



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 29/04/2015 EXAME PRÉVIO DE EDITAL - MUNICIPAL

PROCESSO: 2009.989.15-3.
REPRESENTANTE: Injex Indústrias Cirúrgicas Ltda., por seu Representante Comercial, Senhor Renato Alves da Silva.
ADVOGADA: Vânia de F. Soares da Costa Pinheiro (OAB/SP nº 202.883).
REPRESENTADA: Prefeitura do Município de Barueri.
ASSUNTO: Representação formulada em face do edital do Pregão Presencial SUPR/Nº 045/2015, certame destinado à formação de Registro de Preços para eventual aquisição e entrega de tubos para coleta de sangue.

RELATÓRIO

Trata-se de representação, processada sob o rito do Exame Prévio de Edital¹, subscrita por Injex Indústrias Cirúrgicas Ltda., por meio da qual apontou irregularidades no edital do Pregão Presencial SUPR/Nº 045/2015, certame instaurado pela Prefeitura do Município de Barueri com o propósito de formar Registro de Preços para eventual aquisição e entrega de tubos para coleta de sangue.

Cuidou o pedido, portanto, de impugnar o conteúdo do subitem 3.2.5 do aludido instrumento convocatório, o qual afastaria da disputa as licitantes punidas com suspensão do

¹ E. Tribunal Pleno, Sessão de 1º/04/15, evento 13.3.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

direito de licitar ou contratar com qualquer Órgão da Administração Direta ou Indireta e dos demais poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, como também aquelas declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública ou que estejam impedidas de licitar e contratar nos termos do artigo 7º da Lei Federal nº 10.520/02.

Defendeu que a sanção administrativa haveria de ficar restrita aos processos licitatórios patrocinados pelo órgão sancionador, não cabendo, assim, prevalecer o instrumento nesse aspecto.

Deferida, portanto, medida liminar de preservação de direitos, compareceu a Prefeitura com informações, lastreando sua defesa na tese contrária de que o desvio de conduta que inabilita a empresa produz efeitos que se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

Serviu-se, para tanto, de alentada doutrina e jurisprudência, inclusive deste E. Tribunal.

Prosseguindo a instrução da representação, tratou de falar a Chefia da ATJ (eventos 28.1 e 28.2).

Muito embora tenha lembrado o Senhor Chefe daquela Assessoria que nossa jurisprudência atualmente libera o



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Administrador a aplicar a regra conforme sua conveniência, ressalvada a hipótese da licitante declarada inidônea, sua convicção pessoal sobre o alcance do art. 87 da Lei nº 8.666/93 estaria alinhada ao pedido inicial, o qual, portanto, deveria ser considerado procedente.

Cindiu-se, contudo, a instrução, na medida em que tanto o parecer do d.MPC (evento 31.1), como a manifestação da SDG (evento 34.1) foram convergentes no sentido da improcedência do pedido.

Assim, a eminente Procuradora de Contas, defendendo entendimento do órgão ministerial, considerou que eventual ratificação da cláusula impugnada funcionaria como verdadeiro retrocesso, opondo-se ao conceito da máxima eficácia do controle exercido a partir da aplicação das sanções estabelecidas no Estatuto.

SDG, embora ressaltando entendimento pessoal que restringe os efeitos das sanções administrativas, optou por se posicionar conforme a jurisprudência deste Tribunal.

Concluiu pela improcedência da representação, observando, porém, que pende de deliberação o TC-A nº



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

40.200/026/13, autuação em que a mesma matéria vem sendo debatida.

É o relatório.

JAPN



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

VOTO

O questionamento sobre os efeitos das sanções administrativas aplicadas com supedâneo seja na Lei de Licitações, seja na Lei do Pregão, não raro invoca debates neste E. Tribunal, especialmente no que diz respeito a aspectos da execução da pena e sua interface com o andamento de processo licitatório, no âmbito de Órgão da Administração diverso daquele que cominou a pena.

Nesse sentido, aliás, os estudos constantes do TC-A 40.200/026/13, ora em trâmite nesta E. Corte.

O caso presente aborda frontalmente o assunto, na medida em que, a prevalecer a redação do edital e o entendimento consolidado pelos julgamentos de matérias congêneres, a representante, atualmente impedida de licitar pela Prefeitura do Município de São Paulo, estaria com sua participação comprometida naquela disputa.

Como falei de início, o tema tem sido enfrentado com cautela, ainda que prevaleça entre nós modulação suficiente para liberar a Administração Pública a compreender o alcance da sanção conforme as vicissitudes locais e a preservação do interesse público.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Nesse sentido, conforme referenciado pela SDG, até pouco tempo atrás declinei entendimento conferindo amplitude máxima ao sistema sancionatório estabelecido no Estatuto das Licitações, seguindo, a bem da verdade, caminho trilhado por outros precedentes da espécie (cf. TC-3367.989.14-2, E. Tribunal Pleno, Sessão de 20/08/14).

A permanecer tal abordagem, aliás, o edital lançado pela Prefeitura de Barueri sequer ensejaria a medida liminar que proferi.

Contudo, reflexões mais recentes sobre o tema, notadamente por conta do andamento do aludido TC-A nº 40.200/026/13, animaram-me a trazer o caso destes autos ao centro do debate.

Daí a possibilidade de fazê-lo tendo em conta não apenas os fundamentos da representante, mas também a manifestação da Prefeitura representada, a quem, com isso, conferi igual oportunidade de manifestação e defesa do modelo adotado no instrumento convocatório.

Ainda que as discussões realizadas em sede de Exame Prévio de Edital apoiem-se, fundamentalmente, em situações apriorísticas e evidências de restrição a direitos, o rito processual



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

oferece-nos, de outra parte, dinâmica que coloca a controvérsia no tempo atual, conforme, portanto, com as tendências sócio-jurídicas presentes.

Proponho, então, que a oportunidade sirva à conciliação de entendimentos eventualmente divergentes, tendo em vista, essencialmente, a fixação de horizonte comum aos destinatários da tutela proferida por este E. Tribunal.

Não vejo, aqui, empecilho para desde já reproduzir o entendimento declinado em janeiro último nos autos do mencionado TC-A 40.200/026/13, o qual, com o devido respeito às opiniões contrárias, pretendo doravante defender em situações análogas:

As manifestações lançadas nos autos sobre a extensão da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos, prevista no inciso III, do artigo 87 da Lei de Licitações, convergem no sentido de sua restrição ao órgão que a aplicou. Assim concordam SDG e o eminente Conselheiro Decano Antonio Roque Citadini.

A oportunidade desta Corte definir claramente seu posicionamento acerca da questão é a divergência estabelecida.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

SDG entende que a liberdade de interpretação conferida ao Administrador, posição desta Corte tomada quando do exame do TC-1032/006/09, permite manobra excessiva que lhe confere opção por uma ou outra corrente doutrinária, à sua conveniência. Em razão disso, tem posicionamento pessoal para que este Tribunal defina claramente sua interpretação sobre a matéria.

O Conselheiro Decano, de sua parte, vê a decisão tomada no referido TC como atual e pugna pela sua preservação, pelo menos enquanto perdurar situação de ausência de norma legal específica sobre o assunto e remete ao exame ordinário da contratação a apuração de eventual ação não isonômica. Ressalva, contudo, sua disposição em examinar a proposta de ato que, a consenso dos Senhores Conselheiros, venha a ser editado para orientar os jurisdicionados e balizar a Fiscalização.

Penso que a matéria de fundo tem a seu lado a melhor doutrina, inúmeras decisões jurisprudenciais e a explícita posição do TCU, o que me deixa à vontade para alinhar-me à tese sustentada pelas ilustres autoridades desta Casa, de que a punição objeto de estudo se esgota no âmbito do órgão responsável pela sua aplicação.

No mais, creio que a definição de oportunidade está ancorada no moderno conceito de controle externo que, não mais limitado aos aspectos financeiros e administrativos, vem alcançando importância cada vez maior na defesa de direitos fundamentais assentes na Constituição, como o conjunto de ações e métodos que devem ser



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

implementados na defesa do interesse coletivo. É nesse sentido que este Tribunal vem atuando, voltando-se aos jurisdicionados com orientações, procedimentos e atividades que, destinados aos atos de gestão pública, contribuem para maior clareza da fiscalização.

Relevante destacar o papel que a transparência pública assume nesse contexto, como objetivo essencial da moderna Administração, assegurando à sociedade sua participação, mediante a ampliação do conhecimento e do controle dos cidadãos sobre uso dos recursos públicos.

Diante do exposto, a meu sentir, tornar explícito o entendimento deste Tribunal sobre o tema contribuiria para orientação dos jurisdicionados, afastaria o temido casuísmo do administrador e permitiria atuação mais homogênea dos órgãos de fiscalização.

Quero crer, mais ainda, que igual raciocínio possa ser aplicado, por via oblíqua, ao modelo de sanção estabelecido a partir do art. 7º da Lei nº 10.520/02, no que, a propósito, centra-se a matéria demandada pela representante.

Ou seja, no âmbito do rito do Pregão, os efeitos do impedimento de licitar e contratar haverão de se limitar, "mutatis mutandis", à esfera de atribuição da pessoa jurídica de público responsável pela aplicação da penalidade.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Cabe apenas ressalvar, conforme já deduzido na proposta de liminar anteriormente acolhida por Vossas Excelências, que não gozaria de igual extensão a eficácia do decreto de inidoneidade previsto no inciso IV, do art. 87 do Estatuto, cujo aspecto rigorosamente mais restritivo de direitos implica alijamento temporário de qualquer aspiração de contratar com a Administração Pública, em seu sentido lato.

Pelo exposto, acolhendo a opinião apresentada pela Chefia de ATJ, convergente com o entendimento que ora defendo sobre o tema, **meu VOTO confirma a liminar de início deferida e considera procedente a representação formulada por Injex Indústrias Cirúrgicas Ltda., a fim de que a redação do item 3.2.5 do edital do Pregão Presencial SUPR/Nº 045/2015 seja retificada pela Prefeitura de Barueri, dele se excluindo a vedação à participação das empresas que, nos termos do art. 7º da Lei nº 10.520/02, encontrem-se impedidas de licitar e contratar com a Administração.**

Além disso, a fim de harmonizar o conteúdo integral da cláusula impugnada com o entendimento aqui defendido, deve a Prefeitura, do mesmo modo, excluir a restrição direcionada às empresas sancionadas na



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

conformidade do art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, limitando-se a vedação, portanto, às empresas que suportem decreto de inidoneidade.

Assim deliberado, devem representante e representada, na forma regimental, ser intimados deste julgado, em especial a Prefeitura de Barueri, para que, ao incorporar ao instrumento convocatório as retificações aqui mencionadas, confira-lhe, ao final, publicidade na forma definida pelo artigo 21 da Lei nº 8.666/93.

**RENATO MARTINS COSTA
CONSELHEIRO**