



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Urubici
Vara Única

Autos nº 0300713-94.2015.8.24.0077

Ação: Mandado de Segurança/PROC

Impetrante: Bottin Consultoria Ltda - ME

Impetrado: Prefeito do Município de Rio Rufino -Ademar de Bona Sartor e outros

Vistos para sentença.

RELATÓRIO

Bottin Consultoria Ltda-ME impetrou mandado de segurança com pedido liminar em face do Prefeito do Município de Rio Rufino, Ademar de Bona Sartor, e dos membros da comissão de licitações do município de Rio Rufino, Sergio Mafieletti, Xanely Desirre Cardoso Borguesan e Marcia Aparecida Kobeski, por atos praticados na licitação na modalidade de pregão n. 24/2015.

Em resumo, a impetrante ingressou com o presente mandado de segurança objetivando que o Município de Rio Rufino se abstenha de lançar nova licitação ou suspenda licitação com o mesmo objeto do Pregão Presencial n. 24/2015 já realizada, de forma, ao final, a declarar a nulidade do ato que escolheu vencedora a pessoa jurídica Ilha Consultoria e Gestão Empresarial e o que lhe torna habilitada, além do ato que anulou tal processo licitatório, para ao final alçar a impetrante como vencedora daquele procedimento, em atenção ao direito de preferência da microempresa, dando-se continuidade à licitação. Juntou documentos.

Houve decisão às pp. 101-105 em que foi concedido parcialmente o pedido de medida liminar.

Na sequência, o Município de Rio Rufino se manifestou nos autos às pp. 117-148. Alegou, em preliminar, inépcia da inicial e ilegitimidade ativa. Quanto à matéria de fundo, aludiu a improcedência dos pedidos da impetrante, salientando a

Endereço: Rua Nereu Ramos, 200, Centro - CEP 88650-000, Fone: (49) 3278 6900, Urubici-SC - E-mail: urubici.unica@tjsc.jus.br
 urubici.unica@tjsc.jus.br 1

Gabinete Camila Murara Nicoletti
 Juíza de Direito



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Urubici
Vara Única

desistência da impetrante na segunda rodada de lances verbais no pregão. Juntou documentos para instruir o feito.

Os impetrados prestaram informações às pp. 192-196, onde argumentam que a anulação do Pregão Presencial n 24/2015 se deu pela falta de clareza e precisão do objeto. Além disso, afirmaram não ter havido qualquer vício ou falha na condução dos trabalhos.

O impetrante manifestou-se sobre as teses defensivas às pp. 200-203.

O Ministério Público requereu às pp. 207-208 a intimação do Município de Rio Rufino para que juntasse aos autos cópia integral do processo licitatório na modalidade Pregão Presencial n. 24/2015, o que foi deferido à p. 209 e cumprido pelo Município de Rio Rufino às pp. 213-328.

Houve manifestação do Ministério Público pela concessão parcial da ordem (pp. 332-336).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de mandado de segurança que tem por objetivo a anulação do ato que anulou o Pregão Presencial n. 24/2015, daquele que declarou vencedora pessoa jurídica e do ato que habilitou Ilha Consultoria e Gestão Empresarial Ltda. no respectivo processo licitatório, com a consequente nomeação da impetrante como vencedora da licitação em questão.

Preliminarmente, o Município de Rio Rufino afirmou ser a impetrante parte ilegítima ao pleito formulado e requereu a extinção do processo sem a apreciação do mérito.

Com efeito, dispõe a Constituição Federal Brasileira de 1988 que "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (Art. 5.º, inc. LXIX).



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Urubici
Vara Única

O mesmo preceito vem expresso na Lei n. 12.016/2009, no sentido de que "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas corpus' ou 'habeas data', sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça" (Art. 1º).

Resta claro nos autos o interesse da impetrante na demanda, uma vez que foi parte ativa no processo licitatório e devidamente credenciada para apresentar propostas. A desistência de oferecer mais lances durante o ato do pregão pelo impetrante não descaracteriza sua condição de interessado no processo licitatório.

Da mesma forma, não é o caso de inépcia da inicial, uma vez que, no momento do ajuizamento da ação, foram respeitados os requisitos constantes no art. 282 do Código de Processo Civil de 1973 e da Lei n. 12.106/2009.

Rechaçadas as preliminares levantadas, passa-se a análise do mérito:

I – Da nulidade do ato que anulou a licitação

Razão assiste a impetrante no que tange ao pedido de anulação do ato que anulou o processo licitatório de Pregão Presencial n. 24/2015.

Sabe-se que é facultado a Administração Pública anular ou revogar seus próprios atos, conforme preconiza a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. No entanto, no que tange ao processo licitatório, deverá ser assegurado o direito ao contraditório e ampla defesa aos interessados, em consonância com o que dispõe o art. 49, § 3º, da Lei n. 8.666/93.

No caso dos autos, antes de proceder a anulação do processo licitatório, cabia aos impetrados intimar os interessados para se manifestarem a respeito do vício que deu ensejo à anulação, o que, de fato, não ocorreu.

Ressalta-se, ainda, a ausência de fundamentação satisfatória para anulação do pregão, uma vez que não foram expostas concretamente as razões de fato e de direito que deram azo à ilegalidade justificante da declaração de nulidade da licitação.

Endereço: Rua Nereu Ramos, 200, Centro - CEP 88650-000, Fone: (49) 3278 6900, Urubici-SC - E-mail: urubici.unica@tjsc.jus.br
 urubici.unica@tjsc.jus.br 3

Gabinete Camila Murara Nicoletti
 Juíza de Direito



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Urubici
Vara Única

Ademais, não houve apreciação do recurso administrativo do impetrante no processo administrativo com o enfrentamento de suas teses, sendo de plano anulado o procedimento licitatório, sem qualquer manifestação prévia dos participantes.

Desse modo, constatada a violação de direito líquido e certo do impetrante ao contraditório e a ampla defesa, deve o ato que anulou a licitação ser judicialmente anulado e o processo licitatório reaberto.

II – Da suposta habilitação indevida da vencedora da licitação

O impetrante aduz que a pessoa jurídica vencedora na licitação foi indevidamente habilitada, pois não comprovou sua atuação no ramo de tecnologia da informação, tampouco sua capacidade técnica para o objeto da licitação.

No que tange à comprovação de atuação no ramo de tecnologia da informação, o edital apenas assevera que podem participar do certame os interessados que se enquadrem no ramo da atividade pertinente ao objeto da contratação (item 3.1), o que pode ser comprovado através de atestado de qualificação técnica.

Ademais, o objeto da licitação e a comprovação da qualificação técnica não foram alterados com o adendo feito ao edital, de modo que bastava à Administração Pública a comprovação de aptidão técnica, por meio de atestado, expedida por pessoa jurídica de direito público, que comprovasse a capacidade da licitante em promover a recuperação/compensação de contribuições previdenciárias quanto ao RAT, de modo compatível com o objeto da licitação.

Como a pessoa jurídica Ilha Consultoria e Gestão Empresarial Ltda. comprovou sua aptidão técnica de acordo com o objeto da licitação, conforme se denota do documento de p. 307, não assiste razão à impetrante nesse ponto, de modo que indefiro o pedido de anulação da habilitação da pessoa jurídica em questão no Pregão Presencial n. 24/2015.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Urubici
Vara Única

III - Do direito de preferência da microempresa e das ilegalidades na condução do pregão

Discute-se neste momento a validade dos lances verbais feitos pela licitante vencedora durante o pregão.

Certo é que o segundo lance verbal registrado da pessoa jurídica vencedora foi equivocado, pois a concorrente passou a competir com ela mesma, já que a impetrante já havia desistido após a rival cobrir seu preço feito no seu primeiro lance.

Em tal momento a impetrante poderia ter alegado o seu direito de preferência conferido pela Lei Complementar n. 123/2006, mas preferiu desistir de ofertar lances verbais, abrindo mão de sua prerrogativa conferida em lei. Caso não tivesse desistido, a impetrante teria a chance, após o encerramento dos lances, de apresentar nova proposta, no prazo máximo de 5 (cinco) minutos, conforme art. 45, § 3ª da Lei Complementar n. 123/2006.

Ademais, a desistência implicou na exclusão da impetrante do certame, conforme dispõe o art. 11, X, do Decreto n. 3.555/2000: “a desistência em apresentar lance verbal, quando convocado pelo pregoeiro, implicará a exclusão do licitante da etapa de lances verbais e na manutenção do último preço apresentado pelo licitante, para efeito de ordenação das propostas”.

Não é outro o entendimento jurisprudencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO PRESENCIAL. INTERLOCUTÓRIO QUE NEGOU A ORDEM LIMINAR PRETENDIDA PARA SUSPENDER A DECISÃO QUE DECLAROU A LITISCONSORTE COMO VENCEDORA DA DISPUTA. PREGÃO PRESENCIAL. INVOCAÇÃO DO BENEFÍCIO DO EMPATE FICTO CONCEDIDO ÀS "ME" E "EPP" PELA LEI COMPLEMENTAR N. 123/06. IMPETRANTE QUE DESISTE DA OFERTA DE LANCE E PLEITEIA A VALIDADE DO PREÇO MANIFESTADO NA RODADA ANTERIOR PARA EFEITO DO CÁLCULO PERCENTUAL DA VANTAGEM LEGAL. INVIABILIDADE. **DESISTÊNCIA DA OFERTA DE LANCE QUE OPERA A EXCLUSÃO DA DISPUTA, A TEOR DO ART. 11, X, DO DECRETO N. 3.555/2000. POSSIBILIDADE DE CONTINUIDADE DA BUSCA PELO MENOR PREÇO PELA PREGOEIRA. EXEGESE DO ART. 4º, INC. XVII, DA LEI N. 10.520/02. EMPATE FICTO NÃO**



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Urubici
Vara Única

CONFIGURADO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO LIMINAR DA ORDEM. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0120262-14.2015.8.24.0000, de Içara, rel. Des. Odon Cardoso Filho, j. 02-02-2017).

Em virtude disso, Ilha Consultoria e Gestão Empresarial Ltda. foi declarada a vencedora do certame, e, após a verificação dos demais documentos, foi considerada habilitada, e apenas nesse momento a impetrante se insurgiu durante o pregão, manifestando sua intenção de interpor recurso.

As alegações da impetrante de que teve seu direito de preferência preterido, além da incoerência no registro do segundo lance verbal seguido feito pela concorrente, no ato da sessão pública do Pregão Presencial n. 24/2015, não encontram respaldo, uma vez que a impetrante não se manifestou no momento oportuno quanto à ilegalidade no procedimento, de modo que ocorre a decadência de seu direito, conforme art. 4º, XX, da Lei n. 10.520/2002.

Diante disso, indefiro o pedido de revogação do ato que declarou a pessoa jurídica Ilha Consultoria e Gestão Empresarial Ltda. vencedora do Pregão Presencial n. 24/2015 e, por conseguinte, indefiro também o pedido para declarar a impetrante como vencedora do certame.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, com fulcro no art. 487, I, do Novo Código de Processo Civil, retifico a decisão de fls. 101-105 e **CONCEDO** parcialmente a segurança requerida, para anular o ato da Comissão de Licitação do Município de Rio Rufino que anulou o Pregão Presencial n. 24/2015.

Sem honorários, por ser incabível a fixação (Súmula 512 do STF).

O impetrado é isento de custas, conforme Lei Complementar n. 156/97, arts. 33, *caput*, e 35, 'h'.

Sentença sujeita ao reexame necessário (art. 14, § 1º, da Lei n. 12.016/2009).

Considerando que no regime do NCPC, não há exame de admissibilidade de recurso pelo Juízo de Primeiro Grau, se interposto, caberá ao

Endereço: Rua Nereu Ramos, 200, Centro - CEP 88650-000, Fone: (49) 3278 6900, Urubici-SC - E-mail: urubici.unica@tjsc.jus.br
 urubici.unica@tjsc.jus.br 6

Gabinete Camila Murara Nicoletti
 Juíza de Direito



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de Urubici
Vara Única

Cartório Judicial, mediante ato ordinatório, abrir vista à parte contrária para contrarrazões no prazo legal e, após, encaminhar os autos ao egrégio Tribunal.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Com o trânsito em julgado, providencie-se o que for pertinente.

Urubici (SC), 05 de maio de 2017.

Camila Murara Nicoletti
Juíza de Direito

Apelação / Remessa Necessária n. 0300713-94.2015.8.24.0077

Relator: Desembargador Pedro Manoel Abreu

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. MUNICÍPIO DE RIO RUFINO. PREGÃO PRESENCIAL. CERTAME QUE, APÓS ETAPA DE RECURSOS, É ANULADO. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO. NULIDADE RECONHECIDA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

A autoridade não pode revogar ou anular a licitação sem a devida fundamentação baseada em prévio parecer jurídico, e ainda sem oportunizar aos concorrentes o direito ao contraditório e à ampla defesa, mormente quando não se aponta irregularidade concreta do certame, para a anulação, nem se demonstra a existência de interesse público, para a revogação. (TJSC, Rel. Des. Jaime Ramos).

SESSÃO DE APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS. PREGOEIRO QUE NÃO OBSERVA O DIREITO DE PREFERÊNCIA DE MICROEMPRESA. ART. 44 DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006. BENEFÍCIO RECONHECIDO. MODIFICAÇÃO DA DECISÃO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. RECURSO PROVIDO. REFORMA PARCIAL DA DECISÃO EM REEXAME.

[...] não caberá negar a uma ME ou a uma EPP a possibilidade de beneficiar-se das regras previstas nos arts. 42 a 45 da LC n. 123, nem mesmo sob o argumento de ausência de regulamentação. Também não caberá afirmar que o ato convocatório não forneceu a solução cabível para o exercício e para o deferimento dos benefícios. Ainda que não haja regulamentação e não obstante o silêncio do edital, os benefícios previstos na LC n. 123 deverão ser reconhecidos, deferidos e aplicados - sob pena de configuração de nulidade da decisão denegatória (Marçal Justen Filho).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária n. 0300713-94.2015.8.24.0077, da comarca de Urubici Vara Única em que é Apelante Bottin Consultoria Ltda ME e Apelado Município de Rio

Rufino e outro.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por meio eletrônico, por unanimidade, reformar parcialmente a sentença em reexame e dar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 30 de julho de 2019, foi presidido pelo Desembargador Luiz Fernando Boller, com voto, e dele participou o Desembargador Jorge Luiz de Borba.

Florianópolis, 30 de julho de 2019.

Desembargador Pedro Manoel Abreu
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa necessária e apelação cível interposta por Bottin Consultoria Ltda ME contra sentença proferida em sede de mandado de segurança impetrado em face de ato do Prefeito do Município de Rio Rufino.

Objetivou, em síntese, que o Município se abstenha de lançar nova licitação ou suspenda a licitação com o mesmo objeto do Pregão Presencial n. 24/2015 para, ao final, declarar a nulidade do ato que escolheu vencedora a empresa Ilha Consultoria e Gestão Empresarial, além do ato que anulou tal certame, dando-se continuidade à licitação, atendendo-se ao direito de preferência da microempresa.

Concedida parcialmente a liminar, prestadas as informações e apresentados os documentos pertinentes, a magistrada a quo sentenciou o feito, concedendo parcialmente a segurança, para anular o ato da Comissão de Licitação do Município de Rio Rufino que anulou o Pregão Presencial n. 24/2015.

Irresignada, a impetrante apelou, sustentando a plausibilidade do direito de preferência a ela inerente, por ser microempresa. Requereu, assim, o provimento do recurso, a fim de que lhe seja ofertado o aludido direito, oportunizando-lhe apresentar a última proposta de preços do pregão presencial n. 24/2015, do Município de Rio Rufino, requerendo também a manutenção da anulação do ato de anulação do referido pregão.

Intimados, os apelados apresentaram contrarrazões, pugnando pelo desprovimento dos recursos.

Manifestando-se, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento da remessa necessária e pelo conhecimento e provimento do recurso, para reformar a sentença e reconhecer o direito de preferência da impetrante, nos termos do art. 44 da lei Complementar n. 123/2006, anulando-se o segundo lance verbal da licitante Ilha Consultoria e Gestão Empresarial Ltda e todos os atos posteriores.

Este é o relatório.

VOTO

Dá-se provimento parcial ao recurso e à remessa.

Objetiva a impetrante, ora apelante, a modificação da decisão que lhe concedeu parcialmente a segurança para, além de tornar nulo o ato que anulou o processo licitatório Pregão Presencial n. 24/2015, reconhecer o seu direito de preferência como microempresa, oportunizando-lhe o direito de apresentar a última proposta de preços no certame, do Município de Rio Rufino.

Vê-se, assim, que a celeuma se divide em dois aspectos: a anulação da licitação e o direito de preferência da impetrante como microempresa no momento de apresentação das propostas.

O pregão presencial n. 24/2015 objetivou a contratação de serviços de tecnologia da informação, auditoria e consultoria técnica administrativa para compensação de valores recolhidos no Município de Rio Rufino, conforme a documentação de fls. 215 e seguintes dos autos.

O valor máximo da contratação, estipulado pelo Município, foi de R\$30.000,00, e a data para apresentação de propostas e habilitação, 14 de outubro de 2015.

Conforme a ata da sessão pública do Pregão Presencial, foram classificadas as participantes Bottin Consultoria Ltda – ME e Ilha Consultoria e Gestão Empresarial Ltda. Na etapa de lances, Bottin Consultoria baixou sua proposta de R\$28.500,00 para R\$27.900,00, enquanto Ilha Consultoria reduziu de R\$28.000,00 para R\$27.000,00. Em seguida, Bottin Consultoria desistiu de novo lance, enquanto Ilha Consultoria passou a propor o valor de R\$26.500,00, sagrando-se vencedora (fl. 75).

Na referida sessão, a empresa autora alega que não lhe foi ofertado o direito de preferência de microempresa, sendo indevida a classificação como vencedora da licitante Ilha Consultoria e gestão Empresarial.

Isso porque, a diferença entre as propostas de ambas concorrentes era menor do que 5%, caracterizando-se empate ficto. Enquanto a licitante Ilha

Consultoria apresentou proposta inicial escrita de R\$28.000,00, a impetrante propôs R\$28.500,00. Nessa hipótese, conforme a Lei Complementar n. 123/2006, a licitante microempresa deveria ter a oportunidade de ofertar o lance verbal final, o que, conforme seus relatos, não ocorreu.

Contudo, após a apresentação de recurso, a Comissão de Licitação entendeu por bem anular o certame, tendo em vista que a definição do objeto da licitação gerou dúvidas tanto à Administração quanto aos interessados, conseqüentemente impedindo ou dificultando a escolha da melhor proposta para os interesses da Administração. Diante de tal constatação, o processo licitatório foi anulado em 16 de outubro de 2015 (fls. 322-324).

Observou a representante do Ministério Público no primeiro grau, em seu parecer, que as irregularidades que permeiam o processo licitatório em análise são diversas: o não exercício do direito de preferência como microempresa pela empresa Bottin Consultoria; a não intimação das partes para se manifestarem acerca da anulação do pregão e, ainda, a carência de fundamentação da decisão que anulou o certame.

Sentenciando, a magistrada a quo reconheceu que o ato de anulação foi ilegal, pois não obedeceu o contraditório e a ampla defesa. Porém, entendeu que, ao desistir de ofertar lance verbal, a impetrante abriu mão da prerrogativa conferida pela lei, como microempresa, sendo excluída do processo. Por essa razão, não teria o direito líquido e certo pleiteado, que acarretaria a sua classificação como vencedora da concorrência.

1 Da anulação do processo licitatório

Em verdade, a anulação do pregão presencial n. 24/2015 ocorreu, efetivamente, sem que fosse observado o contraditório e a ampla defesa por parte dos concorrentes. Tal constatação acarreta a nulidade do ato de anulação de fls. 325-327. Nos termos da 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 ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e

ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Deveria, assim, a Comissão de Licitação, ter oportunizado aos concorrentes manifestação quanto à anulação do certame, evitando, assim, o vício ora verificado. Outro não é o entendimento consolidado pela jurisprudência deste Tribunal:

AÇÃO COMINATÓRIA. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUTAR SERVIÇOS DE RECEPÇÃO. DEMORA DE SEIS MESES PARA ANÁLISE DE RECURSO ADMINISTRATIVO SEGUIDA DE SÚBITA REVOGAÇÃO UNILATERAL DO CERTAME. SUPOSTA NECESSIDADE DE ALTERAR O OBJETO CONTRATUAL. SUBSTITUIÇÃO DE ALGUNS "RECEPCIONISTAS" POR "DIGITADORES" E ACRÉSCIMO DE "RECEPCIONISTAS EXECUTIVOS" EM ALGUNS SETORES. FUNDAMENTAÇÃO VAGA. MUDANÇA QUE AFETARIA MENOS DE CINCO POR CENTO DO OBJETO CONTRATUAL. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA OITIVA DAS CONCORRENTES. CERCEAMENTO DE DEFESA. ATO CORRETAMENTE ANULADO. DECISÃO MANTIDA.

"A anulação ou revogação de processo licitatório deve ser precedida de oportunidade de defesa, exigindo-se plena justificação, sob pena de ferimento às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório' (STJ - RMS 9738/RJ, Rel. Ministro Garcia Vieira). A anulação ou 'a revogação do certame é ato administrativo, exigindo, portanto, a devida fundamentação e motivação (justo motivo para seu desfazimento), assim como o cumprimento das disposições legais' (STJ - RMS 23360/PR, Rel^a Ministra Denise Arruda)" (MS n. 2013.042791-4, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 14-8-2013). (TJSC, Apelação / Reexame Necessário n. 0324342-02.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 13-06-2017).

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - CONCORRÊNCIA PÚBLICA - CONCESSÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE PASSAGEIROS - ANULAÇÃO DO CERTAME PELO PREFEITO MUNICIPAL - NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO - AUSÊNCIA DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DOS LICITANTES - CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - ATO ADMINISTRATIVO QUE, ADEMAIS, RESSENTE-SE DE FUNDAMENTAÇÃO - LEI N. 8.666/1993, ART. 49, CAPUT E § 3º; E, STF, SÚMULA N. 473 - PRECEDENTES DESTES COLEGIADOS - RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.

"A autoridade não pode revogar ou anular a licitação sem a devida fundamentação baseada em prévio parecer jurídico, e ainda sem oportunizar aos concorrentes o direito ao contraditório e à ampla defesa, mormente quando não se aponta irregularidade concreta do certame, para a anulação, nem se demonstra a existência de interesse público, para a revogação." (Segunda

Câmara de Direito Público, Rel. Des. Jaime Ramos). (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2014.055803-0, de Tubarão, rel. Des. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 15-09-2015).

ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. EMPRESA QUE VENCEU LICITAÇÃO. REVOGAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOBSERVÂNCIA. DECISÃO ANULATÓRIA DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ANULAÇÃO DE DECRETO DE REVOGAÇÃO. SENTENÇA CONFIRMADA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

"A anulação ou revogação de processo licitatório deve ser precedida de oportunidade de defesa, exigindo-se plena justificação, sob pena de ferimento às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório" (STJ - RMS 9738/RJ, Rel. Ministro Garcia Vieira). "A anulação ou "a revogação do certame é ato administrativo, exigindo, portanto, a devida fundamentação e motivação (justo motivo para seu desfazimento), assim como o cumprimento das disposições legais"" (STJ - RMS 23360/PR, Rel^a Ministra Denise Arruda). (TJSC, Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2012.039364-1, de Campo Erê, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 18-02-2014).

Portanto, a decisão que anulou a licitação padece de nulidade, não merecendo reparos a decisão em reexame.

2 Do direito de preferência da impetrante

Quanto ao direito de preferência da empresa Bottin Consultoria, como microempresa, estabelece o art. 44 da Lei Complementar n. 123/2006:

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.

Como já exposto, a diferença entre a proposta inicial apresentada pelas concorrentes foi de R\$500,00, inferior, assim, ao percentual previsto em lei.

A comissão licitante, contudo, ao invés de lhe oferecer o direito de preferência após a primeira redução dos lances, oportunizou à Ilha Consultoria apresentar nova proposta, o que superou o percentual, resultando na escolha, portanto, equivocada.

Conforme o parecer ministerial de primeiro grau (fls. 332-336), o

fase de lances deveria ter sido encerrada com a desistência da empresa Bottin Consultoria Ltda – ME. Da referida manifestação transcreve-se:

[...] verdade é que o registro do lance de n. 2 da empresa Ilha Consultoria e Gestão Empresarial Ltda retirou das propostas já existentes a condição de igualdade. Neste sentido, no intuito de evitar tautologia, colaciona-se abaixo o elucidativo trecho de um pequeno artigo de autoria de Ricardo Alexandre Sampaio:

[...] Nos termos do art. 45, §3º, da LC n. 123/06, havendo empate, a ME ou EPP mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta, logo após o encerramento da fase de lances (art. 44, §2º, da LC n. 123/06).

A lei n. 10.520/02, por sua vez, impõe ao pregoeiro, ao término da etapa de lances, o dever de avaliar a aceitabilidade da proposta de menor preço (art. 4º, inc. XI) e, tanto quanto possível, negociar com o licitante proponente a obtenção de condições ainda mais vantajosas (art. 4º, inc. XVII).

[...] As medidas previstas no Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte constituem o estabelecimento de verdadeira política pública, ao passo que instituem normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser concedido a essas pessoas, conforme previsto na Constituição da República.

Por essa razão, encerrada a etapa de lances no pregão, deve o pregoeiro, primeiro, examinar a aceitabilidade das propostas e, apurada a condição de empate na forma LC n. 123/06, conceder o direito de preferência à ME ou EPP. Somente depois será viável intentar negociação com a licitante mais bem classificada, a qual poderá ser, inclusive, ME ou EPP que tenha exercido a direito de preferência.

Enfim, o fato é que, gostando ou não, enquanto os arts. 44 e 45 da Lei Complementar n. 123/06 forem válidos, vigentes e eficazes, deverão continuar sendo aplicados antes da negociação de preços com a licitante mais bem classificada ao final da fase de lances.

Portanto, ao registrar o lance de n. 2 da empresa Ilha Consultoria e Gestão Empresarial LTDA., o pregoeiro permitiu que ela concorresse com ela mesma, restando violado requisito básico para a fase de lances do procedimento de licitação na modalidade pregão, qual seja, a existência de dois licitantes.

Ao proceder da forma descrita o pregoeiro retirou da empresa impetrante o direito líquido e certo de exercer seu direito de preferência nos termos dos arts. 44 e 45 da Lei Complementar n. 123/2006.

Dessa forma, deve-se reconhecer que o direito da impetrante está presente, e que, efetivamente, a ela deve ser dada a oportunidade de exercer o seu direito de preferência. A propósito, destaca-se dos precedentes desta Corte:

ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO LICITATÓRIO (TOMADA DE PREÇOS). MUNICÍPIO DE CELSO RAMOS. MICROEMPRESA CLASSIFICADA EM SEGUNDO LUGAR. PROPOSTA CONSIDERADA INEXEQUÍVEL.

INSUBSISTÊNCIA. AFRONTA A PREFERÊNCIA, ASSEGURADA NOS ARTIGOS 44 E 45 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. DECISÃO MANTIDA. REMESSA DESPROVIDA. (TJSC, Reexame Necessário n. 0300600-71.2015.8.24.0003, de Anita Garibaldi, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 03-05-2016).

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - PRETENSÃO DE VER DECLARADA A NULIDADE DE LICITAÇÃO, COM FULCRO NA INAPLICABILIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 E NA EXISTÊNCIA DE VÍCIOS FORMAIS E PROCEDIMENTAIS - INOCORRÊNCIA - BENEFÍCIOS PREVISTOS NO DENOMINADO ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE, EM SEUS ARTIGOS 44 E 45, QUE SÃO AUTO-APLICÁVEIS - AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE QUALQUER PREJUÍZO EFETIVO À RECORRENTE POR CONTA DAS IRREGULARIDADES APONTADAS - RECURSO DESPROVIDO.

"[...] não caberá negar a uma ME ou a uma EPP a possibilidade de beneficiar-se das regras previstas nos arts. 42 a 45 da LC n. 123, nem mesmo sob o argumento de ausência de regulamentação. Também não caberá afirmar que o ato convocatório não forneceu a solução cabível para o exercício e para o deferimento dos benefícios. Ainda que não haja regulamentação e não obstante o silêncio do edital, os benefícios previstos na LC n. 123 deverão ser reconhecidos, deferidos e aplicados - sob pena de configuração de nulidade da decisão denegatória." (Marçal Justen Filho, in O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas, 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2007. p. 21).

"O prestígio às formalidades que envolvem o processo licitatório deve preservar o caráter competitivo do certame e o interesse público, que constituem seu real objetivo." (Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2010.051881-4, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 26-10-2010). (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.057220-6, de Dionísio Cerqueira, rel. Des. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 05-11-2013).

Ante o exposto, reforma-se parcialmente a sentença em reexame e dá-se provimento ao recurso, para reconhecer o direito de preferência da impetrante, nos termos do art. 44, da Lei Complementar n. 123/2006, no processo licitatório Pregão n. 24/2015.

Este é o voto.