



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

1339
R

1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

7

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 0002149-33.2014.8.17.0000 (00328814-8)

AGRAVANTE : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : FELIPE VILAR DE ALBUQUERQUE
AGRAVADO : F M INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. - EPP
ADVOGADO : WERNER VIEIRA ASSUNÇÃO
RELATOR : DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

&

1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO REGIMENTAL em AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 0002149-33.2014.8.17.0000 (00328814-8)

AGRAVANTE : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : FELIPE VILAR DE ALBUQUERQUE
AGRAVADO : F M INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. - EPP
ADVOGADO : WERNER VIEIRA ASSUNÇÃO
RELATOR : DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. PREGOEIRO. JUÍZO DE MÉRITO. ILEGALIDADE. LEI COMPLEMENTAR 123/2006. EMPATE FICTO. A informação acostada aos autos da interposição de recurso administrativo não pode deixar de ser considerada, ainda que o Poder Judiciário não se vincule às decisões tomadas pela Administração, mormente quando enfermas de ilegalidade. O mérito da ação não prescindirá do saneamento do processo administrativo, momento após o qual, poder-se-ão analisar os pressupostos e condições processuais. Medida liminar outorgada ante a presença dos requisitos autorizadores, para o só efeito de suspender o pregão eletrônico até análise do recurso administrativo pela autoridade competente, após a regular apresentação das razões da impetrante quanto à alegada ocorrência de empate ficto.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, CONHECER E DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de AGRAVO de instrumento, prejudicado o Agravo Regimental, tudo nos termos do relatório, voto e das inclusas notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 3. JUNHO, 2014.
Desembargador JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA
Relator



234
W

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 0002149-33.2014.8.17.0000 (00328814-8)

AGRAVANTE : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : FELIPE VILAR DE ALBUQUERQUE
AGRAVADO : F M INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. - EPP
ADVOGADO : WERNER VIEIRA ASSUNÇÃO
RELATOR : DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

&

1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO REGIMENTAL em AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 0002149-33.2014.8.17.0000 (00328814-8)

AGRAVANTE : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : FELIPE VILAR DE ALBUQUERQUE
AGRAVADO : F M INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. - EPP
ADVOGADO : WERNER VIEIRA ASSUNÇÃO
RELATOR : DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

RELATÓRIO

1. Trata-se de julgamento conjunto dos recursos de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, e de Agravo Regimental, contra decisão do MM juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública, nos autos de Mandado de Segurança, com pedido liminar, que deferira o pedido liminar no sentido de garantir o exercício do direito de desempate entre a agravada (FM INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. EPP) e a litisconsorte passiva (REVOREDO & CIA LTDA), por ter sido comprovada a situação de empate ficto, retornando à fase de habilitação do pregão eletrônico promovido pela Secretaria de Saúde do Estado, e contra a decisão interlocutória desta relatoria que não concedeu o efeito suspensivo pretendido ao Agravo de instrumento, respectivamente.

2. Nas razões do Agravo de Instrumento (fls. 02/20), sustentou o agravante, resumidamente, que a decisão recorrida não merecia prosperar, posto que: a) outras empresas que fizeram melhores ofertas também eram microempresas, o que afasta a aplicação do procedimento previsto no § 2º, do art. 45 da Lei Complementar nº 123/2006; b) a inabilitação superveniente de Microempresa-EPP, não viabilizava a prerrogativa de

Jorge Américo Pereira de Lira
Desembargador



235

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público


assegurar à agravada a possibilidade de cobrir a proposta da terceira colocada; c) inexistência de direito líquido e certo que implica na ausência de requisitos que autorizam a concessão da liminar no Mandado de Segurança; d) *periculum in mora inverso*.

3. Indeferida a concessão do efeito suspensivo ao Agravo de instrumento, o Estado de Pernambuco interpôs Agravo, sustentando, em síntese crítica, os mesmos fundamentos defendidos quando da interposição do Agravo de Instrumento.

4. Submeto o feito ao julgamento desta Câmara de Direito Público.

5. É o que, de relevo, se tem a relatar.

Recife, 20 de MAIO de 2014.


Des. Jorge Américo Pereira de Lira
Relator



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

340
02

1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 0002149-33.2014.8.17.0000 (00328814-8)

AGRAVANTE : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : FELIPE VILAR DE ALBUQUERQUE
AGRAVADO : F M INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. - EPP
ADVOGADO : WERNER VIEIRA ASSUNÇÃO
RELATOR : DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

&

1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO REGIMENTAL em AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 0002149-33.2014.8.17.0000 (00328814-8)

AGRAVANTE : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : FELIPE VILAR DE ALBUQUERQUE
AGRAVADO : F M INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. - EPP
ADVOGADO : WERNER VIEIRA ASSUNÇÃO
RELATOR : DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA


VOTO

1. Trata-se de recurso interposto contra decisão proferida em sede de antecipação de tutela, em Mandado de Segurança, impetrado contra PREGOEIRO DA SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Assim, a questão a ser examinada deve ficar adstrita ao preenchimento dos pressupostos legais para sua concessão.

2. Inviável nesta sede o exame aprofundado de teses suscitadas pelo Agravante, sob pena de prejulgamento do mérito, bem como de supressão de um grau de jurisdição.

3. Perante o pedido em sede tutelar, o MM Juiz *a quo* assim se posicionou:

"FM INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA - EPP, qualificada na inicial, através de advogado, impetrou o presente mandado de segurança, com pedido de liminar, no intuito de anular ato supostamente ilegal cometido pelo PREGOEIRO DA SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO,


Jorge Américo Pereira de Lira
Desembargador



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

também qualificado, no âmbito do Pregão eletrônico nº 012/2013, promovido pela Secretaria de Saúde do Estado.

Aduz a impetrante ter participado do Pregão eletrônico nº 012/2013, cujo objeto cinge-se ao registro de preço, pelo período de 12 (dozes) meses, para eventual fornecimento de mobiliários sob medida para atender 12 unidades pernambucanas de atendimento especializado (UPAE), no Estado de Pernambuco.

Vem ao Judiciário demonstrar o cometimento de ilegalidades no que diz respeito ao procedimento licitatório adotado. Inicialmente, não lhe foi oportunizado apresentar as razões do recurso no prazo legal, embora tenha sido formalizada, de forma imediata e motivada, a intenção de assim fazê-lo; ao contrário: a autoridade coatora procedeu, de imediato, ao julgamento do recurso e, ainda, com a declaração da vencedora do certame, em desrespeito ao art. 4º, inciso XVIII, da Lei nº 10.520/2002.

Insurge-se contra a atitude do pregoeiro, pois o oferecimento das razões recursais é o momento em que o recorrente dispõe para explicar os motivos que o levaram a interpor recurso contra a decisão tomada em seu desfavor, em respeito ao seu direito de contraditório e ampla defesa; assim, deveria ter o pregoeiro suspenso a licitação e aguardado os três dias para apresentação das razões, conforme dispõe o diploma normativo acima mencionado. Ainda, o julgamento antecipado do recurso foi fundamentado exatamente nas questões de mérito do questionamento, e não com questões procedimentais, tais como tempestividade e forma, qual seja, exigência de motivação.

Ainda, aduz a impetrante que, por ser enquadrada na condição de microempresa, conforme LC nº 123/2006, a autoridade coatora teria desrespeitado o benefício do empate ficto que lhe cabe, conforme art. 45 do mesmo diploma normativo. Isto é: após encerrada a fase de lance, caso existente ME ou EPP no certame cujo lance seja superior em até 5% da melhor proposta, ser-lhe-á concedido o direito ao desempate. In casu, houve a desabilitação das duas primeiras empresas, de forma que a terceira e quarta colocada tratavam-se, respectivamente, de empresa "comum" e microempresa, esta última ora impetrante. Tendo se encaixado no limite de 5%, a impetrante insurge-se por não lhe ter sido dado direito do desempate, para o que deveria ter sido levado em consideração apenas os lances válidos.

Assim, requer liminarmente que seja garantido à impetrante o exercício do direito de desempate, por ter sido comprovada a situação de empate ficto, ante a invalidação das ofertas apresentadas.

Juntou documentos e fez demais requerimentos de estilo.

À fl. 74, consta despacho pelo qual foi requerida a emenda à inicial no que tange ao valor da causa, o que foi devidamente corrigido pelo impetrante.

O Estado de Pernambuco manifestou interesse em participar da presente lide e se manifestou acerca do pedido de concessão de medida liminar, fls. 92/116.

O litisconsorte passivo, REVOREDO & CIA LTDA, também se manifestou, fls. 118/125, e juntou demais documentos.

Assim, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório. Passo a decidir.

Jorge Américo Pereira de Lira
Desembargador



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

342
de

Requerida a concessão de medida liminar, verifico, do art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009, é necessário, para tanto, que haja fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida. Vejamos.

A modalidade de pregão foi instituída pela Lei nº 10.520/2002, no anseio de conferir maior concretude ao princípio da eficiência e economicidade no que tange aos procedimentos licitatórios, que por seu objeto necessita que seja conferida maior celeridade.

No presente caso, um dos pontos controvertido diz respeito à disciplina prevista no art. 4º, inciso XVII, do diploma mencionado, o que abaixo se segue:

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;

O regramento no sentido de ser determinada a imediata manifestação no sentido de recorrer encontra-se em consonância com a regra de concentração de atos processuais, atinente ao escopo de celeridade. É que, caso não haja manifestação nesse sentido, ocorre desde logo a decadência do direito de interpor recurso e o procedimento segue ao final. Todavia, caso haja manifestação quanto à intenção de recorrer, em observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa, deve-se observar a garantia do devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal), de forma que o andamento do procedimento licitatório deve aguardar a apresentação das razões recursais, sob pena de cerceamento de defesa.

Cumprido observar, tão logo a interposição do recurso, tão somente a observância das regras formais impostas pela lei, tal como a necessidade de que a manifestação seja motivada, no intuito de coibir pretensões recursais genéricas e inconsistentes. Não se pode exigir, porém, que tais razões sejam exaustivamente fundamentadas ou que apresentem os fundamentos jurídicos que lhe servem de base, porém devem ser claras e suficientes para que se possa, de logo, perceber qual a matéria contra a qual se insurge o recorrente, após o que, com a apresentação das razões recursais, haverá, pelo pregoeiro, o julgamento do mérito do recurso.

O regramento tal qual ora explanado torna-se ainda mais claro ao se levar em consideração a possibilidade de ser conferido ao recurso administrativo efeito suspensivo, designando nova sessão para continuidade. Some-se, por fim, a disposição do inciso XXI do art. 4º da Lei nº 10520/2002, quando diz que decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor, do que entendo que, além da necessidade expressa de apresentação de



243
R

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

contrarrazões no prazo de três dias, a lei colocou o julgamento dos recursos como uma fase à parte. É, afinal, uma forma de garantia de que a proposta, além de apresentar o custo mais baixo, respeite igualmente e atenda a legalidade do procedimento licitatório.

Andou mal, pois, a autoridade coatora por ter obstado o direito da impetrante de apresentar as razões recursais.

Insurge-se ainda a impetrante por lhe ter sido sonegado o direito ao desempate, tal qual previsto no art. 44 e 45 da LC nº 123/2006, que visa à implementação do art. 179 da Constituição Federal, in verbis:

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.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

1 - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

(...)

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Como benefício conferido às empresas de pequeno porte e microempresa, no intuito de incentivar o seu desenvolvimento econômico, o regramento normativo acima cria a figura do "empate ficto", por meio do qual são consideradas empatadas as propostas que atenderem aos requisitos técnicos fixados pelo instrumento convocatório da licitação e respeitem o limite de 10 ou 5%, a depender da modalidade licitatória, de diferença de preço.

Disto, entendo que, acaso a proposta for invalidada, tal como ocorreu nos autos com as duas primeiras colocadas, sequer se deve considerá-las como apta a ter exercido o direito de preferência, pois não se encaixam no requisito de terem apresentado propostas que atendam aos "requisitos técnicos fixados pelo instrumento convocatório da licitação", de forma que tal benefício deve ocorrer tão somente entre os licitantes que assim se qualificarem. Dessa forma, proposta desclassificada não pode ser utilizada como parâmetro para fins do art. 44 e 45 da LC nº 123/2006.



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

Nesse sentido, cumpre trazer lição doutrinária de Ricardo Alexandre Sampaio:

De acordo com esse dispositivo da Lei Complementar nº 123/06, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar nova proposta no prazo máximo de cinco minutos após o encerramento dos lances. Então, encerrada a fase de lances, se a vencedora for uma microempresa ou empresa de pequeno porte, não haverá incidência das regras em análise (art. 45, § 2º). Todavia, se a melhor proposta for apresentada por uma empresa excluída desse conceito, cumprirá ao pregoeiro verificar se alguma licitante microempresa ou empresa de pequeno ofereceu lance final com preço até 5% superior ao melhor registrado. Havendo licitante nessa condição, o pregoeiro deverá convocá-la formalmente para, no prazo de cinco minutos, se assim desejar, ofertar nova proposta inferior àquela inicialmente vencedora da fase de lances.¹

Assim, entendo que também andou mal o pregoeiro ao tolher o direito de desempate à empresa-impetrante.

Por fim, analisada relevância dos fundamentos apresentados pelo impetrante, cumpre pontuar que também existem elementos pelos quais se demonstra que o ato impugnado, de fato, pode resultar a ineficácia da medida. É que, acaso não deferida por hora a presente liminar, o feito prosseguirá até a final adjudicação do certame, não obstante o fundamento relevante de ilegalidade, de modo a ferir o direito do impetrante.

Ante o exposto, DEFIRO O PEDIDO LIMINAR, no sentido de garantir à empresa-impetrante o exercício do direito de desempate entre ela e litisconsorte passiva, por ter sido comprovada a situação de empate ficto, retornando-se, assim, à fase de habilitação do Pregão eletrônico nº 012/2013, promovido pela Secretaria de Saúde do Estado.

Expeça-se mandado de cumprimento.

Ao Ministério Público.

Recife, 04 de fevereiro de 2014.

Évio Marques da Silva

Juiz de Direito

¹ SAMPAIO, Ricardo Alexandre. A questão da preferência das micro e pequenas empresas no pregão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2042, 2 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12277>>. Acesso em: 4 fev. 3914. " (Grifamos)

4. O Agravo Regimental interposto pelo Estado de Pernambuco resta prejudicado ante o julgamento do presente.

5. Consoante se percebe, a licitação em questão, por meio da publicação do Edital do Pregão Eletrônico nº 025/2013, tinha por objeto



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

345
R

registro de preços por um período de 12 (doze) meses, para eventual fornecimento de mobiliários sob medida para atender 12 (doze) unidades pernambucanas de atendimento especializado - UPAE'S no Estado de Pernambuco (fl. 76).

6. A empresa agravada acabou por ficar colocada em 4º lugar. Todavia, os contornos do processo licitatório, levando em consideração que se trata de uma EPP, e que as duas primeiras classificadas, embora também beneficiadas pelo regime da Lei nº 123/06, foram inabilitadas, levaram-na, no curso do referido processo, a manifestar intenção de recorrer da decisão que declarou vencedora a 3ª colocada, sob o fundamento de que deveria ter sido chamada a ofertar proposta de preço, aplicando-se-lhe o tratamento dos arts. 44 e 45 da LC nº 123/06.

7. Portanto, impetrou o Mandado de segurança, sob a alegação de que lhe teria sido violado direito líquido e certo, pedindo, *in limine*, nomeadamente:

"...seja garantido o direito ao desempate, ante a situação comprovada de empate ficto, ante a invalidação das ofertas apresentadas pelas empresas citadas, devendo fazer retornar até à fase de classificação, possibilitando a nossa empresa que apresente sua oferta, conforme preconiza a lei complementar 123/2006, art. 45;"

OU, caso este Magistrado entenda não ser possível o pleito acima, em sede de liminar, que, ao menos, determine a SUSPENSÃO imediata do Pregão Eletrônico ora atacado de nº 012/2013, processo administrativo nº 025/2013, para que se evite a homologação do mesmo, e só após análise do mérito, se comprove a ilegalidade da decisão que não nos concedeu o direito de desempate, diante do empate ficto, conforme determina a lei;"

8. O Impetrante ultrapassa as questões processuais e reinvindica o direito de fazer proposta em conformidade com o art. 45 da lei nº 123/06.

9. Dos autos, extrai-se (fl. 67) que na fase de habilitação, de fato, foram inabilitadas as duas primeiras classificadas, tendo sido chamada e declarada habilitada a 3ª classificada (litisconsorte passiva) no dia 23/12/2013, pelas 11:10.28:433.

10. Vê-se ainda que, aparentemente, tendo em vista o doc. de fl. 62, que a agravada, mostrou sua intenção de recorrer, imediatamente a seguir à habilitação, no dia 23/12/2013, pelas 11:1343, nos seguintes termos:


Jorge Américo Pereira de Lira
Desembargador



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

346
DL

"Gostaria de registrar nossa intenção de recurso.

Não agiu corretamente o pregoeiro, ao eleger diretamente "a primeira proposta válida (uma empresa de porte médio) como vencedora do processo, sem aplicar o tratamento diferenciado para a segunda proposta de menor preço (uma EPP), " base jurídica: Lei 10.520 de 17/07/02, inciso XVI, decreto 5.450 de 31/05/05"

11. O Sr. Luiz Bezerra de Sousa Filho (Pregoeiro), assim se posicionou, no dia 23/12/2013, 11:43:20, perante a intenção de recurso:

"A caracterização que o pregoeiro não agiu corretamente está equivocada. Tendo em vista que a proposta vencedora após análise técnica atendeu ao solicitado no edital. O procedimento é eletrônico e a previsão do favorecimento está estabelecido no item 15.9 do edital, o que foi detectado no sistema no momento apropriado. Vejamos: anteriormente foram convocadas a empresa MARANKO e também a empresa Santa Catarina Acre, ambas são empresas enquadradas em ME e EPP. E a empresa vencedora estava classificada em terceiro lugar, posterior a duas empresas que receberam tratamento diferenciado. Diante dos fatos expostos, e tendo a própria confirmação do sistema em ratificar nossa posição, não acataremos intenção de recurso."

12. O Pregoeiro foi além do juízo de admissibilidade, entrando nitidamente no mérito do recurso administrativo interposto. E, na sequência, o foi pregão foi encerrado, e adjudicado pelo pregoeiro no dia 26/12/2013 pelas 11:29:35:690 (fl. 67 e 74).

13. O mandado de segurança foi impetrado no dia 03/01/2014 (fl. 23).

14. A Lei 12.016/2009 em seu art. 6º, § 3º dispõe que: "Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane ordem para a sua prática".

15. Consoante leciona Hely Lopes Meirelles em sua obra Mandado de Segurança, 28ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, p. 33: "Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de DECISÃO dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal".

16. As competências do pregoeiro estão definidas na Lei 10.520/2002 (Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e

Jorge Américo Pereira de Lira
Desembargador



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

347
R

dá outras providências), mais precisamente, no art. 3º, inciso IV, que dispõe:

“a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor”.

17. Entretanto as competências para homologar e adjudicar o ato variam consoante, aja ou não, a interposição de recurso administrativo; vejamos o que dita a lei:

18. A Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que institui a modalidade de pregão eletrônico assim dispõe:

Art. 4º

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;

XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e

19. Por sua vez, o Decreto nº 5.450/2005 tendo em vista a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, assim estipula:

Art. 8º À autoridade competente, de acordo com as atribuições previstas no regimento ou estatuto do órgão ou da entidade, cabe:

IV - decidir os recursos contra atos do pregoeiro quando este mantiver sua decisão;

Jorge Américo Pereira de Lira
Desembargador



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

243
R

V - adjudicar o objeto da licitação, quando houver recurso;

VI - homologar o resultado da licitação; e

Art. 11. Caberá ao pregoeiro, em especial:

VII - receber, examinar e decidir os recursos, encaminhando à autoridade competente quando mantiver sua decisão;

VIII - indicar o vencedor do certame;

IX - adjudicar o objeto, quando não houver recurso;

XI - encaminhar o processo devidamente instruído à autoridade superior e propor a homologação.

Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital.

§ 5º Se a proposta não for aceitável ou se o licitante não atender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e, assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital.


Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

§ 1º A falta de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer, nos termos do caput, importará na decadência desse direito, ficando o pregoeiro autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor.

Art. 27. Decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos praticados, a autoridade competente adjudicará o objeto e homologará o procedimento licitatório.

§ 1º Após a homologação referida no caput, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato ou a ata de registro de preços no prazo definido no edital.

§ 2º Na assinatura do contrato ou da ata de registro de preços, será exigida a comprovação das condições de habilitação consignadas no edital, as quais deverão ser mantidas pelo licitante durante a vigência do contrato ou da ata de registro de preços.


Jorge Américo Pereira de Lira
Desembargador



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

349
PK

§ 3º O vencedor da licitação que não fizer a comprovação referida no § 2º ou quando, injustificadamente, recusar-se a assinar o contrato ou a ata de registro de preços, poderá ser convocado outro licitante, desde que respeitada a ordem de classificação, para, após comprovados os requisitos habilitatórios e feita a negociação, assinar o contrato ou a ata de registro de preços, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

20. Por sua vez, o Decreto nº 32.539, de 24 de outubro de 2008, que dispõe sobre a modalidade de licitação, denominada pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Poder Executivo Estadual, (Pernambuco), assim estipula:

Art. 2º Os processos de licitação, na forma eletrônica, são condicionados aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras dos processos eletrônicos serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação

Art. 7º Caberá à autoridade competente, de acordo com as atribuições previstas no regimento ou estatuto do órgão ou da entidade licitante:

decidir os recursos contra atos do pregoeiro;

adjudicar o objeto da licitação, quando houver recurso;

homologar o processo;

celebrar o contrato;

revogar e anular a licitação.

Art. 8º Caberá ao pregoeiro, em especial:

receber, examinar e instruir os recursos, encaminhando-os devidamente informados à autoridade competente para julgamento;

adjudicar o objeto, quando não houver recurso;

Art. 26. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do objeto e aceitabilidade do preço, e verificará a habilitação do licitante conforme documentação exigida na forma e prazos estabelecidos no edital.

Jorge Américo Pereira de Lira
Desembargador



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

3TU
DL

§ 1º Na hipótese de participação de Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte, será observado o procedimento de acordo com a legislação específica.

Art.28. Se a oferta não for aceitável ou se o licitante não atender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o licitante declarado vencedor.

Art.29. Se o licitante vencedor, convocado no prazo de validade de sua proposta, não celebrar o contrato ou não assinar a ata de registro de preços, aplicar-se-á o disposto no artigo anterior.

Art. 30. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para apresentar contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos.

21. Por fim, a Lei Federal nº 8.666/93, regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, por sua vez, assim se posiciona:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

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:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

22. Os itens 23 a 23.7. do Edital determinam que só não será concedido prazo para recursos, sobre assuntos meramente protelatórios ou quando não justificada a intenção de interpor recurso pelo proponente.

23. Da análise das normas em epígrafe conclui-se com bastante razoabilidade que o pregoeiro, não deve examinar o mérito, e tem a obrigação de mandar o recurso para ser analisado pela autoridade competente, caso mantenha sua decisão. Não há qualquer indicação de que houve a referida remessa.

Jorge Américo Pereira de Lira
Desembargador



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

25
35
PL

24. Ao adentrar o mérito das alegações logo após a manifestação do intento de recorrer, o pregoeiro impediu que a interessada apresentasse, no prazo de três dias úteis, suas razões e sua apreciação pela autoridade superior, na forma assegurada pelos arts. 4º, inciso XVIII, da Lei nº 10.520/2002, e dos subitens 23º 23.7 do ato convocatório.

25. Na verdade, *in casu*, não se verifica que houve a justificativa da não admissão do recurso, mas sim a análise do mérito recursal.

26. Destarte, a agravada colocou a tônica, no caso do pregão eletrônico, no momento que serve de marco para determinação do empate ficto de 5% (cinco por cento). Vejamos o que determina a Lei Complementar nº 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.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.


Jorge Américo Pereira de Lira
Desembargador



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

317
du

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

27. Ora, levando em consideração, que houve a interposição de um recurso administrativo, então, a sua análise do seu mérito, deveria ter sido realizada pela autoridade competente. O que, desde já vislumbro não ter ocorrido. Com efeito, a manifestação de recurso foi devidamente motivada. Por outro lado, sendo certo que houve a interposição de recurso, então, tal fato interferirá na autoridade que terá legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda. Consigne-se que a lei, expressamente distinguiu tais hipóteses.

28. Posto isto, e sabendo-se que a análise a ser feita pelo pregoeiro devia visar a afastar apenas os recursos manifestamente protelatórios, que não detêm qualquer fundamentação para a sua interposição, assunto sobre o qual o Tribunal de Contas da União exarou Acórdão (Publicação da Ata 06/2010, Plenário Sessão 03/03/2010), em que ficou clara a restrição do exercício dessa atividade pelo pregoeiro.

29. Vejamos os trechos do relatório e do voto do Ministro Relator, bem como da parte dispositiva do Acórdão nº 339/2010 - Plenário:

"Relatório (...)

10.4. Isto posto, tem-se, portanto, que o juízo de admissibilidade da intenção de recorrer, na modalidade pregão - tanto eletrônico como presencial -, levado a efeito pelo Pregoeiro, deve se limitar à análise acerca da presença dos pressupostos recursais (sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação), sendo vedado a este agente analisar, de antemão, o próprio mérito recursal, em que pese lhe ser lícito examinar se os motivos apresentados na intenção de recorrer possuem, em tese, um mínimo de plausibilidade para seu seguimento. (...)

Voto

(...) Uma vez confirmada a rejeição pelo pregoeiro, sem amparo legal, de todas as intenções de recurso formuladas pelos licitantes, faz-se necessária a anulação dos respectivos atos ilegais praticados, bem como dos atos subsequentes. Dessa forma, caso (...) deseje dar prosseguimento ao Pregão Eletrônico 713/2009, deverá retornar à fase de recursos, indevidamente suprimida do certame. (...)

Jorge Américo Pereira de Lira
Desembargador



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

253

ACÓRDÃO os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em: (...)

9.3. determinar, (...) que adote, no prazo de 15 (quinze) dias, as providências necessárias ao exato cumprimento do disposto no art. 4º, XVIII, da Lei 10.520/2002 e ao princípio da isonomia, procedendo à anulação dos atos que rejeitaram as intenções de recurso dos licitantes, bem como dos atos subsequentes, praticados no âmbito do Pregão Eletrônico 713/2009;

9.4. determinar (...) que, nas licitações na modalidade Pregão Eletrônico: (...)

9.4.3. oriente seus pregoeiros, ao procederem ao juízo de admissibilidade das intenções de recurso manifestadas pelos licitantes nas sessões públicas (pregão eletrônico ou presencial), que busquem verificar tão somente a presença dos pressupostos recursais, ou seja, sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação, abstendo-se de analisar, de antemão, o mérito do recurso, nos termos do art. 4º, inciso XVIII, da Lei nº 10.520/2002, c/c art. 11, inciso XVII, do Decreto nº 3.555/2000 (pregão presencial), e do art. 26, caput, do Decreto nº 5.450/2005 (pregão eletrônico);"

30. Então, entendo, verificada a ocorrência de ilegalidade no procedimento administrativo em causa, na medida em que a atividade do pregoeiro deve focar-se na análise das intenções dos recursos manifestadas na sessão do pregão, restringindo-se à constatação da sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação; e, presentes estes aspectos, não poderia o pregoeiro rejeitar de plano as intenções recursais com base no julgamento do mérito dos apontamentos realizados pelos licitantes na sessão.

31. E que, em verdade, a liminar deve ser reformada no sentido de que, antes de analisar o mérito, e a própria legitimidade passiva da autoridade coatora, deve ser suspenso do pregão eletrônico até que seja julgado o recurso administrativo. Até por que, é dever do Juiz conhecer de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, sobre a presença no processo de todos os seus pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular, bem como sobre as condições da ação (art. 267, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil).

32. Assim sendo, aliado, aos fundamentos adotados pelo MM juiz a quo, entendo que, *in casu*, a impetrante/agravada demonstrou o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

33. Contudo, a decisão vergastada deverá ser modificada, de forma que deve ser dado provimento parcial ao presente agravo de instrumento,



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

374

posto que é possível inferir dos autos, a partir dos documentos nele colacionados, que a agravada, impetrou o "Mandado de Segurança", visando, em sede de liminar, a suspensão dos efeitos dos atos administrativos de sua inabilitação no Pregão Eletrônico, pedindo o retorno à fase de habilitação, uma vez que aponta irregularidades no certame, por violado em sede administrativa, o alegado direito ao desempate ficto, alegando, outrossim, a inadmissão do seu recurso administrativo, violando-se, ainda, o seu direito constitucionalmente protegido de petição.

34. O MM. Juiz a quo deferiu a medida liminar, no sentido de garantir, imediatamente à empresa-impetrante o exercício do direito de desempate entre ela e litisconsorte passiva, por ter sido comprovada a situação de empate ficto, retornando-se, assim, à fase de habilitação do Pregão eletrônico nº 012/2013, promovido pela Secretaria de Saúde do Estado, o que ensejou na interposição do presente recurso.

35. Em que pesem os argumentos adotados pelo agravante para que a decisão seja reformada, possibilitando, assim, o prosseguimento da licitação, tem-se que a decisão proferida pelo douto magistrado afigura-se prudente, por existir na hipótese os requisitos necessários à concessão da liminar pleiteada, contudo, não posso deixar de observar a ilegalidade que me foi dada a conhecer.

36. Conforme se percebe do documento de fl. a agravada apresentou recurso administrativo devido ao fato de não ter sido chamada a exercer seu direito de preferência com a empresa declarada vencedora, quando devia ter sido chamada por força do tratamento diferenciado conferido pela da LC nº 123/06 às microempresas e empresas de pequeno porte, porquanto as duas primeiras classificadas teriam sido inabilitadas.

37. Importante ressaltar que, a liminar consiste em um remédio jurídico para que o chamado direito líquido e certo, ameaçado ou lesado, cuja proteção se deseja, não se frustre quando da decisão final, pelo comprometimento ou mesmo extinção do direito, o que converteria a entrega da prestação jurisdicional material válida em decisão inócua e formalmente insubsistente, pela ineficácia da ordem decisória.

38. Na lição de HELY LOPES MEIRELLES, in "Mandado de Segurança", Malheiros, 27ª ed., p. 78:

Jorge Américo Pereira de Lira
Desembargador



37K
W

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
1ª Câmara de Direito Público

"A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem seus pressupostos como, também, não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade."

39. Em sendo assim, VOTO POR DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO INSTRUMENTO, de forma a determinar a suspensão do pregão eletrônico até que seja julgado o recurso administrativo por autoridade competente, após a regular apresentação das razões da impetrante quanto à ALEGADA OCORRÊNCIA DE EMPATE FICTO.

40. É como voto.

Recife, 3. JUNHO. 2014

Jorge Américo P. de Lira
Desembargador JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA
RELATOR