DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 20/2019

PROCESSO TC/MS	: TC/1190/2019
PROTOCOLO	: 1956546
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE INOCÊNCIA
DENUNCIANTE	: TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA
TIPO DE PROCESSO	: REPRESENTAÇÃO
RELATOR	: CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT

V i s t o s e t c.

A matéria em exame referencia a **"*REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR*, *em desfavor do* *MUNICÍPIO DE INOCÊNCIA*..."**, formulada pela empresa Trivale Administração Ltda., sediada em Uberlândia-MG e representada por seu advogado, na qual estão firmados diversos pedidos, tudo compreendendo teórico ou efetivo vício detectado no enunciado do subitem **2.2.3** do item **2** do Edital do Pregão n. 01/2019, lançado pela Administração Municipal de Inocência**.**

A referenciada **"**Denúncia**":**

I - embora tenha sido denominada de **"representação",** compreende, em verdade, típica denúncia, seja pela citação (no despacho de emissão do juízo de admissibilidade, sem tramitação sigilosa) das regras do art. 124 do Regimento Interno então em vigor (peça 1, fls. 3-4), seja pelos seus conteúdo e autoria, tendo como fundamento de formulação o direito constitucional de petição (Constituição Federal, art. 5º, XXXXIV, ***a***), bem como as disposições legais e regimentais pertinentes**;**

II - contém pedido inicial (peça 2, fls. 4-15) para a "*SUSPENSÃO IMEDIATA DA ASSINATURA OU EXECUÇÃO DO CONTRATO RELACIONADO AO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 001/2019"* e pedido final para que "*seja REVISTA a decisão administrativa que desclassificou a Representante, afrontando o que determina a Lei nº 8.666/93 e a Lei 10520/02."***;**

III - apresenta, em síntese objetiva, os seguintes elementos compositivos**:**

> realização do certame licitatório marcada para o dia 30 de janeiro de 2019 com a finalidade de selecionar empresa especializada para prestação de Serviços de gestão de abastecimento de combustível, assemelhados e gestão de gerenciamento de manutenções corretivas e preventivas, através da implantação de software de gerenciamento via web (internet) utilizando cartão eletrônico (com chips), tecnologia smart, ou cartão com tarja magnética (transmissão por meio de linha telefônica), além de fornecimento de bens de consumo, substituição de peças e demais

materiais pelo período de 12 (doze) meses, para atender a frota de veículos oficiais, veículos a disposição da administração do Município de Inocência/MS

E na parte das razões da empresa denunciante, consta no instrumento denunciatório, em linhas gerais, que**:**

I - ela participou do certame licitatório retro mencionado, sendo inabilitada pela pregoeira, sob a alegação do não atendimento das prescrições do subitem 2.2.3 do edital lançado, por constar o impedimento dela no Cadastro de Empresa Inidôneas e Suspensas, para os fins de contratação;

II - o referido impedimento se aplicava somente à SCGAS, não atingindo os demais órgãos ou entes públicos, sendo, portanto, indevida sua inabilitação;

III - a restrição a ela imposta não alcança e muito menos prejudica a licitação em curso na Administração municipal de Inocência, entendendo ela que a suspensão que lhe foi aplicada, no Estado de Santa Catarina, não alcança outros Estados e especialmente seus Municípios;

IV - estão reproduzidas decisões (jurisprudência) e doutrinas que lhe são favoráveis.

Ao final, foram formulados os pedidos já transcritos na parte inicial deste relatório.

É O RELATÓRIO.

V O T O

DA MEDIDA CAUTELAR

Inicialmente anoto – embora fosse até desnecessário – que a competência dos Conselheiros deste Tribunal para aplicar ou conceder medida cautelar está positivada nas regras dos arts. 56, 57 e 58 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, e do art. 148 do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Normativa n. 76, de 11 de dezembro de 2013.

Em seguida, registro que a medida cautelar é a medida provisória tendente a afastar a iminência de um possível dano a um direito ou a um possível direito. E para tanto, exige dois requisitos: *"fumus boni juris",* significativa da relevância do fundamento e da ocorrência da verossimilhança do direito material e o *"periculum in mora"*, que significa a possibilidade da ineficácia da prestação jurisdicional ao final.

De acordo com o item 2.2. e o subitem 2.2.3. do Edital 001/2019**:**

> *2.2 - Não poderão concorrer neste Pregão*:
>
> (...)

> *2.2.3 - Empresa declarada inidônea para licitar ou contratar com a Administração Pública Municipal, Estadual e Federal, em âmbito nacional, enquanto perdurarem os motivos da punição;*

Verifico que a vedação inscrita no Edital de licitação supramencionada **não foi cumprida** pela empresa denunciante, haja vista que ela estava incluída no CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS INIDÔNEAS E SUSPENSAS-CEIS e, nesses termos, ela não "poderia concorrer", ou seja, não poderia participar daquele Pregão, em face de anterior declaração de sua inidoneidade para tal finalidade.

Neste ponto**:**

1. tenho como certo, **em princípio**, que o Edital faz lei entre as partes, sem embargo de que ele possa estar sujeito ao crivo de constitucionalidade e da legalidade, principalmente quando o tema tratar de restrição ao direito de participação em certames licitatórios;

2. observo, todavia, que no caso em exame não está suficientemente clara (clarividente) a relevância do fundamento e a verossimilhança do direito material alegados pela denunciante, diante da controvertida interpretação doutrinária que existe sobre as disposições do art. 87, III, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993 (**"***Lei de Licitações e Contratos***"**), e do art. 7º da Lei (federal) n. 10.520, de 2002 (que dispõe sobre o Pregão), assim como existe evidente colisão do direito alegado com a jurisprudência do STJ e com os termos do Edital, como a seguir exponho.

O regime especial de direito público, que rege os contratos administrativos, assegura privilégios decorrentes da primazia do interesse público sobre o particular e em razão da relação diferenciada que existe entre as partes contratantes no âmbito do direito privado. E isso fica bastante evidente na leitura das disposições dos arts. 54 e 58 da citada Lei (federal) n. 8.666, de 1993, que seguem assim transcritas**:**

> *Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.*
>
> (...)
>
> *Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:*
>
> *I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;*
>
> *II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;*
>
> *III - fiscalizar-lhes a execução;*

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Assim, em princípio, o Poder Público pode, unilateralmente, aplicar penalidades ao particular contratado**.** E dentre as sanções cabíveis, anoto as previstas nas disposições do art. 87 da "*Lei de Licitações e Contratos*" e confirmadas pelas regras do art. 7º da Lei (federal) n. 10.520, de 2000, que, respectivamente, assim dispõem**:**

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

.....

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4o desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

A interpretação da doutrina administrativista mostra divergências importantes, especialmente as que se referem aos limites da extensão da penalidade aplicada a determinada pessoa ou empresa, para os casos com o mesmo teor deste em exame.

José dos Santos Carvalho Filho resume as controvérsias em três correntes de pensamento**:**

"Para grande parte dos especialistas, o efeito é restritivo, vale dizer, limita-se ao ente federativo em que a sanção foi aplicada, invocando-se duas razões: (1ª) a autonomia das pessoas da federação (2ª) a ofensa ao princípio da competitividade, previsto no art. 3º, § 1º, I, do Estatuto.

Outra corrente, no entanto, advoga o entendimento de que o efeito sancionador é restritivo para a suspensão e extensivo para a declaração, ou seja, neste último caso, deve a sanção ser recepcionada por entidade federativa diversa. O argumento tem amparo no fato de que no art. 87, III, o Estatuto alude à ***Administração*** *- definida no art. 6º, XII, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente -, ao passo que no art. 87, IV, refere-se à* ***Administração Pública*** *- definida no art. 6º, XI, como sendo a administração direta e indireta dos diversos entes federativos.*

(...)

Na verdade, não conseguimos convencer-nos, data venia, de qualquer dos pensamentos que concluem no sentido restritivo dos efeitos punitivos. Parece-nos que o efeito deva ser sempre extensivo. Em primeiro lugar, não conseguimos ver diferença de conceituação naqueles incisos do art. 6º, já que o que podemos constatar é apenas uma péssima e atécnica definição de Administração Pública; com efeito, nenhuma diferença existe entre Administração e Administração Pública. Além disso, se um contratado é punido por um ente federativo com a aplicação de uma daquelas sanções, a razão só pode ter sido a inexecução total ou parcial do contrato, isto é, o inadimplemento contratual, como está afirmado na lei (art. 87). Desse modo, não nos parece fácil entender por que tal infração também não acarretaria riscos para as demais entidades federativas no caso de alguma delas vir a contratar com a empresa punida. Quer dizer: entidade federativa, mas poderia licitar normalmente perante outra e, como é óbvio, sujeitá-la aos riscos de novo inadimplemento. Para nós não há lógica em tal solução, porque a Administração Pública é uma só, é una, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa federativa tenha sua própria estrutura. "

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25º ed. rev. atual. e ampl. até a Lei 12.587/12. São Paulo: Atlas, 2012. p. 220, grifos do autor).

Sem embrago da controvérsia doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça-STJ tem pacificado seu entendimento no sentido da extensão dos efeitos das sanções a todos os entes federativos, a começar pelo Acordão Paradigma decorrente do julgamento do REsp. 15.567/RJ:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.- A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.- A limitação dos efeitos da "suspensão de participação de licitação" não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.- Recurso especial não conhecido.

(STJ, T2 - Segunda Turma, REsp 151.567/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 25/02/2003, p. DJ 14/04/2003).

E assim também nos julgamentos sintetizados nos seguintes acórdãos**:**

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO. 1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária. 2. Recurso especial provido.

(STJ, T2 - Segunda Turma, REsp 174.274/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. 19/10/2004, p. DJ 22/11/2004).

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE. ADMINISTRAÇÃO X ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISTINÇÃO. AUSÊNCIA. 1. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pela Petrobrás Distribuidora S/A contra ato do Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o qual, após rescindir o contrato celebrado entre as partes, para a aquisição de 140.000 litros de gasolina comum, com fornecimento parcelado em dozes meses, aplicou sanções de pagamento de multa, no valor de R$ 72.600,00 e de impedimento de licitar e contratar com o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, pelo prazo de um ano. 2. Inicialmente, cabe destacar que é incontroverso nos autos que a Petrobrás Distribuidora S/A, que participara da licitação com documentação da matriz, ao arrepio do que exigia o contrato, forneceu combustível por meio de sua filial sediada no Estado de São Paulo, a quem era devedora do ICMS. **3. Por sua vez, o artigo 87 da Lei n. 8.666/93 prevê expressamente entre as sanções para o descumpridor do acordo a multa, a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos. 4. Na mesma linha, fixa o art. 7º da Lei n. 10.520/2002.5. Ademais, o § 2º do artigo 87 da Lei de Licitação permite a aplicação conjunta das citadas sanções, desde que facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo no prazo de cinco dias úteis.** 6. Da mesma forma, o Item 12.2 do edital referente ao contrato em questão estabelece a aplicação das sanções estipuladas nas Leis n. 10.520/02 e n. 8.666/93, bem como na Resolução n. 5/93 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ao inadimplente. 7. Já o mencionado contrato dispunha na Cláusula Oitava sobre a possibilidade de aplicação ao contratado, diante da inexecução total ou parcial do ajuste, de qualquer das sanções previstas na Lei de Licitações, a juízo fundamentado da prefeitura, de acordo com a gravidade da infração. 8. Nesse contexto, não obstante as diversas advertências efetuadas pelo Tribunal de Contas no sentido de que não poderia a recorrente cometer as irregularidades que motivaram as sanções, esta não cuidou para que a unidade responsável pela execução do contrato apresentasse previamente a documentação que atestasse a observância das normas da licitação e das cláusulas contratadas, de modo que não há que se falar em desproporcionalidade da pena aplicada, sobretudo diante da comprovação das condutas imputadas à recorrente, o que autoriza a aplicação da multa e da sanção de impedimento de contratar com a Administração pelo prazo de um ano, tudo para bem melhor atender ao interesse público. 9. Note-se, ainda, que esta Corte já apontou pela insuficiência da comprovação da regularidade fiscal da matriz e pela necessidade de a filial comprovar tal regularidade se a esta incumbir o cumprimento do objeto da licitação. Precedente. **10. Por fim, não é demais destacar que neste Tribunal já se pontuou a ausência de distinção entre os termos Administração e Administração Pública, razão pela qual a sanção de impedimento de contratar estende-se a qualquer órgão ou entidade daquela. Precedentes.** 11. Recurso ordinário não provido.

(STJ, T2 - Segunda Turma, RMS 326.628/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 06/09/2011, p. DJe 14/09/2011).

> MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE APLICADA COM BASE NA LEI 8.666/93. DIVULGAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA GERENCIADO PELA CGU. DECADÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI EM TESE E/OU ATO CONCRETO. DANO INEXISTENTE..(...)...**4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional.** 5. Segurança denegada.
>
> (STJ, S1 - Primeira Seção, MS 19.657/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 14/08/2013, p. DJe 23/08/2013).

A denunciante apresentou um julgado que entendeu em consonância com a sua pretensão, mas verifiquei que o *mandamus* impetrado não teve como objetivo discutir o mérito da abrangência da penalidade de impedimento de alguém participar de licitação/contratação, mas sim suspender a suposta irregularidade ensejadora de inscrição no CEIS. Leia-se abaixo, a ementa da decisão relativa ao MS-21750 DF**:**

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE APLICADA COM BASE NA LEI 10.520/2002. DIVULGAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA GERENCIADO PELA CGU. CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS INIDÔNEAS E SUSPENSAS-CEIS. CARÁTER INFORMATIVO. ALEGAÇÃO DE ESTAR A PENALIDADE SUB JUDICE. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL VIGENTE QUE SUSPENDA, AINDA QUE TEMPORARIAMENTE, A PENALIDADE ADMINISTRATIVA QUESTIONADA. PARECER DO MPF PELA REJEIÇÃO DA ORDEM. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Nos termos dos arts. 1º, §§ 1º e 2º, parág. único do Decreto 5.482/2005 e 6º. e 7º da Portaria CGU 516/2010, a divulgação do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas-CEIS, pela CGU, **tem mero caráter informativo, não determinando que os Entes Federativos impeçam a participação das empresas ali constantes de licitações**. 2 (...). 3. Segurança denegada em consonância com o Parecer Ministerial.
>
> (STJ - MS: 21750 DF 2015/0099549-7, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 25/10/2017, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 07/11/2017)

E aqui vejo a parte do relatório do voto proferido pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

> *"1. Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido liminar, impetrado por CIÊNCIA E NATUREZA ALIMENTAÇÃO CORPORATIVA LTDA. com o intuito de suspender o registo no Portal de Transparência da CGU, apontando como autoridade coatora o MINISTRO DE ESTADO CHEFE DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO.*
>
> *2. A impetrante aponta que a autoridade impetrada permitiu que o Portal da Transparência divulgasse a penalidade administrativa que lhe fora aplicada, nos termos do art. 7o. da Lei 10.520/2002, estendendo o impedimento de licitar à toda Administração Pública ao invés de ser aplicada apenas no âmbito do Estado de São Paulo.*
>
> *3. Alega a impetrante que a publicação da penalidade a impediria de participar de processos licitatórios em qualquer órgão da administração."*

Desse modo, não há como prosperar o entendimento de que os efeitos da referenciada declaração de idoneidade está restrito ao ente federado que aplicou a sanção de que tratam as regras do art. 87, III, da Lei (federal) n. 8666, de 1993**.**

Segundo o meu entendimento, a abrangência da sanção (que compreende a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento para contratar com Administração, com a devida inscrição no CEIS) é extensiva no referente a qualquer ente ou órgão estatal situado no território brasileiro**.**

Assim, em juízo de cognição sumária, sem maiores aprofundamentos, não vejo como inequívoco o direito alegado pela empresa denunciante e, portanto, vejo como ausente o requisito da verossimilhança do direito material**.**

Noutro aspecto, entendo que estão nos autos informações suficientes para o prosseguimento do curso processual da matéria objeto da denúncia, conforme os enunciados que abaixo seguem**.**

Tudo examinado e considerado nestas circunstâncias e oportunidade restritas**:**

I - conheço da denúncia formulada pela empresa Trivale Administração Ltda., em face de que**:**

a) ela foi apresentada com fundamento nas regras do art. 113, § 1º, da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (que dispõe sobre licitações e contratos), do art. 40 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, e com a observância dos requisitos estabelecidos no art. 124 do Regimento Interno em vigor nesta data**;**

b) pelas razões da sua autora, apontou conteúdos, enunciados, fatos ou omissões que, **em tese**, podem caracterizar vícios detectados no transcorrer da licitação realizada**;**

II - indefiro o pedido para a concessão de medida cautelar para a suspensão de atos administrativos, uma vez que entendo desnecessárias as providências previstas nas disposições do art. 126, *caput*, I, II e III, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução Normativa n. 76, de 11 de dezembro de 2013), e, nos termos do § 3º daquele mesmo artigo, submeto a matéria ao exame do Ministério Público de Contas, para a emissão de parecer**.**

Campo Grande/MS, 21 de fevereiro de 2019.

Conselheiro FLÁVIO KAYATT
Relator