

PREFEITURA DA ESTÂNCIA BALNEARIA DE MONGAGUÁ
Av. Getúlio Vargas, nº. 67 - Centro - Mongaguá - SP.
CEP. 11730-000 - Telefone: (13) 3445-3000

Seção de Licitações

Segue o Parecer desta Coordenadoria de Licitações

TIPO DE LICITAÇÃO: Pregão Presencial nº 67/2019

ASSUNTO: Análise de Recurso Administrativo

Processo nº 242/2019

PARECER Nº 19/2020

Relatório e Fundamentação

Trata-se de recurso interposto pela empresa **K SOLUÇÕES E LOGÍSTICA EIRELI - EPP**, nos autos do Pregão Presencial nº 67/2019, que tem por objeto a prestação de serviços de confecção de calçados para suprir as necessidades da Diretoria Municipal de Educação.

Aduz a empresa recorrente que fora impedida de se credenciar para participar do presente processo, eis que a Comissão de Licitação constatou, junto ao site do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCESP -, que a mesma encontra-se impedida de contratar com a administração pública.

A recorrente argumenta que, conforme entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União – TCU -, o registro de suspensão que consta no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem abrangência restrita ao órgão sancionador, qual seja, Prefeitura Municipal de Registro/SP, razão pela qual solicita a reconsideração da decisão da Comissão.

Ao final, pugna pela sua participação no pregão em referência, anulando-se, para tanto, os atos praticados em contrário.

É a síntese do necessário.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a determinação disposta no item 3.2 do edital é adotada nas contratações firmadas por esta Municipalidade, sendo que referida insurgência deveria ter sido arguida em sede de impugnação de edital. Após análise dos autos principais e anexos, verifica-se que a fase de impugnação do texto do edital fora garantida, contudo, acerca do tema, não houve qualquer dúvida ou impugnação apresentada pela empresa recorrente ou qualquer outro interessado no certame.

Portanto, resta claro que encontra-se precluso o direito da recorrente de arguir eventuais desconformidades de cláusulas editalícias.

Todavia, por amor ao debate, cumpre esclarecer que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que congrega a 1ª e 2ª Turmas do Tribunal, as

PREFEITURA DA ESTÂNCIA BALNEARIA DE MONGAGUÁ

Av. Getúlio Vargas, nº. 67 - Centro - Mongaguá - SP.

CEP. 11730-000 - Telefone: (13) 3445-3000

quais possuem atribuição regimental para tratar do tema “licitações e contratos administrativos”, em julgamento decidido de forma unânime, consolidou o entendimento de que a abrangência da penalidade contida no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 é nacional, nos termos da seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE APLICADA COM BASE NA LEI 8.666/93. DIVULGAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA GERENCIADO PELA CGU. DECADÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI EM TESE E/OU ATO CONCRETO. DANO INEXISTENTE. 1. O prazo decadencial conta-se a partir da data da ciência do ato impugnado, cabendo ao impetrado a responsabilidade processual de demonstrar a intempestividade. 2. A Controladoria Geral da União é parte legítima para figurar em mandado de segurança objetivando atacar a inclusão do nome da empresa no PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, por ela administrado. 3. O writ impugna ato concreto, oriundo do Ministro dirigente da CGU, inexistindo violação de lei em tese. 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional. 5. Segurança denegada. (STJ, MS 19657/DF, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 14/08/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO)

Inclusive, este já era o entendimento da Corte, que sucessivas vezes já o havia reafirmado, a exemplo do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32628/SP, relatado pelo Ministro Mauro Campbell Marques, do Recurso Especial nº 174274/SP, relatado pelo Ministro Castro Meira e o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 9707/PE, relatado pela Ministra Laurita Vaz.

O jurista Marçal Justen Filho apresenta uma ponderação pela maior efetividade da sanção de suspensão de licitar e impedimento de contratar, no sentido que:

(...) pode-se contrapor que a lógica excluiria o cabimento de sancionamento ao sujeito no estrito âmbito de um único e determinado sujeito administrativo. Se o agente apresenta desvio de conduta que o inabilitam para contratar com um determinado sujeito administrativo, os efeitos dessa ilicitude teriam de se estender a toda a Administração Pública. Assim se passa porque a prática do ato reprovável, que fundamenta a imposição da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar, evidencia que o infrator não é merecedor de confiança. Um exemplo prático permite compreender o raciocínio. Suponha-se que o contratado deixe de adimplir às obrigações assumidas num contrato de empreitada de obra

PREFEITURA DA ESTÂNCIA BALNEARIA DE MONGAGUÁ

Av. Getúlio Vargas, nº. 67 - Centro - Mongaguá - SP.

CEP. 11730-000 - Telefone: (13) 3445-3000

pública. Entrega à Administração uma obra defeituosa. Sancionado com a suspensão do direito de licitar, estaria ele livre para contratar com outros entes da Administração pública? Reputa-se que a resposta negativa é a mais compatível com a ordem jurídica. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 892)

Na mesma ótica é a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

Questão que tem sido frequentemente discutida reside nos efeitos derivados das sanções de suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a Administração (art. 87, III, Estatuto) e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração (art. 87, IV). Há três correntes de pensamento. Para grande parte dos especialistas, o efeito é restritivo, vale dizer, limita-se ao ente federativo em que a sanção foi aplicada, invocando-se duas razões: (1ª) a autonomia das pessoas da federação; (2ª) a ofensa ao princípio da competitividade, previsto no art. 3º, § 1º, I, do Estatuto. Outra corrente, no entanto, advoga o entendimento de que o efeito sancionatório é restritivo para a suspensão e extensivo para a declaração, ou seja, neste último caso, deve a sanção ser recepcionada por entidade federativa diversa. O argumento tem amparo no fato de que no art. 87, III, o Estatuto alude à Administração – definida no art. 6º, XII, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente -, ao passo que no art. 87, IV, refere-se à Administração Pública – definida no art. 6º, XI, como sendo a administração direta e indireta dos diversos entes federativos. Na verdade, não conseguimos convencer-nos, data venia, de qualquer dos pensamentos que concluem no sentido restritivo dos efeitos punitivos. Parece-nos que o efeito deva ser sempre extensivo. Em primeiro lugar, não conseguimos ver diferença de conceituação naqueles incisos do art. 6º, já que o que podemos constatar é apenas uma péssima e atécnica definição de Administração Pública; com efeito, nenhuma diferença existe entre Administração e Administração Pública. Além disso, se um contratado é punido por um ente federativo com a aplicação de uma daquelas sanções, a razão só pode ter sido a inexecução total ou parcial do contrato, isto é, o inadimplemento contratual, como está afirmado na lei (art.87). Desse modo, não nos parece fácil entender por que tal infração também não acarretaria riscos para as demais entidades federativas no caso de alguma delas vir a contratar com a empresa punida. Quer dizer: a empresa é punida, por exemplo, com a suspensão do direito de licitar perante uma

entidade federativa, mas poderia licitar normalmente perante outra e, como é óbvio, sujeitá-la aos riscos de novo inadimplemento. Para nós não há lógica em tal solução, porque a Administração Pública é uma só, é una, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa federativa tenha sua própria estrutura. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012, pág. 219)

Rafael Carvalho Rezende Oliveira destaca que:

Em primeiro lugar é importante destacar a completa imprecisão da distinção entre os vocábulos “Administração Pública” e “Administração”, uma vez que a doutrina considera as expressões como sinônimas, e a própria Lei 8.666/93 não se utiliza dessas expressões de forma clara (ex.: o art. 87, IV, da Lei, ao tratar da declaração de inidoneidade, adota, em verdade, as duas expressões). Em segundo lugar, não há violação ao princípio federativo na utilização dessas sanções por outros Entes com o objetivo de impedir a contratação de empresa que apresenta risco ao interesse público, não sendo razoável considerar que uma empresa penalizada coloque em risco apenas o Ente sancionador, e não os demais. Por fim, os princípios da moralidade e da eficiência, insculpidos no art. 37 da CRFB, devem pautar todas as Administrações Públicas, não importa o nível federativo, sendo certo que a contratação de risco vulneraria os citados princípios. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014, pág. 192)

A lógica principal utilizada pelos doutrinadores é simples: se a empresa fora declarada suspensa de licitar, o motivo fora a inexecução total ou parcial de contratos firmados com a Administração, fato que causou um dano à mesma, de modo a tornar temerária a contratação da empresa por todo e qualquer ente, haja vista o risco de novo inadimplemento e novos danos.

Ademais, não se pode olvidar ainda que administração constitui um todo uno e indivisível, bem como que todos os entes federados, suas administrações indiretas e órgãos estão sujeitos aos ditames da Lei nº 8.666/93, que em seu art. 3º dispõe acerca da necessidade de observância dos postulados da moralidade e probidade administrativa.

Desta feita, respaldada pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça bem como pela melhor doutrina, a Administração reputou por bem adotar em todas as suas contratações e editais o posicionamento de que os efeitos da suspensão em contratar e licitar devem alcançar toda Administração Pública.

PREFEITURA DA ESTÂNCIA BALNEARIA DE MONGAGUÁ

Av. Getúlio Vargas, nº. 67 - Centro - Mongaguá - SP.

CEP. 11730-000 - Telefone: (13) 3445-3000

Como dito alhures, o edital, instrumento que faz lei entre as partes, é claro e objetivo quanto ao posicionamento que veda a participação de licitantes apenados com suspensão de licitar: Vejamos o item 3.2:

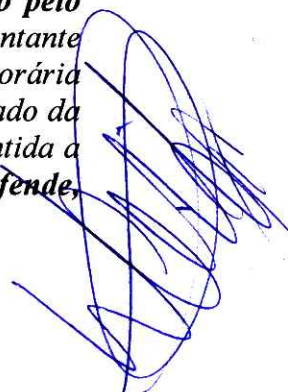
3.2 - Não será permitida a participação de empresas:

(...)

V – Impedidas de licitar e contratar nos termos do artigo 7º da Lei nº 10.520/02, seguindo entendimento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, conforme decisão do TC-026904/026/10 (...).

Vejamos o referido posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no TC-026904/026/10

Expediente: TC-026904/026/10. Representante: Logos do Brasil Estruturas e Eventos Ltda., por seu sócio administrador Jeferson Barbosa Borges. Representada: Prefeitura da Estância Balneária de Praia Grande. Assunto: Despacho de apreciação sobre Representação relativa ao edital do Pregão Presencial nº 059/10, certame destinado à formação de Registro de Preços para locação de arquibancadas, sistemas de sonorização, sistema de iluminação, tendas piramidais, sanitários químicos, geradores de energia elétrica, fechamentos, grades de proteção e estandes. Logos do Brasil Estruturas e Eventos Ltda., formula pedido de impugnação do edital do Pregão Presencial nº 059/10, certame instaurado pela Prefeitura da Estância Balneária de Praia Grande com o propósito de formar Registro de Preços destinados à locação arquibancadas, sistemas de sonorização, sistema de iluminação, tendas piramidais, sanitários químicos, geradores de energia elétrica, fechamentos, grades de proteção e estandes. Alega a representante que o item 3.2 do referido instrumento apresenta conteúdo restritivo, na medida em que estende a hipótese de impossibilidade de participação no certame não só às empresas impedidas por força de penalidade aplicada pela Prefeitura de Praia Grande, mas também àquelas apenadas em outros entes da Federação. Tratando-se de licitação na modalidade pregão, haveria de prevalecer o entendimento de que tal condição de participação afastaria apenas as empresas apenas pela Prefeitura de Praia Grande, conforme melhor interpretação do preceituado pelo art. 7º da Lei nº 10.520/02. No caso concreto, a representante informa estar cumprindo pena de suspensão temporária imposta pela São Paulo Turismo S/A, órgão descentralizado da Administração do Município de São Paulo, fato que, mantida a regra impugnada, inviabilizaria sua participação. Defende,



PREFEITURA DA ESTÂNCIA BALNEARIA DE MONGAGUÁ

Av. Getúlio Vargas, nº. 67 - Centro - Mongaguá - SP.

CEP. 11730-000 - Telefone: (13) 3445-3000

nesses termos, a retificação do edital como medida de preservação de direitos de natureza subjetiva. A inicial veio instruída com a documentação preceituada no artigo 218, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal, bem como por cópia do instrumento impugnado, o qual informa o dia 29/07/10, às 9h30, como data-limite para o recebimento das propostas. A questão trazida na vestibular já foi por vezes debatida nesta Corte, cuja jurisprudência coleciona precedentes pautados em mais de uma abordagem doutrinária sobre o tema. Disso resultou o convencimento de que não cabe a este Tribunal de Contas sub-rogar-se na função legislativa e assim definir a extensão e o alcance das penas previstas no Estatuto, na medida em que a norma de regência não preceitua regra específica definindo a aludida extensão, nas diversas esferas de Poder, dos efeitos das penas decorrentes da violação à Lei de Licitações ou, no caso, da Lei do Pregão, havendo, assim, de por ora se respeitar a conveniência e oportunidade da Administração em restringir ou não, conforme o caso, o acesso de interessados apenas aos certames. Nesse sentido se orienta a hodierna jurisprudência, conforme excerto do voto revisor proferido por Sua Excelência o Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga nos autos do TC-001032/006/09: "...13. Nestes termos, seria de todo oportuno, até edição de norma legal expressa, que esta Corte de Contas adotasse diretriz clara a respeito, em franca homenagem ao princípio da segurança jurídica. Bem assim, submeto ao elevado crivo de Vossas Excelências sugestão de que deixemos ao alvedrio do Administrador optar pela interpretação que melhor atenda à sua necessidade na persecução do interesse público almejado. Este foi, por sinal, o entendimento já adotado por este Tribunal Pleno, em sessão de 16-08-06, nos autos do TC-024134-026-06, sob a relatoria do E. CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES. (...) que a opção do Executivo de Caçapava, de impedir o acesso de interessadas que porventura tiveram temporariamente suspenso o direito de participar de licitações e, conseqüentemente, de celebrar avenças com entes da Administração pública (...) seja respeitada, autorizando-se por decorrência que o indigitado requisito de participação prevaleça no corpo do instrumento convocatório, com o alcance originariamente projetado pela Prefeitura. amparo de acervo doutrinário e jurisprudencial. 14. Se acolhida esta tese, proponho, na hipótese, que, respeitando o entendimento da Administração Municipal de Ipeúna, consideremos improcedente a impugnação que recai sobre o item 4.4.3 do edital, já que também conta com respeitável amparo de acervo doutrinário e jurisprudencial. É como voto." (E. Tribunal Pleno, Sessão de 19/08/09). Ao menos a priori, portanto, não cabe conferir à cláusula

PREFEITURA DA ESTÂNCIA BALNEARIA DE MONGAGUÁ

Av. Getúlio Vargas, nº. 67 - Centro - Mongaguá - SP.

CEP. 11730-000 - Telefone: (13) 3445-3000

impugnada a controvérsia pretendida pela representante. Não havendo, nessa conformidade, direito a ser tutelado em sede de Exame Prévio de Edital, INDEFIRO a representação subscrita por Logos do Brasil Estruturas e Eventos Ltda. e determino o arquivamento do expediente. Ao Cartório, para que providencie a intimação da representante e da representada quanto ao aqui decidido. Publique-se.
DESPACHOS DO CONSELHEIRO RELATOR ROBSON MARINHO

O edital, indubitavelmente, veda a participação de empresa que esteja suspensa por qualquer órgão da Administração de maneira que basta o registro da suspensão por qualquer órgão público para que incida a vedação de contratar ou licitar com esta Administração Pública Municipal.

Em que pese não se vislumbrar razão para tal, cumpre registrar que possível alteração de critérios de habilitação ou de vedação em participar de licitação não levaria a classificação/habilitação da recorrente, mas sim ao cancelamento da licitação para que novo texto editalício fosse publicado.

Expostos os argumentos e debates concernentes ao âmbito de abrangência da sanção positivada no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, vislumbra-se que os órgãos responsáveis pela aplicação da lei têm se inclinado à adotar a validade nacional da reprimenda, como medida de proteção dos entes contratantes em face de um licitante ou contratado que demonstrou incapacidade de cumprir com avenças anteriormente firmadas com o Poder Público.

A exceção a tal entendimento reside no posicionamento do Tribunal de Contas da União, na defesa da restrição da sanção ao órgão punidor. Todavia, aguarda-se a revisão de tal entendimento, mormente diante da pacificidade do tema nos órgãos do Poder Judiciário.

Conclusão

Do exposto, esta Coordenadoria manifesta-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso apresentado pela empresa **K SOLUÇÕES E LOGÍSTICA EIRELI - EPP**.

É o parecer, s.m.j.

Mongaguá, 20 de janeiro de 2020.

Wilson Capatto Junior
OAB/SP nº 299.764