

PARECER JURÍDICO

Indicações:

Número: 002/2019/L.C. FMS.

Solicitante: Secretaria Municipal de Saúde – Fundo Municipal de Saúde de Catalão – GO.
Protocolo nº: 2018031678

Assunto: Contratação de serviços de Gerenciamento de abastecimento, implantação e operação de um sistema via WEB própria da contratada com utilização de cartão magnético, que permita o fornecimento de combustíveis, com taxa de administração, através da rede de postos credenciados pela contratada para atender à frota de veículos do Fundo Municipal de Saúde de Catalão.

RECURSO CONTRA DECISÃO QUE HABILITOU EMPRESA. INFORMAÇÃO DE IMPEDIMENTO DE LICITAR. ANÁLISE. PREGÃO PRESENCIAL Nº 192/2018. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE GERENCIAMENTO DE ABASTECIMENTO, IMPLANTAÇÃO E OPERAÇÃO DE UM SISTEMA VIA WEB PRÓPRIA DA CONTRATADA COM UTILIZAÇÃO DE CARTÃO MAGNÉTICO, QUE PERMITA O FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS, COM TAXA DE ADMINISTRAÇÃO, ATRAVÉS DA REDE DE POSTOS CREDENCIADOS PELA CONTRATADA PARA ATENDER À FROTA DE VEÍCULOS DO FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE CATALÃO-GO. PROCESSO Nº 2018031678. BENS E SERVIÇOS COMUNS.

I. PRELIMINAR DE OPINIÃO:

A presente análise cinge-se única e exclusivamente sobre a solicitação da Pregoeira para análise do recurso contra a habilitação de empresa indicada como penalizada e impedida de licitar, assim como as contrarrazões recursais, deixando para proceder análise final do processo após decisão da Pregoeira e o atendimento das exigências contidas no Edital e seus anexos, notadamente após a apresentação do teste de funcionalidade, eventual aprovação e adjudicação (item 14 e subitem 16.4 do Edital).



Ao que diz respeito ao recurso apresentado pela empresa Link Card Administradora de Benefícios Eireli, participante do certame, foi no sentido de que a empresa que apresentou o menor lance (Trivale Administração Ltda.) se deu no sentido de que a referida empresa se encontrava penalizada e, por conseguinte, impedida de licitar.

Em suas razões, apresentadas tempestivamente, a empresa recorrente discorreu que a empresa recorrida se encontra impedida de licitar e contratar com a Administração Pública com o prazo de 02 (dois) anos, em decorrência da aplicação de pena pela Companhia de Gás de Santa Catarina – SCGÁS, nos seguintes termos:

“NA 7ª RDE DE 31/01/2018, A DIRETORIA EXECUTIVA DECIDIU NÃO ACOLHER O RECURSO INTERPOSTO PELO CONTRATADO. DECISÃO/PENALIDADE: APÓS ANALISAR OS DOCUMENTOS APRESENTADOS E CONSIDERANDO A MANIFESTAÇÃO DO GRUPO DE TRABALHO A DIRETORIA DELIBERA POR MANTER INALTERADA A DECISÃO PROFERIDA DE SUSPENDER A EMPRESA TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA. DE LICITAR E CONTRATAR COM A SCGÁS, PELO PERÍODO DE 02 (DOIS) ANOS A PARTIR DE 07/02/2018, TENDO POR BASE LEGAL O ARTIGO 7º DA LEI Nº 10.520/02.”

Acrescentou que “o instrumento convocatório veda expressamente a participação de empresas que estejam sancionadas pelo Poder Público, que deveria servir de norte ao Pregoeiro e sua equipe de apoio no momento da análise da questão.”

No mérito ataca a inobservância ao subitem 6.4, alínea “b” do Edital, que assim dispõe:



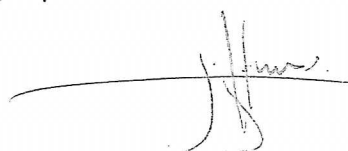
“6.4. Não poderão participar deste pregão empresas que estejam enquadradas nos seguintes casos:

[...]

b) impedidas de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (Art. 7º da Lei nº 10.520/2002); suspensas temporariamente de participar de licitação ou impedidas de contratar com a Administração (Art. 87, III, da Lei nº 8.666/93); declaradas inidôneas para licitar ou contratar com Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade (Art. 87, IV da Lei nº 8.666/93); punida pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás com suspensão do direito de contratar ou licitar com a Administração Pública; e caso participe do processo licitatório estará sujeita às penalidades previstas no art. 97, parágrafo único da Lei 8.666/93.”

A empresa recorrente alega que “o instrumento convocatório não faz qualquer distinção entre as punições, o que remete ao entendimento de que a pena prevista no art. 7º da Lei do Pregão se estende a toda a Administração Pública.”

Em suas razões, citou julgado do STJ (Recurso Especial nº 151.567/RJ e uma decisão (sem discriminar dados do processo) da 1ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, trazendo o entendimento de que, embora não haja pacificação sobre a aplicabilidade da penalização (se é extensiva ou não aos demais órgãos e entes da Administração Pública), a penalidade deve-se se estender a todos e qualquer órgão.



Pontuou que, se assim não o for, a Administração Pública estaria permitindo que determinada empresa apenas participasse de licitações, o que "implicaria admitir em licitação e, eventualmente, contratar pessoa cuja desídia no cumprimento de obrigações assumidas e/ou conduta de má-fé já foi apurada e reconhecida por outro órgão ou entidade da mesma Administração Pública."

Destacou sobre a violação da Lei nº 8.666/93 e ao princípio da vinculação do Edital, citando o art. 41, *caput*, da lei de licitações e contratos, entendendo que o "edital, neste caso, torna-se lei entre as partes, assemelhando-se a um contrato de adesão cujas cláusulas são elaboradas unilateralmente pelo Estado. Este mesmo princípio dá origem a outro que lhe é afeto, qual seja, o da inalterabilidade do instrumento convocatório.", acrescentando que a Administração Pública deve atender também ao disposto no art. 3º da citada lei.

Por tudo isso, afirmou que não resta outra medida "a não ser se contrapor a classificação da empresa **TRIVALE ADMINISTRAÇÃO** como vencedora da disputa, uma vez que a mesma se encontra sobre a penalidade de suspensão para participar de contratações com o poder público, estando ainda vedada por força de previsão do próprio edital."

Por derradeiro, requereu o recebimento do recurso no duplo efeito, devolutivo e suspensivo, para, no mérito, rever a decisão que classificou a empresa **TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA**, como vencedora do pregão presencial.

Instada a manifestar sobre o recurso apresentado, a empresa **TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA**, ora recorrida e que apresentou a melhor proposta, apresentou suas contrarrazões, alegando, inicialmente, que a "*atividade da Pregoeira foi pautada pela boa-fé objetiva em relação ao certame, mantendo seu bom andamento e legalidade na melhor forma possível.*"



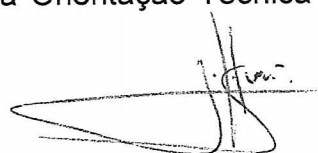
Discorreu em suas contrarrazões que inexistente impedimento para licitar, nos termos do art. 7º da Lei nº 10.520/2002, entendendo que *“não houve qualquer descumprimento dos critérios estabelecidos em edital, não merecendo prosperar tais alegações da Recorrente visto que a inscrição no CIES não deve ser analisada de forma descontextualizada, devendo ser apriori considerada simplesmente como critério informativo, devendo os órgãos Licitantes analisar dentro do caso concreto a pertinência ou não da declaração de inabilitação, de acordo com a gravidade e a extensão da penalidade, caso assim não fosse, não seria necessário que existissem penalidades distintas com graduação e alcances diferentes.”*

Citou sobre um julgado do STJ (MS 21.750-DF) para embasar seus argumentos, destacando que a Pregoeira agiu acertadamente, onde buscou-se a melhor proposta pelo Poder Público, *“não se furtando à análise minuciosa do cumprimento dos termos do edital decidiu acertadamente por reconhecer a Recorrida como vencedora do certame.”*

Destacou que a penalização sofrida se resumiu à proibição de *“contratar com a SCGÁS pelo período de 2 (dois) anos, ou seja, até 07/02/2020”* e que *a “penalidade tem por base legal o artigo 7º da Lei nº 10.520/02, conforme item 20 da 1ª Reunião da Diretoria Executiva da SCGÁS de 2018.”*

Repisou o fato de que a sanção que lhe fora imposta, *in casu*, no âmbito do Pregão, é diferente daquelas previstas nas modalidades concorrência, tomada de preços e convite, previstas na Lei de Licitações e Contratos, haja vista a presença da expressão “ou” no texto do art. 7º da Lei do Pregão, isto é, que a sanção se aplica apenas ao órgão sancionador, qual seja, a SCGÁS.

Informou que determinada decisão da Procuradoria do Município de São Paulo se deu nesse sentido, e que a doutrina também segue esse entendimento, citando Marçal Justen Filho e Fabrício Motta, além da orientação do Governo de Santa Catarina, que trata do alcance e a forma de interpretação das penalidades imputadas aos contratados, citando a Orientação Técnica nº



0005/14 do Governo de Santa Catarina, Gerência de Auditoria de Licitações e Contratos, de 05 de dezembro de 2014.

Destacou que deve ser observada a *"finalidade precípua da licitação"*, que é de *"garantir à Administração a seleção da proposta que se revele mais vantajosa e conveniente, em função dos critérios previamente estabelecidos e divulgados, sempre respeitando os Princípios norteadores do sistema jurídico, especialmente o Princípio da Isonomia entre os licitantes."*, citando o disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93 e art. 37 da CF/88.

Citou ainda o disposto na Instrução Normativa nº 02, de 11 de outubro de 2010, expedida pela Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão do Governo Federal, discorrendo que, no § 1º do art. 40, que o alcance da suspensão temporária fica restrita ao órgão público que penalizou, reforçando sua tese que a penalidade sofrida não está abrangida por outro órgão, no máximo aos órgãos públicos do Estado de Santa Catarina.

Ao final, requereu seja negado provimento ao recurso interposto, mantendo-se inalterada a decisão da Pregoeira, destacando a ausência de impedimento de licitar com os demais Órgãos e Ente da Administração Pública que não sejam a SCGÁS, sob pena de ofensa aos princípios da vinculação ao objeto, isonomia, moralidade e legalidade.

Ao recurso foram juntados os seguintes documentos: Procuração, substabelecimento, Requerimento ao Presidente da Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, 27ª Alteração Contratual de Sociedade Empresária Limitada com respectiva consolidação do contrato social.

Pois bem.

Como já descrito no preâmbulo do presente parecer, este tem o propósito de tão somente manifestar sobre as razões e contrarrazões recursais,



decorrentes da decisão proferida pela Pregoeira, Sra. Kedna Alves Silvéria, que habilitou a empresa Trivale Administração Ltda., no pregão presencial nº 192/2018, processo nº 2018031678, em sessão realizada no dia 12 de fevereiro de 2019, na sede da Prefeitura Municipal de Catalão, deixando para manifestar sobre os demais elementos em momento oportuno.

O impasse levantado se resume ao seguinte: se a empresa que apresentou a melhor proposta, por ter sofrido penalidade imposta pela SCGÁS – Companhia de Gás de Santa Catarina, poderia ser habilitada no certame.

Antes de discorrer sobre a questão em voga, esta Assessoria cuidou de diligenciar junto ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás – TCM/GO e da SCGÁS – Companhia de Gás de Santa Catarina, para apurar o fato apresentado no recurso e nas contrarrazões recursais.

Inicialmente, em contato com a Gerência de Recursos Humanos e Suprimentos – GERHS/COSUP da SCGÁS – Companhia de Gás de Santa Catarina, Senhor Giovani Della Rocca - Coordenador de Suprimentos, foi-nos encaminhado e-mails contendo informações sobre a penalidade aplicada por aquele órgão à empresa recorrida, conforme se infere pelas cópias dos e-mails e documentos recebidos em anexo.

Segundo consta da documentação apresentada, a motivação para a aplicação da penalidade e posterior rescisão contratual se deu pelo fato de que a empresa recorrida não cumpriu as exigências contratuais, notadamente com relação à apresentação de postos credenciados no prazo estabelecido. No mesmo documento, é citado pelo Grupo de Trabalho que a empresa recorrida alegou “dificuldade na negociação da rede credenciada com os postos”.

Posteriormente, foi realizada a 1ª Reunião da Diretoria Executiva de 2018, sendo lavrada ata em 04/01/2018, à qual restou consignada:



“Extrato item 20 – Registro (ix) MM-ASJUR-013-17 – rescisão contrato PE068-16

no item 20 – A DE registra:

(...)

(ix) o MM-ASJUR-013-17 (**anexo**), pelo qual o Grupo de Trabalho constituído na 62ª RDE de 2017 para analisar e instruir o processo de rescisão do contrato PE-068/16 encaminha o relatório final para apreciação da DE. A DE, analisando os fatos e com base nos documentos e no relatório do GT, delibera por acolher as recomendações nos seguintes termos: **(1)** rescindir o contrato por ato unilateral, conforme previsto no artigo 79, inciso I da Lei nº 8.666/93, em conformidade com a Cláusula Décima Quarta do Contrato PE-068/16, e por ter sido configurada a violação dos incisos I, II, III, IV, V, VII e VIII do artigo 78 da Lei nº 8666/93; **(2)** aplicar a empresa a sanção prevista no artigo Art. 7º da Lei nº 10.520/02 de 17 de julho de 2002, com o descredenciamento do cadastro da SCGÁS, pelo período de 02 (dois) anos, como medida punitiva e pedagógica para evitar a reiteração da falta ora identificada e **(3)** determinar a SEGER que encaminhe notificação a Contratada, dando conhecimento desta deliberação, inclusive da aplicação da penalidade, concedendo o direito à ampla defesa no prazo previsto no inc. I do Art. 109 da Lei nº 8.666/93 de 21 de junho de 1993; **(x)** (...)”

Desta decisão, foi certificado o seguinte pela empresa SCGÁS – Companhia de Gás de Santa Catarina:

“(...)”

- a)** A presente penalidade impede a Empresa Trivale Administração Ltda. de contratar com a SCGÁS pelo período de 2 (dois) anos, ou seja, até 07/02/2020.
- b)** A penalidade tem por base legal o artigo 7º da Lei nº 10.520/02, conforme no item 20 da 1ª Reunião da Diretoria Executiva da SCGÁS de 2018.



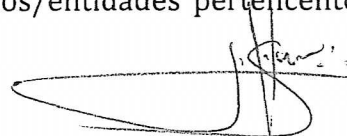
- c) A penalidade foi aplicada em razão da inexecução contratual parcial do Contrato nº PE-068/16, datado de 22/02/2017.
- d) A penalidade foi aplicada por ato de descumprimento do objeto contratual – rede credenciada.
- e) A penalidade foi aplicada como medida punitiva e pedagógica para evitar reiteração da falta ora identificada, conforme registrado no item 20 da 1ª Reunião da Diretoria Executiva da SCGÁS de 2018, não havendo registros anteriores de inexecução contratual por parte da Trivale Administração Ltda. para com a SCGÁS.
(...)”

Juntamente com a documentação mencionada acima, foi enviado também a Orientação Técnica nº 0005/14, de 05 de dezembro de 2014, expedida pela Gerência de Auditoria de Licitações e Contratos da Diretoria de Auditoria Geral – Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, a qual tem por objetivo orientar os órgãos, autarquias e fundações públicas, bem como as empresas estatais dependentes da Administração Pública Estadual, quanto a procedimentos para consulta obrigatória ao Sistema integrado de Registro do Cadastro Nacional de Empresas Suspensas e Inidôneas (CEIS) e implicações advindas da contratação de empresa ou profissional declarado inidôneo (SEF 21699/2013) daquele ente da Federação.

No item 4 do referido documento trata dos efeitos das sanções cadastradas no Sistema Integrado de Registro do CEIS. Vejamos:

“4) Todas as sanções cadastradas no Sistema Integrado de Registro do CEIS atingem e geram efeitos perante o Estado de Santa Catarina?

Não. Cabe avaliar, caso a caso, se a penalidade cadastrada no CEIS e imposta ao fornecedor alcança a Administração Pública do Estado de Santa Catarina, ou seja, se ela gera efeitos que possam impedir a contratação do referido fornecedor por parte de órgãos/entidades pertencentes ao



Poder Executivo do Estado de Santa Catarina. Para tanto, deve-se utilizar a tabela descritiva a seguir reproduzida:

Tabela 1 – Alcance das sanções cadastradas no CEIS

SANÇÃO	ABRANGÊNCIA DA SANÇÃO	ALCANÇA O ESTADO DE SANTA CATARINA
Impedimento - Legislação Estadual	Extensiva a todos os órgãos/entidades do ente federado (Estados).	NÃO, A NÃO SER QUE SEJA APLICADA POR ÓRGÃOS/ENTIDADES PERTENCENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE SANTA CATARINA.
Impedimento - Lei do Pregão	Extrapolar o órgão aplicador para abarcar todo e qualquer órgão/entidade do ente federado a que estiver vinculado o órgão/entidade aplicador da sanção.	SOMENTE SE FOR APLICADA POR ÓRGÃOS/ENTIDADES PERTENCENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE SANTA CATARINA.
Impedimento - Lei do RDC	Extensiva a todos os órgãos/entidades da União, Estados, DF e Municípios.	SIM
Inidoneidade - Legislação Estadual	Extensiva a todos os órgãos/entidades do ente federado (Estados).	NÃO
Inidoneidade - Lei da ANTT e ANTAQ	Extensiva a todos os órgãos/entidades da União, Estados, DF e Municípios.	SIM
Inidoneidade - Lei de Licitações	Extensiva a todos os órgãos/entidades da União, Estados, DF e Municípios.	SIM
Inidoneidade - Lei Orgânica do TCU	Adstrita aos órgãos/entidade da Administração Pública Federal.	NAO
Proibição - Lei Ambiental	Extensiva a todos os órgãos/entidades da União, Estados, DF e Municípios.	SIM
Proibição - Lei Antitruste	Extensiva a todos os órgãos/entidades da União, Estados, DF e Municípios.	SIM
Proibição - Lei de Improbidade	Extensiva a todos os órgãos/entidades da União, Estados, DF e Municípios.	SIM
Proibição - Lei Eleitoral	Extensiva a todos os órgãos/entidades da União, Estados, DF e Municípios.	SIM
Suspensão - Legislação Estadual	Extensiva a todos os órgãos/entidades do ente federado (Estados).	NÃO
Suspensão - Lei de Licitações	Adstrita ao órgão/entidade aplicador da penalidade.	NÃO (REGRA GERAL)
Suspensão e Impedimento - Lei de Acesso à Informação	Extensiva a todos os órgãos/entidades da União, Estados, DF e Municípios.	SIM

Conforme Tabela 1, caso o fornecedor que pretenda participar de procedimentos licitatórios/contratar (ainda que de forma direta¹) com órgãos ou entidades pertencentes ao Poder Executivo do Estado de Santa Catarina tenha sido sancionado com penalidade que alcança o Estado de Santa Catarina, ou seja, aquelas que apresentam “SIM”; “NÃO, A NÃO SER QUE SEJA APLICADA POR ÓRGÃOS/ENTIDADES PERTENCENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE SANTA CATARINA”; ou “SOMENTE SE FOR APLICADA POR ÓRGÃOS/ENTIDADES PERTENCENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE SANTA CATARINA” na coluna “Alcança o Estado de Santa Catarina”, a referida inscrição trará implicações a seguir descritas.”

Assim, segundo trata a Orientação Técnica 0005/14, sobre a aplicação da penalidade pela empresa SCGÁS – Companhia de Gás de Santa

¹ Contratação Direta é a contratação realizada sem licitação, em situações excepcionais, expressamente previstas em lei. A contratação se dá por dispensa – licitação dispensada ou dispensável – ou por inexigibilidade de licitação (TCU, 2010).



Catarina à empresa recorrida, a abrangência da sanção ficará restrita à apenas ao ente federado a que estiver vinculado o órgão/entidade aplicador da sanção.

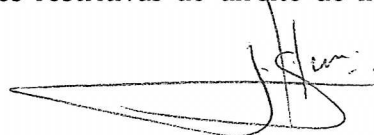
Portanto, no entendimento da Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, os efeitos da penalidade sofridos pela empresa recorrida não abrangem outros entes da federação.

Por sua vez, o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás – TCM/GO, recentemente, apreciou uma denúncia apresentada pela empresa PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA. em um procedimento licitatório realizado no município de Caiapônia (GO), que deu origem ao Acórdão Consulta nº 06185/2018 - Tribunal Pleno, de 15/08/2018, Processo nº 12648/2018, contendo o seguinte assunto:

“DENÚNCIA ACERCA DE SUPOSTAS ILEGALIDADES NO PREGÃO PRESENCIAL Nº 030/18, visando a contratação de Empresa para Registro de Preços para eventual serviços de gerenciamento eletrônico e controle de abastecimento de combustível, com menor taxa de administração – COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR.”

O caso acima, refere-se a uma situação análoga à presente, onde a empresa PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA. apresentou denúncia na referida Corte de Contas sob o argumento de que no certame realizado pelo Município de Caiapônia

“prevê em seu Edital uma exigência que veda a participação no certame de empresas apenas com a suspensão do direito de licitar (art. 87, III, Lei nº 8.666/93), impedimento de licitar (art. 7º da Lei nº 10.520/02) e declaração de inidoneidade (art. 87, IV, da Lei nº 8.666/93), conforme item 3.4 e 3.4.2. Segundo alega, selos termos do ato convocatório as empresas sancionadas com qualquer uma das penalidades restritivas do direito de licitar e



contratar com a Administração Pública, independentemente de quem seja o órgão sancionador, estará impossibilitada de participar do processo licitatório promovido pela municipalidade. Assim, anota que essa exigência editalícia é excessiva e ilegal, uma vez que a doutrina e jurisprudência pátria dão tratamento diferenciado as penalidades impostas pela Administração Pública, sendo dominante o posicionamento que somente a Declaração de Inidoneidade é que gera efeitos em todas as esferas administrativas. A empresa representante expõe que tem contra si uma penalidade de impedimento de licitar e contratar (art. 7º da Lei nº 10.520/02) imposta pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sorocaba, sanção esta que tão somente veda a participação, conforme eles colocam na denúncia, nos processos licitatórios promovidos pelo município de Sorocaba, porém, pela interpretação moderna do Direito, nada os poderia impedir de participar de certames promovidos por quaisquer órgãos federais, estaduais e municipais (desde que não seja no município de Sorocaba). Da fundamentação dos fatos, a empresa cita diversas jurisprudências, súmula e entendimentos doutrinários acerca do tema. Por fim, solicita a concessão de medida cautelar para suspensão da licitação marcada para o dia 09 de julho de 2018 ou a suspensão do certame caso a licitação já tenha ocorrido, ante a presença dos requisitos autorizadores de tal medida, e que posteriormente o item contestado do Edital seja considerado ilegal determinando a consequente correção do mesmo. Foi juntada documentação da empresa, do advogado representante e o Edital (fls. 17/120). Ato contínuo, o Conselheiro Relator encaminhou os autos para esta Secretaria, vide Despacho nº 0297/2018 (fl. 121)."

Ao receber a denúncia, a Secretaria de Licitações e Contratos entendeu que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* não estavam presentes, razão pela qual não foi concedida medida cautelar, acrescentando em sua análise jurídica cautelar o seguinte:



“Levando-se em conta unicamente o texto literal da lei, chegamos à conclusão de que, para a pena prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, que aplica-se de forma complementar ao disposto no art. 7º da Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão), sua aplicação se restringirá ao âmbito do órgão que a penalizou, não se estendendo para os demais entes públicos.

Todavia, em nosso entendimento, tal interpretação literal, sem levar em conta todo o sistema normativo vigente, leva a uma distorção daquilo que foi a intenção do legislador ao prever as punições para empresas contratadas que não cumprem com suas obrigações perante o poder público.

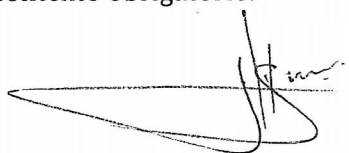
De início temos que citar o que prevê a lei maior do Estado brasileiro, que é nossa Constituição Federal. O art. 37, caput, estabelece os princípios básicos que devem nortear a Administração Pública no Brasil:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Entre os princípios acima está o da moralidade administrativa que deve ser interpretado em consonância ao princípio da legalidade também previsto. Entre normas e princípios constitucionais não existe hierarquia, a interpretação deve se dar de forma a aliar e ponderar a aplicação deles quando existir aparente conflito.

No caso, quando estamos a falar de Administração Pública, toda interpretação deve buscar defender o interesse público sobre o interesse privado, e, por isso, a interpretação sistemática e teleológica deve prevalecer.

Como demonstrado ao longo do texto constitucional e legal (Lei nº 8.666/93) buscou-se através do princípio da moralidade estabelecer um viés necessário de conduta proba de todos aqueles que de alguma forma atuem, lidem ou façam a gestão da coisa pública. E dentro disso, as empresas, as pessoas físicas e entidades privadas estão dentro deste contexto obrigatório.

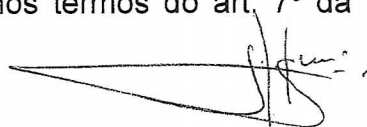


Um exemplo claro do tratamento exigido em qualquer contexto de contratação pública está previsto no art. 9º da Lei nº 8.666/93, que veda a participação direta ou indireta daquele que por algum modo tenha poder de influência na licitação. Neste ínterim, também se está a garantir a ordem legal ampla e a moralidade e impessoalidade que deve guiar a atuação dos atores envolvidos (Administração, servidores, autoridades, agentes políticos e particulares).

Neste caso em análise, se houver atuação do Tribunal de Contas no sentido de liberar a participação eventual de empresa impedida de licitar, estaríamos possibilitando que uma empresa que não cumpriu sua obrigação contratual em outro local (Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sorocaba) pudesse novamente, se lograr êxito na licitação, atuar de forma prejudicial à Administração. Por que uma empresa que agiu de modo contrário à lei na execução de um contrato (cidade de Sorocaba/SP), e foi punida por isso, em outro local (cidade de Caiapônia/GO) estaria plenamente capaz e poderia o poder público nela confiar? Como se vê, acima de tudo o que se busca é resguardar o aplicação do dinheiro público."

No referido processo foi discutido o fato da existência de vários entendimentos sobre a abrangência da aplicação de penalidade à empresa. Contudo, restou especificado no relatório, que, caso a aplicação de penalidade se amolda ao disposto no art. 87, inciso III da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública, deve usar o rigor da lei e não permitir a participação da empresa no certame, fundamentando seu entendimento em julgados do STJ e TCU.

Por outro lado, o Ministério Público de Contas, instado a manifestar no feito, por meio do Parecer Nº. 3254/2018 (fls. 126/128), entendeu que, a aplicação da penalidade nos termos do art. 87, inciso III da Lei nº 8.666/93 gera efeitos apenas em relação ao órgão, entidade ou unidade administrativa sancionadores, podendo licitar com outros da mesma e de outras entidades federativas. Já quando a sanção é prescrita nos termos do art. 7º da Lei nº



10.520/2002, os efeitos vão além, porém se aplica a todos órgãos, entidades ou unidades administrativas da mesma entidade federativa.

Em seu parecer, afirma sobre a existência de divergência de entendimento entre o STJ e o TCU, *“sendo que o TCM-GO não tem posição firmada quanto à matéria, o que torna desarrazoado se suspender um certame com base numa interpretação inédita, caso se adotasse a linha do TCU.”*

Para tanto, merece destacar trechos do citado parecer ministerial sobre o tema:

“A atual posição do TCU é no sentido de que as sanções previstas no art. 7º, da Lei nº 12.520/02, e inciso III, do art. 87, da Lei nº 8.666/93, possuem aplicação somente no âmbito do ente sancionador. Enquanto a declaração de inidoneidade prevista no inciso VI, do art. 87, da Lei nº 8.666/93 possui aplicação de abrangência nacional.

Nessa linha, com base numa interpretação sistemática que abrange a proporcionalidade das penalidades conforme a gravidade da conduta em conjunto com os conceitos legais de Administração e Administração Pública trazidos pela Lei nº 8.666/93, o TCU firmou o posicionamento de gradatividade quanto à repercussão das penalidades do art. 7º, da Lei nº 12.520/02, e do art. 87, da Lei nº 8.666/93. Vejamos trechos de uma decisão Plenária do TCU:

Quanto à abrangência da sanção, **o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo** que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei 10.520/2002) é **pena mais rígida** do que a **suspensão temporária** de participação em licitação e o **impedimento de contratar** com um **órgão da Administração** (art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993), e mais branda do que a **declaração de inidoneidade** para licitar ou contratar com **toda a Administração Pública** (art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993).

Acórdão 2530/2015-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS



ÁREA: Licitação | TEMA: Sanção administrativa | SUBTEMA:
Suspensão temporária Outros indexadores: Declaração de
inidoneidade, Impedimento, Contratação, Abrangência

Assim, o TCU entende:

Art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, pena de impedimento de contratar e licitar – aplica somente em relação ao órgão, entidade ou unidade administrativa sancionadores, podendo licitar com outros da mesma e de outras entidades federativas. Por exemplo, se a Secretaria de Saúde Municipal aplicou a penalidade, o penalizado ainda pode licitar e contratar com outro órgão, entidade ou unidade administrativa do mesmo Município, e, ainda, com de outros Municípios, Estados ou da União.

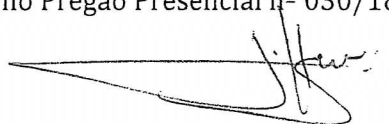
Art. 7º, Lei 10.520/02, pena de impedimento de licitar e contratar – aplica a todos órgãos, entidades ou unidades administrativas da mesma entidade federativa. Por exemplo, se a Secretaria de Saúde Municipal aplicou a penalidade, o penalizado não pode mais contratar com nenhum órgão, entidade ou unidade administrativa do mesmo Município, podendo licitar e contratar os de outros Municípios, Estados ou da União. Art. 87, IV, da Lei nº 8.666/93, pena de declaração de inidoneidade – o penalizado é impedido de licitar e contratar com todos os órgãos, entidades ou unidade administrativas de todas as entidades federativas, ou seja, tem extensão nacional (toda a Administração Pública do país).

(...)”

Ao final do parecer do Ministério Público de Contas do TCM/GO, este manifestou da seguinte forma:

“Diante do exposto, a Procuradoria de Contas se manifesta:

1. pela não concessão da medida cautelar, tendo em vista a ausência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, pois a cláusula editalícia impugnada não dispõe que a sanção de suspensão de licitar e impedimento de contratar aplicada por órgão, entidade ou unidade administrativa de “outra entidade federativa” é causa de impedimento participação no Pregão Presencial nº 030/18;



2. Improcedência da Representação, pois, considerando ao cenário de divergência entre TCU e STJ, ainda que o edital previsse a restrição apontada pelo Representante, não seria razoável ao TCM-GO determinar anulação do certame sem que tenha uma posição própria pacificada e divulgada previamente a seus jurisdicionados;
3. Arquivamento dos autos;
4. Desnecessidade de abertura de contraditório e ampla defesa ao gestor, caso seja acolhida a posição de indeferimento de medida cautelar e improcedência de plano da Representação com arquivamento dos autos;
5. Alertar que eventual abertura de vista para o tão só exercício do contraditório e ampla defesa, sem determinação de diligência, não é passível de aplicação de multa. (IMPROC)"

Vejamos o que traz o Edital sobre os casos de impedimento de participação de empresa no certame:

"6.4. Não poderão participar deste pregão empresas que estejam enquadradas nos seguintes casos:

(...)

- b) impedidas de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (Art. 7º da Lei nº 10.520/2002); suspensas temporariamente de participar de licitação ou impedidas de contratar com a Administração (Art. 87, III, da Lei nº 8.666/93); declaradas inidôneas para licitar ou contratar com Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade (Art. 87, IV da Lei nº 8.666/93); punida pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás com suspensão do direito de contratar ou licitar com a Administração Pública; e caso participe do processo licitatório estará sujeita às penalidades previstas no art. 97, parágrafo único da Lei 8.666/93.
- c) que esteja suspensa ou impedida de licitar junto ao CADFOR – Sistema Eletrônico de Administração de Compras e Serviços do



Estado de Goiás, ou outro Sistema Estadual que venha a substituí-lo;"

No entendimento do Ministério Público de Contas, mesmo que haja previsão editalícia no sentido de impedir empresas penalizadas por outros órgãos, entidades ou unidades administrativas de "outra entidade federativa", não seria, por si só, motivo suficiente a ensejar a anulação do certame ou a desclassificação da empresa, especialmente pela existência de divergência entre TCU e STJ.

O Relator do Processo, Conselheiro Nilo Resende, concluiu seu voto utilizando os seguintes fundamentos:

"4. PROPOSTA DE VOTO DO RELATOR

Este Relator, após análise dos autos, não vislumbra razões para **discordar** da manifestação da Secretaria de Licitações e Contratos, além do Ministério Público de Contas, por não conceder a Medida Cautelar pleiteada.

Concordo com a Especializada, no sentido de conhecer a presente Denúncia, haja vista estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos na Lei Orgânica do TCMGO e no Regimento Interno do Tribunal de Contas dos Municípios.

Entretanto, **discordo** da mesma, por determinar a citação por via AR a Sra. Maria Rosa de Sousa, na condição de Pregoeira e ao Sr. Caio de Sousa Pereira Lima, na condição de Prefeito Municipal, para apresentação de defesa quantos aos fatos narrados na Denúncia, em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, inclusive com expedição de alerta aos Gestores citados acima para que, caso não sejam atendidas as determinações por este Tribunal estarão sujeitos à imputação de multa, nos termos do art. 47-A da Lei Orgânica deste TCMGO, por entender desnecessária a abertura de vista, pois a análise das alegações do Representante se pautam no próprio Edital, sendo descabida manifestação dos responsáveis nesse sentido.



Desse modo, **concordo**, com o posicionamento do Ministério Público de Contas, no sentido de julgar IMPROCEDÊNCIA a presente Denúncia, considerando o cenário de divergência entre Tribunal de Contas da União (TCU) e Supremo Tribunal de Justiça (STJ), ainda que o edital previsse a restrição apontada pelo Representante, não seria razoável ao TCMGO determinar anulação do certame sem que tenha uma posição própria pacificada e divulgada previamente a seus jurisdicionados.

E por fim, **concordo** com o mesmo, no sentido de arquivar o presente feito, sem antes adotar as demais providências de praxe, inclusive a cientificação do(s) interessado(s). Logo, apresento meu Voto em:

I. CONHECER a presente Denúncia, haja vista estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos na Lei Orgânica do TCMGO e no Regimento Interno do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás.

II. no mérito, julga-lá **IMPROCEDENTE** pois, considerando ao cenário de divergência entre TCU e STJ, ainda que o edital previsse a restrição apontada pelo Representante, não seria razoável ao TCM-GO determinar anulação do certame sem que tenha uma posição própria pacificada e divulgada previamente a seus jurisdicionados.

III. pela não concessão da Medida Cautelar pleiteada, tendo em vista a ausência do fumus boni juris e do periculum in mora, pois a cláusula editalícia impugnada não dispõe que a sanção de suspensão de licitar e impedimento de contratar aplicada por órgão, entidade ou unidade administrativa de "outra entidade federativa" é causa de impedimento na participação no Pregão Presencial Nº 030/18.

IV. Determinar as demais providências de praxe, inclusive a cientificação da presente decisão ao(s) interessado(s). **GABINETE DO CONSELHEIRO RELATOR**, em Goiânia, aos 15 dias do mês de agosto de 2018.

NILO RESENDE

Cons. Relator"



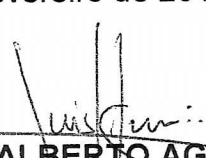
Diante do disposto acima, é forçoso concluir que não é pacífico o entendimento sobre a matéria posta em sede de recurso, notadamente entre STJ e TCU; contudo, o TCM/GO, em recente decisão, se posicionou no sentido de que, *“ainda que o edital previsse a restrição apontada pelo Representante, não seria razoável ao TCM-GO determinar anulação do certame sem que tenha uma posição própria pacificada e divulgada previamente a seus jurisdicionados.”*

Cabe acrescentar ainda que, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás – TCM/GO, não há registro de impedimento da empresa recorrida de licitar ou contratar ou exercer cargo público (doc. anexo), bem como ausente de restrição de contratar com a Administração Pública em documento expedido pelo SICAF – Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores.

Nesse caso então, além de serem observados os pontos apresentados, a Pregoeira deve também pautar sua decisão na motivação que ensejou a aplicação da penalidade à empresa recorrida.

Esse é o Parecer, s.m.j. Sob censura.

Catalão (GO), 26 de fevereiro de 2019.



LUIS ALBERTO AGUIAR
ASSESSOR JURÍDICO
OAB/GO N.º 19.870