



**PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO MATEUS
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL**

**RESPOSTA AOS RECURSOS
PREGÃO ELETRONICO Nº 001/2024
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 9860/2024**

Em resposta aos recursos e contrarrazões apresentadas, considerando o provimento parcial, fundamentado conforme o parecer jurídico nº 1852/2024 do processo administrativo nº 9860/2024, onde se determina ao setor de Licitação que se revogue o procedimento licitatório, considerando a impossibilidade de desempate por menor taxa administrativa, e que realize a sua imediata republicação conforme Termo de Referência readequado.

São Mateus/ES, 05 de agosto de 2024.


**ADEBORA MOURA TREVEZANI
SECRETÁRIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL
DECRETO Nº 16.224/2024**

PROCESSO Nº: 9860/2024

PARECER Nº: 1852/2024

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

ASSUNTO: ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – PREGÃO ELETRÔNICO Nº 001/2024 – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE CARTÃO MAGNÉTICO COM CRÉDITO PARA GASTO EXCLUSIVO EM COMPRA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO PARA REPASSE A FÁMILIAS EM SITUAÇÃO DE RISCO E/OU VULNERABILIDADE SOCIAL – RECURSO LICITATÓRIO – EMPATE REAL – TRATAMENTO ESPECIAL PARA ME E EPP — CRITÉRIO DE JULGAMENTO MENOR TAXA ADMINISTRATIVA – LEGALIDADE DE TAXA ADMINISTRATIVA NEGATIVA – REVOGAÇÃO DA DECISÃO QUE DECLAROU LICITANTE VENCEDORA – REABERTURA DA FASE DE LANCES.

PARECER JURÍDICO

I – RELATÓRIO

Trata-se de procedimento licitatório na modalidade **PREGÃO ELTRÔNICO**, instaurado sob **Nº 001/2024**, que tem por objeto a **"CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE CARTÃO MAGNÉTICO COM CRÉDITO PARA GASTO EXCLUSIVO EM COMPRA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO PARA REPASSE A FÁMILIAS EM SITUAÇÃO DE RISCO E/OU VULNERABILIDADE SOCIAL ACOMPANHADAS PELA REDE SOCIOASSISTENCIAL EM CUMPRIMENTO AO PROGRAMA NOVO MORAR – PRECONIZADO NA LEI MUNICIPAL Nº 1.683/2018"**, em atendimento à Secretaria Municipal de Assistência Social do Município de São Mateus/ES, conforme itens relacionados no Edital às fls. 118/133 e seus anexos, bem como

pelo disposto na Lei nº. 14.133/2021 e Decreto Municipal nº 15.803/2023.

In casu, os autos vieram à esta Procuradoria Geral para manifestação quanto ao **RECURSO LICITATÓRIO** (fl. 229/251) apresentado pela Recorrente **ROM CARD ADMINISTRADORAS DE CARTÕES LTDA EPP**, em face da decisão que declarou vencedora a empresa **FACE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA**, sob a justificativa de não ser observado o tratamento diferenciado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no que se refere ao critério de desempate.

Ademais, a Recorrente requer a desclassificação das Recorridas **BPF INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA** e **FACE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA**, que ofereceram **CONTRARRAZÕES** às fls. 252/264 e fls. 265/275 respectivamente.

Preliminarmente, considera-se oportuno consignar, que a presente manifestação desta Procuradoria Municipal, tem por referência os elementos constantes nestes autos, competindo-lhe prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não adentrando na análise da conveniência e oportunidade na prática de atos administrativos, nem em aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

É o relatório. Passo a opinar.

II – ANÁLISE DO PROCEDIMENTO

Precipuamente, o princípio do instrumento convocatório está consagrado pelo art. 5º, da Lei 14.133/21, que dispõe que a Administração observará, entre outros, o Princípio da Vinculação ao Edital e do Julgamento do Objetivo.

Outrossim, o Edital torna-se lei entre as partes tornando-o imutável, eis que, em regra, depois de publicado o Edital, não deve mais a Administração alterá-lo até o encerramento do processo licitatório. Trata-se de garantia à moralidade, impessoalidade administrativa e a segurança jurídica.

Nesse sentido, aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Quando a Administração estabelece, no edital, ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial do da igualdade entre os licitantes, pois aquele que prendeu os termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital”.

No entanto, as regras previstas no edital devem observar a legislação, por consequência lógica do Princípio da Legalidade, devendo a Administração agir dentro dos parâmetros legais, inclusive quanto a correta interpretação.

Quanto à modalidade de licitação elegida para licitar os serviços objeto deste contrato, o Pregão encontra guarita no Art. 29, caput, da Lei n.º 14.133/2021, conforme vemos:

Art. 29. A concorrência e o **pregão** seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei,

adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

318m

O pregão é a modalidade licitatória adequada para embasar a aquisição pela Administração de bens e serviços comuns. O presente objeto se amolda à exigência, haja vista que pode ser definido objetivamente no edital por meio de especificações usuais de mercado.

O Art. 25 da Lei 14.133/2021, determina quais os critérios que deverão estar presentes nos editais de licitação, pelo que, em análise da minuta ora apresentada, estão presentes todas as condicionantes da lei.

II.I. DOS RECURSOS E CONTRARRAZÕES

O **RECURSO LICITATÓRIO** (fl. 229/251) apresentado pela Recorrente **ROM CARD ADMINISTRADORAS DE CARTÕES LTDA EPP** em face da decisão que declarou vencedora a empresa **FACE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA**, foi protocolado sob a justificativa de não ser observado o tratamento diferenciado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no que se refere ao critério de desempate, conforme previsto na Lei Complementar nº 123/2006.

A Recorrente **ROM CARD ADMINISTRADORAS DE CARTÕES LTDA EPP**, requer ainda, a desclassificação da **BPF INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA**, sob a alegação de que esta não se enquadra nas categorias de ME e EPP, e **FACE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA**, que supostamente

plagiou integralmente documento que comprova desenvolvimento de programa de integridade, utilizado como um dos critérios de desempate.

Posteriormente, a **1ª Recorrida** apresentou **CONTRARRAZÕES** (fls. 252/264), alegando em apertada síntese o que segue:

[...]
Portanto, da máxima vênia, **incontroversamente a Recorrida enquadra-se como uma Empresa de Pequeno Porte. Diga-se: seu enquadramento foi objeto de verificação na Receita Federal e na Junta Comercial, que são os órgãos competentes para realização dessa análise, e não houve nenhum apontamento contrário ao enquadramento, não cabendo a empresa Recorrente julgar se o enquadramento da Recorrida está correto ou não...**
[...]

Em conclusão a **1º Recorrida** requer o indeferimento do Recurso no que tange ao enquadramento da Recorrida com Empresa de Pequeno Porte.

A **2ª Recorrida** apresentou **CONTRARRAZÕES** às fls. 265/275, alegando em apertada síntese, a preclusão do direito de preferência das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, visto que supostamente não foi exercido no prazo de 05 (cinco) minutos, conforme item 5.19.1 e 5.19.2 do edital; e **subsidiariamente**, requer o não conhecimento do recurso para manter a decisão original, tendo em vista a impossibilidade de novos lances, considerando a suposta vedação de lances de taxa negativa, sendo respeitados os princípios da isonomia e vinculação ao edital.

Supervenientemente, em resposta ao Recurso Administrativo, a Pregoeira emitiu Manifestação Técnica às fls. 307/308, Manifestação Técnica Complementar às 310/312 e Despacho à fl. 314, opinando pela manutenção da decisão, conforme parte dispositiva transcrevo:

320m

[...]

Quanto a critérios de desempate, entendo, salvo melhor juízo, **que uma vez atingida a taxa de 0,00% não sendo permitido taxa negativa, o próprio sistema eletrônico faz as devidas aplicações dos critérios da lei.**

Ressalta-se que todos os atos praticados por essa pregoeira primam pelos princípios da legalidade, impessoalidade, vinculação ao edital, transparência e publicidade, visando alcançar o atendimento ao art. 11 da Lei 14.133/2021, sendo alcançado a seleção de proposta mais vantajosa economicamente para a municipalidade, atendendo assim ao princípio da economicidade, com tratamento **isonômico** entre os licitantes participantes, com ampla publicidade e transparência de todos os atos.

[...]

Quanto a critérios de desempate, uma vez atingida a taxa de 0,00%, não sendo permitido taxa negativa, o próprio sistema eletrônico faz as devidas aplicações dos critérios da lei, ou seja, **não foi possível LANCE para desempate, uma vez que não havia menor valor que o 0,00% sendo procedido sorteio automático do sistema, de forma impessoal e isonômica.**

[...]

Quanto a alegação no recurso referente ao não enquadramento de empresas, não merece prosperar, uma vez que não cabe a Pregoeira ou mesmo a Administração Pública enquadrar ou desenquadrar qualquer empresa, sendo tal ação inerente aos órgãos de receita, mediante processos claros ligados a contabilidade. Assim, todos os documentos apresentados pelas empresas questionadas comprovam seu enquadramento como ME ou EPP, não havendo dúvidas sobre a veracidade de tais documentos emitidos, dentro outros órgãos, pelo Simples Nacional.

[...]

Quanto a alegação contida no recurso sobre possível plágio na elaboração de documento interno administrativo das empresas, que é o Programa de Integridade, entendo que não compete a essa Pregoeira em sede de execução de licitação efetuar análise de questões que não sejam licitatórias. (grifos nosso)

[...]

Compulsando os autos, verifico que assiste razão a Pregoeira sobre quase todo o mérito do Recurso Administrativo, notadamente por observar todas as disposições do edital e Lei Federal nº 14.133, exceto quanto ao aceite de Taxa Administrativa Negativa, que prejudicou o direito de tratamento diferenciado para Empresas de Pequeno Porte e Microempresas.

II.II. DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

A Lei Complementar nº 123/2006, art. 44 e 45, assegura às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, a preferência nas licitações:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, 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.

322m

O tratamento diferenciado e favorecido conferido às ME e EPP também é previsto pela Lei nº 14.133/21:

Art. 4º Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

[...]

§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

[...]

O Edital da Licitação, dispôs sobre a aplicação dos benefícios da LC nº 123/2006 às microempresas e empresas de pequeno porte no item 5.19, vejamos:

5.19 Em relação a itens não exclusivos para participação de microempresas e empresas de pequeno porte, uma vez encerrada a etapa de lances, será efetivada a verificação automática, junto à Receita Federal, do porte da entidade empresarial. O sistema identificará em coluna própria as microempresas e empresas de pequeno porte participantes, procedendo à comparação com os valores da primeira colocada, se esta for empresa de maior porte, assim como das demais classificadas, para o fim de aplicar-se o disposto nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123, de 2006, regulamentada pelo Decreto nº 8.538, de 2015.

No presente caso, muito embora o critério de julgamento adotado no certame tenha sido a MENOR TAXA ADMINISTRATIVA, EXPRESSA EM PERCENTUAL (%), o limite fixado durante a fase de lances foi de 0% (zero por cento), conforme a própria Manifestação da Pregoeira, razão pela qual houve o empate real entre as licitantes, e

consequentemente a impossibilidade das Empresas de Pequeno Porte e Microempresas ofertarem proposta de preço inferior àquela considerada vencedora, sendo realizado sorteio pelo sistema.

Mutatis mutandis, se o edital não estabeleceu qual seria o limite para menor taxa administrativa, não poderia ter sido presumido a vedação para lances com Taxa Administrativa Negativa, eis que esta, conforme o caso concreto, é perfeitamente legal, visto que privilegia a competitividade e a possibilidade de a Administração obter proposta mais vantajosa, representando na prática, o maior desconto.

Cabe ressaltar que fato idêntico já foi levado ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (Acórdão 00065/2023-5 – 2ª Câmara), ao analisar a representação protocolizada pela PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA, em face da COMPANHIA DE GÁS DO ESPÍRITO SANTO – ES GÁS, em relação ao Pregão Eletrônico PESG041/2022. No caso supramencionado, a representação foi feita ante a ausência da previsão expressa no edital para apresentação de proposta de preços por meio de taxas negativas.

O representante concluiu que não havia vedação à oferta de taxa negativa, interpondo, concomitantemente à Representação no TCEES, impugnação ao edital, sendo respondido pelo Pregoeiro a seguinte pergunta:

[...]

“Prezados licitantes, seguem respostas aos questionamentos recebidos. NÃO MENCIONA ACEITABILIDADE DE TAXA NEGATIVA QUESTIONAMENTO 1: ESCLARECIMENTO AO PREGOEIRO: **Com relação ao**

juízo de julgamento, será aceita taxa negativa? RESPOSTA
ES GÁS: Sim. (grifo nosso).

324m

Ante ao esclarecimento, o TCEES entendeu pela improcedência da representação, e arquivou o procedimento.

Dessa forma, somente não deve ser admitida a taxa negativa na hipótese de haver vedação expressa para tanto no edital.

II.III. DA AUTOTUTELA. AUTONOMIA DA ADMINISTRAÇÃO PARA ANULAR OU REVOGAR SEUS PRÓPRIOS ATOS

A autotutela é o poder que a Administração Pública goza para anular ou revogar seus atos administrativos, quando estes se apresentarem, respectivamente, **ilegais ou contrários à conveniência ou à oportunidade administrativa.** Vale destacar que tanto nos casos de revogação, quanto nos casos de anulação, é desnecessária a intervenção do Poder Judiciário, podendo, ambas serem realizadas por meio de outro ato administrativo auto executável.

Segundo os entendimentos do Doutrinador Marçal Justen Filho:

"A revogação consiste no desfazimento do ato porque reputado inconveniente e inadequado à satisfação do interesse público. A revogação se funda em juízo que apura a conveniência do ato relativamente ao interesse público... Após, praticado o ato, a administração verifica que o interesse público poderia ser melhor satisfeito por outra via. Promoverá então o desfazimento do ato anterior... Ao determinar a instauração da licitação, a Administração realiza juízo de conveniência acerca do futuro contrato (...) Nesse sentido, a lei determina que a revogação dependerá da ocorrência de fato superveniente devidamente comprovado. Isso indica a inviabilização de renovação do mesmo juízo de conveniência exteriorizado anteriormente" (Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética. 9ª Edição. São Paulo. 2002, p. 438).

325m

O Supremo Tribunal Federal há muito tempo consolidou sua jurisprudência no sentido de que a Administração Pública tem o poder de rever os seus próprios atos quando os mesmos se revestem de nulidades ou quando se tornam inconvenientes e desinteressantes para o interesse público. Em verdade, em função da longevidade da pacificação desse entendimento, essa matéria já foi até mesmo sumulada. Veja:

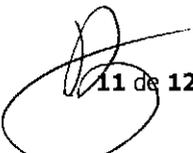
Súmula 473 do STF

"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 ou oportunidade**, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." (grifo nosso).

No caso em tela, o Recurso Administrativo trata especialmente da impossibilidade de exercer o direito de tratamento diferenciado para Empresas de Pequeno Porte e Microempresas, o que seria perfeitamente legal, caso houvesse vedação à propostas com taxa negativa no edital.

No entanto, visto que não há previsão expressa de tal vedação, a interpretação *ipsis litteris* do edital, é que é possível a oferta de lances com Taxa Administrativa Negativa, eis que representa o maior desconto, sendo prejudicial aos licitantes tal limitação, e ilegal segundo as regras do edital.

Desta feita, considerando o Princípio da Autotutela, segundo o qual a Administração Pública tem o poder de controlar seus próprios atos, anulando-os quando ilegais ou revogando-os quando inconvenientes ou inoportunos, o Município deve revogar a decisão que declarou a licitante **FACE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA** vencedora do certame, e proceder a reabertura da fase de lances, com a possibilidade de aceitar lances com a Taxa


11 de 12

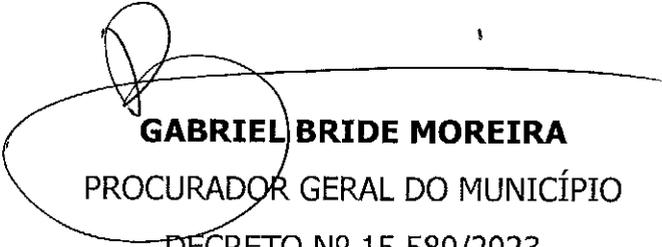
de Administração Negativa, inclusive para que seja observado o tratamento diferenciado das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, conforme disposto na Lei Complementar nº 123/2006, art. 44 e 45. 826m

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, observado a legislação e jurisprudência pátria, esta Procuradoria **OPINA PELA REABERTURA DA FASE DE LANCES, PARA QUE SEJAM ACEITAS PROPOSTAS COM TAXAS ADMINISTRATIVAS NEGATIVAS,** e conseqüente **REVOGAÇÃO DA DECISÃO QUE DECLAROU A LICITANTE FACE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA VENCEDORA DO CERTAME,** pelos fatos e argumentos de direito aduzidos neste Parecer Jurídico, ressalvados os demais trâmites licitatórios.

Salvo melhor juízo, é o nosso parecer.

São Mateus-ES, 02 de agosto de 2024.


GABRIEL BRIDE MOREIRA

PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO

DECRETO Nº 15.580/2023