**TC 10.410/2018**

**REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMSUB. Fornecimento de cimento asfáltico de petróleo. 1. O alvo da irresignação, manifestada tardiamente, se extinguiu em razão do adimplemento de todos os atos. Perda do objeto. CONHECIDA. PREJUDICADA. DETERMINAÇÃO. 1. Reveja os dizeres editalícios e as condutas adotadas na fase recursal na licitação, modalidade Pregão. Votação unânime.**

**3.111ª Sessão Ordinária**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

**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, visto que preenchidos os requisitos para sua admissibilidade, e em declarar prejudicado seu enfrentamento, pela perda de objeto, tendo em conta que o alvo da irresignação, manifestada tardiamente pelo representante, se extinguiu em razão do adimplemento de todos os atos decorrentes do Pregão Eletrônico 01/SMSUB/SPUA/2018.

**ACORDAM**, à unanimidade, acerca das irregularidades detectadas, em determinar à Pasta que reveja prontamente os dizeres editalícios e as condutas adotadas em face da fase recursal nos procedimentos licitatórios na modalidade pregão, observando com o máximo rigor, para tanto, as disposições legais aplicáveis à espécie.

**ACORDAM**, à unanimidade, em determinar, o envio de oficio à Secretaria Municipal das Subprefeituras – SMSUB e ao Pregoeiro responsável pelo processamento do certame objeto dos autos, Sr. Jedais José de Oliveira, para ciência e providências sobre o quanto determinado.

**ACORDAM**, afinal, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento do disposto no artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, EDSON SIMÕES e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

São Paulo, 7 de outubro de 2020.

JOÃO ANTONIO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

**RELATÓRIO**

Trata-se de Representação interposta por AMADEU CLOVIS GRECA, em face do Pregão Eletrônico nº 01/SMSUB/SPUA/2018, processado no âmbito da Superintendência das Usinas de Asfalto – SPUA, da Secretaria Municipal das Subprefeituras, objetivando fornecimento de cimento asfáltico de petróleo tipo 50/70, com frete, para atender à demanda da municipalidade, pelo prazo de 2 (dois) meses.

O Representante argumentou, resumidamente, ter participado do PE nº 01/SMSUB/SPUA/2018, ora impugnado, na qualidade de representante legal da empresa Greca Distribuidora de Asfaltos S/A, que antecedeu ao Pregão Eletrônico nº 06/SMPR/COGEL/2018, objeto de acompanhamento desta Corte de Contas no âmbito do TC nº 72.005.757/18-00, tendo sido desclassificada ao argumento de que a sua proposta de preços descumpriu os requisitos previstos no Anexo II – Modelo de Proposta de Preços, a despeito de oferecimento do menor preço.

Sintetiza sua pretensão, consoante os seguintes apontamentos:

I - Excesso de formalismo na desclassificação das propostas de preço, em especial da licitante GRECA;

II - Rejeição sumária da intenção de recurso apresentada pela GRECA, com indevido juízo de mérito do recurso pelo Pregoeiro, que foi muito além da simples análise dos requisitos de admissibilidade do recurso;

III - Impossibilidade da licitante GRECA de se manifestar no procedimento licitatório, não lhe sendo permitida apresentar suas razões recursais no prazo legal;

IV - Negativa de recebimento das razões recursais mediante protocolo físico, diante de nova recusa do documento pelo Pregoeiro e seu superior hierárquico;

V - Proposta de preço da licitante vencedora muito elevada 9.420.012,00) quando comparado ao menor preço apresentado no certame(R$ 8.536.400,00);

VI - Descumprimento pela licitante vencedora dos requisitos necessários à sua regular habilitação, em especial ausência de apresentação de Certidão Negativa de Falência da sede da empresa (somente foi apresentada da filial) e apresentação de Análise Econômico-Financeira diversa daquela que constava no Edital.

Requereu, por fim, a imediata apuração dos fatos noticiados, a aplicação de apenações e a sustação da execução do contrato.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE, em seu parecer primeiro, peças 7/9, consignou que a Representação preenchia os requisitos normativos para seu regular conhecimento, previstos no artigo 55[1] do Regimento Interno desta Corte, opinando pelo seu recebimento.

Quanto à pretensão meritória, registrou, de início, que já se encontrava publicado no DOC de 18/10/2018, p. 57, peça 8, o extrato do Termo de Contrato nº 10/SMSUB/SPUA/2018, em função do que, naquele momento, não competiria a esta Corte determinar a sustação de sua execução, sem embargo do exercício da pretensão punitiva, caso comprovada as irregularidades consignadas pelo Representante.

Propôs aquela Unidade, anteriormente à formação de convencimento conclusivo, a oitiva da Pasta e a intimação do Pregoeiro responsável, em prestígio aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV).

Oficiados o Secretário da SMSUB e a Superintendente da SPUA e intimado o Pregoeiro responsável pelo Certame, encaminharam os seus esclarecimentos, peças 40, 47 e 60/61, que, levados à análise do Órgão Jurídico desta Casa, assim concluiu, peças 50/51 e 64/65:

1. Sobre o excesso de formalismo na desclassificação das propostas de preço, antes identificado como apontamento I, opinou pela improcedência do apontamento porquanto, ao elaborar a proposta, a licitante GRECA acabou por acrescer cláusula não contida na minuta acostada ao Edital como Anexo II, o que era expressamente proibido. Assim, em decorrência do

[1] **Art. 55**. A representação ou denúncia sobre matérias de competência do Tribunal deverá preencher os seguintes requisitos:
I - ser formalizada por petição escrita ou ser reduzida a termo;
II - referir-se a órgão, administrador ou responsável sujeito à jurisdição do Tribunal;
III - estar acompanhada de documentos que constituam prova ou indícios relativos ao fato denunciado ou à existência de ilegalidade ou irregularidade;
IV - conter o nome legível e a assinatura do representante ou denunciante, sua qualificação e endereço.

princípio da vinculação ao instrumento convocatório, entendeu acertada a decisão de desclassificação efetuada pele Pregoeiro, afastando o excesso de formalismo alegado pelo Representante.

2. Quanto às matérias conexas, tratadas nos apontamentos II, III e IV, acima elencados, em face do disposto no artigo 4º, inciso XVIII, da Lei nº 10.520/2002[2], a Assessoria Jurídica de Controle Externo entende que, em um primeiro momento (intenção de recorrer), a decisão da Administração deve se restringir ao exame de sua admissibilidade formal, analisando a simples existência, ou não, de um ou mais motivos pelos quais o licitante inconformado está recorrendo, ainda que de forma precária, sucinta e genérica, não avançando sobre o mérito da pretensão recursal, reservado a momento posterior, quando da apresentação das razões recursais.

Em sua análise, verificou que o Pregoeiro responsável, a pretexto de ter procedido ao juízo de admissibilidade, de fato incursionou, antecipadamente, no mérito da intenção de recorrer que foi apresentada pela empresa Greca Distribuidora de Asfalto S.A., pois, conforme se depreende dos próprios esclarecimentos ora trazidos pela Pasta, a intenção de recurso manifestada pela Greca não foi aceita em virtude de terem sido apresentadas motivações genéricas e sem apontamento substancial devidamente fundamentado (peça 40, p. 4).

Acresceu que tais fundamentos apenas deveriam ter sido rechaçados em decisão administrativa proferida em um segundo momento, quando da análise das razões de recurso propriamente dita, depois de transcorrido o prazo previsto no instrumento convocatório, especificamente se nelas aqueles não restassem adensados e/ou mais bem especificados.

Observou que bastaria para o preenchimento da condição de admissibilidade prevista na alínea "a" do Item 13.1.1.1.1. do Edital ("motivação"), a mera exposição, pela Greca, ainda que de forma sucinta, precária e genérica, dos fundamentos que embasaram a sua irresignação, o que de fato parece ter ocorrido (peça 40, p. 03), com a expressa indicação, em seu pedido*, do excesso de formalismo e do valor ofertado pela Contratada supostamente superior ao que proposto pela licitante*.

Assim, no que se refere aos apontamentos "II" a "IV", a Assessoria Jurídica concluiu pela procedência da Representação, vez que a Pasta poderia ter recebido a intenção de recurso apresentada pela Representante, bem

---

[2] **Art. 4º** A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
[...]
**XVIII** - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

como não poderia ter se negado a receber as razões recursais, mesmo que depois a julgasse improcedente, haja vista se tratar de direito de petição previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XXXIV, alínea 'a'.

3. A respeito do consignado no supracitado apontamento V, a AJCE considerou plausíveis os esclarecimentos trazidos pela Pasta, no sentido da razoabilidade dos preços contratados consoante as consultas realizadas durante a fase interna da licitação: *"para a correta instrução processual foi efetuada a pesquisa de mercado e a empresa Greca Distribuidora de Asfaltos S.A, nos encaminhou proposta de preços com validade de 60 (sessenta) dias a contar de 12/09/2018, portanto ainda em vigência, ao valor de R$ 9.807.800,00 (Nove Milhões Oitocentos e Sete Mil e Oitocentos Reais), ou seja, superior ao preço contratado pela PMSP, como dizer que o preço contratado é muito elevado, alguma coisa está errada"* (peça 40, p. 06).

Opinou, assim, pela improcedência do apontamento V da Representação.

4. No tocante ao apontamento VI acima referido, a Pasta argumentou que o documento apresentado pela empresa Stratura Asfaltos S.A. encontrava-se de acordo com a exigência constante no subitem 12.4.3[3] do Edital (peça 40, p. 7).

O Órgão Jurídico, em consulta ao Edital, no que concerne à entrega da documentação apresentada pelas licitantes, verificou que os Itens 12.7.5 e 12.7.5.1 assim disciplinaram:

"12.7.5. Todos os documentos apresentados deverão estar em nome da licitante e, preferencialmente, com número do CNPJ e endereço respectivo.

12.7.5.1. Se a licitante for a matriz, todos os documentos deverão estar em nome da matriz; se for filial, todos os documentos deverão estar em nome da filial, exceto aqueles que pela própria natureza, forem comprovadamente emitidos apenas em nome da matriz. Os atestados de capacidade técnica poderão ser em nome e com CNPJ da matriz e/ou filial da licitante.".

Nesse ponto, entendeu que a certidão negativa de falência, uma vez exigida das licitantes interessadas (art. 31, II[4], da Lei nº 8.666/93), deve ser apresentada, para fins de habilitação, em nome do principal

---

[3] **"12.4.3.** - Certidão negativa de falência ou recuperação judicial, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, em data não superior a 60 (sessenta) dias da data da abertura do certame, se outro prazo não constar do documento."

[4] **Art. 31.** A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: (...)
II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

estabelecimento da pessoa jurídica, em função da regra de competência estabelecida no artigo 3º da Lei nº 11.101/05[5].

Assim, afigurando-se como o centro das principais operações da pessoa jurídica, não haveria obstáculo para a apresentação da certidão negativa de falência tão-somente em nome da filial, uma vez que nem sempre a sede da empresa é o principal estabelecimento da pessoa jurídica, concluindo pela improcedência desse apontamento.

No que concerne ao outro ponto impugnado no apontamento VI, que trata da análise econômico-financeira apresentada pela Contratada, o Órgão Técnico-Jurídico consignou que não houve exposição específica dos motivos da suposta divergência entre a aludida documentação e os dispositivos previstos no instrumento convocatório, restando, ao olhar da AJCE, improcedente o apontamento VI, também sob esse aspecto.

A Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, ante a informação contida nos autos de que o Certame restou findo, com a homologação e adjudicação do objeto, e a lavratura do Contrato nº 10/SMSUB/SPUA/2018 com a empresa vencedora, o objeto propriamente dito da Representação – Pregão Eletrônico 01/SMSUB/SPUA/2018 – se extinguiu por decorrência lógica do adimplemento de todos os seus atos, os quais se mostraram formalmente regulares e, via de consequência, plenamente válidos e eficazes, entendeu que a Representação deve ser julgada prejudicada, haja vista que não se verifica mais a chamada pretensão resistida, em decorrência da própria consecução do objeto, desaparecendo, portanto, do chamado mundo jurídico. (peça 53).

O Representante reiterou o pedido de provimento da Representação, alegando que, em razão da frustração do Pregão Eletrônico nº 006/SMSUB/2018, a Municipalidade promoveu, de forma indevida, a contratação direta da Brasquímica Produtos Asfálticos Ltda. para o fornecimento de CAP 50/70 (peça 60).

Afirmou que a contratação da empresa BRASQUÍMICA por dispensa da licitação se deu por culpa exclusiva da Administração Municipal que, ao declarar fracassado o Certame anterior, acabou forçando uma situação de emergência inexistente, desvirtuando o contido no artigo 24, IV[6], da Lei nº 8.666/93.

Afirmou, ainda, que tal situação foi objeto de indignação

---

[5] "**Art. 3º** É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil."

[6] **Art. 24** - É dispensável a licitação: [...] - IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

deste Relator, que na oportunidade se manifestou contrariamente à contratação emergencial diante do largo espaço de tempo que a Administração teve para promover o competente certame, o que inexplicavelmente não ocorreu.

Requereu a juntada aos autos de documentação como forma a reforçar o contido na Representação, por entender que guardavam estrita relação com os apontamentos de irregularidades e ilegalidades verificadas nas últimas licitações/contratações para fornecimento de asfalto, organizadas pela Secretaria Municipal das Subprefeituras – SMSUB e Superintendência das Usinas de Asfalto – SPUA.

Instada a manifestar-se, mais uma vez, a AJCE entendeu que os novos argumentos trazidos pelo Representante não tinham relação direta com os fatos narrados na presente Representação, objeto do Pregão Eletrônico nº 01/SMSUB/SPUA/2018, pois se voltavam contra a contratação direta decorrente de fracasso em procedimento licitatório diverso, Pregão Eletrônico nº 006/SMSUB/COGEL/2018, peças 64/65, este último acompanhado no e-TCM 005757/2018.

A PFM se declarou ciente do acrescido e reiterou sua manifestação anterior, peça 67.

A Secretaria Geral acompanhou o entendimento da douta AJCE, no sentido de conhecer a Representação e, no mérito, considerá-la parcialmente procedente no tocante aos itens II, III e IV, registrando a possibilidade de que as infringências detectadas sejam sopesadas com a recomendação para que a Pasta reveja os procedimentos atinentes à fase recursal na modalidade Pregão, e improcedente em relação aos itens I, V e VI.

Também acompanhou o Órgão Jurídico no sentido de que os novos argumentos trazidos pelo Representante (peça 60) não têm relação direta com os fatos narrados na Representação ora em exame, Pregão Eletrônico nº 01/SMSUB/SPUA/2018, pois se voltam contra a contratação direta decorrente de fracasso em procedimento licitatório diverso, Pregão Eletrônico nº 006/SMSUB/COGEL/2018, peças 76/77.

É o relatório.

**VOTO**

Trago a julgamento a Representação interposta por AMADEU CLOVIS GRECA, em face do Pregão Eletrônico nº 01/SMSUB/SPUA/2018, processado no âmbito da Superintendência das Usinas de Asfalto – SPUA, da Secretaria Municipal das Subprefeituras, objetivando fornecimento de cimento asfáltico de petróleo tipo 50/70, com frete, para atender à demanda da municipalidade, pelo prazo de 2(dois) meses.

Desde logo, destaco a atuação tardia do Representante que, a par de ter participado da licitação, interpôs a Representação em 17 de outubro de 2018, quando o Pregão Eletrônico nº 01/SMSUB/SPUA/2018 já havia sido homologado, o seu objeto adjudicado à empresa Stratura Asfaltos S.A. e o respectivo Termo de Contrato lavrado sob nº 10/SMSUB/SPUA/2018, conforme extrato do publicado no DOC de 18 de outubro de 2018, p. 57, como revela a peça 08.

No tocante às alegações apresentadas nos apontamentos II a IV, assim identificados no relatório que antecede a este Voto, as análises realizadas pela AJCE trazem à evidência que assistiria razão ao Representante, uma vez que o Pregoeiro teria avançado indevidamente na análise de mérito do interesse em recorrer da empresa GRECA, infringindo o disposto no artigo 4º, inciso XVIII, da Lei nº 10.520/02[7]. Naquela oportunidade, o exame deveria se restringir à admissibilidade formal, não cabendo ingressar no exame do mérito da pretensão recursal, reservado a momento posterior, quando da apresentação das razões do apelo, mesmo que depois viesse a julgá-las improcedente.

Cumpre ressaltar, contudo, que a própria AJCE reconhece, de um lado, a robustez dos fundamentos que levaram à recusa do recebimento do apelo do Representante (item 19 da peça 45) e que a própria redação da peça de chamamento pode induzir o condutor do certame em equívoco, "ao mencionar, expressamente, no Item 13.1.1.1.1., alínea "b1", que as intenções de recurso – e não as razões recursais, como deveria ser –sempre que genéricas e sem apontamento substancial devidamente fundamentado, não serão aceitas" (item 21 da peça 45).

Todavia, independentemente dessas considerações, não há como afastar, como realçado de início, que no momento da interposição da Representação o trâmite processual administrativo adotado no referido Certame já havia se consolidado e, diga-se, conforme apurado, sem indício da ocorrência de conduta eivada de dolo ou má-fé, e que pudesse ensejar prejuízo ao Erário.

Tanto é assim que a própria AJCE, no que foi secundada pela SG, sugeriu que caberia determinar à Pasta que revisse os procedimentos atinentes à fase recursal das licitações na modalidade Pregão, quer em relação aos textos de editais futuros, quer nas decisões administrativas, a fim de moldar-se à plena observância da fundamental distinção entre os momentos procedimentais da manifestação da intenção de recorrer e das razões recursais.

---

[7] **Art. 4º** A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
[...]
**XVIII** - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

À luz de tais constatações, notadamente no que se refere ao destempo da oposição da Denúncia em apreço, revela-se juridicamente certeiro o pronunciamento da Procuradoria da Fazenda Municipal, vez que, quando aquela foi protocolada nesta Casa, o procedimento licitatório atacado já se encontrava exaurido e o contrato dele decorrente devidamente assinado, restando esvaziado, desta feita, o exame do mérito da presente Representação.

Isto posto, conheço da Representação, visto que preenchidos os requisitos para sua admissibilidade, para, no mérito, valendo-me do entendimento manifestado pela PFM, o qual passa a fazer parte integrante deste voto, dar por prejudicado o seu enfrentamento pela perda de objeto, tendo em conta que o alvo da irresignação, manifestada tardiamente pelo Representante, se extinguiu em razão do adimplemento de todos os atos decorrentes do Pregão Eletrônico nº 01/SMSUB/SPUA/2018.

Acerca das irregularidades detectadas, determino à Pasta que reveja prontamente os dizeres editalícios e as condutas adotadas em face da fase recursal nos procedimentos licitatórios na modalidade Pregão, observando com o máximo rigor, para tanto, as disposições legais aplicáveis à espécie.

Oficie-se à Secretaria Municipal das Subprefeituras – SMSUB e ao Pregoeiro responsável pelo processamento do Certame objeto dos autos, Sr. Jedais José de Oliveira, para ciência e providências do quanto determinado.

Proceda-se na forma do disposto no artigo 58[8] do Regimento Interno deste Tribunal, com posterior arquivamento.

[8] **Art. 58.** O acórdão do Tribunal, exarado em processo de representação ou denúncia, será encaminhado ao respectivo autor e ao representado ou denunciado, acompanhado de cópias das peças dos autos que subsidiaram o julgado.