JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-003.146.10-99

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. SUBPREFEITURA. Operação do serviço telefônico fixo comutado. CONHECIDA. Votação unânime. IMPROCEDENTE. Votação por maioria.

2.563ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 02.08.2011.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação, porquanto preenchidos os requisitos de admissibilidade, estatuídos pelo artigo 55 do Regimento Interno deste Tribunal.

ACORDAM, ademais, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator, EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM, em julgá-la improcedente.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor que, consoante voto apresentado em separado, votou pela procedência da representação e expediu determinação à Subprefeitura Jabaquara.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após o envio de cópia do presente Acórdão à representante e à Subprefeitura Jabaquara, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, o arquivamento destes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 15 de junho de 2011.

EDSON SIMÕES – Presidente.

ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação formulada pela empresa GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA., em face da conduta adotada pela Pregoeira, durante a sessão pública do Pregão Presencial nº 07/SP-JA/2010, deflagrado pela Subprefeitura do Jabaquara, que tem por objeto operação de serviço telefônico fixo.

Segundo a ora Representante, a Pregoeira recusou-se a receber seus envelopes, sob a alegação de que a empresa não havia sido credenciada, negando-se, inclusive, a registrar qualquer ocorrência em ata.

Por entender que houve descumprimento de regra editalícia, invocou o contido no item 4.5 do instrumento convocatório que, segundo o documento colacionado às fls. 10vº, assim dispõe:

"4.5. Somente poderão participar da fase de lances verbais os representantes devidamente credenciados. A empresa que tenha apresentado proposta, mas não esteja devidamente representada, terá sua proposta avaliada, porém, não poderá participar das rodadas de lances verbais."

Requer, assim, a suspensão do procedimento referido, determinando que a Subprefeitura do Jabaquara anule as fases posteriores ao credenciamento, para que seja, então, considerada a proposta por ela apresentada.

A Sra. Subchefe da Assessoria Jurídica de Controle Externo, em sua análise preliminar, ponderou que no Edital havia dois procedimentos distintos e conflitantes para uma mesma situação, matéria que poderia ter sido, inclusive, objeto de impugnação ao Edital em questão.

Contudo, não foi o que ocorreu, na medida em que, além da representante não impugnar o Edital, deixou de se pronunciar no decorrer da sessão do Pregão contra a decisão da Pregoeira, razão, por que, concluiu que a presente Representação não merecia ser recebida, eis que não foram atendidos os requisitos de admissibilidade, notadamente o interesse de agir.

Regularmente intimados, o Sr. Subprefeito do Jabaquara e a Pregoeira, ofereceram suas defesas, alegando, respectivamente e, em apertada síntese o que se segue:

- a empresa interessada, embora presente até o final da sessão de abertura dos envelopes, não se manifestou no momento oportuno, mas apenas quando da recusa do recebimento dos seus envelopes, havendo, portanto, decadência do seu direito de oferecer recurso contra a decisão da comissão de licitação;

- a decisão da Pregoeira vem estribada no disposto no inciso VI do artigo 4º da Lei Federal nº 10.520/02.

E, segundo a Pregoeira:

- no momento do credenciamento a empresa não apresentou nenhum documento que qualificasse a pessoa presente como sua representante – fato reconhecido pela própria representante -, causa da não aceitação de seu credenciamento, decisão embasada no artigo 4º, inciso VI da Lei Federal nº 10.520/02 e artigo 25, inciso I do Decreto Municipal nº 44.279/03;

- utilizou-se das prerrogativas conferidas pelos artigos 6º e 9º do decreto referido, para não credenciar a empresa, decorrendo daí o não recebimento do envelope proposta.

Em nova oitiva, a Sra. Assessora de Controle Externo da AJCE não vislumbrou ilegalidade no procedimento adotado pela Pregoeira, concluindo que a sua decisão encontra respaldo nos diplomas regedores da matéria.

Posicionou-se, assim, pelo conhecimento da Representação e, no mérito, pela sua improcedência.

A Sra. Assessora Subchefe acompanhou tais conclusões, notadamente no que tange ao conhecimento da Representação, razão por que, pediu vênia para rever o seu posicionamento exarado anteriormente. E, no mérito, igualmente, pela improcedência do pedido exordial.

A douta Procuradoria da Fazenda Municipal requer seja a Representação rejeitada e arquivada. E, no caso da mesma ser recepcionada, postula aquele Órgão que no mérito seja julgada improcedente.

A Secretaria Geral, seguindo a mesma diretriz adotada pela AJCE e pelo Órgão Fazendário, opinou pelo conhecimento da Representação formulada e, no mérito, pela sua improcedência, com o arquivamento dos autos.

É o relatório.

V O T O

Ante os elementos constantes dos autos, conheço da Representação formulada pela empresa GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA., porquanto preenchidos os requisitos para sua admissibilidade, estatuídos pelo artigo 55 do Regimento Interno deste Tribunal.

No tocante ao mérito, a questão posta em julgamento envolve a condução dos trabalhos pela Pregoeira, atinentes ao Pregão Presencial nº 07/SP-JA/2010.

Insta observar que as normas de regência do torneio licitatório foram devidamente enunciadas no instrumento editalício e é sob este enfoque que a arguição deve ser examinada.

Aos dispositivos já elencados pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, que tratam das atribuições do Pregoeiro, relaciono, ainda, o contido no artigo 9º do Decreto Municipal nº 46.662/2005, que define a ordem das providências iniciais a serem observadas, uma vez aberta a sessão pública, quais sejam: apresentação do credenciamento das empresas participantes do certame e entrega e recepção dos envelopes contendo as propostas comerciais e a documentação de habilitação.

O credenciamento é o primeiro ato de abertura dos trabalhos do Pregão, e, como conseqüência, só pode participar dos demais quem demonstre ser o representante legal da licitante e com poder de comprometimento para os atos sucessivos, em especial nos lances verbais, essência desse tipo de certame licitatório.

É o que se infere do teor do § 2º do artigo 9º, do Decreto Municipal nº 46.662/2005, que dispõe:

"Aos representantes credenciados deverão ser conferidos poderes específicos para a prática de todos os atos inerentes ao pregão, notadamente a oferta de lances."

Ora, não tendo preenchido a condição primeira, a do credenciamento, não poderia a empresa passar para a etapa seguinte, qual seja, entrega e recebimento de sua proposta, muito menos de vê-la avaliada pela Pregoeira.

Seria um ato inútil, tendo em vista que faltaria ao seu representante, não credenciado, condição legal de participar dos lances verbais.

De fato o ato convocatório continha o indigitado vício, porém, perfeitamente detectável pelos participantes do torneio, não sendo, pois, concebível que a representante desconheça a legislação reguladora da matéria e que não tenha percebido que se tratava de falha de redação.

Com efeito e diante de tudo do que dos autos consta, não diviso ilegalidade na conduta da Pregoeira, ora questionada, de modo que julgo a Representação IMPROCEDENTE.

Após o cumprimento das medidas regimentais, arquivem-se os autos.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Por meio da Representação em julgamento, a interessada insurge-se, conforme exposto pelo ilustre Conselheiro Relator, contra o não recebimento dos seus envelopes na Licitação na Modalidade Pregão n.º 07/SP-JA/2010, em razão de não ter apresentado o instrumento de credenciamento, nos termos exigidos pelo item 4 do edital.

Não perfilho do entendimento exposto pelos órgãos técnicos desta Casa, que se posicionaram pela improcedência da Representação, reconhecendo a regularidade da conduta da Pregoeira em não receber os envelopes da empresa Global Village Telecom Ltda., diante da ausência de credenciamento do respectivo representante.

Como resulta da instrução processual, o edital do Pregão prescreveu duas regras contraditórias entre si, a primeira, instrumentalizada por meio do subitem 4.5, permitia o recebimento e a avaliação das propostas das empresas não credenciadas no certame, vedando apenas a participação das mesmas na fase de lances verbais; a segunda, constante do item 4.7, condicionava o recebimento dos envelopes ao prévio credenciamento dos interessados.

Diante desta contradição e da necessidade de dar prosseguimento à licitação, a Pregoeira deveria ter adotado a interpretação que mais prestigiasse a competitividade entre os licitantes, ou seja, deveria ter recebido os envelopes da Representante e avaliado sua proposta, conforme dispõe o art. 4º, inciso VI, da Lei n.º 10.520/02.

Nas palavras de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

> *"A ausência de credenciamento não traz prejuízo para o interesse público, porque o pregoeiro não pode abdicar do seu dever de manifestar-se quanto à aceitabilidade da proposta e, portanto, da regularidade do preço" ("Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico",* p. 614).

A doutrina é pacífica em reconhecer que os prejuízos do não credenciamento cingem-se a não participação na fase de lances verbais e à impossibilidade de interpor recurso, já que, pela sistemática do pregão, o mesmo deve ser interposto oralmente na sessão pública da licitação.

Assim, a ausência do credenciamento não pode ser invocada como razão para o não recebimento dos envelopes do interessado, uma vez que, além de não haver amparo legal para essa conduta, a mesma frustra o caráter competitivo do certame.

Por fim, não me parece relevante o fato de a Representante não ter impugnado administrativamente o edital, deixando de apontar a contradição existente, já que é dever da Administração, ao tomar ciência da falha, corrigi-la, de modo a preservar a higidez do certame.

Diante do exposto, voto pela procedência da Representação, para determinar que a Subprefeitura do Jabaquara corrija a redação dos futuros editais, adequando-a ao que prevê a Lei n.º 10.520/02 no tocante à possibilidade de participação de licitantes sem o respectivo credenciamento. Deixo de fazer outras determinações, considerando que sem a devida representação documental, por meio de carta de credenciamento ou procuração, o preposto da empresa representante não poderia participar da fase de lances verbais, restando prejudicada sua competição na licitação. Ao mesmo tempo, ocorre que o desconhecimento a respeito de proposta que não foi aberta impede qualquer conclusão quanto à comparação, em termos de vantajosidade, com a proposta ao final vencedora. Registro por fim, que conforme notícia encartada nos autos do presente processo, a licitação foi concluída e o respectivo contrato celebrado em janeiro de 2011.