

PROCESSO: POL 0001/2020

ASSUNTO: JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

RECORRENTES: IBROWSE CONSULTORIA & INFORMÁTICA LTDA

OBJETO: Contratação de prestação de serviços continuados de Desenvolvimento e Manutenção de Sistemas em regime de Fábrica de Software e de Consultoria Técnica Especializada em Metodologias Ágeis, todos sem dedicação exclusiva de mão de obra, e de Análise de Negócios, com dedicação exclusiva de mão de obra.

1. DOS FATOS

- 1.1. Trata-se de impugnação ao Edital apresentada pela empresa IBROWSE CONSULTORIA & INFORMÁTICA LTDA no processo de licitação em epígrafe.
- 1.2. Passamos a análise da impugnação.

2. DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

- 2.1. Foram examinados os pressupostos de admissibilidade da impugnação, especialmente a legitimidade e o interesse para recorrer, a tempestividade, a regularidade formal e material.
- 2.2. O recurso da empresa IBROWSE CONSULTORIA & INFORMÁTICA LTDA apresentava todos os pressupostos.
- 2.3. Havendo atendido aos requisitos, a pregoeira conheceu do recurso de impugnação.

3. DO RECURSO E DAS ALEGAÇÕES

- 3.1. A empresa IBROWSE CONSULTORIA & INFORMÁTICA LTDA alega em linhas gerais o seguinte:
 - 3.1.1.1. A impugnante afirma em linhas gerais que deve ser incluídos subitens ao item 3.2 do edital para toda e qualquer suspensão de licitar, bem como para ações de improbidade e ação civil pública:

Foi publicado o Edital N°001/2020 desta instituição, visando licitação por Pregão Eletrônico com o seguinte objetivo: "CONTRATAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS DE DESENVOLVIMENTO E MANUTENÇÃO DE SISTEMAS EM REGIME DE FÁBRICA DE SOFTWARE E DE CONSULTORIA TÉCNICA ESPECIALIZADA EM METODOLOGIAS ÁGEIS, TODOS SEM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, E DE ANÁLISE

DE NEGÓCIOS, COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA.”, em cujo texto se vislumbra equívoco pertinente às condições de participação no certame, que não se conciliam com o regramento jurídico determinado quer pela Jurisprudência, quer pela Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, à qual se vincula esta instituição.

Quanto às condições de participação, assim dispõe o edital em seu item 3.2, em especial os subitens 3.2.3 a 3.2.8 IV, letra “b”:

3.2. Estará impedida de participar desta licitação e de ser contratada pelo BADESUL a empresa:

3.2.1. cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social seja diretor ou empregado do BADESUL;

3.2.2. suspensa pelo BADESUL;

3.2.3. declarada **inidônea** pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou pelo Estado do Rio Grande do Sul, enquanto perdurarem os efeitos da sanção;

3.2.4. constituída por **sócio** de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;

3.2.5. cujo **administrador** seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;

3.2.6. constituída por **sócio** que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

3.2.7. cujo **administrador** tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

3.2.8. que tiver, nos seus **quadros de diretoria, pessoa** que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea;

3.2.9. que não atenda as condições estabelecidas neste edital ou não possua os documentos nele exigidos;

3.2.10. que estejam sob falência, concurso de credores, concordata ou insolvência, em processo de dissolução ou liquidação;

3.2.11. que estejam em recuperação judicial ou extrajudicial sem plano de recuperação acolhido ou homologado, conforme o caso;

3.2.12. cujo administrador, proprietário ou sócio com poder de direção seja familiar (cônjuge, companheiro(a) ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau, inclusive) de agente público, preste serviços ou desenvolva projeto no Órgão ou Entidade da Administração Pública Estadual em que este exerça cargo em comissão ou função de confiança por meio de: contrato de serviço terceirizado; contratos pertinentes a obras, serviços e à aquisição de bens; ou convênios e os instrumentos equivalentes, atendendo ao disposto no art. 8o do Decreto estadual no 48.705/11;

3.2.13. **que tiver sofrido qualquer sanção administrativa ou judicial que a impeça de licitar e contratar com O BADESUL.**

3.3. Aplica-se a vedação do subitem 3.2 também:

3.4. à contratação do próprio empregado ou dirigente, como pessoa física, bem como à participação dele em procedimentos licitatórios, na condição de licitante;

3.5. a quem tenha relação de parentesco, até o terceiro grau civil, com: dirigente do BADESUL; empregado do BADESUL cujas

atribuições envolvam a atuação na área responsável pela licitação ou contratação; autoridade do Estado do Rio Grande do Sul;

3.6. cujo proprietário, mesmo na condição de sócio, tenha terminado seu prazo de gestão ou rompido seu vínculo com o BADESUL há menos de 12 (doze) meses.

3.7. Caso constatada alguma das situações referidas acima, ainda que a posteriori, a licitante será excluída da licitação, sem prejuízo das sanções cabíveis.” (grifo nosso)

Com a devida vênia, entende a impugnante que não está prevista, de forma clara, a vedação à participação de empresas que tenham sido penalizadas com a suspensão de licitar e contratar com a Administração em face do disposto no art.87,III da Lei de Licitações, e tampouco punidas com suspensão de licitar em demandas judiciais, quer ação de improbidade, quer ação civil pública.

Como se visualiza acima, os itens 3.2.4 a 3.2.8 tratam do SÓCIO da empresa licitante, tipificando o impedimento de licitar de forma INDIRETA, na hipótese da punição de outra empresa que não a licitante, da qual também participe o MESMO SÓCIO/ADMINISTRADOR.

O item 3.2.3 trata exclusivamente da penalidade de inidoneidade. E o item 3.2.13 trata de qualquer sanção administrativa ou judicial, que impeça a licitante de licitar COM O BADESUL.

Se poderia entender que a suspensão de licitar do art.87,III da Lei 8.666/93 e as suspensões de licitar decorrentes de ação de improbidade ou de ação civil pública, estariam insertas no citado item 3.2.13, mas a expressão “COM O BADESUL”, viabiliza interpretação restritiva, no sentido de que quaisquer destas sanções deveriam ter como órgão sancionador, para a hipótese de processo administrativo, ou como destinação em processo judicial, o BADESUL, com o que, afastando as sanções genéricas de suspensão para licitar do art.87,III da Lei de Licitações, e de igual sorte, as decisões judiciais lavradas em ações de improbidade e civil pública, independentemente de trânsito em julgado.

Por conseguinte, entende a impugnante que haveria de ser incluído um subitem específico para toda e qualquer suspensão de licitar, a exemplo do subitem 3.2.3, acrescentando-se à específica destinação para a questão da inidoneidade, também a questão da suspensão para licitar, seja em processo administrativo da União, Estado, Distrito Federal ou Município, seja em qualquer processo judicial.

Entende que não se faz necessário avançar na demonstração de que a sanção do art.87,III da Lei de Licitações se estende a qualquer órgão, não importando quem tenha sido o sancionador, vez que o PARECER PGE de 20.07.2018, de lavra da Procuradora Dra. Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho, que se acosta com a presente, lavrado no expediente 18240000019542 encaminhado pela Secretaria de Modernização Administrativa e dos Recursos Humanos – SMARH, por recomendação do Ministério Público, endereçado à Central de Licitações – CELIC, sustentou, com amparo em decisões do STJ e TCU, é claríssimo neste sentido, colacionando-se o seguinte parágrafo:

“Portanto, conclui-se que o item “a” da Recomendação do Ministério Público deve ser acatada pela consulente, observando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que **A PENALIDADE DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO DIREITO DE LICITAR**

E CONTRATAR (ART. 87, III, DA LEI 8.666/93), ASSIM COMO A PENA DE INIDONEIDADE, DEVE IRRADIAR SEUS EFEITOS DE MANEIRA AMPLA, FICANDO O APENADO SUSPENSO DE LICITAR/IMPEDIDO DE CONTRATAR COM TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DE TODOS OS ENTES FEDERADOS. Para tanto, deverá a CELIC providenciar as devidas alterações nos editais de licitação. (grifo nosso)

De igual sorte, também há de constar expressamente o impedimento de participar da licitação empresa que houver sido penalizada com suspensão de licitar no âmbito de uma ação de improbidade ou civil pública, **independentemente de trânsito em julgado**, como se observa de ensinamentos do Desembargador Dr. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA, da Egrégia 22ª Câmara Cível do TJRS, em decisão de 03.08.2020 no Agravo de Instrumento de nº5040824-08.2020.8.21.7000/RS, nestes termos:

“...A PENALIDADE DE PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO NÃO SE EFETIVA SOMENTE COM O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, COMO OCORRE COM AS SANÇÕES DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS.

Eis o enunciado do art. 20, da Lei nº 8.429/1992 (LIA):

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Sobre o tema, **INVOCO ARESTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECURSO DE APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. EXCEÇÃO.**

1. Cinge-se a questão a saber se, ante a omissão da Lei de Improbidade Administrativa no que se refere aos efeitos atribuídos ao recurso de Apelação, deve-se aplicar subsidiariamente as regras previstas na Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) ou no Código de Processo Civil.

2. **Nos termos do art. 20 da Lei 8.429/1992 – LIA, a imposição das sanções de perda da função pública e de suspensão de direitos políticos apenas se dá com o trânsito em julgado da sentença condenatória.**

3. **POR OUTRO LADO, EM RELAÇÃO ÀS PENALIDADES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO, MULTA CIVIL E PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO OU RECEBER BENEFÍCIOS OU INCENTIVOS FISCAIS OU CREDITÍCIOS, PELO PERÍODO DE CINCO ANOS, NÃO EXISTE NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A MESMA PREVISÃO, SENDO OMISSO O DIPLOMA QUANTO A ESSE ASPECTO.**

4. **DEVE-SE APLICAR SUBSIDIARIAMENTE À AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A LEI 7.347/1985, QUE ESTABELECEU A AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PORQUANTO A PRIMEIRA É UMA MODALIDADE DA SEGUNDA, NA DEFESA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.**

5. Por se tratar de Ação Civil Pública, portanto, não se aplica a norma do art. 520 do CPC/1973 (art. 1.012/CPC/2015), uma vez que esta é regra geral em relação àquela, que é norma de caráter especial.

6. **A concessão do efeito suspensivo, em tais casos, somente ocorrerá em situações excepcionais, quando demonstrada a possibilidade de dano irreparável ao réu**, conforme dispõe o art. 14 do referido diploma legal: "O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte".

7. Recurso Especial provido.

(REsp 1.523.385/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 07/10/2016) - grifei
Portanto, à Lei nº 8.429/1992 deve-se aplicar subsidiariamente o texto da Lei nº 7.347/1985, que disciplina acerca da ação civil pública, tendo em vista que a ação de improbidade administrativa é modalidade daquela, na defesa da moralidade administrativa. Assim, nos termos do art. 14 da Lei nº 7.347/1985, “o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”.

Nessa linha, rastreiam-se os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO PARA EVITAR DANO IRREPARÁVEL. POSSIBILIDADE. ART. 14 DA LEI Nº 7.347/1985.

1. **O recurso de apelação na ação civil pública, de regra, é recebido somente no efeito devolutivo;** contudo, a Lei nº 7.347/1985, em seu art. 14, autoriza o efeito suspensivo caso haja ameaça de dano irreparável à parte, como na hipótese em exame.

2. Recurso especial provido.

(REsp 441.515/SC, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), julgado em 12/08/2011). - grifei

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFEITO SUSPENSIVO. ART. 14. LEI 7.347/85. FUMUS BONI IURIS. PERICULUM IN MORA. EFEITO DEVOLUTIVO. REGRA. REVISÃO. FATOS. SÚMULA 07/STJ.

1. **Na ação civil pública, os recursos devem ser recebidos, em regra, apenas no efeito devolutivo,** ressalvados os casos de iminente dano irreparável às partes, em que poderá ser conferido efeito suspensivo, na forma do art. 14, da Lei n.º 7.347/85. Precedentes.

2. É vedado, em sede de recurso especial, revolverem-se os elementos fático-probatórios da demanda a fim de demonstrar a inconveniência da execução imediata da sentença de 1º grau, nos termos da Súmula 07/STJ.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1125494/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 23/04/2010). - grifei

Logo, há de ser incluído um subitem a este item 3.2, que abarque não só indiretamente a licitante, através de seu sócio ou administrativo, por vínculo com outra empresa penalizada, mas **DIRETAMENTE** a própria licitante, a exemplo do subitem 3.2.3 que diz respeito à inidoneidade, e em termos similares ao apontado no subitem 3.2.13, mas sem a vinculação a que a deliberação sancionadora tenha destino específico ao BADESUL, mas sim, de forma genérica para toda e qualquer suspensão de licitar, de qualquer órgão sancionador, independentemente de vinculação a qualquer órgão, seja decorrente da sanção do art.87,III da Lei de Licitações, seja decorrente de ações de improbidade ou civil pública.

Portanto, imperativo esta alteração do edital, para incluir, de forma expressa, a vedação de participar da licitação de licitante com penalidade de suspensão de licitar e contratar decorrente do art.87,III da Lei de Licitações ou de ações de improbidade e/ou civil pública, de modo a acrescentar um subitem no item 3.2,

impondo-se o provimento da presente impugnação, que é o que se requer, como medida de direito e justiça.

- 3.1.2. O teor completo da impugnação/questionamento ao PE 0005/2020 encontra-se disponível no site www.badesul.com.br.

4. DO MÉRITO

- 4.1. Assim, passamos ao julgamento da impugnação da Empresa IBROWSE CONSULTORIA & INFORMÁTICA LTDA.
- 4.1.1. Da não aplicação do art. 87, da Lei 8.666/93:
- 4.1.1.1. Preliminarmente cumpre esclarecer que em 30/06/2016 foi editada a lei 13.303, lei das estatais, a qual por força do parágrafo 3º do art. 91 passou a vigorar plenamente a partir de julho de 2018.
- 4.1.1.2. Assim, desde então o Badesul não está sob a égide da Lei 8.666/93 nem subsidiariamente. Por tanto não há que se falar em violação do referido dispositivo. Nem tampouco decisões judiciais e jurisprudenciais baseadas na referida Lei.
- 4.1.1.3. Aliás, a empresa em outra impugnação do mesmo edital, foi informada a respeito disso. Estranhamente continua embasando suas impugnações em legislação que nada afeta as licitações do Badesul.
- 4.1.1.4. Dito isso, passamos a exame dos pontos da impugnação.
- 4.1.1.5. Da inclusão de subitem específico para toda e qualquer suspensão de licitar:
- 4.1.1.6. A inclusão de subitem específico para toda e qualquer suspensão de licitar não merece prosperar a exemplo do subitem 3.2.3, acrescentando-se à específica destinação para a questão da inidoneidade, também a questão da suspensão para licitar, seja em processo administrativo da União, Estado, Distrito Federal ou Município, seja em qualquer processo judicial.
- 4.1.1.7. Não merece prosperar o referido pedido, tendo em vista que contraria o art. 38 da Lei. 13.303/2016, o qual foi específico no que tange a abrangência da penalidade de suspensão.
- 4.1.1.8. Neste sentido é a decisão do Tribunal de Contas da União que colacionamos a seguir:

4.1.1.9. *Em sede de representação contra ato praticado no bojo de pregão eletrônico, o TCU deu ciência para que a FINEP adotasse medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência*

de outras semelhantes, entre as quais a seguinte: “9.4.2. a interpretação dada ao art. 38, inciso II, da Lei 13.303/2016 está equivocada, **uma vez que o impedimento de participar de licitações em razão desse dispositivo se refere tão somente a sanções aplicadas pela própria entidade, e não a sanções aplicadas por outra empresa pública ou sociedade de economia mista**” (TCU, Acórdão nº 269/2019 – Plenário; Ministro Relator Bruno Dantas)

4.1.1.10. A Lei é bem clara no inciso II do art. 38 da referida ao declarar:

Art. 38. Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa:

(...)

Inciso II - suspensão pela empresa pública ou sociedade de economia mista;

4.1.1.1. Da mesma forma é o entendimento da consultoria Zênite:

Ainda que as empresas estatais não possam mais aplicar a sanção de declaração de inidoneidade, e a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e **impedimento** de contratar da **Lei nº 13.303/2016** produza efeitos apenas perante a própria empresa estatal sancionadora, em atenção ao disposto no art. 23 da **Lei nº 12.846/2013**, esta Consultoria entende pela necessidade de as empresas estatais continuarem promovendo o registro da aplicação dessa sanção no CEIS." (**LEI** das Estatais – Aplicação de sanções administrativas. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 289, p. 284-295, mar. 2018, seção Orientação Prática.).

4.1.1.2. Da inclusão de subitem específico para ações de improbidade e ação civil pública:

4.1.1.3. Igualmente, não merece prosperar, tendo em vista que os impedimentos estão previstos na lei 13.303/16, bem como no regulamento interno de licitações do Badesul sendo este último de competência do conselho de administração, o qual tem poderes para modificar as regras, desde que essas não contrariem a lei vigente.

4.1.2. Assim, não assiste razão a impugnante sendo improcedente a impugnação da empresa IBROWSE CONSULTORIA & INFORMÁTICA LTDA.

5. DA DECISÃO

- 5.1. Considerando o exposto, a legislação aplicável, e tendo conhecido da impugnação, a Comissão decide:
- a) Negar provimento à impugnação da empresa IBROWSE CONSULTORIA & INFORMÁTICA LTDA mantendo-se a redação original do edital ora objeto de impugnação.
 - b) Encaminham-se os autos, com as informações pertinentes à autoridade superior, para que sofra o duplo grau de julgamento, com o seu “De Acordo”, ou querendo, formular opinião própria.
- 5.2. Após a decisão da Autoridade Superior, dê-se conhecimento dos atos publicando-se nos sites e www.badesul.com.br.

Porto Alegre, 03 de setembro de 2020.

Daniele Ughini Scaranto,
Presidente da Comissão Especial de Licitação.

Naidis Ketti de Oliveira Kneipp Clímaco,
Membro da Comissão Especial de Licitação.

Athos Renan Jurinic,
Membro da Comissão Especial de Licitação.