

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR CONSELHEIRO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE
CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.

PROCESSO N. 00012022.989.20-6

RODRIGO GIACONLLO, já qualificada nos autos em epígrafe, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro nos permissivos legais, em especial no art. 5º XXXIV, "a", Constituição Federal, expor e requerer o quanto segue.

SÍNTESE

A revogação do Pregão em questão está firmemente fundamentada... no ar (isso mesmo, fundamentada... nas nuvens).

A motivação foi "contenção de despesas em razão (...) da COVID 19" (fls. 18).

Lembremos que **só é legalmente permitido "revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente" ("que sobrevém; que vem ou aparece depois", segundo o "Michaelis" - cf. art. 49, Lei 8666/93).**

É mais do que público e notório que **a pandemia mencionada antecede o edital da referida licitação**, conforme demonstra inclusive Decreto Municipal (cópia anexa).

O § 3º do art. 49 da mesma lei "implantou a exigência de ouvida do interessado: **"No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa** (art. 49, § 3º, da Lei 8666/93) **_ o que não houve. E, conforme o disposto no § 5º do art. 109, nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado** _ o que também não se deu; tudo foi feito às pressas (não há que se falar em preclusão).

O Município de Olímpia _ violando o princípio da economicidade, conforme se demonstrará **_ vai pagar mais caro se não for suspenso o Pregão nº 46/20**, restando inútil o resultado deste processo judicial em curso.

"A despeito da visível simplificação do procedimento do pregão em relação às modalidades previstas no Estatuto Geral, **exige-se que os atos essenciais do pregão, ainda quando oriundos de meios eletrônicos, sejam formalizados no processo respectivo.** Tratar-se-á, pois, de *processo administrativo*, indispensável à observância do princípio da publicidade e à função de auditoria e controle exercida pelos órgãos competentes" (Manual de Direito Administrativo, José dos Santos Carvalho Filho. - 11. ed. Lúmen Júris, 2004, p. 262).

Destarte, **haja vista que a concessão da tutela antecipada pode se dar a qualquer tempo** (Humberto Theodor Junior. "Tutela antecipada e tutela cautelar". *Rev. Forense*, v. 342, p.116), **requer-se desde já seja determinada a suspensão do Pregão Eletrônico nº 46/20** (posterior àquele sobre o qual ora se controverte).

DO CABIMENTO DESTA PETIÇÃO

Visando a se dar maior efetividade ao processo, entende a mais renomada doutrina, no que tange ao momento da concessão da tutela antecipada, que seu deferimento pode se dar a qualquer tempo, mesmo nas instâncias recursais.

Nesse sentido, o escólio do eminente processualista Humberto Theodoro Júnior:

"O que realmente quis o art. 273 do CPC foi deixar a matéria sob um regime procedimental mais livre e flexível, de sorte que não há um momento certo e preclusivo para postulação e deferimento da antecipação da tutela. Poderá tal ocorrer no despacho da inicial, mas poderá também se dar posteriormente, conforme o desenvolvimento da marcha processual e a superveniência de condições que justifiquem a providência antecipatória [...] Mesmo após a sentença e na pendência do recurso será cabível a antecipação de tutela, caso em que medida será endereçada ao tribunal, cabendo ao relator deferi-la, se presentes os pressupostos [...] Da mesma forma, se o juiz de primeiro grau a indeferir, a parte poderá manejar o agravo de instrumento e, de plano, terá condições

de obter liminar junto ao relator, se puder demonstrar a urgência de medida e a configuração de todos os seus pressupostos legais" (THEODOR JUNIOR, Humberto. "Tutela antecipada e tutela cautelar". Revista Forense, v. 342, p.116)

DO VÍCIO INSANÁVEL E DA CONSEQUENTE INEXISTÊNCIA DE "PRECLUSÃO"

No que tange ao fundamento de extemporaneidade, este não deve prosperar, pois o direito de petição constitucionalmente assegurado há de prevalecer (art. 5º XXXIV, "a", CF).

Na lição do insigne administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, "a qualquer tempo, qualquer cidadão (o que inclui o licitante) pode exercer direito de petição aos Poderes Públicos, 'em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder' (art. 5º XXXIV, "a" da Constituição Federal)" ("Curso de Direito Administrativo", 18ª ed, Malheiros Editores, p. 546).

O ato deve ser invalidado, pois referida licitação foi REVOGADA de modo não consentâneo com as normas que tratam da questão, pois os "fundamentos" alegados não correspondem à realidade dos fatos: a pandemia decorrente do chamado "Novo Coronavírus" é anterior à publicação do ato convocatório da referida licitação (cópia do ato de revogação anexa ao presente feito).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, no dia 30 de janeiro de 2020, que o surto viral causado pelo novo coronavírus (COVID-19) constitui emergência de saúde pública internacional. Na mesma data, foi promulgado em nosso país, pelo Decreto nº 10.212/2020, o Regulamento Sanitário Internacional aprovado pela OMS em 2005, recepcionado no

ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 395/2009, que definiu emergência de saúde pública de importância internacional.

É de 22/03/2020 o Decreto nº 64.881, que trata da quarentena no Estado de São Paulo, no contexto da pandemia do COVID-19 (Novo Coronavírus). Neste Município, expediu-se o Decreto nº 7.717, de 17 de março de 2020, dispondo sobre a adoção, no âmbito da Administração Pública direta, indireta, autárquica e fundacional de medidas temporárias e emergenciais de saúde pública no enfrentamento e prevenção de contágio pelo COVID-19 (Novo Coronavírus).

Eis a doutrina dos ilustres Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

"A revogação da licitação sofre restrições em relação à regra geral aplicável aos atos administrativos (...) somente é possível em duas hipóteses:

a) por motivo de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado (art. 49);

b) a critério da administração, quando o adjudicatário, tendo sido por ela convocado, no prazo e condições estabelecidos no edital, para assinar o termo de contrato ou aceitar ou retirar o instrumento equivalente, recusar-se a fazê-lo, ou simplesmente não comparecer (art. 64, § 2.º).

Em qualquer caso o despacho de revogação deverá ser fundamentado circunstanciadamente (art. 38, IX)" Direito Administrativo Descomplicado - 25. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : MÉTODO, 2017, p. 771).

No mesmo sentido entende José dos Santos Carvalho Filho:

*"O Estatuto criou algumas condições para a revogação. E o fez exatamente para evitar abusos por parte de maus administradores. Cuida-se, pois, de revogação condicionada. Uma dessas condições reside na necessidade de ser a revogação claramente justificada, com a menção dos motivos que levaram a tal desfecho. Só assim poderão os interessados conferir tais motivos e invalidar o ato, se neles houver vício de legalidade. Realmente, **se pudesse ser imotivada a revogação, vulnerados estariam os princípios da legalidade e da igualdade de oportunidades aos interessados**" (Manual de Direito Administrativo - 30ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2016, p. 398).*

É mais do que público e notório que **a pandemia invocada já existia quando da publicação do edital**. E alterar "quantitativos", em razão dela. Se o primeiro "fundamento" não corresponde à realidade dos fatos para a revogação; o segundo, do qual decorreria, também não.

Recorrendo novamente ao escólio de Carvalho Filho, "o desfazimento do procedimento licitatório através de anulação ou de revogação rende ensejo à aplicação do art. 49, § 3º, do Estatuto, segundo o qual deve assegurar-se se aos interessados o contraditório e a ampla defesa, com o objetivo de lhes permitir a averiguação sobre a validade ou não do desfazimento" (op. cit., pág. 398).

Faz-se muito relevante anotar que está consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal a orientação de que o exercício da autotutela administrativa, quando implique desfazimento de atos que afetem interesse do administrado, modificando desfavoravelmente a sua situação jurídica, deve ser precedido da instauração de procedimento no qual se dê a ele oportunidade de contraditório, isto é, de apresentar alegações contra a retirada do ato (RE 594.296/MG (repercussão geral), rei. Min. Dias Toffoli, 21.09.2011 (Informativo 641 do STF)).

"Esse entendimento é aplicável a todas as formas de desfazimento de atos administrativos pela própria administração - basta que a retirada do ato repercuta negativamente na esfera jurídica do administrado" (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, op. cit., pp. 263/264).

Com efeito, a homologação do procedimento licitatório é a regra. Tanto é assim que, se a administração não homologar o procedimento licitatório por qualquer dos motivos legais, **deverá oferecer o prazo de 5 (cinco) dias úteis para interposição de recurso**, pelo licitante interessado (art. 109, I, "c", Lei 8.666/93) _ o que não ocorreu.

Além disso, as razões de interesse público geradoras da revogação devem originar-se de fato superveniente

devidamente comprovado, fato este pertinente e suficiente para conduzir à revogação (art. 49).

Daí emana que, **se o fato alegado pela Administração tiver ocorrido antes do início do processo licitatório, não poderá servir como fundamento da revogação. E é fácil explicar: se o fato antecede à própria licitação, não deveria esta ter sido sequer instaurada.** Portanto, cabe ao interessado verificar se as razões ensejadoras da revogação vieram realmente de fato ocorrido após a instauração do processo licitatório (Carvalho Filho, José dos Santos, op. cit., p. 398).

A jurisprudência se verifica no mesmo diapasão:

"LICITAÇÃO Tomada de preços. Revogação com fundamento no art. 49, 'caput', da Lei Federal nº 8.666/1993, sob o fundamento de que das duas licitantes, apenas uma, a impetrante, foi qualificada. Ausência de fato superveniente, pertinente e suficiente, na dicção do referido art. 49, 'caput', da Lei nº 8.666/1993, para justificar a revogação da licitação. Sentença concessiva da segurança para arrear a revogação e determinar a homologação da licitação, a adjudicação do objeto licitado e a convocação para assinatura do contrato mantida. Apelo e reexame necessário desprovidos." (Apelação / Remessa Necessária nº 0005935-60.2014.8.26.0477; rel. Des. SPOLADORE DOMINGUEZ; 13ª Câmara de Direito Público; j. em 03.02.2016).

"MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - Revogação fundamentada no artigo 49 da Lei

8.666/93 - Fato superveniente e exercício do contraditório e ampla defesa não demonstrados - Ilegalidade do ato administrativo - Permanência de apenas uma licitante habilitada que não pode ser entendida como violação à competitividade e não configura motivo bastante para revogação da licitação - Sentença que concedeu a segurança mantida - Reexame necessário e recurso voluntário improvidos." (Apelação nº 1002481-21.2015.8.26.0477, 5ª Câmara de Direito Público, Relatora Desembargadora MARIA LAURA TAVARES, j. 29.09.2015 d.n.).

Destarte, medida que se impõe, no presente caso, é a invalidação do ato, da qual decorre a perda da eficácia, "com efeito retroativo, de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidas em desconformidade com a ordem jurídica. Os efeitos da invalidação consistem em fulminar 'ab initio', portanto retroativamente, o ato viciado e seus efeitos. Vale dizer: a anulação opera 'ex tunc', desde então. Ela fulmina o que já ocorreu, no sentido de que nega hoje os efeitos de ontem", leciona o eminente administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, que ressalta que se diz do ato administrativo inválido, os que "são praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas. A noção de invalidade é antitética à de conformidade com o Direito" ("Elementos de Direito Administrativo", 1º Edição, Editora Revista dos Tribunais, 1982, pág 88).

DOS PRINCÍPIOS DA ECONOMICIDADE E EFICIÊNCIA

O Município de Olímpia _ violando o princípio da economicidade, conforme se demonstrará _ **vai pagar mais caro**

se não for suspenso o Pregão nº 46/20, restando inútil o resultado deste processo judicial em curso.

Considerando-se os quantitativos do referido procedimento licitatório, bem como a norma constante do § 1º do art. 65 da Lei 8666/93, há que se ressaltar que será vulnerado referido princípio, realçando-se que, conforme o texto constitucional (art. 70), a verificação da regularidade da gestão da coisa pública, sob cinco diferentes aspectos: legalidade, legitimidade.

Oportuna a lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

"O objetivo do princípio da eficiência é assegurar que os serviços públicos sejam prestados com adequação às necessidades da sociedade que os custeia. A eficiência, aliás, integra o conceito legal de serviço público adequado (Lei 8.987/1995, art. 6, § 1º). A noção de eficiência vincula-se à de economicidade, princípio expresso no art. 70, caput, da Carta de 1988, acerca do controle financeiro da administração pública. Deve-se buscar que a prestação de serviços públicos (em sentido amplo) ocorra do modo mais simples, mais rápido e mais econômico, melhorando a relação custo/benefício da atividade da administração. O administrador deve sempre procurar a solução que atenda da melhor maneira o interesse público, levando em conta o ótimo aproveitamento dos recursos disponíveis, conforme essa análise de custos e dos benefícios correspondentes" (Direito Administrativo Descomplicado I

Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. - 25. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : MÉTODO, 2017., p. 256).

Com efeito, é de todo oportuno relatar que, o Pregão Eletrônico n.º 33/2020 (Revogado) que ora se combate, possuía um quantitativo de 74 postos de serviços, sendo que a Lei 8.666/93, permite a administração realizar supressão de até 25% (vinte e cinco) por cento, o que levaria o quantitativo do **referido Pregão para 56 postos de serviços**. Ora Nobre Julgador, o Pregão Eletrônico n.º 46/2020 que ora se pede a suspensão até o deslinde do presente feito, foi aberto com a quantidade de 63 postos de serviços, restando comprovado o ato autoritário e inconsequente da Secretária Municipal de Administração.

Ante todo o exposto, o Requerente vem requerer seja revista e concedida a antecipação da tutela, SUSPENDENDO-SE o pregão eletrônico n.º 46/2020 que será realizado no próximo dia 06 de maio do corrente ano com mesmo objeto do pregão eletrônico n.º 33/2020 que fora revogado, até o julgamento final da presente demanda, para, ao final, ser declarada a nulidade da decisão que revogou o certame em razão da inobservância da lei, com a retomada do *status quo ante*, qual seja, ao ato anterior à revogação do certame em referência.

Termos em que

P. E. deferimento.

Olímpia, 30 de abril de 2020.

GUSTAVO MARIAS PERRONI

OAB/SP 271.745