

Ao
Município de Tubarão-SC
Sr. Joares Carlos Ponticelli
Prefeito

Por intermédio do
Sr. Matheus Cardoso Barreto
Pregoeiro

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 21/2021

CONTATO Internet Eireli, inscrita no CNPJ sob nº 07.562.175/0001-31, com sede na Rua Antonio Bertoncini, 515 - sala 2, bairro Cidade Alta, Araranguá-SC, por seu procurador já constituído nos autos, com fulcro no art. 109, I, “c”, da Lei nº 8.666/1993, c/c artigo 9º Lei 10520/2002, vem apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

em face da decisão que revogou o processo licitatório em epígrafe, sem que esteja evidenciado a ausência de oportunidade e conveniência no processo licitatório e, sobretudo, sem justificativa em fato superveniente relevante que justifique a revogação do processo licitatório.

1. BREVE RESUMO DOS FATOS

O Município de Tubarão, visando atender à necessidade de *“acesso à Internet via Fibra Óptica, transporte de dados e proteção da rede por meio de Appliance de Firewall NGFW”*, preparou o edital do Pregão Eletrônico nº 021/2021, com as regras bem definidas tanto para a aceitação das propostas comerciais quanto para a habilitação dos proponentes.

Após a etapa de lances, a proposta da Ateky foi desclassificada por não atender à exigência dos itens 6.2.1, 6.2.2, 6.2.4, 6.3 e 7.2.4.g do edital.

Após a desclassificação da recorrente, a CONTATO teve a possibilidade de **reduzir significativamente** o preço da Ateky em uma economia que jamais poderia ser desconsiderada.

A Ateky apresentou recurso administrativo, que foi completamente contrarrazoado pela CONTATO, não restando dúvida quanto à necessidade de desclassificar aquela empresa, inclusive conforme consta na decisão que decidiu pela revogação do processo licitatório.

2. PRELIMINAR - O CABIMENTO DO RECURSO CONTRA A REVOGAÇÃO

O despacho que revoga a licitação afirma na sua fundamentação:

É relevante destacar que não é oportuno a abertura de prazo para a utilização dos preceitos fundamentais constitucionais do contraditório e da ampla defesa, uma vez que não existe direito adquirido antes da homologação licitatória, conforme segue a jurisprudência:

O despacho confunde duas coisas completamente distintas: não existe direito adquirido antes da homologação licitatória, o que é uma regra geral.

Outra coisa, completamente diferente, é não ser aberto prazo para contraditório e ampla defesa, a legislação é cristalina quanto ao dever de conceder esse direito fundamental quando da revogação da licitação.

O Edital do Pregão em apreço, logo no preâmbulo relaciona as normas legais que são aplicáveis a este certame, deixando claro como o sol, que a Lei nº 8.666/1993 rege a presente licitação. Assim é teor desse dispositivo editalício:

Rege a presente licitação, a Lei Federal 10.520/02, a **Lei Federal nº 8.666/93**, Lei Complementar nº 123/2006, Decreto nº 10.024/2019, o Decreto Municipal nº 2.450/07, observadas as alterações posteriores e demais legislações aplicáveis. (grifou-se)

O transcrito texto do edital está perfeitamente ajustado ao que reza o art. 9º da Lei 10.520/2002, que determina a aplicação, de forma subsidiária, da Lei nº 8.666/1993 no pregão:

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

A aplicação da Lei nº 8.666/1993 no pregão em tela é questão indiscutível, não havendo nenhuma dúvida quanto a isso.

O § 3º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993 é cristalino ao assegurar o contraditório e a ampla defesa nos casos de revogação ou anulação da licitação:

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.

[...]

§ 3º No caso de **desfazimento** do processo licitatório, **fica ASSEGURADO O CONTRADITÓRIO e a ampla defesa.** (grifou-se)

Ao tratar dos casos em que cabem recurso, a Lei nº 8.666/1993 inclui a revogação na alínea “c” do inciso I:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei **CABEM:**

I - **RECURSO**, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, **nos casos de:**

[...]

c) anulação ou **REVOGAÇÃO** da licitação; (grifou-se)

Não há dúvida nenhuma de que cabe recurso administrativo contra a decisão que revoga a licitação. Mais do que isso, a decisão tomada já poderia ser considerada nula, visto que o §3º do artigo 49 determina que seja assegurado o **contraditório** e a **ampla defesa**.

Ou seja, a empresa não apenas tem direito ao recurso administrativo como também teria que ter a oportunidade de apresentar uma defesa prévia anterior à tomada de decisão que revogou o processo licitatório. Neste sentido, tem-se súmula elaborada pela renomada consultoria Zênite:

Súmula n° 04¹, elaborada por esta Consultoria:

EMENTA: No caso do desfazimento do procedimento licitatório, **o contraditório e a ampla defesa devem ser assegurados antes da prática do ato de revogação ou anulação**, sob pena de ilegalidade do próprio ato.

JUSTIFICATIVA:

A licitação, seja qual for a sua modalidade, constitui procedimento administrativo e, como tal, comporta revogação, por razões de interesse público, e anulação, por ilegalidade, nos termos do art. 49 da Lei n° 8.666/93.

A decisão de revogar ou anular uma licitação consiste no seu desfazimento pela autoridade administrativa competente para a aprovação do procedimento, isto é, para sua homologação, reservada também a possibilidade do Judiciário anular o certame desde que provocado por quem tenha legítimo interesse para agir.

O ato de revogação ou de anulação pela própria Administração, atuando de ofício ou por provocação de terceiros, deve ser motivado, sendo necessário parecer escrito e devidamente fundamentado.

Mas o art. 49, § 3° da Lei n° 8.666/93 estabelece ainda que no caso de desfazimento do processo licitatório – revogação ou anulação – fica **assegurado o contraditório e a ampla defesa**.

O direito ao contraditório e à ampla defesa tem fundamento constitucional (CF, art. 5°, LV), e consiste no direito dos licitantes de se oporem ao desfazimento da licitação antes que decisão nesse sentido seja tomada.

Entendendo ser caso de desfazimento do processo licitatório, a Administração deve comunicar aos licitantes essa sua intenção, oferecendo-lhes a oportunidade, no prazo razoável que lhes assinalar, de defender a licitação promovida, procurando demonstrar que não cabe o desfazimento, antes da decisão ser tomada.

Se levado a efeito **o desfazimento sem que tenha sido assegurado antes o direito ao contraditório e ampla defesa, A DECISÃO SERÁ NULA**, só por essa razão. De qualquer forma, decidido o desfazimento, assiste ainda aos licitantes o direito de interpor recurso administrativo, com fundamento no art. 109, I, alínea “c”, da Lei n° 8.666/93, direito esse que com aquele não se confunde. (grifou-se)

1 Revista Zênite ILC, 1996, p. 268. Disponível em: <https://zenite.blog.br/requisitos-para-a-revogacao-da-licitacao/>. Acesso em: 28 mar. 2022.

No mesmo sentido estão os ensinamentos do Professor Ronny Charles²:

Não foi à toa que o Tribunal de Contas da União determinou à FUNASA que se abstinhasse de revogar licitações sem motivo legalmente justificado, **sob pena de aplicação de multa** constante do art. 58, III, da Lei nº 8.423/92, c/c art. 268, III, do Regimento Interno/TCU.

Embora, em tese, por respeito à impessoalidade, o juízo de conveniência e oportunidade da revogação geral já deveria ter como lastro o interesse público, na hipótese aqui tratada vê-se claramente que o legislador quer apresentar limites, de forma a evitar abusos gerenciais e proteger o competidor de boa-fé. Podemos então pontuar que, **além da necessidade de respeitar o contraditório, ampla defesa e exigir parecer escrito e fundamentado**, a revogação da licitação pressupõe que seu motivo seja baseado em **fato superveniente, pertinente** (possuindo relação direta entre fato e motivo da revogação), **suficiente** (de tal forma que justifique a medida, o que mostra seu trato como ato excepcional) e **condizente com o interesse público**. (grifou-se)

Logo, não paira dúvida quanto ao cabimento do presente recurso administrativo.

3. A AUSÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE PARA JUSTIFICAR A REVOGAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO

A revogação da licitação ocorre nos casos em que não há mais oportunidade e conveniência na manutenção do objeto da licitação. A Administração somente pode revogar o processo licitatório nos casos em que houver fato superveniente que justifique a tomada de decisão. Eis o texto expresso do artigo 49 da Lei nº 8.666/1993:

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. (grifou-se)

2 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 730.

No caso em tela, não existe nenhum fato superveniente que justifique a revogação da licitação.

Mais do que isso, revogar um processo licitatório significa afirmar que a Administração não tem mais interesse na continuidade daquela contratação. Essa afirmação é obviamente inverídica. O Município de Tubarão não só tem interesse na continuidade da licitação como certamente republicará o processo licitatório em breve, o que não é possível quando se revoga uma licitação.

A revogação somente seria cabível se o Município não tivesse mais interesse na contratação do objeto, que é a contratação de empresas especializada para prestação dos serviços de acesso à Internet via Fibra Óptica.

É evidente que o Município ainda precisa de empresas especializadas para prestação dos serviços de acesso à Internet. Essa necessidade não se modificou e, portanto, não cabe a revogação do processo licitatório.

Os fundamentos para revogação consistem em duas decisões equivocadas durante a licitação: a) o equívoco na inabilitação da empresa Ateky em razão dos itens 6.2.1, 6.2.2, 6.2.4 e 6.3; e b) o equívoco na formatação dos lances na fase pública do pregão.

Ocorre que o cometimento de erros na condução do processo não configura situação para revogação do processo licitatório, mas sim para sua **anulação**, caso fosse o caso.

Embora possa parecer que os dois institutos sejam semelhantes, os contornos jurídicos dos dois são completamente distintos, tanto no que tange à sua fundamentação quanto às consequências de cada um deles.

Enquanto a revogação exige um fato superveniente que retire o interesse do Município naquela contratação, a anulação exige que atos administrativos nulos ou anuláveis tenham ocorridos.

No plano das consequências, também há importantes distinções: a revogação impede o Município de lançar novamente a mesma licitação. A anulação do processo, por outro lado, não impede o relançamento do

mesmo objeto, escoimadas as ilegalidades praticadas na condução do processo.

Entretanto, quando existe uma anulação, essa Administração teria o dever de abrir processo administrativo disciplinar para apurar a responsabilidade dos gestores que deram causa à ilegalidade.

São dois institutos completamente distintos, mas que estão sendo confundidos no caso concreto. Para deixar mais claro o conceito, abordaremos cada um dos dois fundamentos em separado.

4. O EQUÍVOCO PARCIAL NA DESCLASSIFICAÇÃO DA ATEKY

Essa Administração reconhece, no despacho que fundamenta a revogação, que cometeu um equívoco **parcial** na desclassificação da licitante Ateky:

Admitimos a ocorrência de um equívoco sob este aspecto dos referidos itens sublinhados com as respostas do corpo técnico, no entanto a empresa ATEKY ainda deixou de apresentar outros documentos requisitados pelo edital, sob o exemplo do rol do item 7.2.4.g, e pela não apresentação de marca e modelo dos equipamentos para averiguação detalhada do produto em si, dito isso, os requisitos insatisfatórios se procederam na **desclassificação** da própria, mesmo que em provimento parcial do recurso pelo acatamento das contradições dos itens 6.2.1, 6.2.2, 6.2.4 e 6.3. (grifo do original)

De fato, houve um equívoco (ilegalidade) parcial na desclassificação da Ateky, ao afirmar que a empresa deixou de atender aos itens 6.2.1, 6.2.2, 6.2.4 e 6.3. Os itens eram exigidos para fins de contrato e não precisariam ser apresentados naquele momento.

Não obstante, existem outros motivos para a desclassificação da empresa, notadamente o descumprimento do item 7.2.4.g, além dos itens 7.2.4.a e 7.2.4.b.

Ou seja, de fato houve um equívoco no processo, mas que foi prontamente corrigido por essa Administração com o provimento parcial do recurso da Ateky, para retirar a fundamentação dos itens 6.2.1 a 6.3.

Logo, não há que se falar em revogação ou anulação do processo licitatório por esta razão, tendo em vista que o equívoco cometido já foi saneado e não gera absolutamente nenhuma alteração no resultado do processo licitatório. A empresa Ateky seria/será desclassificada de qualquer forma, independentemente da decisão equivocada que havia sido proferida.

No caso em tela, a decisão acertada é a continuidade do certame, com o saneamento do equívoco. A anulação/revogação demandaria a apuração de responsabilidade do agente público que cometeu o equívoco, inclusive com a indenização dos custos ao Município de realização de um novo processo licitatório, o que não faz sentido, visto que a decisão pode, e já foi, saneada.

5. O EQUÍVOCO NA FORMATAÇÃO DOS LANCES

De fato a empresa CONTATO afirmou em petição anterior que foi cometido um equívoco (ilegalidade) na condução dos lances, que foram executados em formato distinto daquele previsto no instrumento convocatório.

Não obstante, no mesmo sentido do item anterior, ainda que por razões distintas, o processo licitatório já saneou a irregularidade ocorrida na fase de lances.

No item 2, em que a CONTATO acabou impedida de ofertar lances pelo equívoco do sistema, com a desclassificação da Ateky, a CONTATO teve oportunidade de negociar seu preço e apresentar proposta mais vantajosa a essa Administração, inclusive muito inferior ao último preço ofertado pela Ateky.

Neste sentido, não houve nenhum prejuízo na ilegalidade cometida, visto que foi mantida a oportunidade da CONTATO de oferecer o lance, saneando a ilegalidade anteriormente existente.

Assim como no fundamento anterior, nos casos em que a nulidade é saneada, não se faz a anulação do processo licitatório, em respeito à economicidade, eficiência, celeridade e à legalidade.

Não poderia essa Administração, em razão de nulidades que já foram saneadas, cancelar o processo, sob pena de descumprir as regras editalícias e, sobretudo, dar nova oportunidade às empresas que já participaram da licitação de apresentar novos documentos, agora conhecendo os preços uma das outras. Tal prática, fere a isonomia entre os licitantes e o sigilo das propostas, elementos fundamentais do processo licitatório.

Sobre o tema, tem-se o posicionamento de Marçal Justen Filho³:

Dito de outro modo, não se admite que a invalidade resulte da mera discordância entre o ato concreto e um modelo jurídico. É imperioso agregar um componente axiológico ou finalista. A nulidade evidencia-se como um defeito complexo, em que se soma a discordância formal e a infração aos valores que dela derivam. Então, a discordância é a causa geradora desse efeito, consistente no sacrifício de valores jurídicos. **Sem a consumação do efeito (lesão a um interesse protegido juridicamente) não se configura a invalidade jurídica.** (grifou-se)

No caso em tela, não há fundamento para revogar o lote 2 da licitação.

Ainda mais evidente é o dever de manter a contratação do lote 1 desta licitação que não teve nenhuma relação com as discussões em tela. Mesmo que as nulidades apontadas não tivessem sido saneadas, o lote 1 não teve a participação da Ateky e não teve nenhum problema com relação aos lances, dada a participação individual da CONTATO. Não há nada que possa mesmo que minimamente apontar para o desfazimento do Lote 1, seja por anulação seja por revogação.

6. CONCLUSÕES

Ante o exposto, pede/requer a CONTATO:

- a) o recebimento do presente recurso administrativo, dado seu manifesto cabimento, nos termos do artigo 109, I, “c”, da Lei nº 8.666/1993;

3 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 892.

- b) o cancelamento da decisão que revogou o processo licitatório como um todo, mantendo a declaração de vencedora da CONTATO para ambos os lotes e promovendo sua contratação;
- c) não sendo este o entendimento dessa respeitada Administração, seja mantida, ao menos, a declaração de vencedora da CONTATO para o lote 1, que não teve nenhuma relação com os fundamentos apontados para a revogação do processo licitatório.

Florianópolis-SC, 28 de março de 2021.

Felipe Boselli
OAB/SC 29.308