



Decisão 03653/2021-8 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 04714/2021-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMS - Prefeitura Municipal de Serra

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: CONVENIOS CARD ADMINISTRADORA E EDITORA LTDA

Responsável: ANTONIO SERGIO ALVES VIDIGAL, KARLA VIANNA GOMES, NIRIA ARTINA DOS SANTOS

Procurador: ELIZANDRO DE CARVALHO (OAB: 194835-SP)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
PREFEITURA MUNICIPAL DE SERRA –
REPRESENTAÇÃO COM MEDIDA CAUTELAR EM
FACE DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 210/2021 –
CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA
EM ADMINISTRAÇÃO E FORNECIMENTO MENSAL
DO BENEFÍCIO DO PROGRAMA DE
COMPLEMENTAÇÃO DE RENDA FAMILIAR DO
MUNICÍPIO DA SERRA ATRAVÉS DO CARTÃO
ELETRÔNICO/MAGNÉTICO – INDEFERIMENTO DA
MEDIDA CAUTELAR – NÃO PREENCHIMENTO DOS
PRESSUPOSTOS – RITO ORDINÁRIO –
NOTIFICAÇÃO – 10 (DEZ) DIAS – CIÊNCIA.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1. RELATÓRIO

Trata-se de Representação com pedido cautelar, proposta em face do PREGÃO ELETRÔNICO Nº 210/2021, a ser realizado pelo Município de Serra, em razão de supostos indícios de irregularidades referente ao objeto de contratação, qual seja, Contratação de Empresa especializada em Administração e Fornecimento Mensal

do Benefício DO PROGRAMA DE COMPLEMENTAÇÃO DE RENDA FAMILIAR DO MUNICÍPIO DA SERRA através do Cartão Eletrônico/Magnético.

Nos termos da peça exordial, alega o manifestante, em síntese, que disposições do edital, mais precisamente o item 11.2.7 e demais subitens correlatos, preveem exigências que “*necessitam de alterações*”, pois estariam restringindo o caráter competitivo em razão de determinação própria quanto a abrangência das sanções administrativas, em especial, as de suspensão/impedimento de licitar e contratar com a administração pública.

Diante das considerações apontadas na peça inaugural, o Representante requer o deferimento da medida cautelar, conforme se verifica:

1) Seja recebida e considerada tempestiva a presente representação para que seja determinada a SUSPENSÃO o pregão atacado, previsto para o dia 21/09/2021 às 14h.

2) Que o ato convocatório seja retificado no que tange ao item 11.2.7, e demais correlatas, ou seja, que seja impossibilitado de participar da licitação as empresas que estejam cumprindo sanção prevista no art. 7º da lei 10.520/02 na esfera federativa do órgão licitante, ou seja, junto ao município de Serra/ES.

A fim de embasar a Representação, o manifestante juntou aos autos os documentos encontrados nos eventos eletrônicos de n. 04 a 05 – Peças Complementares.

Em vista das alegações trazidas ao conhecimento desta Corte de Contas, proferi a Decisão Monocrática Preliminar (DECM) nº. 806/2021, por meio da qual determinei a notificação do Prefeito Municipal de Serra, Sr. Antônio Sergio Alves Vidigal, da Pregoeira, Sra. Karla Vianna Gomes, e da responsável pela elaboração do Termo de Referência, Sra. Niria dos Santos Barbosa, para que no prazo de 05 (cinco) dias, nos termos do art. 125, §3º, da LC 621/2012, se manifestassem sobre as supostas irregularidades apontadas.

Juntadas as respectivas manifestações, bem como estando atendidos os demais requisitos de admissibilidade, satisfeitas as exigências legais e regulamentares para a admissão da presente Representação, encaminhei os autos à Secretaria Geral de Controle Externo – SEGEX, para que se manifestasse quanto aos requisitos para a concessão, ou não, da medida cautelar pretendida.

Em atendimento a solicitação *supra*, o **NOF - Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações**, elaborou a **Manifestação Técnica de Cautelar n. 136-2021**, com a seguinte proposta de encaminhamento:

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetemos à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1 – Indeferir a medida cautelar pleiteada, diante da ausência dos seus pressupostos autorizadores, com a consequente submissão dos presentes autos ao rito ordinário, por não preenchimento dos requisitos constantes dos artigos 306 e 376, incisos I e II do RITCEES (Resolução TC nº 261, de 4 de junho de 2013).

3.2 – Determinar a oitiva da parte quanto à decisão a ser prolatada, nos termos do artigo 307, § 3º do RITCEES.

3.3 - Cientificar o representante da decisão do Tribunal, nos termos do artigo 307, § 7º do RITCEES.

Por fim, retornaram os autos ao gabinete do relator para elaboração de voto.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se, conforme acima exposto, de Representação com pedido cautelar, proposta em face do Pregão Eletrônico n.º 210/2021, a ser realizado pelo Município de Serra, em razão de supostos indícios de irregularidades referente ao objeto de contratação, qual seja, Contratação de Empresa especializada em Administração e Fornecimento Mensal do Benefício DO PROGRAMA DE COMPLEMENTAÇÃO DE RENDA FAMILIAR DO MUNICÍPIO DA SERRA através do Cartão Eletrônico/Magnético.

Conforme consta da exordial, expôs o representante, em breve síntese, que disposições do edital, mais precisamente aquela constante do item 11.2.7 e demais subitens correlatos, constam exigências que necessitariam de alterações pois estariam restringindo o caráter competitivo em razão de determinação própria quanto a abrangência das sanções administrativas, em especial, as de suspensão/impedimento de licitar e contratar com a administração pública.

Invoca o representante precedente do Tribunal de Contas da União (Acórdão n. 1003/2015), e fez referência ao teor do art. 40, V e § 3º, da Instrução Normativa nº 02/2010, da Secretária de Logística e Tecnologia Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que estabelece normas para o funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

Assim, requer seja liminarmente concedida, *inaudita altera pars*, a **suspensão do mencionado certame** e a retificação do edital, tendo juntado aos autos a documentação de suas alegações, constantes dos eventos 04 a 05.

Pois bem.

É necessário destacar que, neste momento processual, passo a analisar estritamente o preenchimento dos requisitos acerca da concessão ou não da medida cautelar pleiteada.

A decisão sob exame, portanto, ocorre em sede de **cognição sumária**, própria do regime das cautelares. Neste aspecto, advirto que não haverá apreciação meritória dos presentes autos.

Outrossim, reitero desde já que nos termos do art. 1º, inciso XV, art. 9º, inciso XXXV e art. 288, inciso XI, ambos do Regimento Interno desta Corte de Contas, este Tribunal possui plena legitimidade para a expedição de medidas cautelares a fim de prevenir qualquer possibilidade de lesão ao erário, bem como para assegurar a efetividade de suas decisões.

Passo então a análise das considerações apontadas na peça inaugural, no tocante ao requerimento de deferimento da medida cautelar pleiteada.

Conforme se verifica, os pressupostos de concessão da cautelar se encontram previstos no artigo 376 do RITCEES, vejamos:

Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:
I - fundado receio de grave ofensa ao interesse público; e (Redação dada pela Emenda Regimental nº 010, de 26.3.2019).
II - risco de ineficácia da decisão de mérito

Em sede de análise dos pressupostos delineados na excelente Manifestação Técnica de Cautelar n. 136-2021, entendendo ser suficiente e plenamente motivada a fundamentação ali delineada, especialmente para em sede de manifestação preliminar propor a não concessão da medida cautelar pleiteada, adoto-a como razões de decidir, momento em que entendo pertinente transcrevê-la abaixo:

A representante alega que a cláusula 11 do edital do Pregão, no seu subitem 11.2.7, quando veda a participação de empresas incursas nas

penalidades de suspensão temporária de licitar ou ainda impedida de contratar com qualquer órgão da Administração Pública, em qualquer nível (municipal, estadual e federal), seria indevida pois, além de restringir a competitividade, estaria em descompasso com a jurisprudência dos Tribunais de Controle, como o TCU, Tribunal de Contas de São Paulo, e as disposições contidas na nova Lei de Licitações e Contratos Lei nº 14.133/2021(art. 156, inc. I a IVI e §§ seguintes). O item 11.2 e o subitem 11.2.7 do Edital apresentam-se assim redigidos: 11.2. Não poderão participar desta licitação os interessados: (...) 11.2.7. Empresa proponente que estiver cumprindo suspensão temporária de participação em licitação ou estiver impedida de contratar com qualquer órgão da Administração Pública, em qualquer nível (municipal, estadual e federal) ou que tenha sido declarada inidônea por qualquer órgão da Administração Pública, em qualquer nível (municipal, estadual e federal), não ocorrendo a reabilitação;

Denota-se da leitura da cláusula do edital que o objeto objurgado se refere ao alcance dos efeitos da penalidade de suspensão temporária de licitar e impedimento para contratar, preconizadas no inciso III, do artigo 871, da Lei Federal nº 8.666/93 e no art. 7º da Lei nº 10.520/20022.

Inicialmente, cumpre ressaltar que os fundamentos dos quais se baseiam a presente representação não se apresenta de forma pacificada na jurisprudência dos tribunais no âmbito judicial e de controle; até mesmo entre os doutrinadores não há uma linha convergente acerca do alcance dos efeitos dessas espécies de penalidades, que possuem contornos diversos, variando conforme os entendimentos de cada esfera de jurisdição, onde, para alguns, esses efeitos seriam produzidos a todos os órgãos da Administração Pública, indistintamente, e, para outros, estariam restritos somente à esfera de governo do órgão sancionador.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, firmou-se o entendimento de que a pena prevista no inciso III, do artigo 87, da Lei de Licitações, tem abrangência a todos os órgãos que compõem a Administração Pública. Isto quer dizer, se uma determinada empresa for apenada com base nesse dispositivo legal por uma autarquia (administração pública indireta), ela, em tese, não poderia contratar, sequer participar de quaisquer procedimentos licitatórios promovidos por qualquer ente enquanto perdurar seus efeitos.

Desta forma, quando se discute no âmbito judicial a amplitude dos efeitos da suspensão temporária para licitar e impedimento para contratar é pacífico que esta abrange todos os órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal. Adotando-se o posicionamento do STJ, independente da forma como foi descrito no edital, a sanção aplicada com fundamento no item 87, III, da Lei 8666/93 abrangerá todas as esferas da administração, alijando da participação e, conseqüentemente, da contratação qualquer empresa apenada nessas circunstâncias.

Doutra banda, interpretação diversa vem sendo adotada pelos Tribunais de Contas, em especial o Tribunal de Contas da União que tem o entendimento de que o alcance dos efeitos das penalidades previstas no artigo 87, inc.III, da Lei de Licitações e no art. 7º da Lei 10.520/2002, se circunscreve à esfera administrativa do órgão que aplicou a penalidade, conforme inúmeros julgados daquela Corte: Acórdão 266/2019 Plenário (Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz) (...)

No âmbito desta Corte de Contas, por sua vez, encontram-se decisões onde o entendimento adotado foi mais restrito, como no Acórdão 1498/2018 – Plenário, de relatoria do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo na qual se entendeu que a penalidade do artigo 87, inciso III da Lei 8.666/93 só se aplica no âmbito da Administração que impôs a penalidade; e em sentido

oposto, há o entendimento mais amplo, como o verificado no Acórdão TC-935/2017, de relatoria do Conselheiro Rodrigo Chamoun, que seguiu a linha do Superior Tribunal de Justiça e entendeu que a penalidade prevista no art. 87, inciso III da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública.

Daí é possível concluir que a matéria se reveste de divergências tanto no âmbito judicial e jurisprudencial dos órgãos de controle, quanto entre os doutrinadores. A despeito da controvérsia decorrente da aplicabilidade da penalidade de suspensão e impedimento de licitar de forma restrita ao ente sancionador ou de forma ampla à toda Administração, em relação ao aspecto relativo à crítica ao item 11.2.7 do edital, que impede a participação de empresas punidas com suspensão temporária de licitar com a Administração em geral, entende-se que é notória a insegurança jurídica que pesa sobre a Prefeitura, sujeita às consequências que podem resultar tanto da adoção de um como de outro posicionamento. Por outro lado, como a exigência impõe a vedação à participação de empresas que estejam incursas em penas aplicadas por qualquer órgão da Administração Pública, em qualquer nível, a representante preocupa-se com a possibilidade de inabilitação indevida de tais empresas, inclusive dela. Nesse panorama, por ser pertinente com o tema aqui tratado, importa trazer à luz o entendimento que vem sendo adotado pela Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo e aplicada como cláusula padrão em seus editais, que é o preconizado no Acórdão 006/2018 do Conselho da PGEES que, tratando da divergência jurisprudencial e administrativa, ainda que prestigiando o entendimento adotado pelo STJ, desta feita, vem estabelecer os limites da atuação da Administração Estadual, conforme transcrito: ACÓRDÃO Nº 006/2018

Denota-se do Acórdão 006/2018 do Conselho da PGEES que restaram estabelecidos os limites de atuação da administração tanto na aplicação das penalidades pela administração quanto na avaliação de sua aplicação por outros entes. Tal entendimento, procurou alinhar o entendimento adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça ajustando-o de modo a estabelecer com mais clareza o alcance dos efeitos das penalidades, dispondo que a administração ao avaliar a aplicação de uma penalidade por outro órgão deverá seguir estritamente o conteúdo da penalidade na forma em que imposta e quando for aplicar deverá expressar a extensão dos seus efeitos, sendo que na aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar prevista no art. 7º da Lei Federal nº 10.520/2002, deve ser observado pela Administração o entendimento que restringe seus efeitos ao âmbito do ente político sancionador. Comparando-se o referido acórdão com as disposições do Acórdão PGE 002/2015 que estabelecia a extensão dos efeitos da aplicação da penalidade de suspensão temporária (art. 87, III, da Lei nº 8.666/93) de forma ampla, ou seja, a toda a Administração Pública e não somente ao órgão ou ente federativo que aplicou a sanção, percebe-se que, mesmo com os ajustes de posição, restou preservada a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. Tais requisitos do Acórdão 006/2018 foram introduzidos como cláusula padrão dos editais do Estado do Espírito Santo, senão vejamos o exemplo:

Ocorre que, apesar das disposições da nova lei de licitações e contratos perfilhar o entendimento, lançando luz sobre esse ponto da controvérsia, sabe-se que, apesar de sua vigência imediata, ainda permanece a aplicação do regramento anterior.

No caso específico dos autos, o Edital de PE 210/2021 foi estabelecido em consonância com a Lei 8.666/1993, além da Lei nº 10.520/2002, sobre as quais ainda, pairam dúvidas e o debate quanto ao alcance dos efeitos da

aplicação das penalidades inscritas no art. 87, inc III e 7º da Lei nº 10.520/2002

Diante do conflito de entendimento que se estabeleceu no âmbito da Administração Pública, quanto ao alcance da penalidade administrativa de suspensão temporária de participar de licitação com o Poder Público, **apesar do tema não estar pacificado na jurisprudência desta Corte, como já mencionado, em algumas oportunidades este Tribunal se posicionou no sentido de fosse preservado o que se estabeleceu no edital, em observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, do qual a Administração e os proponentes encontram-se vinculados, conforme se extrai do Voto do Conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo nos autos do Proc. TC 9621/2018:**

(...)

Em outra oportunidade, esta Corte de Contas, discutindo a mesma matéria nos autos TC 10496/2016, emitiu posicionamento no sentido de que a vedação à participação de empresas incursas nas penalidades do art. 87, inc. III da Lei 8.666/1993, está adstrita à discricionariedade da Administração, devendo ser observada as normas do edital, conforme se extrai do Acórdão TC-1498/2018–Plenário.

Considerando que a Administração, por meio da cláusula 11.2.7, estabeleceu quais seriam os parâmetros de aplicação e alcance das sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, ou seja, em seu sentido mais amplo, entende-se por considerar, no momento, que a adoção das normas estabelecidas no edital, é a que mais se amolda ao entendimento desta Corte de Contas, em observância ao princípio da vinculação ao edital.

Desta feita, no exercício de sua discricionariedade, entendeu a Prefeitura Municipal da Serra que a adoção da exigência circunscrita ao item 11.2.7 é a que melhor atende ao interesse da Administração, em especial à proteção ao erário.

Conclui-se, portanto, pela não verificação da presença do fumus boni iuris capaz de sustentar um opinamento quanto à concessão da medida cautelar pretendida, e, conseqüentemente, ausente o periculum in mora.

Necessário se faz observar que o tema sob exame - *alcance da penalidade administrativa de suspensão temporária de participar de licitação com o Poder Público* - não é de todo pacífico na jurisprudência desta Corte.

Neste tocante, em que pese as nuances em torno da questão, considere, para o fim de se concluir pela não concessão da cautelar, o posicionamento deste Tribunal de Contas no sentido de se preservar o que se estabeleceu no edital, em observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, conforme se extrai do **Voto do Conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo nos autos do Processo TC 9621/2018**, mencionado na Manifestação Técnica de Cautelar n. 136-2021.

Feitas estas considerações, sem a necessidade de maiores esclarecimentos, compreendendo que os fatos narrados não são capazes de preencher os pressupostos para concessão da cautelar, bem como considerando o posicionamento adotado por esta Corte em casos análogos, indefiro o pedido cautelar e determino a conversão dos autos em rito ordinário, a fim de que os indícios de irregularidades sejam devidamente apurados.

Tendo em vista tais considerações, acompanhando o entendimento da Área Técnica VOTO, no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-3653/2021-8:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator:

1.1. INDEFERIR a concessão da MEDIDA CAUTELAR pretendida pelo Representante, diante da ausência dos seus pressupostos autorizadores, nos termos deste voto;

1.2. SUBMETER os presentes autos ao rito ordinário, tendo em vista a ausência dos pressupostos constantes dos artigos 306 e 376, incisos I e II do RITCEES (Resolução TC nº 261, de 4 de junho de 2013);

1.3. DETERMINAR A OITIVA do Prefeito Municipal, Sr. Antônio Sérgio Alves Vidigal, da Pregoeira Oficial, Sra. Karla Vianna Gomes, bem como da responsável pela elaboração do Termo de Referência, Sra. Niria dos Santos Barbosa, para se manifestarem quanto aos indícios de irregularidade dispostos neste voto, no prazo de até 10 (dez) dias, em conformidade com o §4º, do art. 125, da Lei Complementar 621/12 e o §3º, do art. 307, da Resolução TC 261/2013;

1.4. DAR CIÊNCIA desta decisão ao Representante, na forma do artigo 307, §1º, do Regimento Interno do TCEES, aprovado pela Resolução 261 de 4 de junho de 2013, encaminhando-se a todos os interessados juntamente com o Termo de Notificação, cópia desta Decisão e da Manifestação Técnica de Cautelar n. 136-2021.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 18/11/2021 - 59ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador-Geral Luciano Vieira (em substituição ao procurador-geral).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente