

## AUTOS DO PROCESSO Nº 1058828 - 2019 (Denúncia)

### 1 – DA IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO

Tratam os autos de Denúncia formulada por **LARISSA TORRES MACHADO EIRELI, com pedido de suspensão liminar da licitação**, em face do Edital de Licitação referente ao Processo Licitatório nº 008/2019, Pregão Presencial nº 006/2019, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Ponte Nova/MG, objetivando registrar preços para futura e eventual aquisição de óleos lubrificantes automotivos e outros, para atender diversas Secretarias Municipais, com valor estimado na ordem de R\$ 366.699,50 (trezentos e sessenta e seis mil, seiscentos e noventa e nove reais e cinquenta centavos), conforme fls.199/200.

### 2 – DO RELATÓRIO

A empresa denunciante apresentou a documentação de fls. 01/26, que foi recebida pelo Exmo. Sr. Conselheiro Presidente Cláudio Couto Terrão, em despacho de fl.29, o qual determinou sua autuação como Denúncia e a sua distribuição.

Distribuídos os autos ao Exmo. Sr. Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, fl. 30, este, no despacho de fls. 31/32, determinou a intimação do Prefeito Municipal de Ponte Nova, Sr. Wagner Mol Guimarães, e da Pregoeira e subscritora do edital, Sra. Sandra Helena de Carvalho Lana, para que enviassem cópia dos documentos atualizados relativos às fases interna e externa do certame, informando o estágio em que se encontrava o procedimento licitatório objeto da denúncia e, ainda, apresentassem as justificativas e documentos que entendessem cabíveis acerca das alegações da denunciante.

Devidamente intimados, os responsáveis apresentaram os esclarecimentos de fls. 62/71 e a documentação de fls. 72/471.

O Relator, na decisão liminar de fls. 474/475, indeferiu o pleito cautelar e determinou o encaminhamento dos autos a esta Coordenadoria para exame inicial e, em seguida, ao Ministério Público de Contas para manifestação preliminar.

Assim, passa-se ao exame da denúncia.

### 3 - DA ANÁLISE DA DENÚNCIA

#### 3.1 – DO IMPEDIMENTO DE PARTICIPAR DO CERTAME

Em síntese, a denunciante alegou que fora impedida de participar do certame sob a alegação de que não teria atendido ao requisito estabelecido no item 3, subitem 3.1.1, do edital em apreço, o qual estabelece impedimento de participação da licitação de empresas declaradas inidôneas para contratar com a Administração Pública.

Na oportunidade, informou que, conforme Decreto n. 057/2018, de 22/10/2018, de fato, fora declarada pela Prefeitura Municipal de Matipó/MG impedida de contratar com a Administração pelo período de 1 (um) ano, após participar do Pregão Presencial n. 008/2018, referente ao Processo Administrativo n. 008/2018, promovido por esta municipalidade. Ressaltou, entretanto, que a sanção relativa à suspensão temporária deve se restringir ao âmbito do Município de Matipó. Teceu, ainda, considerações sobre a controvérsia jurisprudencial e doutrinária acerca da amplitude da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993, e insurgiu-se contra a interpretação extensiva do termo “Administração” neste dispositivo legal.

#### ANÁLISE:

O edital em comento prevê, fl. 14v:

3.1.1. Não poderão participar da presente licitação empresas em consórcio, qualquer que seja a forma de sua constituição, ou que tenham sido declaradas inidôneas para contratar com a administração pública, cujo prazo de suspensão ainda não tenha expirado ou o ato que declarou a suspensão tenha sido anulado ou revogado.

Em relação a este apontamento, os gestores assim se manifestaram, fls. 62/71:

[...]

A denunciante impugnou o Edital conforme fl. 73 e ss., manifestando seu posicionamento pessoal de que a sua penalização é somente para a Prefeitura de Matipó, embora a jurisprudência pátria entenda que a Administração Pública é uma só, é um todo, seja de qual esfera for, pugnando pela sua participação no presente certame.

[...]

**Por fim, em relação ao art. 6º, incisos XI e XII da Lei Federal 8.666/1993, há de se convir que o entendimento jurisprudencial acima exposto refere-se à**

**Administração Pública como um todo, e não separada por cada ente. Se assim não fosse, a mesma denunciante não teria sido inabilitada pela Comissão de Licitação da Prefeitura Municipal de Guarani, conforme documentação anexa.** E com a maior cautela e em respeito ao Erário Público, e amparado pelos preceitos constitucionais, na dúvida de interesses, preza-se sempre pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público sob o Privado. (destaque do texto)

O Relator, em decisão liminar, assim se manifestou, fls. 474/475:

Lado outro, faz-se mister reconhecer a existência de divergência jurisprudencial no tocante ao cerne da denúncia, qual seja, a abrangência e a aplicabilidade das sanções relacionadas à suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com um órgão da Administração.

A título exemplificativo, cito decisões proferidas pelo STJ no sentido de que a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação/impedimento de contratar, abrange toda a Administração direta e indireta da União, sendo irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração. Todavia, o Tribunal de Contas da União – TCU possui entendimento divergente no sentido de que o alcance da penalidade de suspensão temporária/impedimento de contratar incide somente em relação ao órgão ou à entidade contratante.

Destarte, nesse juízo superficial e urgente, considerando que o apontamento principal da denúncia não possui jurisprudência pacífica entre os Tribunais, entendendo prejudicado o requisito do *fumus boni iuris*, indispensável à concessão de providência cautelar.

O pregão presencial em estudo é regido pela Lei nº 10.520/2002 e, subsidiariamente, pelas normas da Lei nº 8.666/93.

O art. 87 da Lei nº. 8.666/93 assim estabelece:

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

I - advertência;

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; (g.n.)

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. (g.n.)

O art. 6º, XI e XII, da Lei nº. 8.666/93 faz expressa distinção entre os termos “**Administração**” e “**Administração Pública**”.

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; (g.n.)

XII - Administração – órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente; (g.n.)

O art. 7º da Lei n. 10.520/02 assim estabelece:

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.(g.n.)

Entende-se, de acordo com a literalidade do enunciado do subitem 3.1.1 do edital, fl. 14v, que, se a empresa licitante estiver com o direito de licitar e contratar com a Administração Pública suspenso, ou tenha sido declarada inidônea pela Administração Pública, não poderá participar do Pregão Presencial nº. 006/2019.

Conforme definido no art. 6º da Lei nº 8.666/93, incisos XI e XII, os conceitos para Administração e Administração Pública são distintos. Sempre que a referida lei referir-se à Administração, fá-lo-á no sentido do art. 6º, XII. E quando aludir à Administração Pública, emprega a aceção do art. 6º, XI, da Lei referida.

Estabelece o art. 7º da Lei nº 10.520/2002 que a prática das infrações ali descritas acarretará impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal **ou** Municípios e o descredenciamento no SICAF ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e das demais cominações legais.

Numa primeira análise de forma literal do citado artigo da Lei n. 10.520/2002, que trata do pregão, pode-se entender que a utilização da preposição “ou” indica alternatividade, melhor dizendo, a punição vai gerar efeitos na órbita interna do **ente federativo que aplicou a sanção**.

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 embarçar 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)

Pondera esta Unidade Técnica que a interpretação do inciso III do art. 87 da Lei n.8.666/93 acaba conferindo aos julgadores entendimentos conflitantes diante de cada caso concreto.

Compulsando a jurisprudência firmada acerca da abrangência da aplicação do art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93 e do art. 7º da Lei 10.520/02, verificou-se que há três linhas de entendimento.

**A primeira** corrente apresentada é **restritiva**, e considera o impedimento e a suspensão apenas em relação ao **órgão que aplicou a penalidade**. O autor Jessé Torres Pereira Júnior esclarece a 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, entrega 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". (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 858-859.)”<sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> <https://www.zenitefacil.com.br/pesquisalegislacoes?idparagrafo=15261>

**“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 uma, 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).”

Entende o Superior Tribunal de Justiça 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 apenas de celebrar contrato durante o período de suspensão. Foi esta a adotada pela Prefeitura denunciada.

**A terceira** delas, a qual esta Coordenadoria Técnica defende, é restritiva em relação à Administração Pública e extensiva **ao ente federativo que aplicou a sanção**. O Acórdão 2.593/2013 do Tribunal de Contas da União, que 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. 6º, 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)

Para reforçar este entendimento é válido citar o Acórdão do TCU nº 2242/2013:

**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 “*reafirmado 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”.* 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-paginacao/2.htm](http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos/list-paginacao/2.htm)) (Grifos originais)

Cabe ainda citar a matéria de autoria de Maria Pinheiro Cavalcanti, a qual trata da abrangência da sanção de impedimento prevista na lei do pregão:

(...)

**A gravidade da sanção decorre da abrangência que lhe deu o texto legal, de forma que a Administração deve aplicar a sanção de impedimento do art. 7º da Lei 10.520 para as situações de maior gravidade capazes justificar o impedimento de licitar e contratar com o ente federativo a que pertence o aplicador da sanção.** (g.n.)

Cabe ainda destacar que a Lei 10.520.2002, possibilita a aplicação subsidiária das disposições contidas na Lei 8.666/93, de forma que se a gravidade da sanção justificar o correspondente apenamento, a Administração deve propor à autoridade política competente – art. 87, §3º da Lei 8.666/93 - a declaração de inidoneidade prevista no art. 87, IV, da Lei 8.666/93, porque esta impede a participação em licitação e a contratação da entidade penalizada com toda a Administração Pública, na forma definida no art. 6º, XII, da Lei 8.666/93.

Dessa forma, é grande a responsabilidade da Administração na avaliação criteriosa e fundamentada da gravidade da infração cometida a fim de determinar se ela deve conduzir ao impedimento de licitar e contratar por tempo indeterminado com toda a Administração Pública, o que ocorre com a declaração de inidoneidade, reservando a sua aplicação para os casos mais graves, de que são exemplos as fraudes, os fatos também tipificados criminalmente ou infrações que tenham ocasionado prejuízos não ressarcidos a tempo e modo pelo contratado.<sup>2</sup>

(...)

Depreende-se desse contexto que os entendimentos são conflitantes no que tange à aplicação da penalidade prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, já que esta, pela redação fria da lei, limita-se à Administração, que, segundo o inciso XII do art. 6º da referida Lei, é o ente que aplicou a sanção, sendo que pela corrente extensiva a limitação dos efeitos

<sup>2</sup> <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.a-abrangencia-da-sancao-de-impedimento-prevista-na-lei-do-pregao.44215.html>

desta penalidade 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.

Já em relação ao inciso IV do art. 87 do citado diploma legal, pode-se inferir, pela letra da lei, que a penalidade de declaração de inidoneidade abarca todos os entes da Administração Pública, não havendo divergência de entendimento.

Entende esta Unidade Técnica, frente aos argumentos acima citados, 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 à suspensão temporária de participar de licitação e impedimento de contratar, penalidade grave contida na Lei nº 8.666/93, 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 o exposto, cita-se matéria extraída da internet<sup>3</sup>:

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,

<sup>3</sup> Fonte: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47499/45245>.

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

Como o caso específico apresenta entendimentos conflitantes no que tange à aplicação das penalidades previstas nas Leis 8.666/93 e 10.520/02, esta Unidade Técnica entende que não assiste razão à Denunciante ao contestar o subitem 3.1.1 do edital do Pregão Presencial nº. 006/2019, pelas seguintes razões:

É evidente os diferentes posicionamentos referentes ao tema. Temos 3 (três) correntes, a primeira defende o caráter restritivo, sendo a penalidade abarcada apenas pelo Órgão que aplicou a suspensão temporária.

A segunda, por amparar um conceito ampliativo, a qual engloba toda a Administração Pública, sendo a corrente defendida pelo Poder Judiciário, inclusive, no mandado de segurança impetrado por Larissa Torres Machado – EPP contra ato do Município de Ponte Nova, fls. 479/482, a conferir:

Apesar da afirmativa da impetrante de que a penalidade a ela aplicada tem efeitos limitados ao âmbito do Município de Matipó, que aplicou referida penalidade, bem como da certidão juntada em ID. 61435131, a assertiva e o documento referidos não são corroborados pelo entendimento jurisprudencial, eis que entende-se que a suspensão de licitar deve ser estendida para toda a Administração Pública.

[...]

Demais isso, cumpre mencionar que apenas cabe ao Judiciário intervir nas decisões do administrador quando verificadas manifestas ilegalidades, o que não se vislumbra no caso em análise.

Pelo exposto, não se verifica a relevância dos motivos e possibilidade de ocorrência de lesão irreparável, o que não enseja prejuízos ao exercício do direito líquido e certo da impetrante.

Por conseguinte, cabível o indeferimento do pedido liminar.

Por fim, a terceira corrente, defendida por essa Coordenadoria Técnica, entende que a penalidade será restritiva em relação à Administração Pública e extensiva em relação ao ente que aplicou a sanção.

Portanto, diante da divergência existente em relação à aplicação da penalidade prevista no artigo 87, inciso III, da Lei 8.666/93, não seria razoável penalizar os gestores, uma vez que não é pacífico o entendimento sobre o tema, possuindo cada ente, sejam eles União, Estados, Municípios ou Distrito Federal, a autonomia para escolher qual posicionamento seguir.

Todavia, esta Unidade Técnica entende que a redação do item 3.1.1 do edital, fl. 14v, é contrária ao disposto no art. 87, incisos III e IV, da Lei n. 8.666/93, dando a entender,

conforme dito alhures, que tanto a sanção de suspensão quanto a declaração de inidoneidade fazem referência à Administração Pública, o que pode comprometer a participação de licitantes apenados com a sanção de suspensão por um determinado órgão, e, por conseguinte, a competitividade do certame.

Conclui-se, pois, pela irregularidade da redação dada ao item 3.1.1 do edital, que não se mostrou clara e coerente ao misturar as duas sanções previstas no artigo 87, incisos III e IV, da Lei 8.666/93, sendo que possuem conceitos e consequências distintas para o licitante.

#### 4 – DA CONCLUSÃO

Após a análise dos documentos acostados aos autos em face da denúncia, entende este Órgão Técnico, em relação ao edital do Pregão Presencial nº 006/2019, Processo Licitatório nº 008/2019, pela **irregularidade do item 3.1.1 do edital, por contrariar o disposto nos incisos III e IV do art. 87 da Lei n. 8.666/93.**

A responsável pela irregularidade em tela é a subscritora do edital, Sra. Helena de Carvalho Lana, Pregoeira, fl.135.

Diante da referida irregularidade, esta Unidade Técnica entende que, após os autos serem encaminhados ao Ministério Público de Contas, os responsáveis podem ser citados para apresentarem defesa em relação à citada irregularidade e eventuais apontamentos do Órgão Ministerial.

Todavia, esta Unidade Técnica entende não ser razoável suspender o certame, conforme requerido pela denunciante, diante da necessidade da contratação para atender as demandas urgentes e inadiáveis da Administração, conforme se verifica da manifestação dos gestores, a conferir, fls. 67/68:

**A título de ponderação e de esclarecimento, a frota de tais secretarias é de suma importância para o bom funcionamento da máquina pública municipal. De forma exemplificativa, no caso da Educação, estamos em início de período letivo. Em se tratando de assistência social, habilitação e saúde, são serviços essenciais e contínuos aos mais necessitados e muitas vezes de urgência, já que muitas das respectivas tarefas não podem esperar. Por fim, em se tratando de obras, o atraso em tal licitação certamente compromete o bom andamento da conservação e manutenção das vias públicas e outros são constantes. (destaque do texto)**

O Direito Administrativo é abarcado por diferentes princípios, dentre eles, o Princípio da Supremacia do Interesse Público, a saber<sup>4</sup>:

O Princípio da Supremacia do Interesse Público existe com base no pressuposto de que “toda atuação do Estado seja pautada pelo interesse público, cuja determinação deve ser extraída da Constituição e das leis, manifestações da ‘vontade geral’”<sup>[4]</sup>. Dessa maneira, os interesses privados encontram-se subordinados à atuação estatal.

Este supraprincípio fundamenta todas as prerrogativas de que dispõe a Administração como instrumentos para executar as finalidades a que é destinada. Neste sentido, decorre do Princípio da Supremacia do Interesse Público que havendo conflito entre o interesse público e o privado, prevalecerá o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitando-se, contudo, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição, ou dela decorrentes.

Dessa maneira, a denunciante pretende com a denúncia suspender a licitação, alegando que, por ter sido excluída do Pregão Presencial nº 006/2019, teve seu direito lesado. Entretanto, baseado no Princípio da Supremacia do Interesse Público, citado anteriormente, não cabe nesse caso suspender o certame em prol de um particular, sendo que irá prejudicar toda a população do Município de Ponte Nova que precisa dos serviços públicos, como registrado pelos gestores às fls. 67/68.

Portanto, baseado no princípio da Supremacia do Interesse Público e na evidência de que o certame em tela é de grande relevância para o bom funcionamento da máquina pública municipal de Ponte Nova, o interesse público deverá prevalecer em relação ao interesse particular.

Por fim, registre-se que, para a realização da licitação, a Administração Pública possui determinados gastos em cada fase do procedimento, sendo que todo o custo é bancado por ela, a saber<sup>5</sup>:

A identificação da necessidade de bens ou serviços tem um custo de R\$ 1.051,51; a análise e aprovação de aquisição somam um custo de R\$ 726,99; o custo da realização de pesquisa de mercado de valores e quantidade é de R\$ 2.561,07; a determinação da modalidade e projeto básico ou termo de referência custam R\$ 2.095,44; a elaboração de minuta do edital, contrato e publicação custam R\$ 3.954,17; o custo da abertura de propostas e habilitação dos interessados em ato público é de R\$ 1.475,27 e por fim a verificação nas conformidades do edital, adjudicação e homologação, e publicação do resultado custam R\$ 2.487,35. E todo esse processo licitatório gera um custo médio de R\$ 14.351,50. Isso em 2015.

Dado o exposto, o gasto do poder público com a realização de licitações é enorme, sendo, portanto, um requisito a ser levado em conta nessa análise técnica, uma vez que esta

<sup>4</sup> Fonte: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/princ%C3%ADpio-da-supremacia-do-interesse-p%C3%BAblico-e-princ%C3%ADpio-da-indisponibilidade-do-interesse-> . Acesso em: 14/03/2019

<sup>5</sup> Fonte: <http://siconv.com.br/voce-sabe-quanto-custa-uma-licitacao/> . Acesso em: 14/03/2019



licitação já se encontra na fase de homologação e adjudicação, conforme se verifica do parecer jurídico de fls. 469/471, não sendo, portanto, razoável paralisar o procedimento licitatório, sob pena da Administração fazer contratação direta, despendendo novamente todos os gastos já pagos na licitação em tela para a realização de um novo certame, causando, assim, um excessivo e desnecessário custo orçamentário para a Administração Pública do município.

À consideração superior.

DFME/CFEL, 22 de março de 2019.

**Érica Apgaua de Britto**  
Analista de Controle Externo  
TC- 2938-3