TC 13.237/2018

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. AHM. Aquisição de mobiliários hospitalares. 1. A convicção do pregoeiro quanto à improcedência das razões recursais é insuficiente para autorizar a negativa de seguimento. A autoridade superior é a titular da competência para decidir a controvérsia. 2. Cabível o pleito formulado de anulação do ato da Pregoeira sobre o mérito do recurso administrativo, bem como de seus efeitos decorrentes, diante do vício de competência constatado. Art. 4º, XVIII, Lei 10.520/2002. CONHECIDA.

3.057ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, com relatório e voto, DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM, consoante declaração de voto apresentada, e EDSON SIMÕES, sendo que o Conselheiro Relator, nos termos do artigo 174, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte, houve por bem modificar seu voto para acompanhar o voto proferido pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, em conhecer da representação, apenas no que tange à alegação de indeferimento, pelo Pregoeiro, da intenção de recorrer, sendo certo que os demais argumentos devem ser objeto de análise prévia por parte da autoridade administrativa competente.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, quanto ao mérito, circunscrito à questão admitida para análise deste Tribunal, em julgá-la procedente, porquanto a Pregoeira deixou de observar a legislação aplicável à espécie, notadamente o disposto no artigo 4º, inciso XVIII, da Lei Federal 10.520/2002.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o cumprimento do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de setembro de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento o TC **13.237/2018**, que cuida da Representação formulada por HOSPI BIO IND. E COM. DE MÓVEIS HOSPITALARES LTDA – de EPP em face do Edital Pregão Eletrônico 350/2018/AHM, cujo objeto é a aquisição de mobiliários hospitalares, para os hospitais municipais vinculados à Autarquia Hospitalar Municipal.

Insurgiu-se a empresa Representante, em síntese, contra os seguintes aspectos:

i) indeferimento pelo Pregoeiro, da sua intenção de recorrer;

(ii) a desclassificação de sua proposta para o produto Poltronas Reclináveis com descansa-pés itens 13 e 14;

(iii) a desclassificação para o produto Carro de Emergência itens 17 e 18;

(iv) contra a classificação das propostas de preços da empresa ALFRS indústria de Móveis Ltda.

Da análise da documentação trazida aos autos, restou configurado que a Representante participou do certame, e foi desclassificada na sessão de lances para os itens referenciados, apesar de ter apresentado os menores preços. Ademais, constatou-se que a empresa Representante tinha registrado, tempestivamente, sua intenção de recorrer, em que pese não tenha sido tal pretensão acatada de imediato pelo Pregoeiro, adentrando este diretamente no mérito recursal, competência tal não outorgada pela Lei 10.520/2002 e pelo Decreto Municipal 43.406/2003.

Com base em pareceres da área jurídica deste E. Tribunal em casos similares, esta Relatoria deferiu o pedido de liminar de suspensão do certame por entender que a interposição de recurso em procedimento licitatório

constitui direito fundamental, e que não caberia ao pregoeiro negar seguimento ao mesmo, com antecipação do mérito recursal.

Referida decisão cautelar foi devidamente referendada pelo Plenário desta E. Corte de Contas, na Sessão Ordinária 3.015.

A Secretaria Municipal de Saúde, a Pregoeira da Autarquia Hospitalar Municipal e a Representante foram devidamente intimadas do despacho exarado, bem como para manifestação.

A Secretaria Municipal de Saúde deixou de se manifestar. Por sua vez, a Pregoeira da AHM refutou as alegações trazidas na Representação, alegando, em síntese, que:

(i) não aceitou a intenção de recorrer da Representante, por não concordar com os argumentos por ela levantados;

(ii) os mobiliários, não sendo destinados ao apoio direto do paciente ou profissional de saúde, não necessitariam de registro na Anvisa;

(iii) a desclassificação da Representante em relação ao produto Carro de Emergência (itens 17 e 18) decorreu da não identificação, pela área técnica responsável, de que o carro ofertado possuía, no tampo superior, bordas em todo perímetro para impedir a queda de objetos e líquidos da área de trabalho, bem como em razão de não ter sido identificada a régua de gases com 03 saídas e 01e entrada; e, por fim,

(iv) que a classificação da empresa ALFRS INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA ME estava correta, por ter apresentados os documentos exigidos em edital.

A Auditoria manifestou-se pela procedência da Representação no que concerne ao indeferimento da intenção de recorrer, pela Pregoeira, e pela improcedência em relação aos demais questionamentos.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, instada a se manifestar, opinou pelo conhecimento da Representação, eis que preenchidos os requisitos insculpidos no art. 55 do Regimento Interno desta E. Corte de Contas e, no mérito, pela procedência em relação ao questionamento alusivo ao indeferimento, pela Pregoeira, da intenção de recorrer, por entender que "*a Pregoeira não detinha competência para apreciar o mérito do recurso administrativo interposto pela Representante, mas apenas para recebê-lo (admiti-lo), o que invalida a respectiva decisão que indeferiu o seu seguimento*".

No tocante aos demais questionamentos trazidos pela Representação, entendeu que não seria momento de apreciação haja vista o entendimento acima explicitado, que acabaria por prejudicar a análise do mérito do

recurso administrativo obstado, razão pela qual opinou, ao final, pelo não conhecimento da Representação, quanto aos demais pontos.

Por seu turno, a Procuradoria da Fazenda Municipal argumentou que "*a rigor, não se trata de indeferimento da intenção de recorrer, como aponta a Fiscalização inicialmente, mas de apreciação e indeferimento fundamentado do próprio recurso apresentado durante a sessão pública, conforme relatado pela origem*."

Registrou ainda a inexistência de prejuízo de qualquer natureza, e requereu a improcedência da Representação, ou, subsidiariamente, o reconhecimento dos efeitos jurídicos, financeiros e patrimoniais dos atos realizados, ante a inexistência de comprovação de prejuízo ou dano ao erário, bem como inexistência de dolo, culpa, má-fé ou erro grosseiro por parte dos responsáveis.

A Secretaria Geral, encerrando a instrução processual, opinou no sentido do conhecimento e procedência da Representação quanto ao apontamento relacionado ao indeferimento, pelo Pregoeiro, da intenção de recorrer. Em relação aos demais apontamentos, opinou pelo não conhecimento, por entender que a análise inicial de tais impugnações seria de competência da autoridade a quem se atribui o dever de julgar o recurso administrativo.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, conheço da Representação apresentada, posto que atendidos os requisitos de admissibilidade consignados nos artigos 54 e 55 do Regimento Interno desta E. Corte de Contas.

Quanto ao mérito, o cerne da Representação cinge-se ao argumento de cerceamento do direito de recorrer, já que, após a declaração do resultado da disputa, a Representante teve seu pedido recursal negado, pela própria Pregoeira, ao invés desta limitar-se a realizar o exame da admissibilidade do recurso interposto.

De fato, constata-se da instrução dos autos que, no caso concreto, a Pregoeira manifestou-se sobre o mérito recursal, exarando decisão final sobre o pedido formulado, competência esta que seria da autoridade administrativa competente, conforme restou justificado, inclusive no despacho de suspensão do certame, oportunamente referenciado por este Colegiado, nos termos regimentais.

Afinal, diante da intenção de oferecer recurso manifestada pela empresa Representante, não restaria à Pregoeira outra opção senão a de dar prosseguimento ao mesmo, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade, abstendo-se de analisar o mérito recursal, posto que de competência exclusiva da autoridade superior.

Nesse sentido, a Lei Nacional 10.520/2002, ao tratar sobre a modalidade Pregão, determina em seu art.4º, inciso XVIII, que:

> *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;*

Entrementes, o Decreto Municipal 43.406/2003 - que dispõe sobre o sistema eletrônico municipal de licitações e disciplina o pregão realizado por meios eletrônicos- ao tratar sobre as atribuições do pregoeiro na realização do pregão eletrônico, assim dispõe:

> *Art. 5º-B Na realização de pregão eletrônico, são atribuições do pregoeiro, com assessoramento da equipe de apoio: (Incluído pelo Decreto 55.427/2014)*
>
> *XIII – abrir prazo de intenção de recurso aos demais licitantes, de acordo com o sistema eletrônico utilizado; (Incluído pelo Decreto 55.427/2014)*
>
> *XIV – recepcionar, analisar e se manifestar com relação aos recursos interpostos contra seus atos, encaminhando-os à autoridade competente, caso não reforme a decisão recorrida; (Incluído pelo Decreto 55.427/2014)*
>
> *XV – adjudicar o objeto ao licitante vencedor, se não houver interposição de recurso;*

De igual modo, o Decreto Municipal 46.662/2005 – que disciplina o pregão, no âmbito da Administração Pública Municipal – elenca como atribuição do Pregoeiro:

> *"Art. 6º. São atribuições do pregoeiro, com assessoramento da equipe de apoio:*
>
> *VIII - receber os recursos;*

Parágrafo único. Interposto recurso, o pregoeiro poderá reformar a sua decisão ou encaminhá-lo, devidamente informado, à autoridade competente para decidir."

No caso em exame, conforme anotado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, a competência para apreciar recursos administrativos interpostos contra atos praticados no curso do pregão, no âmbito da Autarquia Hospitalar, é do Superintendente, conforme previsão contida no artigo 3º do Decreto Municipal 46.662/05[1].

Nesse sentido, foi editada pelo Superintendente da Autarquia Hospitalar a Portaria 117/2018-AHM.G, de 02/08/2018, que delegou para o Chefe de Gabinete da Superintendência a atribuição de julgar recurso interpostos no âmbito de processos licitatórios[2].

Nesses termos, ao denegar a interposição do recurso, a Pregoeira acabou por antecipar o mérito recursal, atribuição que não encontrava guarida dentre as competências estabelecidas.

Nesse sentido, interessante anotação de Marçal Justen Filho, a seguir:

"*A convicção do pregoeiro quanto à improcedência das razões recursais, por mais intensa que o seja, é insuficiente para autorizar a negativa de seguimento.* ***Ainda que o pregoeiro repute que o recurso não deve ser provido, caber-lhe-á encaminhar o exame da matéria á autoridade competente, instruindo-o com a sua informação.*** *A autoridade superior será a* ***titular da competência*** *para decidir a controvérsia".* (Pregão. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6ª edição. São Paulo: Dialética, 2013, p. 399) G.N.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União, ao julgar temas idênticos, também já se manifestou no sentido de impossibilidade do pregoeiro analisar o mérito recursal[3]:

---

[1] *"Art. 3º Compete aos Secretários, Subprefeitos, Superintendentes de Autarquias, Presidentes de Fundações e ao Ouvidor Geral do Município, nas licitações realizadas na modalidade de pregão: (...) V - decidir os recursos interpostos contra ato do pregoeiro; (...) § 1º - As autoridades referidas no "caput" deste artigo poderão delegar as competências mediante a edição de portaria, fixando os critérios de delegação."*

[2] "Artigo 1º Delegar ao Chefe de Gabinete competência para: I - Autorizar a abertura de procedimentos licitatórios em todas as modalidades admitidas em lei, podendo homologar, revogar, anular, declarar deserto ou prejudicado o certame, bem como apreciar os Recursos Administrativos provenientes de procedimentos Licitatórios".

[3] "REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CENTRAIS ELÉTRICAS DO NORTE DO BRASIL. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS DE CONTROLE DE ACESSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DE VINCULAÇÃO AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. TRATAMENTO DIFERENCIADO A LICITANTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. REJEIÇÃO INDEVIDA DE RECURSO. EXIGÊNCIA INDEVIDA DE EMISSÃO DE DECLARAÇÃO DE FABRICANTE EM FAVOR DE LICITANTE. OITIVA. DILIGÊNCIA. ANULAÇÃO SUPERVENIENTE DA LICITAÇÃO POR INTERESSE DA

Assim, aliado ao fato de que a homologação do certame foi publicada na mesma data em que foi prolatada a decisão cautelar para que a Origem se abstivesse de praticar qualquer ato ulterior relacionado ao Pregão Eletrônico 350/2018/AHM – o que foi devidamente acatada – entendo procedente o pleito formulado de anulação do ato da Pregoeira sobre o mérito do recurso administrativo interposto, bem como de seus efeitos decorrentes, diante do vício de competência constatado.

No tocante aos demais questionamentos, acompanho os pareceres da AJCE e da SG no sentido de que não merecem atuação desta E. Corte de Contas, enquanto o mérito do recurso não for decidido pela autoridade competente, em homenagem ao princípio da separação dos poderes.

Diante do exposto, **CONHEÇO** da Representação, por presentes seus requisitos de admissibilidade, e, no mérito, voto pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da mesma, no que concerne ao indeferimento do direito de Recorrer da Representante, deixando de conhecer e analisar os demais questionamentos.

Dê-se ciência aos interessados da decisão proferida, nos termos regimentais.

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim

Com fulcro nos posicionamentos exarados pela AJCE e SG, conheço da Representação em análise, apenas no que tange à alegação de

---

ADMINISTRAÇÃO. PERDA DE OBJETO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO. *28. A pregoeira, todavia, não se limitou a avaliar a existência dos pressupostos recursais, mas decidiu o mérito do recurso com base apenas nas razões sucintamente expostas pela recorrente, concluindo que o valor proposto era inexequível e que as condições técnicas da empresa provisoriamente classificada em primeiro lugar foram atendidas, o que só poderia ser feito após a abertura do prazo para apresentação das razões e das contrarrazões do recurso. 30.* ***Tolher antecipadamente o direito recursal representa uma afronta aos arts. 2º, § 1º, e 4º, incisos XVIII e XX, da Lei 10.520/2002, c/c art. 26, § 1º, do Decreto 5.450/2005, aplicáveis à Eletronorte, em razão da adoção da modalidade pregão*** *(art. 32, item 4, do Regulamento de Licitações e Contratos da Eletrobrás).* (Acórdão 480/2019-Plenário – Rel. Aroldo Cedraz) G.N. "REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. IRREGULARIDADES NA CONDUÇÃO DE PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇOS DE GERENCIAMENTO DE FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS E LAVAGEM DE VEÍCULOS. CONHECIMENTO. INABILITAÇÃO INDEVIDA SEGUNDO À JURISPRUDÊNCIA DO TCU. IRREGULARIDADE NA REJEIÇÃO DA INTENÇÃO DE RECURSO DA LICITANTE. AUSÊNCIA DE LESÃO AO INTERESSE PÚBLICO DADA A INEXPRESSIVA DIFERENÇA ENTRE AS PROPOSTAS. PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO COM A ANULAÇÃO DOS ATOS IRREGULARES. CONVALIDAÇÃO. INDEFERIMENTO DA CAUTELAR REQUERIDA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CIÊNCIA. 9.5.2. em pregão eletrônico ou presencial, no juízo de admissibilidade das intenções de recurso a que se referem o art. 4º, inciso XVIII, da Lei 10.520/2002, o art. 11, inciso XVII, do Decreto 3.555/2000 e o art. 26, caput, do Decreto 5.450/2005, deve ser avaliada tão somente a presença dos pressupostos recursais (sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação), **sendo vedado ao pregoeiro analisar, de antemão, o próprio mérito recursal, consoante Acórdãos 1.462/2010, 339/2010, 2.564/2009 e 2.627/2013, todos do Plenário**;" (Acórdão 2914/2018 – Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler) G.N.

indeferimento, pelo Pregoeiro, da intenção de recorrer, sendo certo que os demais argumentos devem ser objeto de análise prévia por parte da autoridade administrativa competente.

No mérito, circunscrito à questão admitida para análise deste Tribunal, julgo procedente a Representação, porquanto a Pregoeira deixou de observar a legislação aplicável à espécie, notadamente o disposto no artigo 4º, inciso XVIII da Lei Federal 10.520/2002.