

MUNICÍPIO DE CAPINZAL – SC
ASSESSORIA JURÍDICA

PARECER JURÍDICO Nº 234/2018

De: Assessoria Jurídica

Para: Diretoria de Licitações

Objeto: Recurso Administrativo referente ao Processo Licitatório nº 0047/2018 – Pregão Presencial Nº 0027/2018, pela empresa EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA. ME

Trata-se Recurso Administrativo referente ao Processo Licitatório nº 0047/2018 – Pregão Presencial Nº 0027/2018, pela empresa EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LLDA. ME, 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.

A insurgência do Recorrente é no sentido de impugnar a decisão da Comissão de Licitações, alegando que, quando da abertura das Propostas, não teve reconhecida, de plano, a sua condição legal de microempresa, situação que lhe daria o direito de ter sido escolhida como vencedora do certame, eis que se verificou empate real, na medida que as propostas de todas as empresas foram idênticas (taxa de administração de 0%).

Insurge-se ainda quanto a anulação do Processo Licitatório, aduzindo que tais atitudes decorrem do descontentamento da Administração, ou de alguns membros, com o resultado da licitação, alegando ainda, graves falhas encetadas pela equipe encarregada pelo presente certame, má-fé, ou pérfida e imperdoável ignorância dos preceitos de lei.

N

Aduz que foi devidamente identificada e enquadrada no regime de microempresa na fase de credenciamento, pois apresentou toda a documentação comprobatória, alegando assim possuir preferência legal, e que portanto, não haveria qualquer ilegalidade para ensejar a anulação do certame, eis que o empate já poderia ter sido previsto pela Administração, requerendo portanto, a anulação da decisão de anulação do certame.

Fundamenta seu pedido alegando que a proposta inicial apresentava empate entre todas as concorrentes, e que, por mandamento legal, o desempate ocorreria pela preferência legal de contratação da microempresa participante, e também pelo fato de que a preferência recairia sobre a ora Recorrente, alegando ser a única a ostentar a condição de investidora em pesquisa e desenvolvimento no País.

Ao final, requer a reconsideração da decisão de anulação com o prosseguimento do certame, declarando a preferência legal para contratação da Recorrente, alternativamente, que se efetue sorteio entre as microempresas devidamente credenciadas no certame.

Oportunizado o direito às contrarrazões às demais licitantes, apenas a Personal Net Tecnologia de Informação Ltda., exerceu tal prerrogativa, através das quais, defende o ato praticado pelo Município e pugna pela improcedência do recurso interposto pela Recorrente Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil Ltda. – ME.

É o necessário relato.

Antes de adentrarmos à análise do recurso que nos foi apresentado, é necessário informar que esta assessoria já se manifestou, através do parecer nº 177/2018, acerca da possibilidade de anulação do certame em comento.

Conforme relatado naquela oportunidade, a solicitação de anulação do Processo Licitatório ora recorrido, restou justificada pelo fato de que na fase de 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.

Entretanto, diante do recurso que nos é apresentado, passaremos a análise do seu mérito.

1. FATO SUPERVENIENTE. EMPATE REAL ENTRE TODOS OS PROPONENTES. LIMITE IMPOSTO PELO EDITAL LANCE ZERO. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECER LANCES PARA DESEMPATE. PROPOSTA MAIS VANTAJOSA INVIABILIZADA.

Da análise do processo licitatório em questão, é possível constatar que o Município foi surpreendido pela oferta de lances iguais a 0%, por todos os proponentes.

Diante dessa constatação, e, considerando que o edital não possibilitava a oferta de lances negativos, criou-se um impasse que impede o desfecho lógico e legal do certame.

É que o empate real verificado, não é fruto da livre concorrência, mas sim de previsão editalícia, que, ao limitar os lances à taxa zero, e, sendo esta ofertada por todos os proponentes, impossibilitou que os licitantes não beneficiários da condição de micro e EPP, oferecessem lances de desempate.

Diante de tal situação, o Município viu-se impedido de proclamar um vencedor, sob pena de desrespeito ao princípio da isonomia, já que, se atendido o pleito das micro empresas e empresas de pequeno porte, estar-se-ia prejudicando as demais proponentes que foram impedidas de oferecer lances para o desempate, em face do limite imposto pelo edital, certos de que, se fossem permitidos lances além desse limite, haveria o desrespeito às disposições editalícias e iminente prejuízo às micro e EPP. Logo, nos termos descritos no edital, especificamente no que se refere ao limite da taxa, qualquer desfecho que não fosse o desfazimento do certame, caracterizaria desrespeito à uma ou outra parte.

É certo que a proibição de lances negativos é aplicada em diversas modalidades de licitação, contudo, no presente caso, na prática mostrou-se inadequada, na medida que, além de resultar no impasse, conforme acima demonstrado, não permitiu que o Município obtivesse a proposta mais vantajosa, princípio inarredável da administração pública.

Ademais, em vista das práticas de mercado, observa-se que certos objetos têm, como forma de remuneração ao particular, além do valor pago a título de taxa de administração, outros valores complementares que geram lucro, como, por exemplo, as taxas de serviços cobradas de estabelecimentos conveniados, como ocorre em contratos relativos ao fornecimento de vale-refeição/alimentação. Por essa razão, mais recentemente, as empresas do ramo, ao disputarem entre si nas licitações públicas, costumam praticar taxas de administração zeradas ou até mesmo negativas, o que não é irregular, consoante bem explica Marçal Justen Filho:

“5.7.3) A remuneração indireta e a questão da taxa de administração negativa: Observe-se que as ponderações acima realizadas devem ser aplicadas de modo compatível com a natureza de cada empreendimento, inclusive no tocante à existência de mecanismos adicionais de remuneração para o particular. **Em diversos casos, a contratação propicia ao particular a obtenção de recursos por outras vias, o que significa a desnecessidade de a remuneração recebida superar o custo do particular. Há hipóteses, inclusive, em que se pratica uma remuneração negativa, de modo que o particular transfere recursos para a Administração (...)**

Não se configurará, em tais casos, proposta inexequível, ainda que o particular oferte serviços por valor igual a zero ou por valor negativo. A questão fundamental será a existência de um mecanismo de remuneração adicional, distinto do pagamento realizado pela Administração.(...) Destaque-se que, nesses casos, o valor do contrato reflete o montante dos desembolsos e não a taxa de deságio, sob pena de serem criados outros problemas além da inexequibilidade, como qualificação econômica do licitante,

valor da garantia, escolha da modalidade licitatória etc. Ou seja, não se confunde o critério de julgamento com o valor do contrato.”¹ (grifou-se)

Da mesma forma, aponta o Tribunal de Contas da União:

“19. Por fim, a não aceitação de proposta de Taxa de Administração com percentual igual ou inferior a zero (item 3, c), cabe as seguintes considerações.

20. Existem serviços no mercado em que a remuneração do prestador é feita por meio de taxa de administração, cobrada sobre o valor do serviço intermediado.

21. Desse modo atuam as administradoras de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível. Nesses casos, a empresa cobra uma taxa ou comissão sobre o valor total das operações intermediadas.

22. Considerando, que o objeto do presente certame em análise trata-se de contratação de empresa para implantação e operacionalização de sistema de gerenciamento da frota de veículos, com utilização de tecnologia de cartão micro processado com chip, via web para fornecimento de combustíveis e lubrificantes, produtos afins e lavagem de veículos.

23. Neste contexto, entendemos oportuno trazer à colação o entendimento firmado pelo Tribunal, debatido no âmbito da Decisão 38/96 - Plenário, que **nas licitações destinadas ao fornecimento de vales-refeição/alimentação, a admissão de ofertas de taxas negativas ou de valor zero, por parte da Administração Pública, não implica em violação do disposto no art. 44, § 3º, da Lei de Licitações, por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios previamente fixados no edital.** Nesse sentido, são também os Acórdãos 1757/2010 - TCU - Plenário e 0552/2008 - TCU - Plenário.

24. No presente caso, verificou-se que há indícios de restrição ao caráter competitivo do certame, já que é latente que **a jurisprudência do TCU não proíbe a utilização da taxa de administração negativa ou igual a zero, devendo ser averiguado no caso concreto, se a proposta é exequível,**

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 873-875.

conforme explanado acima, ademais, verificou-se, ainda, que somente uma empresa participou do certame, consoante ata de reuniões para recebimento dos envelopes (v. peças 6 a 8).

(...)

[ACÓRDÃO]

(...)

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, com fundamento no art. 113, §1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal, e ante as razões expostas pela relatora, em:

9.1. conhecer da representação e considerá-la prejudicada, ante a perda de seu objeto;

9.2. dar ciência à Universidade Estadual do Maranhão de que, no pregão presencial 53/2011 - CSL, verificou-se não aceitação de proposta de taxa de administração com percentual igual ou inferior a zero, assinalada na letra d.2 do subitem 5.1 do edital, não obstante **este Tribunal tenha jurisprudência no sentido de que em processos licitatórios custeados com recursos federais para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, deve ser avaliado, no caso concreto, se a admissão de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital, conforme decisão 38/1996-Plenário.**² (grifou-se)

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, também já se manifestou pela necessidade de, em casos como este, admitir taxas negativas, vejamos:

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO N.º: 277111/14

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DA LEI N.º 8.666/1993

ENTIDADE: MUNICÍPIO DE NOVA ESPERANÇA

² TCU. Acórdão 1556/2014. Segunda Câmara.



INTERESSADO: ARIELY AKEMI MIYAZI, CONVENIOS CARD ADMINISTRADORA E EDITORA LTDA ME, GERSON ZANUSSO
RELATOR: CONSELHEIRO CORREGEDOR-GERAL JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL.

ACÓRDÃO N.º 6300/15 - Tribunal Pleno

Representação da Lei n.º 8.666/1993 – Pregão Presencial – Fornecimento de cartões “vale-alimentação” – Proibição de taxa de administração negativa – Implicação na aplicabilidade da Lei Complementar n.º 123/2006 – Critério de desempate – Isonomia não assegurada – Prejudicialidade ao direito de preferência concedido às microempresas e empresas de pequeno porte – Desnaturação da modalidade licitatória adotada – Ausência de competitividade – Vantajosidade e economicidade prejudicadas – Pela procedência, sem aplicação de sanções – Determinações e recomendação.

1. A vedação de taxa administrativa negativa, além de ofender o artigo 40, X, da Lei n.º 8.666/1993, restringe a plena competitividade e impossibilita a busca da proposta mais vantajosa;
2. Em certames abrangendo taxas de administração, não é dado à Administração Pública proibir taxas com valores negativos, admitindo-se a fixação de critérios de exequibilidade objetivamente definidos no Edital;
3. Procedência, sem aplicação de multa. Determinações e Recomendação.

Do corpo do citado Acórdão, colhe-lhe esclarecedora passagem:

“FUNDAMENTAÇÃO

De início, cabe aqui ressaltar que o tema “taxas administrativas” em certames abrangendo fornecimento de “vale-alimentação”, “vale-combustível” e até mesmo passagens aéreas por meio de agências de turismo é bastante recorrente, longe de estar pacificado na doutrina e jurisprudência pátrias.

Some-se a isso o fato de que as inovações legislativas muitas vezes levam tempo para se harmonizar com as normas e princípios do ordenamento jurídico vigente, seja por equívoco de ordem interpretativa, dificuldade do legislador em colmatar eventuais lacunas diante do dinamismo dos processos licitatórios, a

M

incidência de práticas próprias do mercado em determinados objetos, etc., gerando problemática o processo de contratação pública.

Em se tratando do regime jurídico aplicável às contratações públicas, é tarefa deveras complicada a realização de atividade interpretativa em conformidade com a vontade do legislador. O controle externo exercido pelos Tribunais de Contas é instrumento hábil para tanto, em contribuição à formação e consolidação de entendimentos que garantam a correta aplicação da Lei.


O caso dos autos é emblemático, pois, além de abranger questões controvertidas, tais como a proibição de taxas administrativas negativas e a aplicabilidade do direito de preferência das microempresas (M.E.) e empresas de pequeno porte (E.P.P.), ultrapassa os limites em discussão, indo mais fundo: com a delimitação da taxa administrativa e os efeitos práticos dela decorrentes, constatou-se ausência total de competitividade no certame, que, na prática, não passou de mero sorteio entre os participantes. A ausência de competitividade tem implicação direta na própria finalidade da licitação: a delimitação da taxa administrativa impossibilitou a busca da proposta mais vantajosa.

Sem contar a distorção criada na estrutura procedimental da modalidade Pregão, que tem por essência a busca do melhor benefício-custo através de disputa por lances.

No caso em tela observa-se que todas as empresas participantes apresentaram em suas propostas “taxa de administração zero” conforme o limite imposto, ocorrendo empate real (todas as licitantes apresentaram propostas com o mesmo valor global).

Daí o surgimento da primeira impropriedade: não havia possibilidade de apresentação de proposta de preço inferior, tendo em vista que o item 14.2.2 do edital havia previsto como critério de julgamento o menor preço global, considerado a menor taxa de administração ofertada, esta última não admitida em valores negativos (item 10.1.a); vale dizer, proibida a taxa de administração negativa.

Constatado o empate real a Pregoeira, com base na cláusula 14.3.2 do edital, realizou sorteio tal como previsto na regra geral do artigo 45, § 2º, da Lei n.º 8.666/1993.



Da realização do sorteio adveio a segunda impropriedade : a empresa ora representante, única microempresa participante, possui, como critério de

DOCUMENTO E ASSINATURA (S) DIGITAIS

**AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO
WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR
ERW5.ZLIJ.3WSQ.DF7U.3**

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ desempate, direito de preferência na contratação, nos termos do artigo 44 da Lei Complementar n.º 123/2006.

O artigo 45, I, da mesma lei, dispõe que, “ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma”:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado ;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º - Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º - O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º - **No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão . (grifos nossos)**

Conforme o dispositivo, deve ser garantida a oportunidade, no caso de empate, para a microempresa apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora.

Não obstante, o edital do certame estipulou que não seriam admitidas taxas de administração negativas, o que impossibilitou a oferta de preço global inferior. Inviabilizou-se, portanto, a aplicabilidade do direito de preferência das M.E. e E.P.P". (grifamos)

A sempre diligente Corte de Contas de nosso Estado, em recente decisão, julgando representação ao Município de Peritiba, tem admitido a aplicação de taxas negativas para a contratação do vale-alimentação, cuja passagem se transcreve abaixo:

“PROCESSO Nº: @REP 18/00045147

UNIDADE GESTORA: Prefeitura Municipal de Peritiba

RESPONSÁVEL: Neusa Klein Maraschini

INTERESSADOS: Prefeitura Municipal de Peritiba e Sul Card Administradora de Cartões S. A.

ASSUNTO: Irregularidades no Pregão Presencial nº 04/2018 - contratação de empresa especializada para a operacionalização do fornecimento de Vale-Alimentação, através da exclusiva emissão, utilização e administração de cartões magnéticos.

RELATOR: Cesar Filomeno Fontes

DECISÃO SINGULAR: GAC/CFF - 15/2018

Tratam os autos de Representação formalizada pela empresa Sul Card Administradora de Cartões S.A., com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, noticiando supostas irregularidades no Edital de Pregão Presencial n. 04/2018, lançado pela prefeitura de Peritiba, visando a contratação de empresa especializada para a operacionalização do fornecimento de vale-alimentação, através da exclusiva emissão, utilização e administração de cartões magnéticos.

[...]

Quanto ao mérito, o Representante se insurge contra o item n. 8.1. do Edital que estabelece que o critério para a seleção da proposta mais vantajosa seria a menor taxa de administração para os estabelecimentos credenciados e não a menor taxa de administração com a Administração contratante.

Alega que o critério não possui nenhuma relevância para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, violando ainda o princípio da competitividade, da economicidade e da livre iniciativa estabelecido no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal.

De fato, assim como destacado pela Diretoria de Controle de Licitações e Contratações, ao escolher como critério de seleção a menor taxa avençada com estabelecimentos credenciados e não a menor taxa de administração pelo serviço contratado com a Administração “o Município abriu mão de obter um contrato mais vantajoso e economicamente mais barato” para a Administração, fato que viola não só o princípio da legalidade como também o próprio princípio da seleção da proposta mais vantajosa.

Oportuno destacar ainda, que conforme entendimento do Tribunal de Contas da União, nas licitações destinadas ao fornecimento de cartões de vale-refeição/alimentação, a oferta de taxas negativas ou de valor zero não implica violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei de Licitações. Isso ocorre porque a lucro das empresas que fornecem cartões de vale-refeição/alimentação, não se restringe à taxa de administração cobrada do Poder Público, mas também ao valor da taxa de administração cobrada de estabelecimentos credenciados. (grifo nosso)

[...]”

Logo, ao contrário do que imaginava o Município de Capinzal quando lançou o processo licitatório em questão, a atual realidade comercial do ramo do segmento de fornecimento de vale alimentação, demonstra que é possível a prática de taxas negativas, tendo em vista que tais operadoras possuem mecanismos adicionais de remuneração, não ferindo desta forma o disposto no § 3º do art. 44 da Lei 8.666/93, de tal forma que a própria Corte de Contas tem admitido essa prática.

Insta esclarecer que não se desconhece o teor da Portaria nº 1287/2017, a qual veda a aplicação de taxa negativa pelas administradoras quando do



fornecimento de vale-refeição/alimentação aos beneficiários do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT. Contudo, tal vedação não se aplica ao caso em análise, tendo em vista que o Município de Capinzal não se utiliza do referido programa.

Em síntese, diante da situação constatada, onde o edital não permitiu taxas negativas e todos os proponentes ofertaram taxa de administração igual a 0%, o empate verificado não pode ser tido como sendo fruto da livre concorrência, muito menos da vontade dos proponentes, de forma que tal resultado não pode ser utilizado como parâmetro para dispensar tratamento preferencial às micro empresas e empresas de pequeno porte.

Há que se consignar também que, na situação acima relatada, caso o Município homologasse o resultado, deixaria de obter a proposta mais vantajosa, não restando pois, outra alternativa senão o desfazimento do certame.

2. DO DIREITO AO DESEMPATE PLEITEADO PELO RECORRENTE EM FACE DE INVESTIMENTOS EM PESQUISA E TECNOLOGIA NO PAÍS.

A Recorrente busca também, que lhe seja aplicado em seu favor o desempate, sob a alegação de ofertar produtos e desenvolver serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras e, ainda, “produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País”, conforme o Certificado de Registro de Programas de Computador no INPI, alegando como base legal o disposto no inciso IV do art. 3º, § 2º da Lei 8.666/93.

Alega a Recorrente que faz jus ao dito tratamento diferenciado, tendo em vista que a muito tempo vem investindo em pesquisas e desenvolvimento de tecnologias, tais como o programa de mestrado e doutoramento de seu sócio proprietário, conforme Diploma emitido pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Além disso, alega que a Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil, valendo-se de convênio assinado com a Universidade Estadual do Centro-Oeste, procedeu duas ações de pesquisa e desenvolvimento de tecnologias no País, a saber: no ano de 2017: “Desenvolvimento de um cartão inteligente

seguindo o padrão EMV” e no ano de 2015: “Estudo comparativo entre o padrão EMV e o padrão utilizado na empresa LivCard”.

O pleito da Recorrente de preferência no desempate sob o argumento de ser beneficiária do disposto no inciso IV do art. 3º, § 2º da Lei 8.666/93, é, no mínimo, temerário.

A UMA, porque é sabido que todo aquele que se submete ao doutoramento, deve desenvolver projeto de pesquisa inédito, como condição para a titulação, o que por si só, não significa dizer que esse trabalho acadêmico se reverte em benefício de pessoa jurídica, simplesmente pelo fato de ser seu sócio proprietário. Se assim fosse, para a empresa gozar daquele benefício, bastaria que tivesse dentre seus sócios ou mesmo dentre seus colaboradores, um doutor.

A DUAS, porque a alegada pesquisa e tecnologia desenvolvida por força de convênio celebrado com a universidade, deve ser tratada como caso isolado dentro das atividades da empresa, na medida que, como consta do contrato social juntado ao processo, seu objeto social principal é a prestação de serviços de administração, emissão e gerenciamento de cartões, não constando em seu ato constitutivo, nenhuma atividade de pesquisa e desenvolvimento de tecnologias.

Ademais, mesmo que se fossem desconsideradas as premissas acima, não se aplica ao caso concreto a benesse pleiteada pela Recorrente, na medida que não se reconhece o empate verificado como sendo fruto da vontade dos licitantes, mas sim de limitação equivocada imposta pelo edital, consubstanciada na impossibilidade de ofertar lances negativos.

Resta, pois, cristalino que, os lances ofertados, não representam a real situação do mercado, nem mesmo a vontade dos participantes, já que impedidos de prosseguir, por força de disposição editalícia, culminou com o resultado igual a 0% para todos os proponentes, situação que impede a continuidade, sob pena de afrontar os direitos elementares dos participantes. Além do mais, a impossibilidade de apresentação de proposta de preço inferior, frustra o critério de julgamento do menor preço global, previsto no edital,

contrariando o princípio fundamental da administração que é a busca da proposta mais vantajosa.

Sendo assim, não há como prosperar o pleito do recorrente também no aspecto da preferência para o desempate.

3. DA POSSIBILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO ANULAR O CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO.

Observa-se através da sequência dos atos praticados no certame, pelo contido na ata de julgamento das propostas, que ao se deparar com a situação, qual seja, que todos os proponentes apresentaram lance igual a 0%, e que, o edital não permitindo a oferta de lances negativos, impossibilitava a continuidade de lances para fins de desempate, e, diante da insurgência da empresa Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil Ltda., quanto aos critérios de desempate previstos no item 8.2 do edital, a Comissão de Licitação suspendeu o certame.

Sobre tal insurgência a referida empresa apresentou recurso, sendo oportunizado direito à contrarrazões, nos moldes acima relatados.

Da análise sequencial dos atos, constata-se que o certame não foi homologado, dadas às razões delineadas no Decreto nº 048, de 9 de maio de 2018.

Logo, na situação em tela, não há que se falar em direito adquirido de parte dos licitantes, mas sim em mera expectativa de direito, sendo inclusive desnecessária a observância do contraditório, nos termos que já decidiu o STJ, conforme decisão que se transcreve:

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO – REVOGAÇÃO – CONTRADITÓRIO.

1. Licitação obstada pela revogação por razões de interesse público.
2. Avaliação, pelo Judiciário, dos motivos de conveniência e oportunidade do administrador, dentro de um procedimento essencialmente vinculado.
3. Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido.

4. A revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório.

5. 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.

6. O mero titular de uma expectativa de direito não goza da garantia do contraditório.

7. Recurso ordinário não provido. (STJ, ROMS nº 200602710804, Rel. Eliana Calmon, DJE de 02.04.2008.) (grifo nosso)

A administração pública jamais pode 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.

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

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)

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 (caso 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).

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.”

Dada a tênue diferença entre anulação e revogação, não se desconhece que o fim buscado, também poderia ser atingido através da revogação. Afinal a solução que se apresenta viável, no presente caso, é o desfazimento do certame. Contudo, compactuamos do entendimento que, o que melhor se coaduna, é a anulação, pois a situação gerada é decorrente de previsão editalícia que, ao mesmo tempo que reconhece o direito das micro empresas e empresas de pequeno porte em obterem tratamento diferenciado, impôs limite aos lances (0%), de forma a impossibilitar o direito ao desempate. Tal contradição, mesmo que inicialmente imprevisível e involuntária de parte da administração, caracteriza vício, sanável apenas mediante o desfazimento do certame e relançamento com as devidas correções.

É de se consignar que, no caso do Vale Alimentação, mesmo após o desfazimento do certame em questão, o interesse público persiste, já que se trata de direito permanente dos servidores, instituído por lei e não será satisfeito por outra via, senão pela escolha da melhor proposta através de processo licitatório.

Diante da situação verificada, em que todos os proponentes ofertaram taxa de 0%, há que se considerar também ilegal a previsão editalícia que proíbe a oferta de taxas negativas, na medida que inibe e até impossibilita que a administração pública obtenha a contratação mais vantajosa.

Deste modo, a incerteza quanto à legalidade do processo licitatório, deixa lacuna, impossível de ser preenchida sem que o item do edital que trata dos lances, sofra as alterações necessárias, e, sendo dever da Administração Pública atuar dentro da legalidade, o desfazimento do processo licitatório é medida que se impõe.

CONCLUSÃO:

Diante de todo o exposto, o parecer jurídico é pela improcedência do recurso interposto pela empresa Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil Ltda. ME, mantendo-se a anulação do processo licitatório nº 0047/2018, na modalidade de pregão presencial nº 0027/2018, nos moldes do Decreto nº 048, de 9 de maio de 2018, possibilitando o relançamento do certame, com a exclusão de vícios contidos no ato anulado, mormente com relação ao limite dos lances, devendo-se permitir lance negativos, ou outro mecanismo que possibilite o tratamento diferenciado às micro e EPP, em paralelo ao direito ao desempate das demais empresas, bem como a obtenção da proposta mais vantajosa por parte da administração pública.

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

Capinzal – SC, 20 de junho de 2018.


Hilário Chiamolera

Assessor Jurídico OAB/SC 7.681