DECISÃO LIMINAR DLM - G.RC - 132/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/12420/2021
PROTOCOLO	: 2135918
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE BONITO
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: JOSMAIL RODRIGUES
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
RELATOR	: Cons. RONALDO CHADID

RELATÓRIO

Trata-se de **DENÚNCIA COMO PEDIDO LIMINAR** apresentada pela empresa *RR Nogueira Soluções em Negócios Ltda.,* pessoa jurídica de direito privado, já devidamente qualificada em documentação anexa ao expediente inicial, neste ato representada por seu preposto legal – Sr. *Edcarlos Jesus Silva –;* em desfavor do Município de *Bonito;* em razão de suposta irregularidade ocorrida nos processos licitatórios realizados sob a modalidade Pregão Presencial – editais n. 38/2021 e 55/2021 – o primeiro, ocorrido no dia 05 de outubro deste ano, visando ao Registro de Preços para aquisição de materiais de expediente; o outro com data de sessão de abertura prevista para as 8 horas do próximo dia 25 de outubro, neste caso para obtenção de materiais de limpeza, higiene, desinfecção e utensílios domésticos para atendimento da demanda das escolas da rede municipal de ensino.

A empresa denunciante – interessada em participar de ambos os certames – informa que no último dia 05, na Sala de Licitação da Prefeitura Municipal de *Bonito,* foi impedida de participar do Pregão Presencial n. 38/2011 por ato do Pregoeiro Responsável que, dando cumprimento à cláusula proibitiva constante no *item 2.2* do edital , fundamentou a exclusão em decisão proferida pelo Município de *Aquidauana*[1], que aplicou à denunciante a sanção de suspensão temporária de participação em licitação, prevista no artigo 87, inciso III, da Lei n. 8.666/93.

Irresignada com a decisão que a impossibilitou de prosseguir concorrendo ao certame, a empresa denunciante interpôs recurso junto à Comissão de Licitação sob o argumento de que, conforme a jurisprudência majoritária das Cortes de Contas do país, as decisões de suspensão temporária do direito de licitar limitar-se-iam ao âmbito da entidade

[1] Publicada no Diário Oficial do Município, na edição do dia 30/09/2021.

sancionadora, razão pela qual a cláusula proibitiva constante do edital e o consequente impedimento de sua participação no certame estariam revestidas de ilegalidade, razão pela qual demandaria a correção do ato para a sua reinserção na disputa. No entanto, o recurso foi indeferido, a proibição mantida e a empresa denunciante descredenciada.

Diante disso, e considerando que a denunciante, igualmente, manifesta interesse em participar da disputa para oferecimento dos itens que constituem o objeto do Pregão Presencial n. 55/2021, com essão de abertura prevista para as 8 horas da próxima segunda feira, e cuja proibição também se inclui dentre as cláusulas editalícias; requer liminarmente o deferimento de medida cautelar para suspensão de ambos os certames licitatórios; a determinação para que o Município se abstenha de incluir a cláusula impeditiva em todas as licitações que deflagrar; e a aplicação de pena de multa em caso de descumprimento.

É a síntese do que interessa relatar.

REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

O expediente encaminhado pelo representante legal indica o nome e a qualificação da empresa denunciante. Contém todas as informações necessárias à compreensão dos fatos alegados. Faz referência à matéria de competência e jurisdição do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul. Cumpre, portanto, todos os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 126 do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Normativa n.º 98, de 05 de dezembro de 2018.

MÉRITO

Não pretendendo esgotar a discussão sobre o assunto e, tampouco, antecipar a formação do convencimento necessário à prolação de decisão definitiva sobre os fatos denunciados – o que se fará apenas ao final do devido trâmite processual regimental e após a manifestação de todos os interessados –, impende registrar desde já, que segundo o juízo de convencimento inicial comum às decisões tomadas em caráter liminar, os argumentos apresentados pela denunciante revestem-se da verossimilhança e plausibilidade necessárias ao deferimento de parte das medidas que pleiteia.

A questão que se coloca como o ponto a se decidir recai sobre (im)possibilidade de uma empresa penalizada em seu direito de licitar com a Administração – nos termos do que prescreve o art. 87, inciso III, da Lei n. 8666/93 – ser proibida de participar de disputas em órgão e ente diverso daquele que a sancionou.

Embora a celeuma não tenha resposta unânime na doutrina e na jurisprudência, tendo a me alinhar àqueles que consideram que as referidas sanções devam ficar circunscritas aos limites do ente que as proclamou.

Primeiro porque, assim como já fora dito em reiteradas decisões sobre questões idênticas, comungo do entendimento de que há uma aparente intenção do legislador com conteúdo técnico dos termos que inseriu no texto da Lei de Licitações. Ao utilizar os vocábulos distintos – "Administração e Administração Pública" – para estabelecer a incidência das penalidades previstas nos incisos III e IV do art. 87, o legislador pareceu justamente pretender delimitar e distinguir a abrangência de aplicação de uma e outra penalidade. Veja:

> Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
>
> I – advertência;
>
> II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
>
> 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.

Tivesse a referida distinção de vocábulos ocorrida apenas por acaso, não teria definido o conceito de ambos os vocábulos nas disposições do art. 6.º, incisos XI e XII da mesma Lei de Licitações:

> Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:
> (...)
> XI - **Administração Pública** - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;
> XII - **Administração** - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

Tal conclusão – a de que a decisão de suspensão deva se restringir apenas aos limites do ente sancionador – pode ser reiteradamente constatada em diversos julgados do *Tribunal de Contas da União*, a exemplo do Acórdão Plenário n. 006675/2013-1 que abaixo se reproduz:

> **A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou**
> Representação formulada por empresa apontou suposta ilegalidade no edital do Pregão Eletrônico 13/2013, conduzido pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal, com o objetivo de contratar empresa especializada em serviços de manutenção de instalações civis, hidrossanitárias e de gás e rede de distribuição do sistema de combate a incêndios. Constou do edital disposição no sentido de que "2.2 – Não será permitida a participação de empresas: (…) c) suspensas temporariamente de participar em licitações e contratar com a Administração; d) declaradas inidôneas para licitar ou para contratar com a Administração Pública;". O relator, por aparente restrição ao caráter competitivo do certame, suspendeu cautelarmente o andamento do certame e promoveu a oitiva do órgão, medidas essas que vieram a ser ratificadas pelo Tribunal. O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que "a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção

prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)". E mais: "**Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenadas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal"**. Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo "Administração" constante do item 2.2, "c", os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão "refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal" e que, portanto, "o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte". Por esse motivo, considerou pertinente a revogação da referida cautelar e o julgamento pela improcedência da representação. A despeito disso e com o intuito de "evitar questionamentos semelhantes no futuro", considerou pertinente a expedição de recomendação ao órgão para nortear a elaboração de futuros editais. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) "recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal". **Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013.**

Ou ainda:

Sobre o assunto, alinho-me ao posicionamento da parcela da doutrina que considera que a sanção aplicada com supedâneo no art. 87, inciso III, da Lei das Licitações restringe-se ao órgão ou entidade contratante, não sendo, portanto, extensível a toda a Administração Pública.
A Lei das Licitações, no seu art. 6º, XI e XII, estabeleceu definições precisas para as expressões 'Administração Pública' e 'Administração' as quais faz referência ao longo do texto normativo, o que evidencia a nítida preocupação do legislador com o conteúdo técnico dos termos ali colocados. Conforme bem assinalou o Ministro Bento José Bugarin, em sede de processo de representação em que se discutia matéria idêntica, '... Caso

> desejasse que a punição de suspensão temporária do direito de licitar fosse estendida a toda a Administração Pública, certamente o legislador teria expressamente a ela se referido no texto legal. Como não o fez, e tratando-se de matéria de natureza penal (em sentido amplo) , deve-se interpretar o comando normativo de forma restritiva' (excerto do Voto que fundamentou a Decisão nº 352/1998 - Plenário, da relatoria do Ministro Bento José Bugarin) Oportuna também a ponderação do Relator no sentido de que entre os administrativistas não há consenso até mesmo quanto à extensão da declaração de inidoneidade, ou seja, se essa declaração firmada por determinada esfera de governo alcançaria as outras. Após fazer referência às lições de Carlos Ari Sundfeld e Toshio Mukai, o Relator arremata com acerto: 'Se é defensável que alguém considerado inidôneo em determinada esfera administrativa não o seja em outra, muito mais razoável é admitir-se que a suspensão temporária do direito de licitar seja válida apenas no âmbito do órgão ou entidade que aplicou a penalidade, não apenas por raciocínio lógico, mas principalmente em atenção ao princípio da legalidade, que deve nortear toda a atividade da Administração Pública'. **(TCU - Acórdão 1539/2010-Plenário)**

Some-se a tais argumentos, o fato de que a extensão automática e desmedida da penalidade de suspensão do direito de licitar causaria pena excessivamente rigorosa à empresa punida. Não seria adequado supor que a capacidade de autoadministração dos entes federativos fosse indevidamente desvirtuada para admitir que a uma penalidade imposta por um agente político de outra esfera ou ente pudesse automática e obrigatoriamente recair sobre seus domínios.

Dessa forma, e até que haja o devido julgamento sobre o mérito dos fatos que nos foram apresentados no expediente denunciatório, em razão plausibilidade aparente do direito invocado, da urgência da matéria – haja vista a iminência da abertura do certame Pregão Presencial n. 55/2021 – e, ainda, o risco de prejuízos advindos da restrição indevida ao universo de competidores trazida com a inclusão da referida cláusula impeditiva e, com isso, prejuízo à obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, a expedição de medida cautelar para suspensão de ambas licitações (Pregões Presenciais – editais n. 38/2021 e 55/2021) é medida que se impõe como justa e necessária neste momento.

REQUISITOS PARA APLICAR LIMINARMENTE A MEDIDA CAUTELAR

O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* confirmam-se ao se constatar a iminente possibilidade de que a exigência prescrita no item 2.2 dos atos convocatórios dos Pregões Presenciais – editais n. 38/2021 e 55/2021 – referente ao impedimento da participação de empresas que tenham sido indistintamente penalizadas com a suspensão do direito de licitar, nos moldes do art. 87, inciso III, da Lei n. 8.666/93 – represente, ao menos em sede de cognição sumária, potencial restrição ao universo de competidores e, portanto, impedimento à obtenção da proposta mais vantajosa à Administração.

A falha apontada requer, portanto, a atuação fiscalizatória preventiva do *Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul*, que se materializará através da aplicação de medida cautelar para suspensão de ambos os certames.

DA DECISÃO CAUTELAR

Pelas razões e argumentos apresentados, com fulcro no artigo 71, da Constituição Federal; c/c artigo 77, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul; artigo 113, § 2.º, da Lei Nacional n.º 8.666/93; artigos 56 a 58, da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012; e artigo185, inciso I, alínea "a"*;* do Regimento Interno do TCE/MS; e no Poder Geral de Cautela dos Tribunais de Contas, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, com base na teoria dos poderes implícitos, através do acórdão proferido no julgamento do Mandado de Segurança n.º 26.547-7/DF; **DEFIRO PARCIALMENTE A LIMINAR REQUERIDA E DETERMINO** ao Prefeito Municipal de *Bonito* – Sr. *Josmail Rodrigues* – e à Pregoeira do Município – Sr.ª *Luciane Cintia Pazzete –;* a adoção das seguintes providências:

1. **SUSPENSÃO CAUTELAR IMEDIATA** dos procedimentos licitatórios Pregões Presenciais – editais n. 38/2021 e 55/2021 – o primeiro aberto em sessão ocorrida em 05 de outubro de 2021, o outro com data de sessão de abertura prevista para as 8 horas do próximo dia 25, na Sala de Licitações do Município; não restando autorizada a homologação, a assinatura do contrato ou qualquer pagamento decorrente dos certames em apreços, até ulterior decisão de mérito a ser proferida pelo Plenário deste Tribunal de Contas;
2.

3. **CORREÇÃO DOS EDITAIS** dos referidos certames para que seja excluída a cláusula proibitiva constante no item 2.2 do ato convocatório – referente ao impedimento da participação de empresas que se encontrem incursas na penalidade prevista no art. 87, inciso III, da Lei n. 8.666/93 –*;* caso tenha interesse em dar prosseguimento regular e leal às licitações em referência

4. **NOVA CONVOCAÇÃO DOS INTERESSADOS,** publicando-se o aviso na forma prescrita na lei; e

5. **COMPROVAÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS** acima determinadas, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, contados da ciência desta decisão, sob pena de multa correspondente ao valor de 1.000 (mil) UFERMS, nos termos do art. 57, inciso III, da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012 c/c art. 170, inciso I, do Regimento Interno; sem prejuízo de eventual obrigação de ressarcimento ao erário a ser apurada no curso do processo.

É a decisão.

INTIMEM-SE ao Prefeito Municipal de *Bonito* – Sr. *Josmail Rodrigues* – e à Pregoeira do Município – Sr.ª *Luciane Cintia Pazzete* –, para o cumprimento das determinações acima; e para que, em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, querendo, apresentem defesa no prazo de **05(cinco) dias úteis**, nos termos do art. 57, inciso III, da Lei Complementar m. 160/2012; e art. 181, inciso I, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução n. 98/2018.

Publique-se. Cumpra-se.

Campo Grande/MS, 22 de outubro de 2021.

(Assinado por Certificação Digital)
Ronaldo Chadid
Conselheiro Relator