

Parecer nº 246/2023/PJ/FMB

Processo administrativo nº 1970/2023

Interessado: Pregoeira Oficial

Assunto: Proposta comercial e planilha orçamentária. Patrimônio Líquido. Ilegalidade. Contraditório e ampla defesa.

### 1. Do relatório.

Vem ao exame desta Procuradoria Jurídica o memorando DA/SS/AF/004/2023, encaminhado pela Sra. Pregoeira Oficial, no qual se questiona, em síntese, a viabilidade de avançar com a proposta vencedora no certame, tendo em vista supostamente ter ultrapassado o valor máximo admitido para a contratação.

Narra que a empresa 2 ECO BANK foi a ofertante do menor preço ao final da etapa de lances, apresentando uma proposta de R\$ 31.249.000,00 sem a inclusão do ICMS, e de R\$ 38.108.536,59 com o acréscimo do mesmo, conforme se observa dos autos e do Memorando DMIEM n.º 142/23.

Observa que o item 7.4 do Edital estabelece que a proposta deve englobar todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários e outros encargos. No entanto, destaca que o item 06 do termo de referência estabelece que o preço máximo admitido para a contratação é de R\$ 34.748.937,19.

Dentro desse contexto, questiona se a proposta no valor de R\$ 38.108.536,59 não estaria acima do limite previsto no termo de referência.

É o relatório. Passo a opinar.

### 2. Da fundamentação jurídica.

#### a. Da regularidade da proposta.



Examinada a questão, **entendemos que a proposta não excede o preço máximo estabelecido no certame.**

Isso porque, a planilha orçamentária constante no anexo VI fixou o valor máximo de R\$ 34.604.891,50 para a contratação **sem a inclusão de ICMS** (fls. 167). De outro lado, também fixou o valor máximo admitido com a inclusão do ICMS, na monta de R\$ 42.201.087,19 (fls. 168).

Com efeito, tendo a empresa apresentado o valor de R\$ 31.249.000,00 sem a inclusão do ICMS, e de R\$ 38.108.536,59 com o acréscimo do mesmo, **não restam dúvidas que a proposta está dentro dos parâmetros fixados no certame.**

#### **b. Da ilegalidade.**

Superada a questão da regularidade da proposta, melhor analisando os autos nesta oportunidade, **observo que há pontos no edital e no termo de referência que podem comprometer a lisura do certame.**

No item 2 do edital, consta que a despesa total com a execução do objeto é estimada em R\$ 173.744.685,95, "*distribuídos na forma indicada no Termo de referência*". A planilha orçamentária constante no Termo de Referência, por sua vez, trouxe a estimativa de R\$ 34.604.891,50 (sem ICMS) para o período total do contrato. Ou seja, **os valores previstos no termo de referência não coincidem com àqueles previstos no edital.**

Além disso, devido a inconsistência, **o requisito de patrimônio líquido estabelecido para os participantes foi estipulado em 10% do valor total do contrato, totalizando R\$ 3.460.489,15. Contudo, a exigência deveria corresponder a 12 meses do valor total estimado para a contratação, dada a natureza contínua do serviço, nos termos da Súmula 37 do TCE-SP e dos pareceres das consultorias anexados ao presente, in verbis:**

*Em procedimento licitatório para **contratação de serviços de caráter continuado**, os percentuais referentes à garantia*

para participar e ao capital social ou patrimônio líquido devem ser calculados sobre o valor estimado correspondente ao período de 12 (doze) meses.

Sob essa perspectiva, a imposição de um requisito de patrimônio líquido que ultrapassa os limites estabelecidos pela legislação e pela Súmula 37 do TCE-SP configura ilegalidade, comprometendo direta e potencialmente a participação dos interessados, impactando negativamente a competição no certame.

Vale salientar que a jurisprudência do TCU, assentada sob a égide da antiga Lei de Licitações - *apesar de não vincular esta Autarquia, mas de indubitável caráter orientativo* -, é no sentido de que as modificações no ato convocatório que tendem a aumentar o número de licitantes devem ser republicadas na forma que se deu o texto original, "independente de afetação de propostas de licitantes". Confira-se:

“[...] modificações editalícias que tendem a provocar o aumento do número de interessados a participar do certame, independente de afetação de propostas de licitantes que já detenham o conhecimento do instrumento convocatório, identificadas no Pregão Eletrônico 3/2020, devem ser divulgadas pela mesma forma que se deu o texto original ...” (Acórdão 2.426/2020, Plenário, rel. Min. Vital do Rêgo).

Sendo assim, em juízo de controle interno de legalidade e à luz dos princípios da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, recomenda-se a alteração desses pontos, com a republicação do edital e a reabertura dos prazos para apresentação de novas propostas, nos termos do §1º do artigo 55 da Lei n.º 14.133/21, *in verbis*:

*Lei n.º 14.133/21, art. 55. [...] § 1º Eventuais modificações no edital implicarão nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos*

Q

*dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas.*

**c. Da prescindibilidade de contraditório e ampla defesa. Ausência de direito adquirido.**

Por derradeiro, cabe pontuar que a Administração Pública tem o poder-dever (*prerrogativa*) de anular seus próprios atos que violem a lei, desde que sejam preservados os direitos adquiridos de terceiros, conforme preconiza a 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.*

Nesse sentido, a rigor, para a mencionada invalidação, exige-se a instauração de processo administrativo que assegure aos atingidos pela decisão a oportunidade de se manifestar a respeito, nos termos do art. 71, §3º da Lei n.º 14.133/21:

*§ 3º Nos casos de anulação e revogação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados.*

Entretanto, em que pese a disposição, o **Superior Tribunal de Justiça** tem entendimento de que antes da adjudicação do objeto e da homologação do certame, o particular declarado vencedor não tem qualquer direito a ser protegido em face de possível desfazimento do processo de contratação, o que afasta a necessidade de lhe ser assegurado o exercício do contraditório e ampla defesa. Veja-se:

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.)*

No mesmo sentido é o entendimento do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PERDAS E DANOS C. C. INDENIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ATO DE ANULAÇÃO DE LICITAÇÃO (CARTA CONVITE 001/2017 DA CÂMARA MUNICIPAL DE ICÉM). SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REFORMA. *Sem arguições preliminares. No mérito, sentença confirmada por seus próprios fundamentos, adotados como razão de decidir. No caso, diante do conjunto probatório, denotou-se a anulação ou revogação da licitação antes da adjudicação e da homologação. Mera expectativa de direito. Precedentes do STJ. Direito adquirido que somente ocorreria após a formalização dos atos adjudicatórios e homologatórios, com a celebração do*

*contrato assinado entre as partes. Jurisprudência da Corte Superior. Ausência de demonstração de ilegalidade ou de perdas e danos, bem como de elementos para se configurar a ilegitimidade do ato administrativo. Sentença mantida, portanto. Majoração, em grau recursal, da verba honorária fixada na origem. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1001366-56.2020.8.26.0390; Relator (a): Camargo Pereira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Nova Granada - Vara Única; Data do Julgamento: 26/06/2023; Data de Registro: 26/06/2023)*

No presente caso, o processo encontra-se em fase de classificação da proposta vencedora, anterior a fase de habilitação e a homologação e adjudicação do certame.

Sendo assim, considerando a atual fase do processo e o entendimento adotado pelo STJ e TJSP, não há óbice a supressão do contraditório e ampla defesa no presente caso, haja vista a ausência de direito adquirido à contratação a ser tutelado.

### 3. Da conclusão.

À luz do exposto, **RECOMENDA-SE** proceder com a correção dos pontos mencionados, com a republicação do edital e a reabertura dos prazos para apresentação de novas propostas, dispensada a abertura de contraditório e ampla defesa aos interessados.

É o parecer, *s.m.j.*

Piracicaba/SP, 24 de agosto de 2023



Felipe Milani Baldan  
Procurador Jurídico



Danielle Pacheco de Souza Santim  
Procuradora Jurídica Chefe