

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.

Q



SERVIÇO MUNICIPAL DE ÁGUA E ESGOTO
AUTARQUIA MUNICIPAL – PIRACICABA - SP

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

302
P

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 –

303
P

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

Q

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