



AUTOS DO PROCESSO Nº: 1.084.327- 2020 (DENÚNCIA)

1. DA IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO

Tratam os autos de Denúncia formulada por **FERNANDO SYMCHA DE ARAÚJO MARÇAL VIEIRA**, em face do Edital de Licitação referente ao **PROCESSO LICITATÓRIO Nº 0115/2019, PREGÃO PRESENCIAL Nº 084/2019**, deflagrado pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDRO LEOPOLDO/MG**, objetivando **REGISTRO DE PREÇOS** para aquisição de câmaras de ar, pneus e protetores novos, para atender a frota se veículos, máquinas e motores estacionários do município de Pedro Leopoldo/MG.

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

A documentação de fls. 01/51, **datada de 06/01/2020**, que noticia as supostas irregularidades no instrumento convocatório, referente à exigência contida no **item 3.6.2**, do Instrumento Convocatório, que exclui do certame **empresas declaradas inidôneas bem como tenham sido suspensas temporariamente de participar de licitação e impedidas de contratar com a administração**, foi recebida como Denúncia pelo Exmo. Conselheiro-Presidente, que determinou a sua autuação e distribuição, fls. 54, sendo os autos distribuídos ao Exmo. Conselheiro Cláudio Terrão, fls. 55, que, às fls. 56/57, em juízo perfunctório, entendeu pela não concessão da medida liminar pleiteada na peça de ingresso, por entender que não ficou demonstrada a probabilidade do direito alegado.

Determinou, o Exmo. Conselheiro Relator, que fosse dada ciência da decisão ao denunciante bem como ao secretário de obra e serviços públicos do Município de Pedro Leopoldo, Senhor Luiz Antônio Naves e à gerente de compras e licitações, Senhora Gabriela Martins Cardoso.

Às fls. 59/154, foi acostado aos autos o original da denúncia, a qual veio composta por 95 páginas, qual seja, 44 páginas a mais do que a primeira peça protocolizada nesta Casa de Contas.

Às fls. 161, os autos foram encaminhados a esta Unidade para estudo técnico.

Atendendo determinação do Exmo. Conselheiro Relator, de fls. 56/57, passa-se à análise da denúncia.

2.1. Exigência que veda a participação de empresas que estejam cumprindo sanção de suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a Administração Pública.

O denunciante alegou que o edital em exame é restritivo, uma vez que confere uma extensão maior ao instituto previsto pelo artigo 87, inciso III da Lei 8.666/93, excluindo empresas que estejam com seu direito de participar de licitação suspenso no âmbito de outro órgão sancionador, em claro desrespeito ao Princípio da Legalidade. E mais:

“[...]

A Administração Pública fere o Princípio da Legalidade ao impor tal medida, pois toda atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Afinal, enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar naquilo que a lei autoriza. E resta claro que o edital, ao impor que somente empresas que não tenham limitações com a Administração Pública possam participar do certame, está violando o princípio aqui mencionado, já que acrescenta cláusula que contrapõe o dispositivo legal que aborda o tema.

No edital em questão, há um equívoco na descrição das condições de participação das empresas quando mencionado que não possuem condições de participação empresas que “*estejam com o direito suspenso de licitar e contratar com a Administração Pública*”.

Destarte, é necessário que seja realizada uma análise acerca de tal matéria, demonstrando a abrangência de cada penalidade das leis 8.666/93 e 10.520/2002, bem como que o tema já está pacificado pelo TCU e pelos tribunais regionais.

[...]

No dispositivo da lei 8.666/93, as condutas estão expostas de forma gradativa, partindo da mais leve (advertência) chegando a mais severa (declaração de inidoneidade). As penalidades não estão vinculadas a fatos determinados, pesando a discricionariedade do agente público para aplicação daquela que melhor se adequar ao caso em comento.

[...]

A suspensão prevista pelo inciso III possui a distinção mais evidente em relação à declaração de inidoneidade prevista pelo inciso IV. Isto, pois, na primeira, a penalidade ficará restrita ao órgão público que lhe aplicou, e a segunda, será extensiva a todos os órgãos da administração pública. A distinção de sua interpretação é auxiliada pelo próprio texto de lei, já que no inciso III há previsão de suspensão com a ADMINISTRAÇÃO, e no inciso IV há previsão de que a declaração é válida perante a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

(...)

Isto posto, é clara a intenção do legislador em distinguir tais conceitos, visando dar ao texto legal a abrangência pretendida, tornando a declaração de idoneidade mais gravosa que a suspensão de licitar, justamente pelo fato de que a primeira possui abrangência maior que a segunda.

No caso da redação do artigo 7º da Lei 10.520, por questão de economicidade, já que tal dispositivo aplica-se somente a uma modalidade específica da licitação (Pregão), o legislador especificou todas as condutas, assim como a jurisdição em que elas poderiam ser cometidas (Município, Estado, União), adicionando sempre a conjunção coordenativa alternativa “ou”, para discernir as condutas e o âmbito.

[...]

O denunciante, ainda, fez menção à Instrução Normativa nº 2 de 11/10/2010, que aborda as regras do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF e colacionou decisão do TCU e Jurisprudência do STF.

ANÁLISE

O Exmo. Conselheiro Relator, às fls. 56/57, indeferiu a medida liminar deduzida na peça de ingresso e assim concluiu:

[...]

“Desse modo, considerando-se meu entendimento já manifestado em julgado anterior, bem como o atual posicionamento do Órgão Técnico sobre a matéria, constata-se que não ficou demonstrada a probabilidade do direito alegado, razão pela qual indefiro a liminar requerida pelo denunciante.

Ressalte-se que essa decisão não obsta, todavia, a fiscalização desta Corte de Contas para fins de controle de legalidade em sua acepção mais ampla, que será exercido com a tramitação regular do feito, oportunizado o contraditório e a ampla defesa às partes e aos interessados.”

Constata-se que foi inserido no Edital, o **item 3.6.2**, fls. 23, com a seguinte exigência:

3.6. Não será admitida nesta licitação a participação de empresas:

3.6.1. [...]

3.6.2. Empresas impedidas de licitar ou contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, na forma definida no art. 7º da Lei 10.520/2002, declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública, nos limites determinados pelo inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93, bem como tenham sido suspensas temporariamente de participar de licitação e impedidas de contratar com a administração, por prazo não superior a 2 anos (inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93), excetuando-se as análises de casos concretos levados à apreciação do Poder Judiciário

O denunciante alega irregularidade no edital que veda a participação de empresas que estejam com o direito suspenso de licitar e contratar com a Administração Pública Municipal, em contrariedade ao art. 87, III, da Lei 8.666/93.

Ao final, formulou pedido liminar de suspensão do procedimento licitatório.

O dispositivo legal citado estabelece a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos.

O denunciante alegou que, ao utilizar o termo “Administração”, o legislador restringiu a referida sanção somente ao órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente, com fulcro no conceito definido pelo art. 6º, XII, da Lei 8.666/93.

Assim, não caberia ao gestor público ampliar os efeitos da suspensão ou impedimento para contratar, de modo a abranger todo Poder Público.

O ponto central da denúncia diz respeito à extensão dada à vedação de participação de empresas que estejam suspensas de licitar ou impedidas de contratar com a Administração.

O art. 87, da Lei de Licitações e Contratos, traz as sanções que podem ser aplicadas pela Administração. Veja-se:

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

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;

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.

O denunciante argumenta que o art. 6º dessa mesma lei diferencia os termos “Administração” e “Administração Pública”, da seguinte maneira:

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;

Todavia, a cláusula 3.6.2 do instrumento convocatório sequer abre margem para a discussão quanto ao alcance do termo “Administração” e “Administração Pública”, reproduzindo a literalidade do art. 87, supratranscrito, e do art. 7º da Lei 10.520/2002, abaixo colacionado:

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. (grifo nosso)

Assim, não há que se falar em irregularidade do edital, visto que faz cópia fiel do texto legal que rege a matéria.

Não obstante, a questão quanto ao alcance da suspensão do direito de licitar ou contratar com a Administração Pública, posta em discussão pelo denunciante, é objeto de grande divergência na jurisprudência e na doutrina, verificando-se diversas correntes de pensamento.

A primeira corrente é extensiva em relação a toda a Administração Pública, adotada reiteradamente pelo Superior Tribunal de Justiça, ilustrada pelo seguinte julgamento, do Resp nº 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)”.

Este posicionamento vem sendo corroborado pelo STJ, conforme notícia extraída de seu sítio eletrônico e publicada no dia 27/08/2013, *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.

O Superior Tribunal de Justiça entende 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.

O STJ também entende que a Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. Assim, é irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração.

Sobre o tema, transcreve-se o entendimento dessa Egrégia Corte Mineira de Contas, na Denúncia nº 859.044, de relatoria do Exmo. Conselheiro Cláudio Couto Terrão, apreciada na Sessão da Segunda Câmara de 22/10/2013, que pugnou no sentido da interpretação extensiva:

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.

$$\begin{bmatrix} \vdots \\ \vdots \\ \vdots \end{bmatrix}$$

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 Pública, em especial, o da eficiência, da economicidade e da moralidade, além de impedir a 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.

[...]

Ainda acerca da corrente extensiva, o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais também já se manifestou sobre a matéria, da seguinte maneira:

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 de Faria, Primeira Turma, j. em 07/03/2017, DJe de 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).

A segunda corrente apresentada é restritiva e considera o impedimento e a suspensão apenas em relação ao órgão que aplicou a sanção. 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, fã-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". (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 858-859.)

Este Tribunal de Contas possui recentes decisões que seguem esse entendimento. Dentre elas, destaca-se a Denúncia 1.082.522, da qual se extrai a seguinte fundamentação exposta pelo Conselheiro Substituto Adonias Monteiro:

Neste ponto, registro que me filio à tese mais restritiva, na linha do que vem entendendo o Tribunal de Contas da União, que possui o entendimento de que sobre "[...] alcance da penalidade de suspensão temporária/impedimento de contratar, o inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93 prescreve expressamente que a referida penalidade incide sobre a Administração, isto é, somente em relação ao órgão ou à entidade contratante". Corroboram esse entendimento os Acórdãos de n. 2355/2018, – Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler; Acórdão n. 9793/2018 – Segunda Câmara, Relator Min. Aroldo Cedraz; Acórdão n. 2962/2015 – Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler; Acórdão n. 2530/2015 – Plenário, Relator Min. Bruno Dantas, todos nesse mesmo sentido.

O Conselheiro Substituto Victor Meyer também entendeu dessa forma nos autos da Denúncia 1.072.473, em decisão liminar, referendada pela Segunda Câmara na sessão do dia 22/08/2019. Naquela oportunidade, restou consignada a seguinte ementa:

DENÚNCIA. REFERENDO. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE VALE-ALIMENTAÇÃO EM FORMA DE CARTÃO MAGNÉTICO/ELETRÔNICO AOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. NÚMERO MÍNIMO DE ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS EXIGIDOS PARA ASSINATURA DO CONTRATO, SEM CONCESSÃO DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO PELO LICITANTE VENCEDOR. EXCLUSÃO INDEVIDA DE EMPRESA. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LICENÇA E FUNCIONAMENTO NA FASE DE HABILITAÇÃO. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. SUSPENSÃO DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA.

[...]

3. O edital, ao vedar a participação de empresas “declaradas suspensas de contratar junto a qualquer órgão da Administração Pública”, incorre em aparente irregularidade, na medida em que amplia os efeitos punitivos das normas constantes do art. 87, III, da Lei 8.666/1993 e, especificamente, do art. 7º da Lei 10.520/2002. Em rigor, por se tratar de norma que reduz o direito de eventuais licitantes, cabe interpretação restritiva.

Em seu voto, explicitou as seguintes fundamentações:

Logo, o que se percebe é que tanto o TCU quanto o TCEMG diferenciam as sanções de suspensão temporária e a declaração de inidoneidade sob o prisma da capilaridade dos seus efeitos, indicando que a primeira, de forma mais branda que a segunda, se limita à circunscrição da entidade da qual a punição se originou.

Sendo o referido entendimento consectário da aplicação sistemática do disposto nos arts. 6º, XI e XII, e 87, III e IV, da Lei 8.666/1993, entendo que os efeitos da sanção de suspensão temporária de participação em licitação (art. 87, III, Lei 8.666/1993) são, de fato, adstritos ao órgão ou entidade sancionadora.

Mesmo porque, se ambas as penalidades aplicadas por determinado órgão ou entidade fossem extensíveis a toda a Administração Pública, não haveria praticamente distinção entre elas, exceto quanto ao prazo de duração.

Oportuno mencionar, ainda, a decisão liminar, proferida pelo Conselheiro Durval Ângelo nos autos 1.082.512, referendada pela Primeira Câmara em 28/11/2019, na qual restou decidido que “a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, possui efeitos restritos ao âmbito do órgão ou entidade que aplicou a sanção”.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo teve a oportunidade de sumular seu entendimento, nos seguintes moldes:

Súmula 51. TCESP. A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (artigo 87, IV da Lei nº 8.666/93) tem seus efeitos jurídicos estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, ao passo que, nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar (artigo 87, III da Lei nº 8.666/93 e artigo 7º da Lei nº 10.520/02), a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador.

Além das correntes antagônicas acima demonstradas, existe uma terceira corrente, que é restritiva em relação à Administração Pública como um todo e extensiva ao ente federativo que aplicou a sanção.

O Acórdão nº 2.593/2013 do Tribunal de Contas da União, ao abordar o tema, no âmbito do pregão, atribuiu os seguintes contornos a esse entendimento:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO, NA MODALIDADE PREGÃO, PROMOVIDA PELA VALEC S/A, PARA AQUISIÇÃO DE TRILHOS. [...] 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)

Nota-se, portanto, que no âmbito do próprio Tribunal de Contas da União existem decisões divergentes, de modo que o assunto não se encontra pacificado na jurisprudência pátria.

Pela fundamentação acima transcrita, depreende-se que não existem provas de que a intenção do legislador tenha sido conferir a interpretação literal e gramatical dada aos conceitos de “administração” e “administração pública”.

Ademais, na hipótese de se interpretar a sanção direcionada unicamente ao órgão que a aplicou, a sanção se torna praticamente inócua.

Primeiro, porque a empresa considerada suspensa ou impedida poderá participar de qualquer outra licitação, contratar com o Poder Público e, conforme já exposto nesta análise, 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.

Segundo, porque, se consideradas as possíveis prorrogações contratuais, a teor do art. 57 da Lei 8.666/93, aquele objeto irá ser licitado novamente apenas após o prazo de

suspensão ou impedimento, que não pode ser superior a dois anos. Nesse caso, a sanção aplicada, caso restrita ao órgão ou entidade administrativa pela qual a Administração atua concretamente, não surtirá qualquer efeito.

Nesse sentido, cumpre mencionar a obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, de Marçal Justen Filho, na qual o autor define a suspensão do direito de licitar da seguinte forma:

A suspensão do direito de licitar orienta-se a agravar a situação jurídica do sujeito que se recusasse a executar a prestação a que se obrigara, no tempo e modo devidos. Assim, o sujeito teria duas alternativas de conduta a ponderar. Poderia escolher entre adimplir ou não adimplir a prestação devida. O inadimplemento acarretar-lhe-ia a suspensão do direito de licitar, o que corresponderia a uma grave restrição a seus interesses. O adimplemento da prestação evitaria esse resultado gravoso. [...]

Sob esse prisma, a suspensão do direito de licitar não se configuraria propriamente uma sanção afliitiva ou retributiva, mas se trataria de uma medida orientada a constranger o sujeito a executar a prestação a que se obrigara.

[...]

Promover-se-ia a imediata supressão da suspensão temporária tão logo o sujeito executasse a prestação a que se obrigara.

Assim, entende-se a sanção de suspensão do direito de licitar como uma maneira de forçar o adimplemento da obrigação assumida pelo sujeito.

Logo, reafirma-se: na hipótese de a sanção ficar restrita ao órgão aplicador, não haveria qualquer constrangimento ao sujeito, vez que continuaria a participar livremente de qualquer licitação nos demais órgãos e entes públicos.

Noutro giro, cumpre rebater o argumento trazido pela adoção da tese restritiva de que, se a sanção fosse extensível a toda a Administração Pública, não haveria distinção entre os incisos III e IV, do art. 87, da Lei 8.666/93, exceto quanto ao prazo de duração.

Referido argumento não se sustenta, pois, com a aplicação da tese intermediária, as sanções continuam com abrangência diversa, mas confere-se eficácia à suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração. Isso porque o inciso III possui alcance no âmbito da Administração do ente federativo que aplicou a sanção, ao passo que o inciso IV permanece com alcance em toda Administração Pública.

Outrossim, é importante trazer à baila, a título argumentativo, o Projeto de Lei 1292, que trata sobre alterações na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o qual foi aprovado pela Câmara dos Deputados e, atualmente, aguarda votação pelo Senado Federal.

Em que pese não ser aplicado, por se tratar, ainda, de um projeto de lei, pode-se utilizá-lo a título ilustrativo quanto à intenção do legislador.

Ao tratar sobre as sanções administrativas, o art. 154 do Projeto de Lei 1292 traz a seguinte redação:

Art. 154. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

I - advertência;

II – multa;

III – impedimento de licitar e contratar;

IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

[...]

§ 4º A sanção prevista no inciso III do caput será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II a VII do caput do art. 153, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, **impedindo-o de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que aplicou a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.**

Caso o argumento para adoção da tese restritiva seja unicamente a interpretação da vontade do legislador de 1.993, as decisões exaradas por esta Corte e por demais órgãos de controle poderão se distanciar das situações concretamente vivenciadas pela Administração Pública.

Por fim, ressalta-se que, no âmbito do Direito Administrativo, os princípios constitucionais da moralidade, da eficiência dos serviços públicos e da supremacia do interesse público devem ser respeitados, pois igualmente dotados de eficácia direta e imediata.

Nessa esteira, a decisão monocrática exarada nos autos 1.082.507, o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho ponderou os princípios administrativos, de modo a resguardar a Administração Pública. Veja-se:

Verifico que a exigência constante do item 3.2.3 do edital objetiva assegurar à Administração a contratação que melhor atenda ao interesse público, cujas principais diretrizes se consubstanciam na eficiência, na economicidade e na moralidade. A proibição de acesso ao certame, de empresas cujas

Por outro lado, os Conselheiros Durval Ângelo e Gilberto Diniz, nos autos 1.082.511 e 986.881, bem como os Conselheiros Substitutos Adonias Monteiro e Victor Meyer, nas Denúncias 1.058.797 e 1.072.473, entendem que a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 deve-se restringir à participação em licitação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com o órgão ou entidade que aplicou a sanção, e não com a Administração Pública em geral.

Entende esta Unidade Técnica que a interpretação dos dispositivos legais deve se dar à luz do princípio da moralidade, conforme muito bem decidiu o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, que proferiu a seguinte decisão, nos autos da Denúncia 952.322:

É mister que as regras dispostas nas normas que estabelecem as formas de licitação sejam interpretadas, ponderadamente, à luz dos princípios norteadores da atuação da Administração Pública, em especial o princípio da moralidade.

[...]

Observo que o órgão municipal foi diligente ao buscar se resguardar de contratar com empresas inidôneas.

[...]

Corroboro o entendimento de que as normas que definem as modalidades licitatórias devem ser interpretadas de forma integrada, mas discordo do posicionamento que faz interpretação restritiva das sanções nelas estabelecidas, já que a Administração tem a obrigação de tomar providências visando a evitar fraudes e prejuízos ao erário, diante da indisponibilidade do interesse público.

Não é lógico nem justificável que a sanção decorrente de conduta irregular perante a Administração, em sentido amplo ou restrito, se limite ao órgão ou entidade que a proferiu, sob pena de se tornar ineficaz.

Por fim, importante ressaltar que o Tribunal de Contas da União – TCU não possui entendimento pacífico sobre o tema, e tem admitido inovações interpretativas, ampliando os efeitos das sanções previstas na legislação que prevê modalidades licitatórias para toda a Administração Pública, conforme disposto nos Acórdãos n.os 2218/2011 e 1171/2014, ambos da 1ª Câmara e da lavra do Ministro Walton Alencar Rodrigues, que atuou como revisor no primeiro caso e como relator no segundo.

[...]

Verifica-se que, no pregão, todas as penalidades mencionadas no dispositivo transcrito recebem tratamento único, e, apesar da conjunção alternativa “ou”, considerando-se a redação dos entes no plural, “Estados” e “Municípios”, conclui-se que a punição necessariamente transcende o ente que a aplicou, sob pena de tornar-se ineficaz e mitigar o princípio da moralidade, basilar da atividade estatal.

Tendo em vista a existência de relevante divergência na jurisprudência e a diversidade de entendimentos precedentes quanto à abrangência e à aplicabilidade das sanções



relacionadas à suspensão temporária de participação em licitação, não se mostra razoável a responsabilização do gestor público, mormente por ter embasado sua escolha na literalidade das leis de regência.

Ante todo o exposto, esta Unidade Técnica entende pela improcedência da denúncia.

3. DA CONCLUSÃO

Após a análise dos documentos acostados aos autos em face da denúncia, esta Unidade Técnica entende que o edital do **PROCESSO LICITATÓRIO Nº 0115/2019, PREGÃO PRESENCIAL Nº 084/2019**, deflagrado pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDRO LEOPOLDO/MG**, objetivando **REGISTRO DE PREÇOS** para aquisição de câmaras de ar, pneus e protetores novos, para atender a frota de veículos, máquinas e motores estacionários do município de **PEDRO LEOPOLDO/MG**, é regular em relação ao apontamento da denúncia. Logo, a denúncia pode ser julgada improcedente, com resolução do mérito, e conseqüentemente os autos podem ser arquivados.

À consideração superior,

DFME/CFEL, 19 de fevereiro de 2020.

Maria da Conceição de Nazaré
Analista de Controle Externo
TC – 2.356-3