

PARECER JURÍDICO N. 221/2021

De: Assessoria Jurídica

Para: Diretoria de Licitações

Objeto: Processo Licitatório n. 0078/2021, Pregão Presencial n. 0047/2021. Pedido de revogação do certame.

O Município de Capinzal, através da Diretoria de Licitações, lançou o Processo Licitatório n. 0078/2021, Pregão Presencial n. 0047/2021, cujo objeto consiste na *“Contratação de Empresa especializada para realização de serviços de Coleta, Transporte e Destino Final de Resíduos Sólidos Domiciliares, Comerciais e Institucionais do Município de Capinzal. Com Recursos Próprios”*.

O Secretário de Infraestrutura, Sr. Paulo Rodrigo Ribeiro, por meio do memorando n. 122/2021, datado de 09 de agosto de 2021, solicita a revogação do mencionado certame, tendo em vista a ausência de competitividade e de obtenção de preço não vantajoso, bem como um vista equivoco no orçamento máximo para o item 1 que considerou apenas o orçamento obtido e não o valor que vinha sendo pago pelo Município.

Dessa forma, afirma que, a o lançamento de um novo certame com o ajuste dos valores e por itens separados proporcionara uma melhor competitividade e, em consequência, a melhor proposta será alcançada.

É o necessário relato.

A presente questão deve ser analisada, primeiramente, a partir do conceito de interesse público. Não é tarefa fácil definir o que se deva entender por “interesse público”, havendo quem o defenda como verdadeiro *topoi*¹, um *lugar comum (loci)*, e que por isso mesmo dispensaria uma definição mais precisa, até para facilitar sua adequada e eficiente aplicação².

Discorrendo acerca do tema, com propriedade, a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que o “*interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem***” (grifos do original)³.

Aprofundando o debate, Marçal Justen Filho propõe uma conceituação negativa de interesse público, ou seja, a partir daquilo que não configura o conceito ou com ele se confunde, a fim de chegar àquilo que poderia ser assim definido.

Primeiramente, defende que o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, já que este é sim instrumento de realização daquele. O interesse público sequer é essencialmente de titularidade do Estado, já que existem interesses públicos não estatais, como o caso do chamado terceiro setor. Por outro lado, sob as balizas de uma Constituição republicana e democrática como a nossa, não se pode entender o Estado senão como instrumento de satisfação dos interesses públicos, ou seja, a consecução dos direitos fundamentais, instância última de legitimação da própria estrutura estatal⁴.

Da mesma forma, “*nenhum ‘interesse público’ se configura como ‘conveniência egoística da administração pública’, já que o chamado interesse secundário ou interesse da Administração Pública não é público, sendo sequer verdadeiro interesse, mas mera conveniência circunstancial. Nem se confunde com*

¹ Para um estudo mais aprofundado acerca da tópica jurídica, pode-se consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Editora Juruá, 2006; VIEHWEG, Theodor. Tópica y jurisprudencia. Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Interesse público. Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região, n.º 01, São Paulo: Centro de Estudos, 1995, p. 10 e ss.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37.

os interesses do agente público, que deve pautar suas ações segundo os interesses da coletividade abstratamente considerada, e não interesses privados e egoísticos. O Estado “somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral”⁵.

O interesse público também não pode, por certo, ser qualificado como o interesse da maioria da população, o que afrontaria sobremaneira ao princípio do Estado democrático de direito, destruindo e marginalizando os interesses das minorias, em uma perigosa supremacia ou ditadura dos interesses da maioria, esta quase sempre eventual, sazonal e manipulável.

O conceito de interesse público, um conceito jurídico indeterminado⁶, não pode ser resumido a uma questão numérica, sob pena de afronta direta e extremamente perigosa ao princípio do Estado democrático de direito. Não se trata de um conceito quantitativo, mas sim qualitativo, devendo ser entendido como o interesse coletivo abstratamente considerado, a partir dos valores consolidados pelo sistema constitucional.

O interesse público é a expressão dos valores indisponíveis e inarredáveis assegurados pela Constituição. Não se trata, pois, de buscar o interesse público (singular), mas os interesses públicos consagrados no texto constitucional, que inclusive podem se apresentar conflitantes na conformação do caso concreto, o que exige necessariamente uma ponderação de valores, a fim que resolver o conflito entre princípios no problema prático.

Com inteira razão, portanto, está Justen Filho quando defende que o conceito de interesse público envolve uma questão ética e não técnica. *“Há demandas diretamente relacionadas à realização de princípios e valores fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana... O ponto fundamental é a questão*

⁵ Idem, p. 39.

⁶ Para aprofundar o estudo acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, pode-se consultar: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. 3. Tir. São Paulo: Malheiros, 1998; COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Revista de Direito Público, Ano 23, n.º 95, Jul./Set., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A evolução do princípio de legalidade e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal, ano III, n.º 25, agosto, Curitiba: Zênite, 2003.

ética, a configuração de um direito fundamental. Ou seja, o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas nos direitos fundamentais⁷.

Ainda, a licitação, conforme mandamento expressamente disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, constitui-se no procedimento por excelência que precede a contratação de obras, compras, serviços e alienações no âmbito da Administração Pública, sendo norteadas por uma série de princípios constitucionais e infraconstitucionais, dentre os quais merecem um especial destaque os princípios da isonomia e da escolha da melhor proposta.

Em verdade, estes princípios – decorrentes dos princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência – são as diretrizes que justificam e representam a própria essência das licitações, quais sejam: possibilitar que a Administração Pública alcance o melhor contrato e possibilitar a apresentação de propostas pelo maior número de interessados.

Mas não se pode jamais perder de mira que o fim último de toda licitação é, necessariamente, a satisfação do interesse público, finalidade ineludível e intransigível a toda atividade administrativa, quer vinculada, quer discricionária, na busca da proposta mais vantajosa para o poder público e a observância aos princípios que regem a Administração Pública.

Destarte, deve-se considerar, ainda, o dever dos agentes públicos em garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública em seus processos licitatórios, em consonância com o disposto no art. 3º⁸, caput, da Lei n. 8.666/1993, até porque a adjudicação e homologação de processos licitatórios em condições manifestamente desfavoráveis geraria dano ao erário e a consequente responsabilização das autoridades administrativas envolvidas.

⁷ JUSTEN FILHO, *Curso de Direito...*, p. 43-4.

⁸ 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.

O poder-dever da Administração Pública de rever seus próprios atos decorre exatamente da necessidade de resguardar o interesse público, revogando ou anulando atos administrativos que, mesmo depois de praticados, se tornem lesivos aos interesses da administração.

No que tange à solicitação efetivada pela Secretaria de Infraestrutura, acerca da possibilidade de revogação do certame, cumpre ressaltar a distinção entre as hipóteses de revogação e de anulação. Segundo a doutrina Marçal Justen Filho:

“[...] a anulação corresponde ao reconhecimento pela própria Administração do vício do ato administrativo, desfazendo-o e a seus efeitos (acaso existentes). Já a revogação consiste no desfazimento do ato porque reputado inconveniente e inadequado à satisfação do interesse público. Na **revogação**, o desfazimento do ato administrativo não decorre de vício ou defeito. Aliás, muito pelo contrário. Somente se alude à **revogação** se o ato for válido e perfeito: se defeituoso, a Administração deverá efetivar sua anulação. A **revogação** se funda em juízo que apura a conveniência do ato relativamente ao **interesse público**. No exercício de competência discricionária, a Administração desfaz seu ato anterior por reputá-lo incompatível com o **interesse público**. A **revogação** pressupõe que a Administração disponha da liberdade para praticar certo ato ou para determinar alguns de seus aspectos. Depois de praticado o ato, a Administração verifica que o **interesse público** poderia ser melhor satisfeito por outra via. Promoverá, então, o desfazimento do ato anterior. A isso se denomina de **revogação**.” (In. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 438).

Revogação, segundo doutrina de Diógenes Gasparini, “*é o desfazimento da licitação acabada por motivos de conveniência e oportunidade (interesse público) superveniente – art. 49 da lei nº 8.666/93*”. (GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 11 Ed. revista e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 618)

Isto posto, o caso em tela trata-se de hipótese de revogação, pautada no interesse público, sendo que sua possibilidade está expressamente prevista no art. 49 da Lei n. 8666/93, com a seguinte redação:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá **revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta**, devendo anulá-la

por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Ainda, a Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal - STF prevê a possibilidade de revogação dos atos administrativos:

“Súmula 473 - A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem 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.”

No caso em tela, portanto, a hipótese de ocorrência de fato superveniente, consistente na ausência de competitividade e de obtenção de preço não vantajoso, tendo em vista equívoco no orçamento máximo para o item 1 que considerou apenas o orçamento obtido e não o valor que vinha sendo pago pelo Município. Dessa forma, a o lançamento de um novo certame com o ajuste dos valores e por itens separados proporcionara uma melhor competitividade e, em consequência, a melhor proposta será alcançada. Assim, as razões de interesse público estão demonstradas a partir do descrito no memorando encaminhado pela Secretaria Municipal de Infraestrutura.

Portanto, em razão do interesse público devidamente justificado pelo Secretário de Infraestrutura, não há qualquer óbice para a revogação do certame, especialmente pelo fato de que não houve a homologação do certame e adjudicação de seu objeto.

Em arremate, quanto à aplicabilidade do §3º, do art. 49⁹, da Lei 8.666/93, a possibilidade de revogação do presente certame não enseja contraditório, adotando-se o entendimento de que o citado dispositivo aplica-se nas hipóteses de o processo licitatório ter sido homologado ou adjudicado seu objeto, por ter sido concluído, gerando direitos subjetivos ao licitante vencedor, o que não retrata o caso em tela, em que o referido certame não foi homologado.

⁹ Art. 49 [...]

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

Nesse sentido, pertinente mencionar que *“a revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório. E que “Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado.”* E ainda que *“O mero titular de uma expectativa de direito não goza da garantia do contraditório.”* (RMS 23.402/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 02/04/2008).

CONCLUSÃO.

Diante do exposto, o presente parecer é pela possibilidade de revogação do certame, desde que comprovada a ocorrência de fato superveniente de interesse público devidamente justificado, com fundamento no que dispõe o *caput* do art. 49, da Lei n. 8.666/93.

Outrossim, considerando que, conforme decorre da análise dos autos do Processo Licitatório n. 78/2021, este sequer foi homologado e tampouco adjudicado seu objeto, entende-se como inaplicável o disposto no §3º do art. 49 da Lei n. 8.666/93, uma vez que houve mera expectativa de direito aos licitantes interessados naquele certame, não havendo que se falar em direito a ser protegido em face do desfazimento do processo licitatório, por meio da revogação, dispensando-se, desta forma, a necessidade prévia de se instalar o contraditório e a ampla defesa neste caso em específico.

S.M.J, é o parecer que submetemos à Vossa elevada consideração.

Capinzal-SC, 10 de agosto de 2021.

HILÁRIO CHIAMOLERA

Assessor Jurídico

OAB/SC 7.681