

MUNICÍPIO DE CAPINZAL – SC
ASSESSORIA JURÍDICA

PARECER JURÍDICO Nº 177/2018

De: Assessoria Jurídica

Para: Diretoria de Licitações

Objeto: Processo Licitatório n. 0047/2018 – Pregão Presencial n. 0027/2018.

Possibilidade de Anulação.

A Diretoria de Licitações encaminhou para esta Assessoria, para manifestação quanto a possibilidade de anulação do Processo Licitatório n. 0047/2018 na modalidade Pregão Presencial n. 0027/2018, cujo objeto diz respeito a contratação de empresa especializada para efetuar o repasse de valores referentes ao vale alimentação, aos servidores do Município de Capinzal, por meio de cartão magnético, para aquisição de alimentação em estabelecimentos comerciais cadastrados.

Da análise do caderno processual é possível constatar que dentro do prazo previsto no ato convocatório, não houve impugnação aos termos do edital, de forma que se procedeu a abertura dos envelopes em sessão prevista para tal, conforme disposto no regulamento do certame.

Entretanto, por ocasião a sessão a mesma foi suspensa em razão do manifesto interesse por parte de algumas licitantes, em recorrer do certame, conforme pode-se observar na ata da sessão pública juntada.

Conforme consta da ata de abertura das propostas, participam do certame 8 (oito) empresas, sendo: empresas EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA., PERSONAL NET TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO LTDA., GREEN CARD S/A REFEIÇÕES, COMÉRCIO E SERVIÇOS, COOPER

Recebi
07/05/18
Amo

CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA., M&S SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA. – ME, BIG BENEFÍCIOS LTDA., SENFFNET LTDA. e FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES EMPRESARIAIS DE SANTA CATARINA.

Dentre as participantes, 3 interpuseram recurso, sendo: Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil Ltda. – ME, Personal Net Tecnologia de Informação Ltda. e Green Card S/A Refeições, Comércio e Serviços.

A celeuma surge em face da insurgência manifestada pela empresa Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil Ltda. – ME, quanto ao critério de desempate previsto no item 8.2 do edital, nos seguintes termos:

[...] Após o credenciamento iniciou-se a sessão com a assinatura dos presentes nos envelopes de propostas. Na sequência as mesmas foram analisadas e rubricadas por todos. Todas as empresas cumpriram, no aspecto formal, as exigências do edital, portanto todas foram classificadas para a fase de lances. Verificou-se também que todas apresentaram valores propostos abaixo dos valores de referência do edital. Em seguida constatado que todas as empresas apresentaram o valor de proposta com taxa de 0 (zero) % (por cento). O representante da empresa Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil LTDA ME, SR. Rodrigo Barbosa e Silva insurgiu-se quanto aos critérios de desempate – item 8.2 do Edital, alegando que fosse aplicado o descrito no inciso IV, §2º do art. 3º da Lei 8.666/93, e que, em eventual sorteio fosse aplicado a LC 123/2006. O REPRESENTANTE DA EMPRESA Personal Net Tecnologia de Informação Ltda, Sr. Jhonny Andrei Rezembah, alega que considerando que é permitido taxa negativa não se aplica critérios de desempate sob pena de ofensa a LC 123/2006. A REPRESENTANTE DA EMPRESA Green Card S/A Refeições, Comércio e Serviços, Sra. Mariana Leticia Bazzi Meneghini, alega que não é correto o argumento da empresa Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil, tendo em vista que no caso deste certame o empate é por preço real e não ficto. As empresas que registraram intenção em recorrer terão o prazo previsto em Lei de 3 (três) dias consecutivos para apresentarem suas legações [...] (grifamos)



Conforme se denota do trecho da ata acima transcrito, a empresa Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil Ltda. – ME, alegou que, como o resultado apurado foi o empate, deveria ser aplicado o disposto no inc. IV, § 2º do art. 3º da lei 8.666/93 e, que em eventual sorteio fosse aplicada a Lei Complementar 123/2006.

No recurso administrativo interposto pela referida empresa reforçou a argumentação trazida na sessão de abertura das propostas, acrescentando ainda o fato de que sua empresa é a única que investe em pesquisa e no desenvolvimento tecnológico no País, razões pela qual entende que deve ser declarada vencedora do certame, ou, alternativamente, que o sorteio seja realizado somente com as microempresas devidamente credenciadas no certame.

Por sua vez, a empresa PERSONAL NET TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO LTDA contestou a argumentação da empresa Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil Ltda. ME no tocante ao critério de desempate. Arguiu que a análise deste critério deve ser feita pela Administração através do Pregoeiro ou Comissão, decidindo motivadamente com base nos documentos apresentados. Fez algumas colocações sobre as preferências de empresas ME ou EPP previstas no art. 44 e 45 da LC 123/06. Ao final alegou que é vedado qualquer outro processo de classificação que não o disposto no §2º do art. 3º da Lei 8.666/93, ou o sorteio, e que, em razão da impossibilidade da taxa negativa, não se aplicaria ao caso a regra de desempate prevista nos arts. 44 e 45 da LC 123/06, requerendo por fim o prosseguimento do pregão presencial, com o sorteio de todas as empresas presentes.

Já a empresa GREEN CARD S/A REFEIÇÕES, COMÉRCIO E SERVIÇOS alegou que, apenas as propostas que não atendem às exigências contidas no edital devem ser desclassificadas, e que, neste caso, todas as empresas cumpriram com os requisitos habilitatórios. Que ocorreu empate entre todas as empresas, pois, ofertaram taxa 0% e não havia possibilidade de conceder taxa negativa. Entende que não houve empate ficto mas sim real. Que, por mais que o sistema de pregão eletrônico tivesse chamado a ME para atender ao processo licitatório a mesma teria que dar lance e como o edital não previa taxa negativa, a ME estaria impossibilitada e não poderia se utilizar do privilégio



previsto pela Lei 123/06, e que deste modo ficou claro o equívoco do pregoeiro, arguindo que deveria ter sido utilizado o critério de sorteio. Por fim requereu seja adotado o critério de desempate o sorteio entre todas as participantes habilitadas, e que, caso o entendimento do pregoeiro seja diverso, requereu seja anulado por completo o certame pela não observância do princípio da isonomia.

Neste interim, a Diretoria de Licitação remeteu a esta Assessoria, referido Processo Licitatório, acompanhado de Ofício nº 132/2018/GAB através do qual o Prefeito de Capinzal solicita a anulação do Processo Licitatório, sob a alegação de que, por ocasião da sessão de abertura das propostas, ocorreu fato imprevisto, onde todos os participantes ofertaram lance igual à 0%, razão dos recursos apresentados, gerando assim um impasse na medida que, em não sendo admitidos pelo edital lances negativos, restou impossibilitada a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração, assim como a aplicação de benefícios às micros e pequenas empresas.

É o necessário relato.

Conforme acima relatado, a solicitação de anulação do Processo Licitatório em questão, é justificada pelo fato de que na fase lances todos os participantes ofertaram lance igual a 0%, situação esta que deu origem a recurso das empresas interessadas, sob o argumento de que o edital não prevê valor negativo de lances, impossibilitando assim a proposta mais vantajosa para o Município, assim como a aplicação de benefício às microempresas, previstos na LC 123/06.

Da análise do processo licitatório em questão, é possível constatar que a administração foi pega de surpresa quando todos os proponentes ofertaram lance igual a 0%, lance máximo previsto pelo edital, já que o mesmo proibia a oferta de lances negativos (item 5.1.1, do edital).

A proibição de lances negativos é aplicada em diversas modalidades de licitação, contudo, no presente caso, na prática mostrou-se inadequada, na medida que gerou uma situação que não permitiu obter a proposta mais

N

vantajosa para a administração, bem como gerou impasse na aplicação dos benefícios às microempresas.

É cediço que a Administração Pública deve obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre uma série de outros que marcam o regime jurídico administrativo.

Diante de tal premissa, o processo licitatório trazido à análise para esta Assessoria Jurídica apresenta situação que recomenda sua anulação, a fim de bem resguardar os princípios que regem a Administração Pública.

A licitação, conforme mandamento expressamente disposto no artigo 37, 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 o princípio da legalidade.

Como leciona Hely Lopes Meirelles:

“A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”. (MIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.)

O Princípio da Legalidade é uma das maiores garantias para os gestores frente o Poder Público. Ele representa total subordinação do Poder Público à previsão legal, visto que, os agentes da Administração Pública devem atuar sempre conforme a lei. Assim, o administrador público não pode, mediante mero



ato administrativo, conceder direitos, estabelecer obrigações ou impor proibições.

Em verdade, todos os princípios que ordenam a Administração Pública 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 inoxidável e intransigível a toda atividade administrativa, quer vinculada, quer discricionária.

Dentre as prerrogativas da administração pública está a de rever seus atos, quando eivados de vícios ou irregularidades, através da anulação ou revogação.

No dizer de Marçal Justen Filho, são distintas as hipóteses de **revogação** e de anulação, vejamos:

“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).

No caso presente trata-se de hipótese de anulação, eis que houve vício no ato administrativo, quando o edital deixou de prever sobre a possibilidade de taxa de 0%, inviabilizando assim que a contratação mais vantajosa fosse realizada.

Deste modo, a incerteza quanto à legalidade do processo licitatório, deixa lacuna, e como o dever da Administração Pública é atuar dentro da legalidade, a anulação do processo licitatório é a medida necessária.

Neste sentido preceitua o art. 49 da Lei n. 8666/93:

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. (grifo nosso)

Ainda, a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal – STF, por sua vez, prevê a possibilidade de anulação ou 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.”

Deste modo, com amparo na súmula acima transcrita, bem como em atenção à solicitação através do Ofício n. 132/2018/GAB do Prefeito de Capinzal, a anulação pode ser decretada, como medida que possibilite sanar eventuais vícios contidos no certame em comento.



CONCLUSÃO:

Diante de todo o exposto, o parecer jurídico é pela possibilidade de anulação do processo licitatório nº 0047/2018, na modalidade de pregão presencial nº 0027/2018, possibilitando o relançamento do certame, com a exclusão de eventuais vícios contidos no ato anulado.

Em sendo anulado o presente certame, restam prejudicados os recursos interpostos pelas recorrentes, pela perda de seu objeto.

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

Capinzal – SC, 03 de maio de 2018.



Hilário Chiamolera

Assessor Jurídico

OAB/SC 7.681