pela Pregoeira e equipe de apoio. Trata-se, portanto, de prática que visa garantir à moralidade e impessoalidade administrava, bem como ao primado da segurança jurídica. (grifou-se).

O objetivo do processo licitatório - mesmo no Pregão Eletrônico, em que o critério de julgamento é o menor preço - é a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, o que impõe ao Administrador Público não apenas a busca pelo menor preço, mas também da certificação de que a contratação atenda ao interesse público.



Porém o princípio as vezes não pode ser absoluto, e determinadas mudanças, quando o fim é atingido, poderão estar protegidas pela instrumentalidade das formas, desde que a boa-fé e a ausência de prejuízo para as partes estejam presentes.

Assim, acreditamos que a autoridade competente pode extirpar exigência ilegal e desproporcional constantes nos atos convocatórios, de ofício ou mesmo em resposta aos pedidos de esclarecimento ou impugnações, **com base no poder de autotutela**. Caso não o faça de ofício poderá o interessado provocar o reparo (§ 1º do art. 41). Não concordamos com a redação do § 2º do art. 41. A decadência do direito à impugnação do edital no prazo estipulado é regra limitativa do direito subjetivo ao devido procedimento licitatório.

Ou seja tal vício maculou o certame desde do início. **Correta a posição de Marçal Justem Filho ao prescrever que "a ausência de questionamento ou de impugnação não elimina a nulidade".**

Antes da vinculação ao ato convocatório existe a vinculação às leis e à Constituição Federal. Administração, licitantes, interessados e contratados, todos estão delimitados pelas condições presentes no instrumento convocatório, **desde que este não esteja em desconformidade com os instrumentos normativos de hierarquia superior** (art. 41 da Lei n. 8.666/93).

Em resumo independentemente de vínculo as regras editalícias, a Administração Pública e seu poder de autotutela goza do direito para anular ou revogar seus atos administrativos, quando estes se apresentarem, respectivamente, ilegais ou contrários à conveniência ou à oportunidade administrativa.

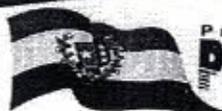
3. DO CABIMENTO DA ANULAÇÃO

O princípio da legalidade assume duas diferentes faces: para os particulares, a regra é a da autonomia da vontade, facultando-se fazer tudo aquilo que a lei não proíba; por outro lado, quando se trata da administração pública, só lhe é dada a possibilidade de fazer aquilo que a lei determine ou autorize.

Assim sendo, ato administrativo praticado com afronta à lei deverá ser decretado inválido pela própria administração autora do ato ou pelo Poder Judiciário, mediante provocação. É esse o sentido do artigo 49 da Lei 8.666/93, vejamos:

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.

Observa-se, pois, que a administração, em face de seu poder de autotutela, poderá de ofício anular atos viciados, entendimento esse reforçado pelos enunciados do STF a seguir:

Súmula 346 - A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula nº 473 - 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.

Assim, a ocorrência de anulação pressupõe o reconhecimento de vícios insanáveis na licitação, que impedem o prosseguimento do certame. Esses vícios podem ser decorrentes diretamente da lei ou de princípios que regulam o processo licitatório. O ato de anulação deverá ser devidamente motivado, **contendo a identificação clara de qual ilegalidade foi cometida e poderá ser efetuado em qualquer fase da licitação e a qualquer tempo. (grifou-se).**

4. DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Além de indicar a motivação do ato, o procedimento de anulação deve assegurar o contraditório e a ampla defesa, dando oportunidade aos interessados para que se manifestem acerca do ato a ser emanado. Assim, decidida a anulação, deve ser aberto prazo para intenção de recursos e respeitados os prazos legais relativos ao pregão eletrônico.

5. VICIOS DO PREGÃO 001/2020

No caso concreto, entendemos que houve violação expressa à lei e que houve desrespeito a princípios que regem a licitação, permitindo concluir, portanto, pela necessidade de anulação do certame.

O caso particular se refere a delimitação defeituosa do objeto da licitação: não houve clareza suficiente na especificação dos requisitos técnicos no termo de referência não informa quantos alunos irão ser contemplados com a rota, turno.



Em relação a este ponto, temos que corroborar com essa conclusão o fato de so três empresas terem participado do evento, delimita que houve restrição ao certame e duvidas sobre o termo de referência, alias algumas empresas questionaram sem provocar a CPL que o termo de referência encontrava omissio, daí acreditarmos a fuga de pretensos interessados ao certame.

O entrave em questão é a ausência de informações pertinentes no anexo do edital, documento que condensa as principais informações da fase interna da licitação e, por isso, deve ser construído com cuidado e atenção, já que seus dados servem de espelho para elaboração do edital e contrato administrativo.

Denotando ai que as falhas nas especificações técnicas de uma certa maneira restringiu o confundiu o mercado fornecedor dos serviços, assim reduzindo as chances do sucesso da licitação, ou os critérios elencados no art. 3º da Lei 8.666/93.

Em relação a omissão de informações a respeito dos números de alunos que são acolhidos por rota e turno, o Ministério Público Federal (http://www.mpf.mp.br/ba/sala-de-imprensa/docs/TACTransporteEscolarITOROROv_final.pdf), em suas recomendações sobre a matéria, no caso os eventos de licitação de transporte escolar assim aconselha, **em especial na página 4:** (reprodução do timbre do MPF abaixo)



MPF Procuradoria
da República
Ministério Público Federal em Ilhéus

TERMO DE COMPROMISSO E AJUSTAMENTO DE CONDUTA N° 06/2019

Ref.: Procedimento n° 1.14.001.001445/2018-93

... "CONSIDERANDO que toda licitação, inclusive o pregão, deve ser instrumentalizada por meio um procedimento administrativo regular, com folhas devidamente numeradas e rubricadas, e a inclusão dos documentos essenciais, entre os quais (art. 38 e art. 40 da Lei 8.666/93⁸ e art. 3º Lei 10.520/02⁹):
i) ampla e regular pesquisa de preços, realizada junto a fornecedores diferentes, sem vínculo entre si, e que tenham capacidade de ofertar o serviço; *ii)* termo de referência, com indicação da necessidade, condições e custo real do serviço, acompanhado de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; *iii)* edital com delimitação precisa, suficiente e clara do objeto (v.g., no caso do transporte escolar, detalhamento das rotas/itinerários, existência ou não de





pavimentação asfáltica na via, distâncias, pontos de partida/chegada, turno, número de dias letivos, **número estimado de alunos atendidos em cada rota etc**), e, por outro lado, sem cláusulas que imponham restrição injustificada da competitividade (v.g., exigência de capital social maior que 10% do valor da contratação); iv) parecer que analise os aspectos fáticos e jurídicos do procedimento e as minutas de edital e contrato; v) prova da publicidade adequada, etc"; (grifos nossos).

O inteiro teor de recomendações encontra-se nos seguintes links:
(http://www.mpf.mp.br/ba/sala-de-imprensa/docs/TACTransporteEscolarITOROROv_final.pdf) e

(<http://www.mpf.mp.br/ba/sala-de-imprensa/noticias/ba/transporte-escolar-mpf-firma-tacs-com-oxmunicipios-de-itororo-insari-e-urucuca-ba-para-regularizacao-do-servico>).

Sobre a matéria o TCE-SP, aplicou multa em gestor que não informou a quantidade de alunos não beneficiados em rotas, abaixo informado (http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/621348.pdf), Tribunal Pleno – sessão de 20/09/2017 – seção municipal exame prévio de edital de edital processo: 11960.989.17-6, in verbis:

... "ante o exposto, adstrito aos pontos abordados, meu voto considera **parcialmente procedente** a representação, devendo a Prefeitura Municipal de Embuaguçu alterar o ato convocatório, de forma a:

- estipular, de forma expressa, o valor mínimo dos seguros exigidos do adjudicatário como condição para assinatura do contrato;
- excluir, do termo referencial e da planilha de composição de custos, a rubrica depreciação a título de custo do veículo;
- **aprimorar o edital, contemplando informações, no mínimo, sobre o número de alunos .."** (grifou-se) -

Publicação: Proc: 11960.989.17-6 Representante: JTP Transportes, Serviços, Gerenciamento e Recursos Humanos Ltda., por seu procurador Carlos Eduardo Colombi Froelich - OAB/SP nº. 170.435. Representada: Prefeitura Municipal de Embuaguçu. Responsável: Maria Lucia da Silva Marques - Prefeita. Procuradores: Edlane Cristina Xavier Christosomo - OAB/SP nº. 252.216. Dagrio Atalla Pereira - OAB/SP nº. 172.480. Eduardo Belas Pereira Junior - OAB/SP nº. 351.755. Assunto:

Representação formulada contra o Edital de Pregão Presencial nº. 016/2017 (Processo Administrativo nº. E-5082/2017).

4. Conclusão

Conforme fundamentação apresentada, é nosso entendimento que o certame licitatório 001/2020, deve ser anulado, por ter contrariado princípios norteadores em matéria de licitação.

Opinamos pela total necessidade de revisão do termo de referência, com os devidos ajustes, no que tange os alunos a serem contemplados por rota, que causaram problemas no Pregão que foram aqui levantados, quais sejam, inclusão dos alunos.



[Handwritten signature]



Prefeitura de
PIQUET CARNEIRO
Construindo com Você



Caso a senhora autoridade superior, no caso a Ordenadora da Secretaria de Educação der anuência as alegações expostas, que assine o devido ato anulatório, retornando o processo para que as devidas providencias de alçada da Pregoeira e setor licitatório possam ser concluídas, quais sejam, arquivo do presente processo e deflagração de um novo pregão eletrônico após os devidos ajustes amplamente debatidos aqui.

É o parecer.

À consideração superior para decisão final.

Piquet Carneiro, 20 de abril de 2020
Narcelio Limaverde Filho
Ass. Jurídico CPL
13.102-OAB - CE

