05/07/2021

Número: **1011181-66.2021.8.11.0000**

Classe: **AGRAVO DE INSTRUMENTO**
Órgão julgador colegiado: **Segunda Câmara de Direito Público e Coletivo**
Órgão julgador: **GABINETE DO DES. MÁRIO ROBERTO KONO DE OLIVEIRA**
Última distribuição : **28/06/2021**
Valor da causa: **R$ 0,00**
Processo referência: **1022813-63.2021.8.11.0041**
Assuntos: **Anulação**
Segredo de justiça? **NÃO**
Justiça gratuita? **NÃO**
Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
NOVO SABOR REFEICOES COLETIVAS LTDA - ME (AGRAVANTE)	LEONARDO DA SILVA CRUZ (ADVOGADO)
VOGUE - ALIMENTACAO E NUTRICAO LTDA (AGRAVADO)	KELLY MENDES DA SILVA (ADVOGADO)
ESTADO DE MATO GROSSO (TERCEIRO INTERESSADO)	
MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO (CUSTOS LEGIS)	

Documentos			
Id.	**Data da Assinatura**	**Documento**	**Tipo**
93132487	05/07/2021 15:10	Decisão	Decisão

Agravantes: NOVO SABOR REFEICOES COLETIVAS LTDA - ME

Agravado: VOGUE - ALIMENTACAO E NUTRICAO LTDA

Protocolo: 1011181-66.2021.8.11.0000

LIMINAR

Visto.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **NOVO SABOR REFEICOES COLETIVAS LTDA**, contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Cuiabá, que nos autos do **Cumprimento Provisório de Sentença n. 1022813-63.2021.8.11.0041** ajuizado por **VOGUE - ALIMENTACAO E NUTRICAO LTDA**, deferiu o pedido para que a sentença proferida na ação mandamental nº 1054764-12.2020.811.0041, que reconheceu a nulidade do Pregão Eletrônico n° 004/2020, bem como todos os atos dele decorrentes, em especial, contratos 185, 186, 187, 188/2020/SESP, observar ordem preferencial da impetrante para a contratação emergencial (**ID 47770246), no prazo de** 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de multa diária equivalente a 1% do objeto contratado, sem prejuízo de outras sanções aplicáveis a espécie.

Aduz que é empresa mato-grossense especializada no segmento de alimentação (CNAE fiscal principal nº 56.20-1-01 - fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas), regularmente cadastrada e ativa nos órgãos fiscais desde 22.4.2010.

Sustenta que em 24.12.2020 foi contratada em caráter **emergencial** (Contrato 324-2020) pela Secretaria de Estado de Segurança Pública para fornecer alimentação para reeducandos e funcionários para atendimento dos presídios instalados em Cuiabá, Várzea Grande e Santo Antônio do Leverger – MT, com validade até 24.06.2020.

Argumenta que ao vencer o contrato emergência, foi realizada

nova cotação emergencial de preço, para formulação de novo contrato emergencial, sendo a Agravante novamente vencedora, sendo assinado o novo contrato emergencial nº 086/2021/SESP.

Assevera que a Agravada (**VOGUE - ALIMENTACAO E NUTRICAO LTDA**) participou de todas as cotações de preço para realização dos contratos emergências, não se consagrou vencedora.

Assegura que mesmo não sendo vencedora, por ter constado na sentença do mandado de segurança n.º 1054764-12.2020.811.0041 o direito de preferência da recorrida e ela ter ajuizado o Cumprimento Provisório de Sentença n. 1022813-63.2021.8.11.0041, o Magistrado *a quo* determinou que o Estado de Mato Grosso cumprisse os termos do *decisum*.

Argui que embora tenha constado na sentença que fosse observada a ordem preferencial da agravada para a contratação emergencial, não houve esse pedido na exordial, sendo a sentença *extra petita* nesse ponto.

Pontua que a decisão deve ser revista pois o objeto do cumprimento provisório de sentença é justamente com relação a parte extra petita da decisão, sendo portanto indevida a decisão objurgada.

Expõe que inexiste direito de preferencia na contratação emergencial realizada pelo Ente Público, bem como que a Constituição (art. 37) e a Lei 8.666/93 (art. 3) determinam a isonomia entre as participantes.

Arrazoa que diante da interrupção do contrato anteriormente existente entre o Estado e a Agravada afasta qualquer possibilidade do alegado direito de preferencia.

Pontua que a decisão recorrida pode causar prejuízo ao interesse público e a Agravada, uma vez que o Estado de Mato Grosso foi impedido dar prosseguimento ao contrato emergencial nº 086/2021/SESP, que estava prestes a ser assinado com a pessoa jurídica ora Recorrente, configurando o perigo na demora.

Ao final, pugna pela concessão de efeito suspensivo ao recurso, para paralisar os efeitos da decisão objurgada. No mérito requer o provimento do recurso, no sentido de reformar a decisão objurgada, para indeferir o pedido

formulado na exordial.

É o relatório.

Decido.

Extraem-se dos autos que a empresa **VOGUE - ALIMENTACAO E NUTRICAO LTDA.** ajuizou a Ação Mandamental n.º 1054764-12.2020.811.0041, em face do **SUPERINTENDENTE DE AQUISIÇÕES E CONTRATOS DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO, arguindo, em síntese**, arguindo em síntese a existência de irregularidades no edital do Pregão Eletrônico n° 004/2020, cujo objeto é:

"a contratação de pessoa jurídica especializada na prestação de serviços de preparo e fornecimento de alimentação pronta para atender aos recuperandos (as) e servidores (as) penitenciários plantonistas Penitenciária Central do Estado PCE, Centro de Ressocialização de Cuiabá -RCR, Penitenciária feminina "Ana Maria do Couto", Centro de Custódia da Capital – CCC, Cadeia Pública de Várzea Grande, Jovens e Adultos Várzea Grande, Cadeia Pública de Santo Antônio do Leverger, Fundação Nova Chance – FUNAC, Gerência de Monitoramento, Gerência de Custódia Cuiabá-Fórum, Setor de Operação Especial -SOE, constando de café da manhã, almoço, jantar e ceia, todos os dias da semana, inclusive aos sábados, domingos e feriados."

Requereu em sede de liminar, a suspensão do certame. No mérito pugnou pelo reconhecimento da nulidade do Pregão Eletrônico n° 004/2020 da qual a empresa ora requerente (**KADEAS RESTAURANTES LTDA**) fora vencedora.

O Magistrado *a quo* concedeu a liminar para o fim de determinar a suspensão do Pregão Eletrônico n° 004/2020/SESPMT até a decisão final a ser proferida no *writ*.

Após o contraditório, o Magistrado a quo concedeu a ordem pleiteada, para reconhecer a nulidade do Pregão Eletrônico n° 004/2020, bem como todos os atos dele decorrentes, em especial, contratos 185, 186, 187, 188/2020/SESP, sem prejuízo do impetrado (Superintendente de Aquisições e Contratos da Secretaria de Segurança Pública do Governo do Estado de Mato Grosso) observar ordem preferencial da impetrante para a contratação emergencial, e confirmando a liminar anteriormente deferida.

A Empresa **VOGUE - ALIMENTACAO E NUTRICAO LTDA.** protocolou o **Cumprimento Provisório de Sentença n. 1022813-63.2021.8.11.0041,** oportunidade em que o Magistrado *a quo* deferiu o pedido aposto na exordial, para

determinar que a sentença proferida na ação mandamental nº 1054764-12.2020.811.0041, fosse cumprida **no prazo de** 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de multa diária equivalente a 1% do objeto contratado, sem prejuízo de outras sanções aplicáveis a espécie.

Diante da decisão proferida no Cumprimento Provisório de Sentença o Estado de Mato Grosso se viu impedido de dar prosseguimento ao contrato emergencial nº 086/2021/SESP, que estava prestes a ser assinado com a pessoa jurídica ora Recorrente, a qual se consagrou vitoriosa na tomada de preço.

A pessoa Jurídica **NOVO SABOR REFEICOES COLETIVAS LTDA - ME** interpôs o **PRESENTE AGRAVO DE INSTRUMENTO contra a decisão proferida nos autos do Cumprimento Provisório de Sentença n. 1022813-63.2021.8.11.0041.**

Passo a analisar a presença dos requisitos necessário para o deferimento ou não do pedido de efeito suspensivo recursal ao recurso de agravo de instrumento.

Para a atribuição do efeito suspensivo e/ou deferimento da tutela antecipada recursal, faz-se necessária a presença dos pressupostos autorizadores da medida de urgência, quais sejam a probabilidade do direito e o fundado receio de dano grave e de difícil reparação, nos termos dos artigos, 300, 995, parágrafo único e 1.019, I, todos do Código de Processo Civil, como cito:

> *"Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:*
>
> *I - poderá atribuir **efeito suspensivo ao recurso** ou **deferir, em antecipação de tutela**, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; [...]".*
>
> *"Art. 995. [...]*
>
> *Parágrafo único. **A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso**".*
>
> *"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver*

*elementos que evidenciem a **probabilidade do direito** e o **perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo**".*

Em análise aos elementos e circunstâncias que envolvem a controvérsia, tenho que o pedido de efeito suspensivo recursal merece acolhimento. Vejamos.

Argui a Agravante que o ato proferido na ação Mandamental não pode ser executado por meio de Cumprimento Provisório de Sentença, uma vez que o decisum É *EXTRA/ULTRA PETITA*, tendo em vista determinou que fosse observada a ordem preferencial da impetrante (**VOGUE - ALIMENTACAO E NUTRICAO LTDA**) para a contratação emergencial, quando não havia esse pedido na exordial.

Sobre o assunto, sabe-se que quando o Magistrado aprecia matéria diversa do pedido formulados nos autos, incorre em julgamento *extra petita,* já o julgamento *ultra petita* ocorre quando o Juízo aprecia matéria além dos pedidos formulados nos autos, o que, em ambos os casos, é vedado em nosso ordenamento jurídico, conforme se verifica dos artigos 141 e 492 do Código de Processo Civil, como cito:

"Art. 141.- O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte".
"Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado".

Com relação a esse tema os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery assim lecionam:

"[...] Deve haver correlação entre pedido e sentença (CPC 460), sendo defeso ao juiz decidir aquém (citra ou infra extra petita),fora (extra petita) ou além (ultra petita) do que foi pedido, se para isto a lei exigir a iniciativa da parte. Caso decida com algum dos vícios apontados, a sentença poderá ser corrigida por embargos de declaração, se citra ou infra petita, ou por recurso de apelação, se tiver sido proferida extra ou

ultra petita. Por pedido deve ser entendido o conjunto formado pela causa (ou causae) petendi e o pedido em sentido estrito. A decisão do juiz fica vinculada à causa de pedir e não ao pedido. [...].” (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 10ª Ed., São Paulo: Editora RT, p. 387.)

Destarte, nos termos das legislações e entendimento doutrinário supramencionados cabe ao magistrado apreciar os pedidos delimitados nos autos, sob pena de incorrer em indesejado julgamento citra, *extra, ou ultra petita*.

Da análise dos pedidos apostos na inicial, verifica-se que não houve requerimento para que fosse observada a ordem preferencial da impetrante (**VOGUE - ALIMENTACAO E NUTRICAO LTDA**) em caso de contratação emergencial.

Vejamos os pedidos apostos na inicial da ação mandamental:

“[...] a) a concessão da TUTELA DE URGÊNCIA, de forma LIMINAR, visando à suspensão do Pregão Eletrônico de n. º 004/2020/SESPMT até decisão final deste Mandado de Segurança.

b) a notificação das autoridades que praticaram os atos coatores sobre o conteúdo desta petição e documentos anexos para que, no prazo legal, para que preste as informações necessárias;

c) a oitiva do excelentíssimo representante do Ministério Público;

d) que se conceda, ao final, a segurança de forma definitiva, para que todos os pedidos ora pugnados sejam deferidos pelo Poder Judiciário, em especial a nulidade do pregão ora impugnado para a consequente e necessária readequação do respectivo edital e, então retornar os atos do procedimento licitatório.

Atribui-se à causa, para efeitos meramente fiscais, o valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) [...]”. (Id. 44020961)

Assim, ao constar na sentença que em caso de contratação emergencial fosse observada a ordem preferencial da impetrante (**VOGUE - ALIMENTACAO E NUTRICAO LTDA**), evidencia-se que o *decisum* ultrapassou os limites constantes nos pedidos da exordial.

Outrossim, cabe ressaltar que no âmbito do direito civil, o direito de preferência quer dizer que, uma pessoa terá direito a realizar o negócio jurídico, em detrimento de terceiros interessados, desde que faça igual oferta no preço e nas condições, como cito:

> *"Art. 513. A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto.*
>
> *[...]*
>
> *Art. 515. Aquele que exerce a preferência está, sob pena de a perder, obrigado a pagar, em condições iguais, o preço encontrado, ou o ajustado".*

No entanto, no que tange ao direito administrativo, em especial com relação a licitação e contratação pública, o artigo 3º da Lei n.º 8.666/92, veda, em regra, a aplicação de preferências com relação aos interessados em firmar contrato com o Estado, transcrevo:

> *"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*
>
> *§ 1º É vedado aos agentes públicos:*
>
> *I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)*

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; (Revogado pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)"

Conforme se observa da citada legislação, a inclusão de preferência é admitida apenas como critério de desempate nos casos descritos no parágrafo 2º da citada legislação, a qual não reflete a realidade dos autos.

Além disso, insta consignar que a recorrida não demonstrou por meio de prova pré-constituída, ter ofertado preço menor ou igual aos dos vencedores dos contratos emergenciais firmados pelo Estado de Mato Grosso, o que também afastaria a possibilidade de aplicação do suposto direito de preferência.

Destarte, ao ser estabelecido na sentença o direito de preferencia da impetrante (**VOGUE - ALIMENTACAO E NUTRICAO LTDA**) em relação às outras concorrentes no caso de contratações emergenciais, os indícios se firmam no sentido de que o *decisum* estaria violando um dos princípios básicos da licitação

que estão previstos no artigo 37 da Constituição Federal , qual seja, o da igualdade.

Deste modo, uma vez que o cumprimento provisório de sentença diz respeito justamente em relação a parte da sentença cujos indícios se firmam no sentido de ser *extra petita* e violar preceitos do Direito Administrativo, vislumbra-se a presença do requisito da probabilidade do direito pleiteado nas razões recursais.

Igualmente, constata-se o risco de dano grave, tendo em vista que, se não for atribuído efeito suspendido ao recurso, a sentença passará a produzir efeito imediato, e como consequência disso, a empresa **VOGUE - ALIMENTACAO E NUTRICAO LTDA** terá preferencia em relação à outras concorrentes nos contratos emergenciais que serão realizados pelo Estado de Mato Grosso.

E mais, verifica-se que em razão de ter constado na sentença o direito de preferência a **VOGUE - ALIMENTACAO E NUTRICAO LTDA** ajuizou o Cumprimento Provisório de Sentença n. 1022813-63.2021.8.11.0041, de modo que o Estado de Mato Grosso está sendo compelido a cancelar os contratos emergenciais em que o suposto direito de preferência não foi observado, como foi o caso do contrato emergencial nº 086/2021/SESP, que estava prestes a ser assinado na data de 25/06/21 com a empresa Novo Sabor, ora Agravante.

Assim, presentes os requisitos da probabilidade do direito postulado nas razões recursais, bem como o perigo de dano grave, de difícil ou incerta reparação, se mostra possível o deferimento do efeito suspensivo recursal.

Ante o exposto, **defiro o pedido de efeito suspensivo recursal** para suspender a decisão objurgada até o julgamento do mérito do presente agravo de instrumento.

Comunique-se o juízo de primeiro grau.

Intime-se o Agravado, para, querendo, apresentar contrarrazões.

Dê-se vista a Douta Procuradoria-Geral de Justiça para emissão de parecer.

Cumpra-se.

Des. MARIO ROBERTO KONO DE OLIVEIRA

Relator