AUTOS DO PROCESSO N. 1040740 – 2018 (Denúncia)

1. IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO

Trata-se de denúncia apresentada pela empresa Labclim Diagnósticos Laboratoriais Ltda., em face do edital do Pregão Presencial n. 009/2018, Procedimento Administrativo nº 027/2018, promovido pela Prefeitura Municipal de Ribeirão das Neves, objetivando a "contratação de empresa especializada na prestação de serviços realização de exames laboratoriais**,** tendo referência a tabela SUS podendo ser acrescido no máximo 20%, por um período de 12 (doze) meses a partir da assinatura do Contrato, de acordo com as especificações contidas no Anexo I e II – Especificação do Objeto/Termo de Referência deste instrumento convocatório."

2. DOS FATOS, DA FUNDAMENTAÇÃO E DA DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE

À fls.88/88v, o Relator manifestou:

A denunciante pleiteia a suspensão liminar do certame, e, considerando que a decisão de suspender uma licitação deve ser tomada após avaliação cautelosa, devidamente justificada do Julgador, para que reste demonstrada ser essa a opção que melhor atenda ao interesse público encaminho os presentes autos a essa Coordenadoria para análise prévia das matérias constantes da denúncia, bem como do edital, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a fim de subsidiar a decisão de uma possível concessão de suspensão liminar do certame.

Isso posto, passa-se ao exame do edital do Pregão Presencial n. 009/2018, em face dos termos da denúncia.

3. DA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA COM CAPITAL ESTRANGEIRO.

A denunciante alega que o edital em estudo é irregular ao permitir a participação de empresa com capital estrangeiro, o que contraria a Constituição Federal.

Segundo o denunciante, "não há de se falar na alteração do Art. 23 da Lei 8080-SUS, quando foi publicada a Lei Federal ORDINÁRIA, nº 13.097/2015", "permitindo, agora, que empresas estrangeiras participem, inclusive como controladoras, dos empreendimentos de assistência médica". Informa, ainda, a existência de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em tramitação no STF (ADIN º 5435).

ANÁLISE:

O edital dispõe, fl. 32:

3. CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

3.1.Somente poderão participar da licitação as pessoas jurídicas cujo objeto social seja compatível com o(s) item(ns) licitado(s), nacionais ou estrangeiras autorizadas a funcionarem no país, e que atendam as condições de participação e habilitação estabelecidas neste Edital e seus anexos, sendo vedada a participação de licitantes:

Em resposta à impugnação da denunciante, a Administração manifestou-se da seguinte forma[1]:

Desse modo a Lei Federal n.º 13.097/2015, que alterou o artigo 23 da Lei Federal n.º 8.080/1990, permitindo que empresas estrangeiras participem, inclusive como controladora dos empreendimentos de assistência à saúde. Destaca-se ainda que a constitucionalidade dessa norma foi questionada em ADIN, que encontra-se em análise, OU SEJA NÃO HÁ MANIFESTAÇÃO FINAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA SUA

1 http://www.ribeiraodasneves.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Pregao_Presencial_9_2018_Resposta_a_impugnacao_Labiclin?cdLocal=3&arquivo={CB22B8B8-DCBA-CEA4-3BCE-AEECCD1EEADB}.pdf&cdLicitacaoArquivo=10366 (acessado em 03/03/2018)

C:\inetpub\wwwroot\sgap\TempFiles\9282fbf3-d154-47cb-a64e-bcfd9708d55c

INCONSTITUCIONALIDADE, PORTANDO ENCONTRA-SE EM VIGÊNCIA A LEI FEDERAL N.º 13.097/2015, ATÉ A PRESENTA DATA, NÃO TENDO SIDO AINDA, OBJETO DE REVOGAÇÃO EXPRESSA.
Devendo ser observado ainda o disposto no inciso II do § 1º, do artigo 3º combinado com inciso V do artigo 28, ambos da Lei Federal n.º 8.666/93.

A lei 13097/2015, dispõe:

DA ABERTURA AO CAPITAL ESTRANGEIRO NA OFERTA DE SERVIÇOS À SAÚDE
Art. 142. A Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:
"Art. 23 É permitida a participação direta ou indireta, inclusive controle, de empresas ou de capital estrangeiro na assistência à saúde nos seguintes casos:
[..]
II - pessoas jurídicas destinadas a instalar, operacionalizar ou explorar:
a) hospital geral, inclusive filantrópico, hospital especializado, policlínica, clínica geral e clínica especializada; e
b) ações e pesquisas de planejamento familiar;
III - serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social; e
IV - demais casos previstos em legislação específica." (NR)

Em consulta à rede mundial de computadores, em 03/05/2018, ao *site* do STF[2], observa-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5435, que se trata de pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL em face do art. 142 da Lei nº 13.097/2015, que promove a abertura da oferta de serviços de saúde ao capital estrangeiro, encontra-se na fase de conclusão ao Relator, portanto, ainda não há julgamento do mérito.

[2] http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4904582

Isso posto, entende-se que cabe razão à Administração quanto à alegação de que é regular a participação de capital estrangeiro com amparo na Lei Federal nº 13.097/2015, vez que não há manifestação final do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade dessa lei, portanto, encontra-se em vigência a Lei Federal n.º 13.097/2015, até a presenta data, não tendo sido ainda sido declarada inconstitucional.

Assim entende-se que não procede a denúncia quanto a este ponto.

4. DA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS DO TERCEIRO SETOR.

A denunciante alegou que o edital é irregular ao permitir a participação de empresas do terceiro setor, pois atenta contra o princípio da isonomia do certame, já que essas empresas recebem isenções de impostos e diversos benefícios fiscais.

ANÁLISE:

Em resposta à impugnação da denunciante, a Administração manifestou-se da seguinte forma na rede mundial de computadores[3], acesso no dia 03/05/2018:

O Acórdão nº 1.021/2007-TCU-Plenário analisou a participação de uma OSCIP em uma licitação realizada pelo BNDES. Consta no voto do Ministro Relator MARCOS VILLAÇA:
"3. Em relação ao primeiro aspecto, mencionei, no despacho em que determinei a suspensão cautelar do certame, que a questão se insere em perspectiva mais ampla, e não somente pela presença de regime tributário diferenciado. É que, no meu modo de ver, a participação de Oscips em licitações objetivando a prestação de serviços à Administração desvirtua os delineamentos traçados pelo ordenamento jurídico para este tipo de entidade.
[...]

3 http://www.ribeiraodasneves.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Pregao_Presencial_9_2018_Resposta_impugnacao_empresa_labiclin?cdLocal=3&arquivo={AA4C5E2B-C04A-4AB6-7DAD-38CEECA58A3D}.pdf&cdLicitacaoArquivo=10199

C:\inetpub\wwwroot\sgap\TempFiles\9282fbf3-d154-47cb-a64e-bcfd9708d55c

6. A atuação de uma Oscip volta-se, portanto, para o atendimento do interesse público, mediante serviços de cunho social, e não para o fornecimento de bens e serviços para a Administração Pública. Sua área de atuação é incompatível, no meu entendimento, com os serviços de que nos fala os arts. 6º, II, e 13 da Lei nº 8.666/93:"

[...]

9. No entanto, reconheço que a questão não é pacífica. Parece haver, inclusive, certa tendência a se aceitar que elas possam participar de licitações na Administração Pública, desde que a atividade a ser contratada esteja prevista no Estatuto:

"Não é que elas não possam ser contratadas. Eventualmente elas podem, se a prestação de serviços e o fornecimento de bens estiver prevista dentre seus objetivos institucionais. Só que, em se tratando de contrato, está sujeito à licitação. Se a Administração Pública aceita contratar Oscip para fornecimento de bens e serviços, tem que haver licitação em que a entidade participe em igualdade de condições com outros possíveis interessados.(Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Palestra 'As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Publico (Leis nºs 9.637/98 e 9.790/99)', proferida no seminário 'O Ministério Público e a Fiscalização das Entidades Não Governamentais de Interesse Público', retirada do site do Ministério Público do Estado de São Paulo)."

10. Mas o desfecho da questão posta à apreciação do Tribunal prescinde dessa investigação. A incompatibilidade do objeto licitado com as finalidades institucionais da entidade é suficiente para resolvê-la. (g.n.).

Assim segundo o TCU, o primeiro requisito para que uma OS (Organização Social) ou OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público). Possa participar de certame licitatório é que a atividade a ser contratada esteja prevista dentre seus objetivos institucionais, neste caso, ela poderá ser contratada.

Em 2010 foi prolatado o Acórdão nº 7.549/2010 – TCU - 2ª Câmara –, em que a Corte de Contas, analisando a possibilidade ou não de contratação de entidades sem fins lucrativos via licitação, assim decidiu:

(...)

4. Assim, no mérito, o ponto preponderante da questão controvertida consiste em saber se, nos certames licitatórios para a prestação de serviços acessórios, instrumentais ou complementares à atividade-fim da administração pública (terceirização de serviços),

poderão habilitar-se entidades sem fins lucrativos para o fim de, logrando êxito no certame, firmar o correspondente contrato.

5. Em termos gerais, louvamos o tratamento teórico conferido ao assunto pela Secretaria de Recursos, mediante ponderada e fundamentada análise técnica e jurídica dos aspectos concernentes à natureza e às peculiaridades da terceirização de serviços no setor público, às condições da atuação regulamentar das entidades sem fins lucrativos no mercado e aos fundamentos colhidos na doutrina e jurisprudência pertinentes.

6. Em especial quanto às finalidades a que regularmente se prestam, as entidades privadas sem fins lucrativos se distinguem, a par da ausência de busca de lucros em primeiro plano e de forma intencional, por atuar em segmentos econômicos, sociais ou políticos marcados por um caráter beneficente, filantrópico, assistencial, religioso, cultural, educacional, científico, artístico, recreativo, esportivo e de proteção ao meio ambiente, à criança e ao adolescente e à saúde, entre outros. Como bem ponderou a Unidade Técnica, o exercício de atividade econômica pelas entidades sem fins lucrativos, embora não seja vedado na legislação, deve estar relacionado com o cumprimento de seus fins estatutários sob pena de desvio de finalidade.

7. De fato, decisões de tribunais pátrios indicam que as entidades sem fins lucrativos, quando atuam em atividades estranhas aos seus fins estatutários, incidindo em desvio de finalidade, passam a sujeitar-se a encargos tributários do setor empresarial, conforme se depreende dos excertos transcritos a seguir:

(...)

10. Embora uma atividade possa caracterizar-se como acessória e instrumental para um órgão da administração pública, esse aspecto não possui uma conexão direta com o cumprimento das finalidades estatutárias de uma entidade sem fins lucrativos que preencha os requisitos necessários à realização dos serviços. Dito de outra forma, a regularidade da prestação de serviços de terceirização por uma entidade sem fins lucrativos é aferida pela forma em que esta atua para cumprimento de suas finalidades essenciais, e não necessariamente pelo caráter acessório ou complementar da atividade objeto da prestação do serviço.

(...).

19. Por sua vez, o exame das condições técnicas e jurídicas apresentadas por entidades sem fins lucrativos, na fase de habilitação dos certames licitatórios para a prestação de serviços terceirizados, segue, por analogia, basicamente os procedimentos definidos pelo TCU por ocasião de reiteradas análises do cumprimento dos requisitos para a situação do art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93,concernentes à efetiva existência de nexo entre o objeto a ser licitado e os objetivos estatutários da instituição sem fins lucrativos (Decisões Plenárias n.ºs 881/97, 830/90, 346/99, 30/2000, 150/2000, 1067/2001 e 1101/2002, e Acórdãos Plenários n.ºs 427/2002, 1549/2003, 839/2004, 1066/2004, 1934/2004 e 1342/2005). De modo geral, a jurisprudência do Tribunal consolidou ser inviável a habilitação de licitante cujo objeto social seja incompatível com o da licitação (Acórdão n.º 1021/2007-Plenário).

20. Assim, não basta que a entidade ostente, nos seus estatutos, o requisito de ser constituída sem fins lucrativos; deve ser verificado se, concretamente, a forma como a entidade vai executar os serviços do certame não implicará desvio de finalidade. Entre outras hipóteses passíveis de ocorrer, haverá desvio de finalidade se a entidade atuar em objeto incompatível com os seus objetivos estatutários ou como mera intermediadora ou locadora de mão de obra na prestação dos serviços.

(...)

24. A sentença favorável ao impetrante em liminar ateve-se à circunstância de ser legalmente viável a participação do IPPP[4] naquela licitação, em virtude da observância dos princípios da competitividade e do oferecimento da proposta mais vantajosa. Todavia, quanto ao enquadramento do objeto social da impetrante ao previsto na licitação, a sentença dispõe expressamente que "caberá à Administração, quando da análise das propostas, decidir sobre a referida compatibilização" (primeiro parágrafo à fl. 68 do Anexo 2).

Portanto, na verdade, a essência da sentença se harmoniza com o entendimento que defendemos no presente parecer, pois, como se viu, as condições de atendimento do objeto pela entidade sem fins lucrativos deverão ser aferidas em concreto na fase de habilitação, e não como vedação genérica de participação em licitações.

(...)

Ao final, foi proferida decisão nos termos abaixo expendidos:

[4] Instituto de Professores Públicos e Particulares.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Segunda Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer do Pedido de Reexame para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, alterando a redação ao subitem 1.4.1.1 do Acórdão n.º 5.555/2009-2.ª Câmara, dirigido à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), e que, doravante, em caráter normativo, aos Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, que passa a ter o seguinte teor:

9.1.1.determinar que não habilitem, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, entidades sem fins lucrativos cujos estatutos e objetivos sociais não tenham nexo com os serviços a serem prestados;

Pelo exposto, a luz das decisões do Tribunal de Contas da União, constata-se que não é vedada a participação de entidades sem fins lucrativos em certames licitatórios. Elas podem ser contratadas pela Administração desde que: a) exista nexo entre as finalidades da associação/organização e o objeto do certame; b) não se trate de contratação de cooperativa de mão-de-obra, o que, ao que parece, assemelha-se a contratação de associação. Desse modo o argumento apresentado pela empresa impugnante não encontra amparo legal. Contudo, face ao disposto no subitem 3.1, do edital durante a fase de habilitação será averiguado se seu objeto social é compatível com o objeto licitado, e, não o sendo, será declarada inabilitada.

Isso posto, entende esta Unidade Técnica que descabe razão à denunciante quanto à alegação de irregularidade do edital por permitir a participação de entidades do terceiro setor, vez que foi apresentado entendimento do TCU no sentido de que não é vedada a participação de entidades sem fins lucrativos em certames licitatórios, desde que exista nexo entre as finalidades da associação/organização e o objeto do certame.

Quanto à alegação da denunciante de quebra da isonomia, entre os licitantes, em função da possibilidade de isenção de impostos pelas entidades do terceiro setor, cumpre registrar que este Tribunal, em caso análogo, posicionou-se sobre o momento da aplicação de isenção de ICMS nos procedimentos licitatórios aos fornecedores de bens e serviços sediados no Estado de Minas Gerais, na Consulta n. 888173, respondida na sessão do Tribunal Pleno do dia 11/12/13, da seguinte forma:

Consequentemente, a referida isenção já foi formalmente incorporada à legislação tributária interna de quase todos os Estados-Membros, bem como adotada nos procedimentos licitatórios realizados em seu território, conforme se depreende de levantamento perfunctório a que procedi.

Dentre os demais Estados-Membros, integrantes da maioria maciça que o fizeram, apenas o Estado de Santa Catarina manifestou-se no sentido de que o contribuinte beneficiado pela isenção deveria incluir o valor do ICMS que seria devido, não fosse a norma isencional, quando da apresentação das propostas no certame licitatório. Pelo contrário, a grande maioria dos Estados-Membros faz constar expressamente, em seus editais de licitação, que os preços apresentados pelos fornecedores lá situados – beneficiários, portanto, da isenção – estejam líquidos do valor do ICMS. (...) Desta forma, aceitar que o Tribunal de Contas imponha a desconsideração de isenção de ICMS, quando da formação do preço formulado pelo contribuinte-licitante, implicaria aceitar a revisibilidade, por esta Corte, de qualquer benefício tributário apto a reduzir o preço apresentado pelo fornecedor licitante, na fase de apresentação de propostas e de seu respectivo julgamento, que, além de violar o princípio da separação dos poderes, potencialmente viola o princípio da proposta mais vantajosa, finalidade última dos procedimentos licitatórios, bem como viola o princípio da economicidade, cuja guarda, por imperativo constitucional, caberia ao próprio Tribunal de Contas.

Assim, entende-se como improcedente as alegações da denunciante quanto a este apontamento, inexistindo, portanto, a irregularidade.

5. DA VEDAÇÃO ÀS EMPRESAS SUSPENSAS DO DIREITO DE LICITAR COM AS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS, DIRETA OU INDIRETA, FEDERAL, ESTADUAL OU MUNICIPAL.

A denunciante alegou que o edital e irregular porque vede a participação de empresas suspensas do direito de licitar com as Administrações Públicas, Direta ou Indireta, Federal, Estadual ou Municipal, sustentando que essa vedação só pode ser aplicada apenas ao licitante punido com suspensão pelo próprio órgão licitante.

ANÁLISE:

O edital dispõe, fl.32:

3. CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

3.1.Somente poderão participar da licitação as pessoas jurídicas cujo objeto social seja compatível com o(s) item(ns) licitado(s), nacionais ou estrangeiras autorizadas a funcionarem no país, e que atendam as condições de participação e habilitação estabelecidas neste Edital e seus anexos, sendo vedada a participação de licitantes:

a) Que, por qualquer motivo, tenham sido declaradas inidôneas, punidas com suspensão do direito de licitar ou contratar com a Administração Pública Direta ou Indireta, Federal, Estadual ou Municipal;

Em resposta à impugnação da denunciante, a Administração manifestou-se da seguinte forma na rede mundial de computadores[5], acesso no dia 03/05/2018:

Desse modo a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar abrange toda a Administração Pública, sustentando-se nos seguintes argumentos: i) a "Administração" é a expressão concreta da "Administração Pública", inexistindo conceitos de diferente amplitude; (ii) a Administração Pública é una, sendo apenas descentralizado o exercício de suas funções, para melhor atender ao interesse público; (iii) à luz dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, a sanção prevista no inciso III do art. 87 tem o propósito de evitar fraudes e prejuízos ao erário proibindo acesso ao certame licitatório de particulares cujas condutas se tenham mostrado atentatórias ao erário e à coisa pública, sendo inconveniente e temerária uma interpretação que permita o acesso desses particulares às contratações públicas. Esse posicionamento é defendido por José dos Santos Carvalho Filho, ressaltando-se o intuito de evitar que órgãos

5 http://www.ribeiraodasneves.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Pregao_Presencial_9_2018_Resposta_impugnacao_empresa_labiclin?cdLocal=3&arquivo={AA4C5E2B-C04A-4AB6-7DAD-38CEECA58A3D}.pdf&cdLicitacaoArquivo=10199

C:\inetpub\wwwroot\sgap\TempFiles\9282fbf3-d154-47cb-a64e-bcfd9708d55c

públicos contratem com sociedades empresárias inadimplentes. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. O Superior Tribunal de Justiça possui precedentes que adotam a segunda corrente, como o RMS 32628, cuja ementa se transcreve: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE. ADMINISTRAÇÃO X ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISTINÇÃO. AUSÊNCIA. [...] 10. Por fim, não é demais destacar que neste Tribunal já se pontuou a ausência de distinção entre os termos Administração e Administração Pública, razão pela qual a sanção de impedimento de contratar estende-se a qualquer órgão ou entidade daquela. Precedentes. 11. Recurso ordinário não provido. (RMS 32.628/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 14/09/2011, grifo nosso). Sobre a matéria, o Consultor-Geral da União aprovou o Parecer nº 87/2011-DECOR/CGU/AGU, o qual considera que a sanção do inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93, pena mais branda que a do inciso IV, afasta o sancionado das licitações e contratações promovidas por toda a Administração Pública brasileira, tal como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:: 11. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça em algumas oportunidades já atestou o despropósito da distinção entre Administração Pública e Administração constante dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93. Desse modo, entendeu o referido Tribunal, que é o guardião maior da legislação infraconstitucional no sistema jurídico pátrio, pelo alcance amplo da suspensão temporária de licitar e contratar, irradiando os seus efeitos a todos os órgãos da Administração Pública. [...] 16. Ademais, compreende-se que a citada tese encontra apoio na unicidade da Administração Pública, que pode ser comprovada pela leitura atenta do art. 1º caput, da Constituição Republicana de 1988, e faz todo o sentido. 17. Também sustenta o entendimento o fato de que a Lei nº 8.666/93 é uma norma nacional sendo de cumprimento obrigatório para todo o Estado brasileiro (art. 1º da mencionada lei). 18. Sem dúvida alguma, as penalidades previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 são distintas. Porém, isso não significa dizer que todas as suas consequências devam ser diversas. [...] 20. A questão da dosimetria das penalidades administrativas levantada por muitos como um argumento contrário à interpretação aqui defendida não faz sentido, posto que a sanção

prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 é imposta 'por prazo não superior a 2(dois) anos', o que permite uma gradação absolutamente diversa da declaração de inidoneidade constante do inciso IV do art. 87 do referido diploma. O administrador, a depender da gravidade da conduta da empresa infratora, pode impor curtas e médias punições, por exemplo. 21. Outro argumento manejado diz respeito ao art. 97 da Lei nº 8.666/93, que só classifica como crime a prática de 'admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo', nada dizendo sobre a suspensão temporária. Ora, tal previsão legal só comprova que, de fato, a declaração de inidoneidade é punição mais grave que a suspensão temporária do direito de licitar e contratar. [...]. A interpretação sistemática do artigo 87 da Lei de Licitações induz à conclusão de que tanto a penalidade prevista no inciso II quanto aquela prevista no inciso IV, valem para toda a Administração Pública, de todos os entes federativos, independentemente do órgão ou entidade que o tenha aplicado, afinal, se o participar não é considerado apto para participar de licitações e contratar com um órgão público ou entidade de qualquer esfera governamental evidencia-se que essa vedação vale para todos os demais. Nesse sentido as expressões "Administração" e "Administração Pública" se equivalem, sendo a Administração Pública uma só. Portanto, se uma empresa é penalizada conforme previsto no inciso II, do artigo 87, da Lei Federal n.º 8.666/93, apenas por um determinado órgão, seria livre para contratar com outro, acarretando um esvaziamento dos efeitos da sanção, bastando para tal, a mudança para outra localidade para evitar a eficácia da penalidade. Por fim necessário enfatizar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é um dos órgãos máximos do Poder Judiciário Brasileiro, tendo por missão zelar pela uniformidade de interpretações da legislação federal brasileira. Desse modo o argumento apresentado pela empresa impugnante não encontra amparo legal, devendo ser mantida a redação do edital

Quanto ao conceito de Administração abrangido pelo disposto no artigo 87, inciso III, da Lei Federal n. 8.666/93, cabe aqui registrar a distinção dos conceitos de "Administração" e "Administração Pública" explicitados no seu artigo 6º:

> 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;

Veja-se o disposto no artigo 87 da Lei de Licitações:

> Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a defesa prévia, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
> 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. (GN)
> ...

No caso do Pregão Presencial n. 009/2018, o instrumento convocatório foi ambíguo quanto à condição de participação, porque utilizou termos tanto da hipótese do inciso III, quanto do inciso IV do artigo 87, e claramente referiu-se ao termo "Administração Pública", e não "Administração", conforme redação do item 3.1, alínea "a" (fl. 32).

No entendimento desta Coordenadoria, o edital equivocou-se quanto ao termo "Administração Pública" para a sanção de suspensão, quando deveria ter utilizado o termo "Administração", conforme previsão legal (art. 87, inciso III, Lei nº 8.666/93), sendo este o ponto da denúncia.

Entende-se todavia, que em se tratando da modalidade pregão, o edital deveria ter se baseado no art. 7º da Lei Federal n. 10.520/2002, quando dispõe sobre penalidade, transcreva-se:

> Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4o desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. (GN)

Vale registrar o entendimento abaixo transcrito, conforme extraído da Consultoria da Zênite (https://www.zenitefacil.com.br/homeCliente):

> **14866 – Contratação pública – Pregão– Sanção – Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/02– Penalidades distintas – TCU**
> O TCU afirmou que a sanção prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/02 "não se confunde com aquelas previstas no art. 87 da Lei 8.666/1993, visto que são penalidades distintas". Isso porque "houve uma opção legislativa de adotar sanção própria, mais rigorosa, aos participantes de certames realizados mediante modalidade pregão. Tal escolha deveu-se à necessidade de coibir condutas que viessem a embaraçar o andamento dos trabalhos, haja vista o fim buscado pelo legislador de agilizar as contratações governamentais, para fazer frente a processo, até então, moroso, burocrático e muitas vezes ineficiente, consoante consignado na exposição de motivos da medida provisória que deu origem à lei 243. Tal agilização foi implementada na lei com a introdução de facilidades e a redução de formalidades e exigências em relação aos procedimentos adotados nas modalidades tradicionais. Dessa forma, se de um lado deu-se maior liberdade, por outro se estabeleceu sanção mais severa para contratações por meio de pregão do que aquelas estipuladas na Lei de Licitações e Contratos". (TCU, Acórdão nº 3.171/2011, Plenário, Rel. Min. André Luís de Carvalho, j. em 30.11.2011.)" (Grifos originais)

Registre-se na doutrina e na jurisprudência, a existência de três correntes a respeito da matéria, a primeira com caráter **restritivo**, por considerar o impedimento e a suspensão apenas em relação ao órgão que aplicou a penalidade. O autor Jessé Torres Pereira Júnior esclarece, a este respeito:

> ..a diferença do regime legal regulador dos efeitos da suspensão e da declaração de inidoneidade reside no alcance de uma e de outra penalidade. Aplicada a primeira, fica a empresa punida impedida perante as licitações e contratações da Administração; aplicada a segunda, a empresa sancionada resulta impedida perante as licitações e contratações da Administração Pública. Assim é porque, em seu art. 6º, a Lei nº 8.666/93 adota conceitos distintos para Administração e Administração Pública. (...) **Por conseguinte, sempre que artigo da Lei nº 8.666/93 referir-se a Administração, fá-lo-á no sentido do art. 6º, XII. E quando aludir a Administração Pública, emprega a acepção do art. 6º, XI**". **Completa, ainda, que "segundo o art. 87, III, a empresa suspensa do direito de licitar e de contratar com a 'Administração' está impedida de fazê-lo tão-somente (sic) perante o órgão, a entidade ou a unidade administrativa que aplicou a penalidade, posto que esta é a definição que a lei adota**. O mesmo art. 87, IV, proíbe a empresa declarada inidônea de licitar e de contratar com a 'Administração Pública', vale dizer, com todos os órgãos e entidades da Administração Pública brasileira, posto ser esta a definição inscrita no art. 6º, XI. Tanto que o art. 97 tipifica como crime 'admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional

> declarado inidôneo', o que abrange todo o território nacional. (...) E não há crime em admitir à licitação ou contratar empresa suspensa".[6]

A segunda corrente é **extensiva em relação a toda a Administração Pública** e pode ser ilustrada com o Acórdão do STJ, em julgamento do REsp 151.567/RJ:

> **ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.**
> É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.
> - A Administração é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.
> - A limitação dos efeitos da "suspensão de participação de licitação" não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.
> - Recurso especial não conhecido. (STJ, T2 - Segunda Turma, REsp 151.567/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 25/02/2003, p. DJ 14/04/2003).

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça na decisão supra que a punição não deve produzir seus efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que aplicou a punição, mas a toda a Administração Pública, com o intuito de salvaguardá-la, impedindo a empresa apenada de celebrar contrato durante o período de suspensão. Foi esta a adotada pela Prefeitura denunciada.

Acosta-se também parecer do Procurador Marcílio Barenco Corrês de Mello, apresentado nos autos do processo n. 1.015.890, em tramitação nesta Corte, que milita no sentido da interpretação extensiva:

> Sobre a matéria, este representante do *Parquet* especializado diverge do entendimento da Unidade Técnica, devendo ser considerada correta a previsão contida na mencionada cláusula editalícia.
> Veja-se:

[6] PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres *in* "Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública". 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 858/859. (https://www.zenitefacil.com.br/pesquisalegislacoes?idparagrafo=15261)

> 5 - DAS CONDIÇÕES PARA PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO
> [...]
> 5.3 - **Não poderá participar desta licitação pessoa**:
> [...]
> 5.3.3 – **Impedida de licitar ou contratar com a Administração** Direta do Município de Uberaba/MG. (Grifo nosso).

A vedação acima transcrita decorre da aplicação da sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no artigo 87, inciso III, da Lei federal nº 8.666/93, aplicada por autoridade competente mediante devido processo legal.

Lei federal nº 8.666/93

> **Art. 87.** Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
> [...]
> III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
> [...] (Grifo nosso).

Nesse contexto, de acordo com o entendimento deste Órgão Ministerial, o licitante que tenha sido eventualmente apenado com a referida sanção no âmbito do Município de Uberaba – MG deve ficar realmente impedido de constituir relações com toda a Administração Municipal, no prazo fixado, em razão da gravidade dessa penalidade e do prejuízo causado aos recursos da coletividade, para que não mais se reiterem novas práticas idênticas.

Nesse sentido, transcreve-se o entendimento dessa Egrégia Corte Mineira de Contas, na Denúncia nº 859.044, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, apreciada na Sessão da Segunda Câmara de 22/10/2013, *in litteris*:

> [...]
> O debate sobre a extensão do termo Administração, prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, sempre oscilou na doutrina e na jurisprudência.
> Nesse contexto, destaco a posição do TCU, ao julgar o Acórdão nº 3243/2012, no qual ficou sedimentado o entendimento de que a proibição de contratar com Administração, prevista no art. 87, III, da Lei Licitatória, ficaria restrita ao órgão sancionador, *in verbis*:
> *Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pela empresa Hospfar - Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. contra o Pregão Presencial nº 11/2011, realizado pela Prefeitura Municipal de Cambé/PR, em 22/2/2011, tendo como objeto o fornecimento de medicamentos para serem distribuídos nas Unidades Básicas de Saúde e na Farmácia Municipal. Acordam os Ministros do Tribunal de Contas da União reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em: 9.2. determinar à Prefeitura Municipal de Cambé/PR que nas contratações efetuadas com recursos federais observe que a sanção prevista no inciso III do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade contratante; Sobre o tema, Jessé Torres Pereira Júnior entende de igual forma:*

> *Segundo o art. 87, III, a empresa suspensa do direito de licitar e de contratar com a Administração está impedida de fazê-lo tão somente perante o órgão, a entidade ou a unidade administrativa que aplicou a penalidade, posto que está é a definição que a lei adota.*

Em posição diversa, destaco o pensamento de Marçal Justen Filho:

> *(...) afigura-se ofender a lógica reconhecer que a conduta ilícita do sujeito acarretaria sanção restrita ao âmbito de um único e determinado sujeito administrativo.* ***Se o agente apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Sob um prisma sistêmico, nenhum órgão da Administração Pública poderia contratar com aquele que teve seu direito de licitar "suspenso"****.*

Corroborando o entendimento do doutrinador Marçal, o Superior Tribunal de Justiça – STJ manifestou-se recentemente sobre o tema, conforme notícia extraída no seu *site* e publicada no dia 27/08/13, *in verbis*:

> *A suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a administração pública não se restringe ao estado que aplicou a sanção, mas se estende a todos os órgãos públicos, federais e dos demais estados.*
> *Assim, é lícita a inclusão do nome da empresa no Portal da Transparência e no Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), geridos pela Controladoria-Geral da União (CGU), que pode firmar acordo de cooperação com os estados para troca de informações.*
> *Essas são conclusões da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao negar mandado de segurança impetrado pela Cozil Equipamentos Industriais contra ato do ministro da CGU. Punida pelo estado de Minas Gerais com a suspensão do direito de contratar com a administração pública estadual por dois anos, em razão de irregularidade na execução de contrato, a empresa questionou sua inclusão no Portal da Transparência, de âmbito federal.*

Apesar das divergências de entendimento acima expostas, entendo que a suspensão temporária aplicada ao contratado, abrange todos os órgãos/Entes públicos, sejam eles federais, estaduais ou municipais, não se restringindo ao Ente que aplicou a sanção, sob pena do referido comando normativo torna-se ineficaz.

Isso porque, **não faz o menor sentido restringir o âmbito de aplicação da sanção prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente, ao órgão sancionador específico, uma vez que vivemos em uma federação, na qual devemos sempre zelar primordialmente pela supremacia do interesse público em todas as suas esferas**.

Assim, ressalto que se uma empresa não cumpriu suas obrigações contratuais é bem provável que ela não consiga desempenhar suas atividades com eficiência e presteza nas próximas contratações com os demais Entes federativos e reincida na inadimplência contratual. Dessa forma, caso a empresa suspensa, nos termos do art. 87, III, da Lei nº

8.666/93, contrate novamente com o Poder Público poderá ocorrer verdadeira afronta aos princípios norteados da Administração Púbica, em especial, o da eficiência, da economicidade e da moralidade, além de impedir à seleção da proposta mais vantajosa pela Administração Pública.

De toda sorte, **pelo princípio da precaução, o Poder Público, diante de uma situação de um provável risco ao erário, deverá tomar as medidas adequadas para evitar prejuízos e impedir a ocorrência de atos que podem desvirtuar o interesse público**, sendo a extensão dos efeitos da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei de Licitações a toda Administração Pública uma manifestação desse princípio.

Nesse sentido, destaco o posicionamento de Juarez de Freitas:

> ***O direito fundamental à boa administração pública (entendido como direito à administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas) acarreta o dever de observar, nas relações administrativas, a totalidade dos princípios constitucionais. Entre tais vetores, cumpre destacar, neste capítulo, os princípios da prevenção e da precaução***.
> ***O princípio constitucional da precaução, igualmente dotado de eficácia direta e imediata, estabelece (não apenas no campo ambiental), mas nas relações de administração em geral) a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundamentais temidos (juízo de forte verossimilhança). A não observância do dever configura omissão antijurídica, que, à semelhança do que sucede com a ausência da prevenção cabível, tem o condão de gerar dano (material e/ou moral) injusto e, portanto, indenizável, dispendiosamente absorvido pela castigada massa dos contribuintes***.
> **Portanto, ressalto que a interpretação extensiva, conferida ao art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, visa proibir a participação no certame de empresas que já descumpriram obrigações contratuais, evitando, dessa forma, fraudes e prejuízo ao erário**.
> **Em outras palavras, a interpretação ampla conferida ao inciso III do art. 87 da Lei Licitatória visa impedir qualquer tipo de lesão ao patrimônio público, provocada pela participação de licitantes que não cumpram devidamente os seus deveres obrigacionais**.

Diante do exposto, no caso em análise, constato que as expressões Administração Pública e órgãos descentralizados foram empregadas corretamente, uma vez que a sanção prevista no subitem 4.8 do edital refere-se à punição prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, a qual abrange todos os Entes da federação e respectivos órgãos. [...] (Grifo nosso).

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais também já se pronunciou sobre a matéria:

> Mandado de Segurança - Direito Administrativo - **Suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração - Efeitos da sanção do inciso III, art. 87, da Lei nº 8.666/93 - Alcance - Toda a Administração Pública** - Penalidade suspensa por liminar - Suspensão que não retroage para alcançar situações jurídicas consolidadas - Segurança concedida.
> - **Consoante pacífica jurisprudência do STJ, "a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública" (STJ, AgInt no REsp 1382362/PR, Rel. Min.Gurgel deFaria, Primeira Turma, j.em 07/03/2017, DJede 31/03/2017)**.
> - A medida liminar concedida no curso da execução da pena para suspender o ato administrativo que implicou a punição administrativa não tem o condão de retroagir para alcançar situações jurídicas consolidadas no período em que a penalidade fora executada.
> - Segurança que se concede para anular o ato que considerou habilitada e declarou vencedora de pregão eletrônico sociedade empresária que no momento da abertura da licitação se encontrava impedida de licitar. (TJMG –Mandado de Segurança nº 1.0000.17.041658-0/000. Rel. Des. Belizário de Lacerda, Órgão Especial, j. em 11/10/2017, p. em 24/10/2017). (Grifo nosso).

Registre-se, ainda, o posicionamento do jurista Marçal Justen Filho:

> [...] a lógica excluiria o cabimento de sancionamento ao sujeito no estrito âmbito de um único e determinado sujeito administrativo. **Se o agente apresenta desvio de conduta que o inabilitam para contratar com um determinado sujeito administrativo, os efeitos dessa ilicitude teriam de se estender a toda a Administração Pública. Assim se passa porque a prática do ato reprovável, que fundamenta a imposição da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar, evidencia que o infrator não é merecedor de confiança**.
> Um exemplo prático permite compreender o raciocínio. **Suponha-se que o contratado deixe de adimplir às obrigações assumidas num contrato de empreitada de obra pública. Entrega à Administração uma obra defeituosa. Sancionado com a suspensão do direito de licitar, estaria ele livre para contratar com outros entes da Administração pública? Reputa-se que a resposta negativa é a mais compatível com a ordem jurídica**. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 892). (Grifo nosso).

Considerando tratar-se da modalidade de Pregão, acresce-se ainda o entendimento expresso no Acórdão do TCU, n. 2.242/2013, que é também elucidativo e representa uma terceira corrente, com a qual compartilha esta Unidade Técnica:

> **3. A sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador, enquanto a prevista no art. 7º da Lei 10.520/02 produz efeitos no âmbito do ente federativo que a aplicar.**

> Representação versando sobre pregão eletrônico promovido pelo Serviço Federal de Processamento de Dados - Regional de São Paulo (Serpro/SP) apontara possível restrição à competitividade decorrente de disposição editalícia vedando a participação de empresas "que estejam com o direito de licitar e contratar suspenso com o SERPRO e/ou outros órgãos da Administração Pública, bem como tenham sido declaradas inidôneas pela mesma". Em juízo de mérito, realizadas as oitivas regimentais após concessão da cautelar pleiteada pelo representante, o relator esclareceu que o Plenário do TCU vem "reafirmando a ausência de base legal para uma interpretação da norma que amplie os efeitos punitivos do art. 87, inciso III [suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos], da Lei 8.666/1993 a todos os entes e órgãos da Administração Pública (Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012, 3.465/2012, 842/2013, 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013, todos do Plenário)". A propósito, relembrou que o voto condutor do Acórdão 3.439/2012-Plenário sintetizou os elementos nos quais se funda a posição do TCU sobre a matéria: "a) as sanções do art. 87 da Lei 8.666/93 estão organizadas em ordem crescente de gravidade e, ao diferenciar aspectos como duração, abrangência e autoridade competente para aplicá-las, o legislador pretendia distinguir as penalidades dos incisos III e IV [declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública]; b) **em se tratando de norma que reduz o direito de eventuais licitantes, cabe interpretação restritiva; c) o art. 97 da Lei de Licitações, ao definir que é crime admitir licitação ou contratar empresa declarada inidônea, reforça a diferenciação entre as penalidades de inidoneidade e suspensão temporária/impedimento de contratar, atribuindo àquela maior gravidade**". Noutro giro, versando agora sobre os limites de sanção correlata prevista na Lei do Pregão (Lei 10.520/02, art. 7º – impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), e diante da possibilidade de que o Serpro/SP venha a conferir demasiado alcance a esse dispositivo, consignou o relator que "a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos do Plenário 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013) é firme no sentido de que tal penalidade impede o concorrente punido de licitar e contratar apenas no âmbito do ente federativo que aplicou a sanção, em consonância com o que dispõe o art. 40, inciso V e § 3º, da IN SLTI 2/2010". Nesse sentido, e tendo em vista que as falhas verificadas não comprometeram efetivamente a competitividade do certame e tampouco frustraram o objetivo da contratação, o Plenário do TCU, acolhendo a proposta do relator, considerou parcialmente procedente a representação, revogando a cautelar expedida e cientificando o Serpro/SP de que "**a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador, enquanto a prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 produz efeitos apenas no âmbito interno do ente federativo que a aplicar".**[7] (Grifos originais)

Assim, em que pese entendimento divergente em decisão desta Corte, nos autos do processo nº: 859.044, esta Unidade Técnica defende, portanto, que a sanção

[7] Acórdão 2242/2013-Plenário, TC 019.276/2013-3, relator Ministro José Múcio Monteiro, 21.8.2013. (Http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos/list-pagination/2.htm)

deve ser **restritiva em relação ao conceito de Administração Pública e extensiva em relação à Administração para abarcar todo o ente federativo, e não só o órgão do ente que aplicou a sanção**. O Acórdão 2.593/2013 do Tribunal de Contas da União, ao abordar o tema, atribuiu a ela os seguintes contornos:

> "SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO, NA MODALIDADE PREGÃO, PROMOVIDA PELA VALEC S/A, PARA AQUISIÇÃO DE TRILHOS. IRREGULARIDADES GRAVÍSSIMAS. NULIDADES. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA PARALISAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS. OITIVA DE TODOS OS PARTICIPANTES DO PROCESSO. REVOGAÇÃO DO PREGÃO PELA VALEC, POSTERIORMENTE À DEMONSTRAÇÃO PELO TCU DAS NULIDADES. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO COM UMA ÚNICA POSSIBILIDADE DE FORNECEDOR, DADA A MAGNITUDE DO OBJETO. INEQUÍVOCO DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO. PRÁTICA DE ATOS COM ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SIMULAÇÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. **EXTENSÃO DA SANÇÃO APLICADA, COM FUNDAMENTO NO ART. 7º, DA LEI DO PREGÃO**, PARA EMPRESA VINCULADA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO POR MÚLTIPLOS FUNDAMENTOS. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA.
> (...)
> - A aplicação da sanção prevista no art. 7º, da Lei nº 10.520/2002 - que institui o pregão como modalidade de licitação, para aquisição de bens e serviços comuns - impede a participação do licitante em procedimentos licitatórios e a celebração de contratos com **todas as entidades do respectivo ente estatal**, **União, Estados, Distrito Federal ou Municípios**, implicando seu descredenciamento dos sistemas de cadastramento de fornecedores, pelo prazo de até cinco anos, com extensão **a toda a esfera do órgão ou entidade que a aplicou**.
> **- A sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 deixa explícita a vontade do legislador, no sentido de efetivamente punir as empresas que cometam ilícitos administrativos, não somente na restritíssima esfera da entidade que promoveu a licitação e sofreu os efeitos da conduta lesiva da licitante, mas de alijá-la de todas as licitações promovidas nas respectivas esferas federal, estadual, do DF e municipal, por até 5 anos, sem prejuízo das multas e das demais cominações legais, constituindo sanção gravíssima que materializa a jurisprudência do STJ em relação a similar dispositivo da Lei 8.666, cuja interpretação, no TCU, mereceu do Plenário visão bem mais restritiva.**
> (...)
> 5.18. Assim, não se encontra, na jurisprudência majoritária do Tribunal de Contas da União, os limites interpretativos pretendidos pela recorrente. Esta Corte tem entendido que a sanção prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 impede a participação do licitante em procedimentos licitatórios e a celebração de contratos com todas as entidades **do respectivo ente estatal**, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, implicando seu descredenciamento dos sistemas de cadastramento de fornecedores, pelo prazo de até cinco anos, com extensão a toda a esfera do órgão ou entidade que a aplicou.
> 5.19. De todo modo, mesmo sob o prisma que a empresa deseja dar à

questão, o recurso não merece prosperar. Ainda que se considerasse, *ad argumentandum tantum*, a identidade entre as sanções previstas no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 e no art. 7º da Lei do Pregão, a interpretação mais consentânea com a técnica e a lógica jurídica encontra respaldo na jurisprudência minoritária desta Casa e não nos argumentos expendidos pela recorrente ou no posicionamento majoritário da Corte.

5.20. Está correto o recorrente ao afirmar que o Tribunal, especialmente após o paradigmático Acórdão 3.243/2012 – Plenário, tem entendido majoritariamente que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade contratante. Logo, na concepção do recorrente, a reprimenda prevista no art. 7º da Lei do Pregão teria obrigatoriamente a mesma amplitude.

5.21. Os argumentos da jurisprudência majoritária desta Casa e da doutrina correlata, encampados pela recorrente, são os seguintes:

a) A Lei 8.666/1993 diferenciou, no art. 6°, incisos XI e XII, os conceitos de "Administração" e "Administração Pública", usados respectivamente nas sanções dos incisos III e IV do art. 87 do mesmo diploma;

b) Como o conceito de "Administração", usado na suspensão temporária descrita no inciso III do art. 87 do Estatuto corresponde ao órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente, a penalidade não poderia se estender;

c) **A interpretação dos dispositivos deve ser restritiva, por se tratarem de comandos sancionadores e configurarem tipos abertos;**

d) As penalidades descritas nos incisos III e IV da Lei 8.666/1993 guardam graus de intensidade distintos;

e) Caso se entenda que o âmbito de eficácia das sanções é o mesmo, não haverá distinção entre elas, subvertendo-se a intenção do legislador estatutário;

f) A sanção prevista no inciso IV do art. 87 é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso; enquanto a penalidade descrita no inciso III do mesmo dispositivo é aplicada pelo gestor do órgão contratante.

5.22. Entende-se que a interpretação majoritária dada pelo Tribunal à questão está jurídica e logicamente equivocada, além de poder levar a situações constrangedoras para o Poder Público na prática. O art. 88 da Lei de Licitações, por exemplo, permite que o órgão contratante apene, com fundamento no inciso III do art. 87 do Estatuto, empresas que, em razão de contratos administrativos, tenham sofrido sanções por fraudes fiscais ou demonstrem claramente não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de ilícitos praticados.

5.23. Imagine-se que, em contrato celebrado com o Tribunal de Contas da União, empresa pratique graves irregularidades na prestação de serviços essenciais na sede da Corte em Brasília, localizada no Setor de Administração Federal Sul. Por conta disso, os gestores responsáveis no órgão, após regular processo administrativo, imporiam à contratada suspensão para licitar e impedimento para contratar com a Administração, pelo prazo de dois anos.

5.24. Pela interpretação dada pela própria Corte ao dispositivo, a penalidade estaria circunscrita ao órgão e a empresa poderia, por exemplo, participar de licitação, vencer e contratar com o Supremo Tribunal Federal, separado do Tribunal de Contas por apenas uma rua, a cerca de 500 metros de distância. Não é a melhor conformação que se deve atribuir ao interesse público e especialmente à função preventiva das penas.

5.25. Além desses argumentos, parcialmente ligados ao Direito, os

> fundamentos da jurisprudência majoritária desta Casa em relação ao tema apresentam fragilidades que devem ser apontadas.
> 5.26. Primeiramente, não há provas claras de que a interpretação literal e gramatical dada aos conceitos de "Administração Pública" e "Administração" tenha efetivamente conduzido o legislador na elaboração do art. 87 da Lei de Licitações.
> 5.27. No caput do referido dispositivo, por exemplo, faz-se referência à "Administração", o que poderia pressupor a exclusividade do órgão contratante em aplicar todas as sanções, independente da espécie. Isso não se confirma, tendo em vista o disposto no §3º do mesmo dispositivo, que dá exclusividade às autoridades superiores do ente para aplicação da declaração de inidoneidade.
> 5.28. Por conta dessas dúvidas é que a melhor técnica legislativa desaconselha a inserção de definições de institutos jurídicos no corpo das normas, deixando a cargo da doutrina e da jurisprudência a melhor delimitação dos contornos dos entes descritos na Lei. Além disso, é sempre questionável a interpretação baseada estritamente no texto literal da norma." (Grifos nossos)

Entende, esta Unidade Técnica, frente aos argumentos acima citados, *s.m.j.,* que é indubitável a conduta de salvaguardar a Administração Pública contra pessoas jurídicas inaptas à contratação ou com idoneidade contestável, cabendo ao Órgão contratante, por meio do devido processo legal, sancionar as empresas comprovadamente inidôneas.

Mas não cabe à Administração olvidar os princípios basilares da licitação, em especial, no caso em tela, o da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade e, em se tratando da aplicação de sanções, o ato sancionador deve ser praticado em observância a estes princípios. E caso não se mostre proporcional à infração praticada, poderá ser revisto, ou mesmo ter sua nulidade declarada pelo Poder Judiciário.

Ainda, no tocante à interpretação da lei quanto à aplicação de penalidades, além dos princípios que regem a Administração Pública, insculpidos no *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988, e daqueles previstos na Lei 8.666/93, alguns princípios fundamentais do Direito Penal também devem ser observados.

No tocante ao impedimento de licitar e contratar com a Administração, a suspensão temporária de participar de licitação é uma das penalidades mais graves contidas na Lei n. 8.666/93, e comprovou-se que não há unanimidade quanto à sua

interpretação, seus efeitos e abrangência, o que certamente deixa os contratados em posição de vulnerabilidade.

Ao aplicar as regras de hermenêutica ao texto legal que estabelece as penalidades, não é razoável optar pela interpretação mais grave. Destarte, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, deve ser considerada a possibilidade de o fato punível ser apenado adequadamente: para uma infração branda, uma penalidade branda; para uma infração grave, uma penalidade grave.

Para corroborar esta colocação cita-se matéria extraída do sítio http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47499/45245:

> Volvendo-se ao Direito Administrativo, o princípio da proporcionalidade, segundo texto produzido, em março de 1996, pelo Grupo de Estudos da Justiça Federal de Primeira Instância de Curitiba/PR, evoca noção lapidar: "O princípio da proporcionalidade é um desenvolvimento do princípio do Estado de Direito. Significa ele, em termos simples, que o Estado, para atingir os seus fins, deve usar só dos meios adequados a esses fins e, dentre os meios adequados, só daqueles que sejam menos onerosos para o cidadão".[8]

Assim, a Administração Pública, ao impor penalidade ao particular, deve atuar da maneira menos lesiva, balizando-se sempre pela adequação entre meios e fins e a necessidade de preservação do interesse público, além da observância da interpretação restritiva na aplicação de pena e do respeito ao pacto federativo, previsto no art. 2º da Constituição Federal de 1988, que confere autonomia aos entes políticos.

Considerando, pois, que a Administração agiu de acordo com o entendimento da segunda corrente, em que pese ser diferente do entendimento desta Unidade Técnica; e considerando a divergência de interpretação sobre a questão posta em tela, entende-se que não se mostra razoável julgar o edital irregular em razão da divergência de interpretação.

6. DA EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE DE TRIBUTOS IMOBILIÁRIOS.

A denunciante alegou que o edital é irregular porque exige a regularidade fiscal de tributos imobiliários (IPTU, ITBI, IPVA, ITR, etc.), os quais não se relacionam com as

[8] O princípio da proporcionalidade e Direito Administrativo. Ajufe, (49):63, mar/abr-1996.

atividades objeto da licitação, que no caso é exames laboratoriais. A comprovação da regularidade fiscal deve ser exigida tão somente em relação ao ramo de atividade do fornecedor interessado.

ANÁLISE:

O edital dispõe, fl. 43:

12.6.3. Regularidade Fiscal e Trabalhista:
[..]
c.4.) Certidão de Regularidade para com a Fazenda Municipal (Tributos Mobiliários e Imobiliários) do domicílio ou sede do licitante.
***Obs.:** a prova de regularidade para com a Fazenda Municipal, relativa aos Tributos Imobiliários, deverá ser feita mediante apresentação de Certidão Negativa de Tributos Imobiliários em nome da licitante, expedida pela Prefeitura Municipal do domicílio ou sede da mesma. No caso da licitante não possuir imóveis em seu nome, a mesma deverá apresentar certidão negativa, expedida pela Prefeitura Municipal de seu domicílio ou sede, comprovando esta situação. No caso da licitante possuir vários imóveis em seu nome, a mesma deverá apresentar certidão negativa de todos os imóveis, expedida pela Prefeitura Municipal de seu domicílio ou sede. As provas de regularidades relativas aos tributos mobiliários e imobiliários poderão constar de uma certidão única ou de documentos separados, e devem estar sempre em nome da empresa licitante.*

Em resposta à impugnação da denunciante, a Administração manifestou-se da seguinte forma na rede mundial de computadores[9], acesso no dia 03/05/2018:

9 http://www.ribeiraodasneves.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Pregao_Presencial_9_2018_Resposta_impugnacao_empresa_labiclin?cdLocal=3&arquivo={AA4C5E2B-C04A-4AB6-7DAD-38CEECA58A3D}.pdf&cdLicitacaoArquivo=10199

C:\inetpub\wwwroot\sgap\TempFiles\9282fbf3-d154-47cb-a64e-bcfd9708d55c

O poder discricionário é o que o Direto concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei e neste sentido, diz ainda o doutrinador Jessé que "...na suposta presença, nas regras do edital, de contrariedades à lei. Não é via adequada para debater com a administração sobre a conveniência ou a oportunidade da compra, da obra, do serviço ou da alienação". Portanto, tal exigência visa certificar que a licitante interessada em participar do certame não esteja incluída nos cadastros de contribuintes inadimplentes com a Fazenda Pública do domicílio ou sede do licitante. Destaca-se que, existem Municípios que emitem as duas Certidões: de Cadastro Imobiliário (imóveis) e Mobiliário (de atividade econômica, empresas, autônomos, etc..), ou então pode o licitante optar por apresentar a Certidão Municipal Plena contemplando o Cadastro Imobiliário e Mobiliário. Sabemos que a Certidão é o documento que comprova a regularidade fiscal referente exclusivamente aos débitos do cadastro informado. A Certidão poderá ser emitida na condição de Positiva com efeito de negativa, quando, em relação ao cadastro informado existam: a) Processos em Contencioso Administrativo; b) Parcelamento ativo sem parcelas em atraso. Havendo débito cuja exigibilidade esteja suspensa por medida judicial, a certidão deverá ser requerida no atendimento presencial da Receita Municipal. Os tributos municipais dividem-se em tributos imobiliários e tributos mobiliários. Os Tributos imobiliários são aqueles cuja incidência está relacionada com a propriedade de imóveis, tais como o IPTU e o ITBI, já os tributos mobiliários são, por exclusão, os tributos que não têm sua origem relacionada a imóveis. Basicamente os tributos mobiliários são o ISS e as taxas pelo exercício do poder de polícia (taxas de fiscalização) O plenário do TCU, sob relatoria do Ministro Aroldo Cedra, discutiu sobre este assunto no TC 006.156/2011-8 de 22.5.2013, ao citar que: "A documentação atualmente exigida supera, em muito, a orientação constante na Lei de Licitações. O art. 29, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/93, fixa orientação no sentido de que os contratados comprovem a regularidade para com as fazendas federal, estadual e municipal e para com a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, comumente demonstrada mediante a apresentação de certidões negativas emitidas pelos órgãos fiscalizadores. Nada obstante, a Administração passou a exigir uma quantidade cada vez maior de documentos das contratadas com a finalidade de se resguardar de

possíveis prejuízos com o não pagamento de verbas trabalhistas e/ou da responsabilidade subsidiária por débitos previdenciários não pagos." Assim entendeu a EXMA. SRA. Ministra Denise Arruda no julgamento do RECURSO ESPECIAL- STJ : REsp 809.262 RJ 2006/0001156-5, ao se posicionar com os seguintes argumentos decisivos: "2. A exigência editalícia relativa à comprovação de regularidade fiscal da filial perante a Fazenda Pública Municipal responsável pela licitação, independentemente da situação fiscal da matriz situada em município diverso, é razoável e encontra respaldo na interpretação teleológica do art. 29, III, da Lei 8.666/93. [...] 4. isentar recorrente de comprovar sua regularidade fiscal perante município que promove licitação viola princípio da isonomia (Lei 8.666/93, art.3g), pois estar-se-ia privilegiando licitantes irregulares em detrimento dos concorrentes regulares. (REsp n5 809.262/RJ, 1ª T., rel. Min. Denise Arruda, j. em 23/10/2007, Dj de 19.11.2007)" Cita ainda que o Tribunal de Justiça, manteve, por seu turno, a r. de improcedência por razões de interesse público, acrescentando que "a prova da regularidade fiscal tem como objetivo proteger a Fazenda Pública de concorrentes inadimplentes, a fim de se evitar a contradição de pagar ao seu próprio devedor. Como se sabe, o IPTU é tributo real, tendo como fato gerador a propriedade e não a atividade, sendo passível de cobrança de IPTU qualquer imóvel, inobstante [sic] sua finalidade". Portanto, as exigências são cabíveis, permitida em Lei como regra de atender a Regularidade Fiscal e Trabalhista, uma vez que o Município não pode contratar com uma empresa que esteja em débito com a Fazenda Pública Municipal, e mais, esta exigência não restringe a participação porque as licitantes interessadas que estejam com suas obrigações em dias, não terão nenhuma dificuldade em retirar esta Certidão no Setor responsável pela emissão da referida Certidão Negativa de Débitos.

Entende-se que os tributos imobiliários fazem parte dos créditos tributários dos municípios, bem como a Lei de Licitações exige a comprovação de regularidade também para com a Fazenda Municipal, sem especificar quaisquer espécies de créditos, de onde se conclui que se deve exigir a apresentação de certidões que comprovem a regularidade atinente a todos os créditos da mencionada Fazenda.

Isso posto, entende esta Unidade Técnica que descabe razão à denunciante quanto à alegação de irregularidade da exigência em epígrafe, nesse sentido, inclusive, o TCU já se pronunciou por meio da Decisão nº 841/1999 - Plenário[10]:

(...)
b) exija dos participantes dos processos licitatórios, quando da prova da regularidade fiscal com a Fazenda Nacional, a Certidão de Quitação de Tributos e Contribuições Federais, bem como a Certidão de Quitação da Dívida Ativa da União, fornecida pela Procuradoria da Fazenda Nacional, em conformidade com o que dispõe o art. 29, inciso III, da Lei nº 8.666/93 e o art. 62 do Decreto-lei nº 147/67."
60.Salvo melhor juízo, entendo que a determinação acima, com os ajustes necessários, também deve ser aplicada à prova de regularidade fiscal para com as Fazendas estaduais e municipais.
61.A Lei de Licitações exige a comprovação de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, sem especificar quaisquer espécies de créditos, de onde concluo que se deve exigir a apresentação de certidões que comprovem a regularidade atinente a todos os créditos das mencionadas Fazendas.
62.Portanto, os licitantes devem buscar certidões, emitidas pelos órgãos federais, estaduais e municipais competentes, que atestem a plena regularidade fiscal. ***(grifado)***

Diante do exposto, esta Unidade Técnica entende pela improcedência da denúncia quanto a este ponto.

7. EXIGÊNCIA IRREGULAR DE ALVARÁ SANITÁRIO E ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO.

A denunciante alegou que o edital é irregular diante da exigência de alvará sanitário como critério de habilitação, o que extrapola o regramento legal.

10

TCU- ACÓRDÃO 1788/2003 - PLENÁRIO

C:\inetpub\wwwroot\sgap\TempFiles\9282fbf3-d154-47cb-a64e-bcfd9708d55c

ANÁLISE:

O termo de referência dispõe, fl. 79:

3.1 PRAZO DE EXECUÇÃO

A execução do presente contrato deverá ser imediata, sendo de responsabilidade da contratada realizar eventuais adequações necessárias nos espaços físicos, no prazo máximo de 30 dias após a assinatura do contrato.

Será responsabilidade da CONTRATADA a obtenção de alvará sanitário.

O edital prevê, fls.66/67:

12.6.4. Qualificação Técnica

[..]

b) Alvará Sanitário vigente, expedido pelo município em que estiver localizado a sede do estabelecimento prestador do serviço, objeto deste certame.

c) Alvará de localização fornecido pelo Município do estabelecimento;

Em resposta à impugnação da denunciante, a Administração manifestou-se da seguinte forma na rede mundial de computadores[11], acesso no dia 03/05/2018:

Tratam-se de exigências dispostas na RESOLUÇÃO DE DIRETORIA COLEGIADA – RDC n.º 302 de 13 de outubro de 2005 do Ministério da Saúde/Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que "Dispõe sobre o Regulamento Técnico para funcionamento de laboratórios clínicos". São documentos expedidos pelo órgão sanitário competente Estadual, Municipal ou do Distrito Federal, que liberam o funcionamento dos estabelecimentos que exerçam atividades sob regime de vigilância sanitária. Portanto, são exigências que comprovam o

11

http://www.ribeiraodasneves.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Pregao_Presencial_9_2018_Resposta_impugnacao_empresa_labiclin?cdLocal=3&arquivo={AA4C5E2B-C04A-4AB6-7DAD-38CEECA58A3D}.pdf&cdLicitacaoArquivo=10199

C:\inetpub\wwwroot\sgap\TempFiles\9282fbf3-d154-47cb-a64e-bcfd9708d55c

atendimento de requisitos previstos em legislação especial, atendendo ao disposto no inciso IV, do artigo 30 da Lei Federal n.º 8.666/93.

Com relação à exigência do alvará de localização, entende esta Unidade Técnica como irregular a sua exigência como documento de habilitação, vez que, nem a Lei nº 8.666/93, nem a Lei nº 10.520/02, estabelecem que referido alvará pode ser exigível como documento de habilitação, este também é o entendimento desta Corte[12]:

Não vejo empecilho legal com relação à exigência de alvará de licença para localização e funcionamento no momento da contratação, pois é instrumento do poder de polícia da municipalidade. Contudo, nem a Lei nº 8.666/93, nem a Lei nº 10.520/02, estabelecem que referido alvará pode ser exigível como documento de habilitação. Verifico, portanto, transgressão ao art. 4º, XIII, da Lei nº 10.520/02, que não prevê o referido alvará de licença como requisito de habilitação. Outrossim, essa cláusula editalícia afronta o princípio da isonomia, previsto no art. 5º da Constituição Federal e no art. 3º da Lei 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao pregão.

Isso posto, entende-se como irregular a exigência do alvará de localização no momento da habilitação.

Quanto à exigência de Alvará Sanitário, cumpre informar que a Resolução de Diretoria Colegiada – RDC Nº 302, de 13 de outubro de 2005, dispõe sobre esse alvará:

4.1 Alvará sanitário/Licença de funcionamento/Licença sanitária: Documento expedido pelo órgão sanitário competente Estadual, Municipal ou do Distrito Federal, que libera o funcionamento dos estabelecimentos que exerçam atividades sob regime de vigilância sanitária.

Assim, entende esta Unidade Técnica que pode ser considerada regular a exigência do Alvará sanitário, pois visa comprovar a idoneidade higiênico-sanitária dos

[12] PROCESSO: 912357

licitantes, que devem demonstrar que possuem condições de executar satisfatoriamente o contrato, além do que a exigência do Alvará Sanitário é um requisito previsto em legislação especifica, enquadrando-se no inciso IV do art. 30 da Lei n. 8.666/93, este também é o entendimento desta Corte[13]:

O art. 30, IV, da Lei n. 8.666/93 permite que seja exigido, como documentação relativa à qualificação técnica, prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.
Nessa toada, de acordo com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, e com fundamento no Decreto-Lei nº 986/1969, que institui normas básicas sobre alimentos, os estabelecimentos onde são fabricados, preparados, beneficiados, acondicionados, transportados, vendidos ou depositados alimentos devem ser previamente licenciados pela autoridade sanitária competente estadual, municipal ou do Distrito Federal, mediante a expedição do respectivo alvará sanitário.
Portanto, a exigência do Alvará Sanitário, na fase de habilitação, visa comprovar a idoneidade higiênico-sanitária dos licitantes, que devem demonstrar que possuem condições de executar satisfatoriamente o contrato.
Diante do exposto, verifico que a exigência do Alvará Sanitário é um requisito previsto em legislação especifica, enquadrando-se no inciso IV do art. 30 da Lei n. 8.666/93, razão pela qual afasto a irregularidade apontada.

Entende-se, pois, que descabe razão à denunciante, e, portanto, como regular a exigência de Alvará Sanitário.

Conclui-se, pois, que a irregularidade é apenas em relação à exigência do alvará de localização no momento da habilitação, sendo a denúncia procedente neste ponto.

8. DA INFRAESTRUTURA PARA REALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS E EXIGÊNCIA DE SEGUROS.

[13] DENÚNCIA N. 884.787

A denunciante alegou que o edital é irregular porque não fornece elementos para a composição da proposta de preços, como não indicar o local da instalação do laboratório, impossibilitando colher informações tais como: condição hidráulica, elétrica, rede lógica, metragem, planta, croquis, memoriais descritivos etc., fl. 13, impossibilitando o levantamento dos custos pelas licitantes.

A denunciante também alega que o edital é irregular porque exige seguros, podendo este ser pessoal, profissional, automóvel e residência, que não guardam pertinência com o objeto da licitação.

ANÁLISE:

O termo de referência dispõe, fl. 79:

3.1 PRAZO DE EXECUÇÃO
A execução do presente contrato deverá ser imediata, sendo de responsabilidade da contratada realizar eventuais adequações necessárias nos espaços físicos, no prazo máximo de 30 dias após a assinatura do contrato.
Será responsabilidade da CONTRATADA a obtenção de alvará sanitário.

3.2 LOCAL DE EXECUÇÃO
Será disponibilizado pela CONTRATANTE o espaço para fins de processamento de exames onde a CONTRATADA deverá manter toda a estrutura necessária para atendimento aos exames da Rede de Urgência e Emergência.
[..]

O edital prevê, fl. 67:
12.6.4. Qualificação Técnica
[..]
e) Declaração formal de que a empresa disponibilizará:

e.1) Toda a infra-entrutura necessária à execução do contrato a ser firmado, compreendendo pessoal, instalações físicas de postos fixos, unidades volante, equipamentos, máquinas, material de escritório, mobiliário, dentre outros;
e.2) em número suficiente e adequados segundo as normas técnicas e sanitárias, os veículos identificados com o uso de logomarca a serviço da Secretaria Municipal de Saúde de Ribeirão das Neves, para transporte de amostras biológicas com pessoal qualificado com a devida cobertura securitária em caso de acidentes com danos pessoais/materiais e atendimento a todas as normas previstas para transporte de amostras biológicas;

A minuta do contrato prevê ainda, fl.100:

ANEXO VII
MINUTA DO CONTRATO
6.17.43. Será responsabilidade da contratada realizar as adequações que precisarão ser feitas nos espaços físicos, assim como a instalação de todos os equipamentos com conclusão em até 30 dias após a assinatura do TERMO DE COMPROMISSO (anexo VII), visando a adequação dos mesmos ao perfeito funcionamento da estrutura física. Serão disponibilizados os seguintes espaços para fins de processamento de exames:
a) Um espaço no Hospital São Judas Tadeu, onde deverá ser realizado exames de urgência e emergência inclusive de gasometria completa. Será responsabilidade da contratada a obtenção de alvará sanitário no HSJT.
b) Espaços para instalação das unidades de coleta, conforme item 4.6 do termo de referência.
c) Espaços para instalação das unidades de coleta, conforme item 4.6.
Observações: A empresa vencedora deverá submeter aos órgãos técnicos da Prefeitura, o projeto de adequação do espaço físico, conforme citado acima, em prazo máximo de 10 (dez) dias e executá-lo após a aprovação.

Em resposta à impugnação da denunciante, a Administração manifestou-se da seguinte forma na rede mundial de computadores[14], acesso no dia 03/05/2018**:**

Alega a empresa impugnante que as regras do edital não fornecem a possibilidade dos interessados informações necessárias para formulação de proposta. Nesse sentido estabeleceu o edital o prazo de 30 (trinta) dias, após a assinatura do contrato, para realização de eventuais adequações necessárias no espaço físico disponibilizado pelo Município contratante para instalação do laboratório para realização dos exames laboratoriais. Portanto, o espaço físico disponibilizado deve ser equipado PELO LICITANTE VENCEDOR na forma prevista nas alíneas "e.1", "e.2" e "e.3", do subitem 12.6.4, do edital com a infraestrutura necessária à prestação dos serviços a serem contratados e eventualmente na hipótese de eventuais adequações será concedido o prazo de 30 (trinta) dias. Ademais, nos termos da impugnação anterior interposta em data de 05/04/2018, esta empresa foi orientada, caso julgasse necessária a realização de visita técnica, solicitasse a Comissão de Licitação que encaminhará ao Setor Técnico da Secretaria requisitante para eventual agendamento e esclarecimento de dúvidas, com total transparência dos atos administrativos, considerando que a exigência de visita técnica não é obrigatória. Contudo, nada foi solicitado nesse sentido junto ao Município de Ribeirão das Neves, através de seu setor próprio, aplicando-se, portanto, o disposto no subitem 23.1, do edital. Por fim, em relação aos exames de urgência/emergência, não há como mensurar seu quantitativo, pois como o próprio nome indica os seus respectivos significados costumam se confundir entre si. Urgência é quando há uma situação que não pode ser adiada, que deve ser resolvida rapidamente, pois se houver demora, corre-se o risco até mesmo de morte. Emergência é quando há uma situação crítica, com ocorrência de grande perigo. Razão pela qual os casos considerados como urgência/emergência pelo corpo clínico das UBR's e / ou ESF's e pactuados através de Protocolo Clínico deverão ser coletados diretamente no posto de coleta na UBR e entregues ao usuário, sendo sua classificação definida pela equipe técnica da

14

http://www.ribeiraodasneves.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Pregao_Presencial_9_2018_Resposta_impugnacao_empresa_labiclin?cdLocal=3&arquivo={AA4C5E2B-C04A-4AB6-7DAD-38CEECA58A3D}.pdf&cdLicitacaoArquivo=10199

C:\inetpub\wwwroot\sgap\TempFiles\9282fbf3-d154-47cb-a64e-bcfd9708d55c

Secretaria Municipal de Saúde. Estabelece ainda o edital, que a CONTRATADA deverá manter toda a estrutura necessária para atendimento aos exames da Rede de Urgência e Emergência. Assim os argumentos apresentado pela empresa impugnante não encontram amparo legal, devendo ser mantida a redação do edital.

Considerando que o anexo II, fl.64, do edital indica a quantidade e os tipos de exames a serem feitos; e considerando que o item 6.17.43 da minuta do contrato (fl.77) e o parágrafo único do item 5 do termo de referência indicam os locais e os dias que os exames devem ser feitos, entende esta Unidade técnica que descabe razão à denunciante quanto à alegação de elementos para a formulação das propostas.

Quanto à alegação da denunciante da irregularidade pela exigência de seguros, entende-se como improcedente, vez que o item 'e.2" (fl.44) define que haverá transporte de amostras biológicas, o que se entende como serviço pertinente ao objeto do certame, e, devendo, portanto, o seguro ser pertinente ao objeto do certame, o que deve ser de conhecimento do denunciante por ser uma empresa que tem como objeto social o ramo de prestação e execução de serviços em análises clínicas laboratoriais e em anatomia patológica e citológica, prestação de serviços de coleta e transporte de materiais biológicos e consultoria administrativa, técnica e científica em diagnóstico laboratorial, fl. 53.

Isso posto, entende-se como inexistente as irregularidades em tela.

9. CONCLUSÃO

Do exame do edital do Pregão Presencial n. 009/2018, em face dos termos da denúncia, entende-se como irregular a:

1. Exigência de alvará de localização na fase de habilitação.

Considerando que, de acordo com a consulta ao *site* [15] do município, em 07/05/2018, a ata do pregão em tela registra que foi apontada a vencedora do certame, e considerando a divergência de entendimento nesta Corte de Contas quanto à irregularidade em tela, entende-se que nesse momento apresenta-se antieconômico, bem como contrário ao interesse público a suspensão do certame.

Entende-se ainda que, após o envio dos autos ao *Parquet* de Contas, a responsável, Elcilene Lopes Correa Matos, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, e subscritora do edital (fl.55), pode ser citada para apresentar defesa sobre essa irregularidade e eventuais aditamentos do *Parquet* de Contas.

DFME/CFEL, 14 de maio de 2018

Francisco Lima
Analista do Tribunal de Contas
TC- 178517

15 http://www.ribeiraodasneves.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Pregao_Presencial_9_2018_1_Ata_de_sessao?cdLocal=3&arquivo={A4BC7C71-4ED2-807C-BEC0-5E52B7ADC2B0}.pdf&cdLicitacaoArquivo=10367,

C:\inetpub\wwwroot\sgap\TempFiles\9282fbf3-d154-47cb-a64e-bcfd9708d55c