



PARECER JURÍDICO

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 22/2020

PREGÃO Nº 11/2020 - TIPO PRESENCIAL

2. OBJETO

2.1- Contratação de empresa especializada para fornecimento, gerenciamento, implementação e administração de cartões magnéticos ou eletrônicos, do tipo vale-alimentação, aos servidores do município de Marema SC. Conforme LEI Nº 1148/2018 de 03/05/2018 INSTITUI O VALE-ALIMENTAÇÃO AOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE MAREMA e DECRETO Nº 086/2020 QUE DISPÕE SOBRE REGULAMENTAÇÃO DA LEI Nº 1.148/2018 E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

2.2 Todos os equipamentos e materiais utilizados na prestação dos serviços/fornecimento

dos materiais deverão atender às exigências mínimas de qualidade, observados os padrões e normas baixadas pelos órgãos competentes de controle de qualidade Industrial atentando-se a contratada, principalmente, para as prescrições contidas no art. 39, VIII, da Lei 8.078/90(Código de Defesa do Consumidor).

2.3 - O valor máximo, as quantidades, tipo e demais características consta no Anexo Sistema Betha Auto Cotação, podendo ser localizado junto ao Endereço Eletrônico www.marema.sc.gov.br.

I – RELATÓRIO

Trata-se de impugnação ao Edital, interposto pela Empresa **BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS EIRELI**, CNPJ nº 16.814.330/0001-50, em face das exigências editalícias reputadas ilegais, mormente relativas ao item 7.9, “d” do Edital:

7 - PROPOSTAS DE PREÇOS:

7.9 - No julgamento das propostas, será considerado vencedor o licitante que oferecer MAIOR PERCENTUAL DE ABATIMENTO/DESCONTO, desde que atendidos os requisitos deste edital:

d) Será considerada taxa de administração superiores de -0,50% e serão consideradas taxas inexequíveis e taxa máxima a ser cobrada do comerciante no montante de 2,5%.

Sustenta a impugnação que referida exigência interfere ilegalmente na relação de terceiros, assim como fere o princípio da competitividade e da proposta mais vantajosa.



É a síntese da impugnação, passamos a análise do mérito

II – DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO:

A impugnação foi apresentada de forma tempestiva, o que leva a análise do mérito.

IV - FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente cabe inferir que o procedimento licitatório se realiza mediante uma série de atos administrativos.

Em razão disso, essa série de atos administrativos sofre um controle por parte do poder público.

Esse controle que a Administração exerce sobre os seus atos caracteriza outro princípio administrativo: o da autotutela administrativa. Esse instituto foi firmado legalmente por duas súmulas.

Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal – “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal – “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 e oportunidade, respeitando os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Essas súmulas estabeleceram então que a Administração poderá revogar, por motivo de interesse público, ou anular, em razão de ilegalidade, seus atos.

Acerca da revogação e anulação da licitação, dispõe a lei nº 8.666/93:

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.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei. § 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Sobre quando se deve anular e quando é cabível revogar a licitação, Marçal Justen Filho explica que “na revogação, o desfazimento do ato administrativo não decorre de vício ou defeito. Aliás,



ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE MAREMA

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”¹

Como prevê o artigo em questão, a autoridade pública poderá revogar o procedimento licitatório por razões de interesse público, decorrentes de fato superveniente devidamente comprovado. Esse fato novo, portanto, deve contrariar o interesse principal da Administração Pública, que é atender as prerrogativas da sociedade. Esse fato superveniente não era esperado pela Administração e a sua ocorrência não condiz com o objetivo do procedimento, devendo, dessa forma, ser revogado, justificadamente. Tal fato macula o procedimento, contrariando o interesse público, como neste caso analisado pelo STJ:

“AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ORDINÁRIO. REQUISITOS DA MEDIDA. PERICULUM IN MORA. FUMUS BONI JURIS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ADMINISTRATIVO. REVOGAÇÃO DE PREGÃO. Os motivos que ensejaram a revogação do Pregão, no qual a requerente havia sagrado-se vencedora, foi o de que após a realização do certame constatou-se que o preço oferecido pela requerente era superior ao praticado no mercado, motivo pelo qual, revela-se legítimo o ato revogatório porquanto fulcrado no art. 49, da Lei n.º 8.666/93 (“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 (...), o que evidencia a ausência de fumus boni iuris”. (STJ MC 11055 / RS ; MEDIDA CAUTELAR 2006/0006931-6 Ministro LUIZ FUX T1 - PRIMEIRA TURMA DJ 08.06.2006 p. 119 Julgamento 16/05/2006)

A anulação, por sua vez, é o meio utilizado quando o ato específico ou todo o procedimento é ilegal. O ato administrativo quando realizado em discordância com o preceito legal é viciado, defeituoso, devendo, assim, ser anulado. Neste caso, não há margem para a Administração deliberar sobre o atendimento ao interesse público; a mera quebra de premissa de lei ocasiona o vício, sendo passível de anulação, suscitada de ofício pela autoridade ou por terceiros interessados.

José Cretella Júnior leciona que “pelo princípio da autotutela administrativa, quem tem competência para gerar o ato, ou seu superior hierárquico, tem o poder-dever de revoga-lo, anulá-lo, se houver vícios que os tornem ilegais”².

Passamos à análise do mérito da impugnação.

A Livre iniciativa está estampada na Constituição Federal como Princípio norteador das políticas públicas relativas a economia.

Estabelece o Art. 170 da CF:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000. pág. 480. .

² CRETILLA JÚNIOR, José. Das Licitações Públicas (comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993). Rio de Janeiro: Forense, 2001. pág. 305.

Lipiani



**ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE MAREMA**

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Referido dispositivo Constitucional veio a ser regulamentado pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

Ao que pese processos legislativos prevendo limitação às taxas nos contratos de prestação de serviço assinados entre as empresas optantes do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) e as empresas emissoras de cartão de vale-refeição (ou alimentação), referidos Projetos de Lei encontram-se em tramitação.

O TCE/SC emitiu orientações³ nesse Sentido XVIII Ciclo de Estutos de Controle da Administração Pública):

f) estabelecimento de um percentual de desconto mínimo de 0,1% sobre a taxa de administração máxima definida, qual seja: 3%, a ser cobrada pela administradora dos estabelecimentos credenciados.

Em representação formulada (REP 17/00803236), a unidade técnica apontou o seguinte:

Além disso, a representante apresenta questionamento acerca da Taxa Administrativa Máxima a ser cobrada dos Estabelecimentos Credenciados do item 2.2 do Termo de Referência do instrumento convocatório:

2.2. Fica estabelecido o percentual de desconto mínimo de 0,1% (um décimo por cento), sobre a taxa de administração máxima definida, qual seja, 3,0% (três por cento) a ser cobrada dos Estabelecimentos Credenciados, sendo vedada a aplicação de taxa negativa. Como se sabe, nas licitações para contratação de vales alimentação/refeição, nas quais o valor do vale é fixo, as propostas dos licitantes são apresentadas em percentual aplicável sobre tal valor, a título de taxa de administração, podendo inclusive o particular oferecer proposta com valor igual a zero, já que é remunerado indiretamente pelos estabelecimentos comerciais credenciados.

³ https://static.fecam.net.br/uploads/1534/arquivos/1262367_Apostila_CICLO_XVIII.pdf



**ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE MAREMA**

Quanto a estabelecer uma taxa de administração máxima definida, qual seja, 3,0% (três por cento) a ser cobrada dos Estabelecimentos Credenciados, conclui-se que as questões atinentes à relação contratado-estabelecimentos credenciados não dizem respeito, em regra, à Administração contratante. O vínculo de índole privada se estabelece exclusivamente entre a pessoas jurídicas de direito privado, a empresa contratada para comercialização dos vales e os estabelecimentos credenciados. Acolhendo tal análise, o relator, mediante Despacho GAC/HJN - 528/2017 (SANTA CATARINA, 2017), determinou cautelarmente a sustação do procedimento licitatório.

Dessa forma, a limitação da taxa prevista no Edital se mostra ilegal.

CONCLUSÃO:

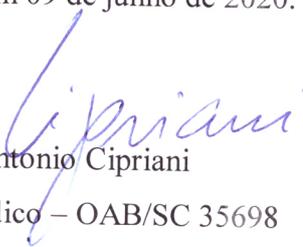
Por todas as lições aqui colocadas, verifica-se, in casu, que se trata de ANULAÇÃO do procedimento licitatório uma vez que defeituoso o ato, apresentando vício insanável de legalidade ao inserir cláusula de limitação de taxa a ser negociada por terceiros.

Em razão do quanto articulado, o PARECER é pela ANULAÇÃO do Procedimento Licitatório supra, para que um novo seja instaurado, desta feita, com as correções necessárias, em observância do que dispõe a lei que regulamenta a espécie, 8.666/93.

Anulado o procedimento, dê-se ampla publicidade.

Salvo melhor juízo, é o parecer.

Marema/SC, em 09 de junho de 2020.

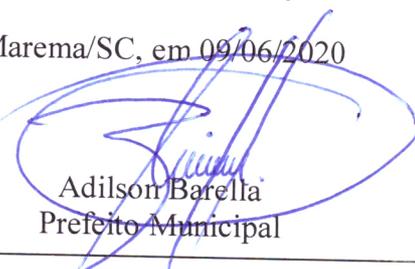

Luís Antonio Cipriani

Assessor Jurídico – OAB/SC 35698

DESPACHO

Adoto o Parecer retro como fundamento para decidir, anulando o certame; sejam as alterações sugeridas acatadas para novo processo a ser lançado.

Marema/SC, em 09/06/2020


Adilson Barella
Prefeito Municipal