



RESPOSTA AO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO Nº. 01

PREGÃO PRESENCIAL Nº. 002/2017

Veio ao Departamento Jurídico da Câmara Municipal de Vereadores de Francisco Beltrão pedido expresso da Sra. Pregoeira para emissão de parecer jurídico quanto ao pedido de esclarecimento formulado pela empresa TELEFÔNICA BRASIL S/A, que alegou que, embora o item 5.2.3 do edital restrinja a participação na licitação de empresas suspensas ou impedidas de licitar com a Administração Pública em todas as esferas, ou que tenham sofrido sanção administrativa imposta por esse Poder Legislativo, sobre a empresa foi aplicada penalidade contida no inciso III do art. 87 Lei nº. 8.666/93, apenas com efeitos da sanção de impedimento de licitar e contratar ao âmbito da Administração da Justiça Federal do Espírito Santo.

Diante disso, requer seja esclarecido se a TELEFÔNICA BRASIL S/A estaria impedida de participar da presente licitação.

Pois bem.

A questão em debate versa sobre a abrangência da penalidade disposta no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, que trata da suspensão temporária para licitar e impedimento de contratar com a Administração, donde se indaga se há entendimento consolidado no sentido de que essa deve se restringir ao âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção.

Muito se tem discutido acerca da abrangência da sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93.

Alguns defendem que a sanção alcança somente o órgão ou entidade pública sancionadora, outros defendem que a sanção alcança toda a Administração Pública.

Num primeiro momento, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União expressava firme posicionamento no sentido de que essa sanção implicava na suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar abrangia o órgão ou entidade pública que houvesse aplicado a sanção. Nesse sentido, colaciona-se as seguintes decisões:

AUDITORIA. ÁREA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. SERVIÇOS DE NATUREZA CONTINUADA. TERCEIRIZAÇÃO. PREGÃO. DETERMINAÇÕES.

Sumário

(...)

3. Não tem amparo legal a inclusão em edital de licitação de dispositivo que veda a participação de empresas apenas com suspensão temporária do direito de licitar, salvo nos casos em que a suspensão tenha sido imposta pela própria entidade promotora do certame.

(...)



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

Voto do Ministro Relator

Consignou a equipe encarregada da fiscalização que a suspensão temporária de participação em licitação deve ser entendida como uma penalidade a ser cumprida apenas perante o órgão que a impôs, sendo esse o entendimento já pacificado nesta Corte, a exemplo do contido nas Decisões 369/1999, 226/2000 e 352/1998, todas do Plenário.

Consoante registrado, na Decisão 352/1998 - Plenário, "o Tribunal firmou entendimento de que as penalidades previstas na Lei se apresentam em escala gradativa de gravidade, deixando clara a intenção do legislador no sentido de disponibilizar ao gestor opções de sanções a serem aplicadas, levando-se em conta a infração cometida. Assim, aplicar-se-ia uma pena mais branda para faltas não tão graves, suspendendo-se temporariamente o direito de licitar, e uma pena mais severa para aquelas faltas revestidas de maior gravidade, declarando-se inidôneo o licitante infrator".

Ressaltou ainda a equipe de auditoria que a própria Lei n.º 8.666/1993, em seu art. 97, classifica como crime admitir a participação de licitante ou celebrar contrato com profissional ou empresa declarada inidônea, o que deixa claro a distinção entre os dois incisos.

Sendo assim, concluiu que "a Lei repudia, tão-somente, a participação em licitação ou celebração de contrato com aquele declarado inidôneo. Quanto à participação ou celebração de contrato com empresa apenada com a sanção do art. 87, inciso III (suspensão temporária), a Lei não faz qualquer objeção, o que confirma o entendimento de que a proibição em licitar ou contratar com pessoa apenada por este inciso restringe-se ao órgão que aplicou a pena e não a toda a Administração Pública".

Diante disso, foi proposta, apropriadamente, determinação ao INCRA/PB, no sentido de que se abstenha de incluir em seus editais a vedação à participação, nas licitações promovidas pelo órgão, de empresas que tenham sido apenadas com a suspensão temporária do direito de licitar, à exceção dos casos em que a suspensão tenha sido imposta pelo próprio INCRA.

Acórdão

(...)

9.2. determinar ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Superintendência Regional na Paraíba/INCRA/PB que:

9.2.1. abstenha-se de incluir em seus editais a vedação à participação, nas licitações promovidas pelo órgão, de empresas que tenham sido apenadas com a suspensão temporária do direito de licitar, à exceção dos casos em que a suspensão tenha sido imposta pelo próprio INCRA;

(..)

Acórdãos 1.727/2006-1ª Câmara

REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES EM PROCESSO LICITATÓRIO. FALHAS INSUFICIENTES PARA ENSEJAR A APENAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÕES. ARQUIVAMENTO

(..)

9.3. determinar ao Hospital Geral de Bonsucesso/RJ que:

(...)



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

9.3.2. abstenha-se de restringir, em seus certames, a participação de empresas em desfavor das quais tenha sido aplicada, por outros órgãos ou entidades, a pena de suspensão temporária prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993;

Acórdão 2617/2010 - Segunda Câmara

REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM CONVITE PROMOVIDO PELO BNB. ALEGAÇÃO DE SUSPENSÃO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PELO PERÍODO DE UM ANO (ART. 87, III, DA LEI DE LICITAÇÕES). SOLICITAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE FUMUS BONI JURIS E DE PERICULUM IN MORA. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO

Relatório do Ministro Relator

3. (...)

Instado a se manifestar, o MP/TCU, em parecer da lavra do Procurado-Geral Lucas Rocha Furtado, fez as seguintes considerações:

"(...)

Todavia, a unidade técnica acredita que a melhor interpretação para o inciso III, do art. 87, da Lei nº 8666/93, está com o Superior Tribunal de Justiça, conforme os julgados transcritos na instrução, dos quais se extrai o posicionamento de que é "... irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração", razão por que tanto a sanção de declaração de inidoneidade quanto a de suspensão temporária ali citadas inabilitariam o sujeito para licitar e ~~contratar com qualquer órgão da Administração Pública.~~

Assevera que a orientação do STJ "... é bastante inovadora, e face à ampliação que dá aos efeitos da suspensão temporária (art. 87, inc. III), termina por fortalecer a Administração Pública como um todo e o comportamento que deve possuir o administrador na defesa do patrimônio público" (fl. 106). Diante disso, propõe a audiência do presidente do BNB S/A para que apresente justificativa pelo fato de ter declarado vencedora do certame empresa que se ~~encontrava impedida de licitar~~ com a Administração em virtude de penalidade aplicada pelo TJ/CF, com fundamento no art. 87, inc. III, da Lei nº 8.666/93.

Sobre o assunto, alinho-me ao posicionamento da parcela da doutrina que considera que a sanção aplicada com supedâneo no art. 87, inciso III, da Lei das Licitações restringe-se ao órgão ou entidade contratante, não sendo, portanto, extensível a toda a Administração Pública.

A Lei das Licitações, no seu art. 6º, XI e XII, estabeleceu definições precisas para as expressões "Administração Pública" e "Administração" as quais faz referência ao longo do texto normativo, o que evidencia a nítida preocupação do legislador com o conteúdo técnico dos termos ali colocados. Conforme bem assinalou o Ministro Bento José Bugarin, em sede de processo de representação em que se discutia matéria idêntica, "... Caso desejasse que a punição de suspensão temporária do direito de licitar fosse estendida a toda a Administração Pública, certamente o legislador teria expressamente a ela se referido no texto legal. Como não o fez, e tratando-se de matéria de natureza penal (em sentido amplo), deve-se interpretar o comando normativo de forma restritiva" (excerto do Voto que fundamentou a Decisão nº 352/1998 - Plenário, da relatoria do Ministro Bento José Bugarin).

Oportuna também a ponderação do Relator no sentido de que entre os administrativistas não há consenso até mesmo quanto à extensão da declaração de inidoneidade, ou seja, se essa declaração firmada por determinada esfera de governo alcançaria as outras. Após fazer referência às lições de Carlos Ari Sundfeld e Toshio Mukai, o Relator arremata com acerto: "Se é defensável que alguém considerado inidôneo em determinada esfera administrativa não



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

o seja em outra, muito mais razoável é admitir-se que a suspensão temporária do direito de licitar seja válida apenas no âmbito do órgão ou entidade que aplicou a penalidade, não apenas por raciocínio lógico, mas principalmente em atenção ao princípio da legalidade, que deve nortear toda a atividade da Administração Pública".

Dessa forma, considero que o impedimento temporário de participar de procedimentos licitatórios está restrito à Administração, assim compreendida pela definição do inciso XII do art. 6º da Lei de Licitações.

Por essas razões, e considerando que não foram identificadas outras irregularidades que possam infirmar o procedimento licitatório em foco, o Ministério Público manifesta-se no sentido de que o TCU conheça da presente representação, para, no mérito, considerá-la improcedente, com o posterior arquivamento dos autos".

É o Relatório

Voto do Ministro Relator

7. De fato, é correto o entendimento do MP/TCU sobre a questão de que se "uma empresa penalizada no seu direito de licitar com a Administração, nos moldes do art. 87, inc. III, da Lei de Licitações (suspensão temporária), deve ser impedida de participar de licitação em órgão distinto daquele que impôs a sanção?"

8. Acolho os argumentos do Procurador-Geral a acrescento dois excertos de votos de Ministros desta Corte que esclarecem ainda mais a suposta polêmica:

8.1 Ministro Aroldo Cedraz - Acórdão nº 3858/2009 - 2ª Câmara: "A questão referente à inidoneidade para licitar com ente público federal, em razão de a Caixa Econômica Federal ter aplicado à empresa Fortnorte punição de suspensão para licitar por umano, foi considerada improcedente, pois a jurisprudência desta Corte de Contas tem se firmado no sentido de que a suspensão temporária, com fundamento no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93, só tem validade no âmbito do órgão que a aplicou".

8.2 Ministro Guilherme Palmeira - Acórdão nº 1727/2006 - 1ª Câmara: "Não tem amparo legal a inclusão em edital de licitação do dispositivo que veda a participação de empresas apenadas com suspensão temporária do direito de licitar, salvo nos casos em que a suspensão tenha sido imposta pela própria entidade promovedora do certame".

9. Portanto, em razão de que não foram demonstradas outras irregularidades capazes de macular o procedimento licitatório em exame, deve prevalecer a posição do MP/TCU no sentido de considerar improcedente a representação.

Ante o exposto, manifestando minha anuência parcial com a unidade técnica e total com o MP/TCU, voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado

Acórdão

(...)

9.1. conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la improcedente;

9.2. dar ciência deste acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, à interessada e ao BNB;

9.3. arquivar o processo



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

Acórdão 1539/2010 - Plenário

Porém, com fulcro em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União proferiu duas decisões no sentido de que a sanção prevista no art. 87, III, alcança toda a Administração Pública e não apenas o ente ou órgão que aplicou a sanção. Confira-se:

“SUMÁRIO: PEDIDO DE REEXAME. REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. EDITAL. CLÁUSULA IMPEDITIVA DA PARTICIPAÇÃO DE INTERESSADOS SUSPENSOS POR ENTE DISTINTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEGALIDADE. SANÇÕES APLICADAS A PESSOA JURÍDICA. ALCANCE DOS EFEITOS. DETERMINAÇÕES. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL.

- 1. A vedação à participação em licitações e à contratação de particular incurso na sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93 estende-se a toda a Administração direta e indireta.*
- 2. Incumbe a cada órgão da Administração impedir a participação de sociedade empresária que comparece a certame licitatório no intuito de esquivar-se de sanção aplicada por ente diverso da Administração.*
- 3. Presume-se fraude quando a sociedade que procura participar de certame licitatório possui objeto social similar e, cumulativamente, ao menos um sócio-controlador e/ou sócio gerente em comum com a entidade apenada com as sanções de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, previstas no inciso III e IV do art. 87 da Lei 8.666/93.*

Voto do Ministro Revisor

Por essas razões, entendo que esta Corte deva rever seu posicionamento anterior, para considerar legal a inserção, pela Infraero, de cláusula editalícia impeditiva de participação daqueles incursos na sanção prevista no inciso III da Lei 8.666/93.

Voto Complementar

3. Nesta oportunidade, o Relator da deliberação contestada pela Infraero, eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues, apresenta voto revisor, colacionando, inclusive, decisões do Superior Tribunal de Justiça, que amparam seu novo entendimento de que a vedação à participação em licitações e à contratação de particular incurso na sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 estende-se a toda a Administração direta e indireta.

4. Considerando que ainda não há jurisprudência consolidada sobre a matéria em discussão, e tendo em vista que a linha defendida pelo Revisor carrega o nobre propósito de dar proteção à Administração Pública e, enfim, ao interesse público, não vejo óbice a que esta Corte reveja seu posicionamento anterior, para considerar legal a inserção, pela Infraero, de cláusula editalícia impeditiva de participação daqueles incursos na sanção prevista no inciso III da Lei 8.666/1993, na forma proposta pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, cujo voto passo a acompanhar.”

Acórdão nº 2218/2011. 1ª Câmara

Sumário

REPRESENTAÇÃO AUTUADA PELA SECEX/AC ACERCA DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM CONTRATAÇÃO REALIZADA COM RECURSOS PÚBLICOS FEDERAIS. PREGÃO PRESENCIAL PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 163/2008. INSPEÇÃO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. AUDIÊNCIA. ANÁLISE DAS JUSTIFICATIVAS. ACOLHIMENTO. ARQUIVAMENTO



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

Voto do Ministro Relator

6. Quanto ao ponto que discute o alcance dos efeitos da penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a administração pública, trago ao conhecimento do responsável que, posteriormente à instrução da Secex/AC, foi proferido o Acórdão nº 2218/2011 - TCU - 1ª Câmara, de 12.4.2011, no qual esta Corte reviu seu posicionamento sobre o alcance dessa penalidade, ante o nobre propósito de dar proteção à Administração Pública e ao interesse público, e considerando decisões do Superior Tribunal de Justiça. O novo entendimento dado à questão foi "de que a vedação à participação em licitações e à contratação de particular incurso na sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 estende-se a toda a Administração direta e indireta."

Acórdão

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator em:

9.1. acolher as razões de justificativa do Sr. Nilton Luiz Casson Mota;

9.2. dar ciência à Secretaria de Estado de Extensão Agroflorestal e Produção Familiar- Seaprofi/AC de que este Tribunal, visando dar maior proteção à Administração Pública e ao interesse público, reviu seu posicionamento sobre o alcance da penalidade prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93 e, considerando decisões proferidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, decidiu que "... a vedação à participação em licitações e à contratação de particular incurso na sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 estende-se a toda a Administração direta e indireta." (Acórdão nº 2.218/2011 - TCU - 1ª Câmara, de 12.04.2011);

(...)

Acórdão nº 3.757/2011. 1ª Câmara

Ocorre que, até aquele momento, não se podia afirmar que o Tribunal de Contas da União havia alterado o seu entendimento e que havia um entendimento conclusivo daquele Tribunal acerca da questão.

Vale destacar que aquela Corte de Contas fez constar no Acórdão 3.171/2011 a observação de que a matéria encontrava-se em discussão no âmbito do TC-013.294/2011-3, cuja manifestação conclusiva do Tribunal serviria de paradigma para situações similares. A propósito, destaca-se o que constou da declaração de voto do Ministro Augusto Nardes ao manifestar a concordância, nesse ponto, com o voto do Ministro Relator:

3. Diante das ponderações lançadas pelo Relator, amso ao entendimento de que não deve este Tribunal se manifestar, nesta oportunidade, sobre o mérito do alcance da penalidade prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, razão pela qual não se mostra cabível a medida sugerida pela unidade técnica no item 11.g da proposta de encaminhamento.

4. É que, como informou o ilustre Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, matéria análoga, envolvendo a aplicação de sanções de mesma natureza previstas na Lei nº 8.666/1993, a qual se aplica subsidiariamente ao certame em questão, encontra-se atualmente em discussão no âmbito do TC-013.294/2011-3, cuja manifestação conclusiva deste Tribunal servirá de paradigma para situações similares a que se examina nestes autos.



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

A indefinição jurisprudencial do TCU acerca da matéria foi citada na análise consignada no Acórdão AC-0992-14/12-P, na forma que segue:

São dois os aspectos a serem analisados: o primeiro, se a sanção aplicada pelo CJF teria a prerrogativa de afastar a empresa sancionada de licitações com toda a Administração Pública e, segundo, se a participação da empresa punida no consórcio impediria a participação deste na licitação.

Entendo que os elementos presentes nos autos não autorizam que se dê guarida ao entendimento defendido pela representante.

No que se refere ao primeiro aspecto acima, de fato há dois acórdãos da 1ª Câmara deste Tribunal em que prevaleceu o entendimento de que a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93 deve impedir a empresa punida de participar de qualquer licitação promovida pela Administração Pública Federal, e não apenas pelo órgão que aplicou a sanção (Acórdãos 2.218/2011 e). No entanto, há que registrar que o entendimento "histórico" do Tribunal é em sentido oposto (a teor da Decisão 352/98-Plenário, Acórdãos 1.727/2006-1ª Câmara, 2.617/2010-2ª Câmara, 1.539/2010-Plenário). Considerando que os Acórdãos 2.218/2011 e 3.752/2011 são ambos da 1ª Câmara, entendo que não se pode afirmar que há um entendimento consolidado acerca da matéria. Aliás, conforme mencionado pelo Ministro-Relator do Acórdão 3.171/2011-Plenário, há um processo em curso nesta Corte em que se discute justamente essa questão (TC-013.294/2011-3).

Dessa forma, considerando a indefinição jurisprudencial do TCU acerca da matéria, não entendo razoável que se deva exigir da CGI/MJ que não possibilite a participação da Brasil Telecom S/A na licitação em tela.

Dessa forma, embora existissem dois precedentes da 1ª Câmara do Tribunal de Contas no sentido de que a pena de suspensão alcançaria toda a Administração Pública, o próprio Tribunal havia reconhecido que ainda não havia entendimento consolidado acerca da matéria e expressamente manifestou-se no sentido de que a decisão que viria a ser proferida no TC- 013.294/2011-3 seria o paradigma para casos futuros semelhantes.

Veio, então, a decisão emanada pela Corte junto ao TC-013.294/2011-3, que ora reproduzimos na íntegra, o que demonstra a celeuma quanto à questão da abrangência dos efeitos da penalidade do inciso III do artigo 87 da Lei nº. 8.666/93, bem como a conclusão sustentada pelo Tribunal de Contas da União:

GRUPO II - CLASSE VII - Plenário

TC 013.294/2011-3

Natureza: Representação

Unidade: Município de Cambé/PR

Responsáveis: João Dalmácio Favinato, Prefeito (CPF 499.565.829-72), Eduardo Roberto Favinato, Secretário Municipal de Administração (CPF 529.143.649-20), Simone Tito Freitas, Pregoeira (CPF 849.464.909-49)

Representante: Hospfar – Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (CNPJ 26921908/0001-21)

Advogado: não há



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO DE LICITANTE. EXCLUSÃO DE LICITAÇÃO POR IMPEDIMENTO/SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO. CONHECIMENTO. LIMITES DA PENALIDADE DO ART. 87, III, DA LEI 8.666/93. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

VOTO

Em exame representação formulada pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. contra o Pregão Presencial nº 11/2011, realizado pela Prefeitura Municipal de Cambé/PR, em 22/2/2011, tendo como objeto o fornecimento de medicamentos para serem distribuídos nas Unidades Básicas de Saúde e na Farmácia Municipal

2. *Embasada em decisões deste Tribunal acerca da matéria tratada nestes autos, a Secex/PR, após demonstrar não ser o caso de se conceder a medida cautelar solicitada pela representante, propôs a audiência dos responsáveis para que justificassem o fato de haverem excluído empresas do Pregão Presencial nº 11/2011, em razão de ter sido aplicada a elas a penalidade indicada no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, por outros órgãos e entidades públicos.*

3. *De fato, a jurisprudência desta Corte de Contas estava sendo consolidada no sentido indicado pela representante e pela nossa unidade técnica, ou seja, entendia-se que havia distinção entre os limites das sanções previstas nos incisos III e IV, do art. 87 da Lei nº 8.666/93. No primeiro caso, o impedimento de licitar estaria circunscrito ao âmbito do órgão/entidade que houvesse aplicado a sanção, e, com relação ao inciso seguinte, essa seria estendida por toda a administração pública.*

4. *Ocorre que, recentemente, essa matéria foi debatida na Primeira Câmara, quando se adotou entendimento contrário às últimas decisões que trataram deste tema.*

5. *Em 12 de abril do corrente ano, ao ser examinado o TC-025.430/2009-5, que trata de pedido de reexame interposto pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero, a Primeira Câmara proferiu o Acórdão nº 2.218/2011, acolhendo o voto revisor apresentado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, e deu provimento parcial ao recurso, tornando insubsistente o item 1.5.1 do Acórdão nº 1166/2010 - TCU - 1ª Câmara, que havia determinado à Infraero que se abstinisse "de incluir em seus editais de licitação cláusula impedindo a participação de interessados suspensos por ente distinto da Administração Pública de participar de licitações e de contratar, uma vez que, nos termos do art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, a sanção restringe-se à entidade que a aplicou".*

6. *No voto então apresentado, o Ministro Walton Alencar Rodrigues alinhou uma série de considerações aprofundadas sobre esse tema que ainda encerra controvérsias entre juristas e doutrinadores, destacando, também, alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça e ensinamentos do Professor Marçal Justen Filho, os quais orientaram a decisão da Primeira Câmara em sentido contrário ao que vínhamos perfilhando.*

7. *Julgo da maior importância, para permitir melhor reflexão sobre a matéria ora examinada, reproduzir o inteiro teor do voto revisor acima citado:*

"A controvérsia destes autos diz respeito ao alcance da sanção de suspensão temporária (inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93) e à possibilidade de editais proibirem a participação, em licitações, de sociedades cujos diretores, sócios e dirigentes façam parte do ato constitutivo de pessoas jurídicas suspensas ou declaradas inidôneas para contratar com a Administração.

Conquanto tenha atuado como Relator do Acórdão 1.166/2010-TCU-1ª Câmara, ora recorrido, e ter defendido, na ocasião, tese idêntica à apresentada pelo Exmo. Ministro José



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

Múcio, Relator do recurso em exame, solicitei vista dos autos, com fundamento no art. 119 do RITCU, por verificar que a matéria reclama reflexão mais aprofundada.

Esta Corte, em consonância com grande parte da doutrina, vem considerando que a '*suspensão temporária para participação em licitação e impedimento para contratar com a Administração*', prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93, tem abrangência restrita ao órgão ou pessoa estatal que aplicar a sanção.

Assim, mesmo estando sob os efeitos da suspensão, o particular não estaria impedido de continuar a participar de licitações ou de contratar com distintos órgãos ou entidades dessa mesma Administração Pública, muitas vezes causando os mesmos incidentes que determinaram a aplicação das penalidades.

Por sua vez, a '*declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública*', prevista no inciso IV do art. 87 da Lei 8.666, diz respeito a toda Administração Pública, impedindo o particular de licitar ou contratar com todos os órgãos e entidades, enquanto perdurarem seus efeitos.

Os defensores desse entendimento fundamentam a distinção entre a abrangência das sanções, essencialmente, na utilização pelo legislador das expressões 'Administração', no inciso III, e 'Administração Pública', no inciso IV, cujas definições foram estabelecidas nos incisos XII e XI do artigo 6º da Lei 8.666, in verbis:

'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;'

Para efeito da aplicação da sanção de suspensão temporária, o raciocínio revela-se falho, quando se observa, a partir da interpretação do inciso XI, acima transcrito, que 'administração' é a expressão concreta da Administração Pública. Por conseguinte, não se trata de conceitos contrapostos, um mais abrangente que o outro, mas de sinônimos.

Ademais, segundo o STJ, a Administração Pública é uma, sendo apenas descentralizado o exercício de suas funções, para melhor atender ao bem comum.

Vejamos o que dizem alguns de seus julgados:

'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) acorretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

A limitação dos efeitos da 'suspensão de participação de licitação' não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública'

(REsp 151.567 / R), Relator: Ministro Peçanha Martins).

'Como bem acentuado pela Insigne Subprocuradora-Geral da República, Dra. Gilda Pereira de Carvalho Berger, não há ampliação puniável ao direito da Recorrente, tão-somente a



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

irrepreensível aplicação da letra da lei: '(...) verifica-se que a sanção de suspensão prevista no inciso II do art. 87, na forma com que foi disposta, aplica-se a todo e qualquer ente que, componha a Administração Pública, seja direta ou indireta, mesmo porque esta se mostra uma, apenas descentralizada para melhor executar suas funções.' (fl. 189)

A Administração Pública é a acepção subjetiva de Estado-administrador e sua natureza executiva é única. Apenas as suas atribuições são distribuídas de forma descentralizada, para melhor gerir o interesse de sua comunidade.

(STJ) - RMS 9707 / PR, Relatoria: Ministra Laurita Vaz).

Caso tomemos 'Administração' com o sentido estreito dado no inciso XII do art. 6º, teremos que reconhecer a existência de incongruência no caput do art. 87, haja vista que, indubitavelmente, o Ministro ou Secretário que aplica a sanção de inidoneidade para licitar ou contratar não o faz enquanto responsável por órgão, entidade ou unidade administrativa. A competência é exercida em nome da Administração da esfera respectiva como um todo, ou 'Administração Pública', conforme definição do inciso XI do art. 6º.

'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.

(...)

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação'. (grifei)

A exegese mais adequada do preceito perpassa pela inteligência dos princípios fundamentais da Administração Pública, bem como de sua teleologia.

O art. 3º da Lei de 8.666 assim dispõe:

'Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.' (grifei)

Esse dispositivo incorpora à Lei das Licitações os princípios fundamentais da Administração Pública, previstos no art. 37 da Carta Magna, dentre os quais destaco o princípio da moralidade pública, cláusula geral de conduta imposta não apenas ao administrador, mas também ao particular que contrata com a Administração Pública.



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

O procedimento licitatório tem como finalidade primordial selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, assim considerada aquela que melhor abrigar o interesse público, cujas principais diretrizes se consubstanciam na eficiência, na economicidade e na moralidade.

Com base nesse entendimento, depreende-se que as sanções previstas no art. 87 da Lei 8.666 buscam impelir o particular a executar o contrato administrativo em observância princípio da moralidade pública e ao interesse público, assim como proibir acesso ao certame licitatório de particulares cujas condutas tenham se revelado atentatórias a esses preceitos, como é o caso do particular punido com uma das sanções previstas nos incisos III e IV do artigo.

Na linha interpretativa ora desenvolvida, argumenta Marçal Justen Filho (in Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 13ª edição, 2009, p. 856), ao defender o entendimento de que as sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87 teriam o mesmo efeito perante toda a Administração Pública:

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

Em consonância com esse entendimento, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, o REsp 151.567 / RJ. Na ocasião, o Ministro Francisco Peçanha Martins, relator do voto que decidiu o recurso, reproduziu trecho do voto condutor do acórdão recorrido, do qual transcrevo o seguinte excerto:

'A premissa em que se fundamenta o julgado, ou seja, a diferença conceitual entre órgão da administração pública e órgão da administração, em que se assenta a conclusão de que a penalidade aplicada por este último tem a sua eficácia limitada à jurisdição administrativa do órgão sancionador, não se compadece com o sistema instituído pela lei de regência, até porque o princípio da moralidade administrativa, insculpido no art. 3º da Lei 8.666/93, não se harmoniza com a ideia de que a improbidade, decorrente da inadimplência do licitante no cumprimento do contrato, tenha por limite a jurisdição administrativa do órgão sancionador.'

No mesmo sentido, o já aludido RMS 9707 / PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz:

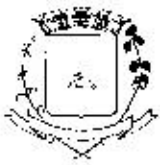
'A garantia da honorabilidade e probidade dos licitantes é qualidade indissociável ao trato da coisa pública. O resguardo da Administração à regularidade da concorrência pública denota, sobretudo, o respeito ao interesse comum.

Ora, se a lei exige do administrador que aja com probidade ao promover a licitação pública, com maior razão que também se prescreva ao particular essa exigência.'

A proibição de contratação de particular que já revelou ser indigno de ser contratado pela Administração, descumprindo obrigações anteriormente pactuadas, como é o caso do particular punido com a sanção prevista no inciso III do art. 87, tem o nítido propósito de evitar fraudes e prejuízos ao erário.

Não procede a ideia de que o legislador tenha deliberadamente impedido o administrador de evitar tais prejuízos e fraudes. A Administração tem a obrigação de evitar a produção de evento que supõe danoso, ante a presença de elementos que permitam formar fundada convicção quanto ao resultado.

A esse respeito, Juarez Freitas (in Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública, Ed. Malheiros, 2ª edição, p. 99-102), ensina:



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

'O princípio da prevenção, no Direito Administrativo, estatui que a administração pública, ou quem faça as suas vezes, na certeza de que determinada atividade implicará dano injusto, se encontra na obrigação de evitá-lo, desde que no rol de suas atribuições competenciais e possibilidades orçamentárias. Quer dizer, tem o dever incontornável de agir preventivamente, não podendo invocar juízos de conveniência ou de oportunidade, nos termos das concepções de outrora acerca da discricionariedade administrativa. (...)

Já o princípio constitucional da precaução, igualmente dotado de eficácia direta e imediata, estabelece (não apenas no campo ambiental, mas nas relações de administração em geral) a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundadamente temidos (juízo de forte verossimilhança). (...)

O Estado precisa agir com precaução, na sua versão balanceada, se e quando tiver motivos idôneos a ensejar a intervenção antecipatória proporcional.'

No mesmo sentido, o entendimento do STJ, esposado no REsp 174.274 / SP, relatado pelo Ministro Castro Meira:

'O entendimento do Tribunal a quo, no sentido de que a suspensão imposta por um órgão administrativo ou um ente federado não se estende aos demais, não se harmoniza com o objetivo da Lei nº 8.666/93, de tornar o processo licitatório transparente e evitar prejuízos e fraudes ao erário, inclusive impondo sanções àqueles que adotarem comportamento impróprio ao contrato firmado ou mesmo ao procedimento de escolha de propositus.

Há, portanto, que se interpretar os dispositivos legais estendendo a força da punição a toda a Administração, e não restringindo as sanções aos órgãos ou entes que as aplicarem. De outra maneira, permitir-se-ia que uma empresa, que já se comportara de maneira inadequada, outrora pudesse contratar novamente com a Administração durante o período em que estivesse suspensa, tornando esta suspensão desprovida de sentido.'

Por essas razões, entendo que esta Corte deve rever seu posicionamento anterior, para considerar legal a inserção, pela Infraero, de cláusula editalícia impeditiva de participação daqueles incursos na sanção prevista no inciso III da Lei 8.666/93.

II

Não raro, integrantes de comissões de licitação verificam que sociedades empresárias afastadas das licitações públicas, em razão de suspensão do direito de licitar e de declaração de inidoneidade, retornam aos certames promovidos pela Administração valendo-se de sociedade empresária distinta, mas constituída com os mesmos sócios e com objeto social similar.

Por força dos princípios da moralidade pública, prevenção, precaução e indisponibilidade do interesse público, o administrador público está obrigado a impedir a contratação dessas entidades, sob pena de se tornarem inócuas as sanções aplicadas pela Administração

O instituto que permite a extensão das penas administrativas à entidade distinta é a descon sideração da personalidade jurídica. Sempre que a Administração verificar que pessoa jurídica apresenta-se a licitação com objetivo de fraudar a lei ou cometer abuso de direito, cabe a ela promover a descon sideração da pessoa jurídica para lhe estender a sanção aplicada.

Desse modo, não estará a Administração aplicando nova penalidade, mas dando efetividade à sanção anteriormente aplicada pela própria Administração.

Resalto que, no Estado da Bahia, a Administração chega a contar com dispositivo legal específico que a autoriza a estender, a outra entidade, a pena que foi imposta a determinada pessoa jurídica, desde que se verifique, em sua constituição, uma ou mais pessoas físicas que



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

integravam a entidade apenada. Trata-se do art. 200 da Lei Estadual 9.433/2005, que disciplina o regime jurídico das licitações e contratos administrativos, *in verbis*:

‘Fica impedida de participar de licitação e de contratar com a Administração Pública a pessoa jurídica constituída por membros de sociedade que, em data anterior à sua criação, haja sofrido penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração ou tenha sido declarada inidônea para licitar e contratar e que tenha objeto similar ao da empresa punida.’

No âmbito federal, tramita o Projeto de Lei de Lei 7709/2009, que inclui o inciso IV, no art. 28 da Lei 8.666, a fim de que na fase de habilitação seja exigida do licitante declaração de que não está incurso nas sanções previstas nos incisos III e IV, e acrescenta parágrafo único ao dispositivo 28, nos seguintes termos:

‘Parágrafo único. Não poderá licitar nem contratar com a Administração Pública pessoa jurídica cujos diretores, gerentes ou representantes, inclusive quando provenientes de outra pessoa jurídica, tenham sido punidos na forma do § 4º do art. 87 desta Lei, nos limites das sanções dos incisos III e IV do mesmo artigo, enquanto perdurar a sanção.’

Embora não haja ainda expressa previsão legal para a aplicação do referido instituto pela Administração Federal, o ato administrativo de afastamento da personalidade não fere a legalidade, já que se fundamenta no princípio da juridicidade, ou seja, no conjunto de normas e princípios que constituem o Direito como um todo e que representam um dever a ser seguido e cumprido pelo administrador público.

Ao debruçar-se sobre o tema, assim se manifestou Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 13ª ed., 2009, pág. 799):

‘Não se trata de ignorar a distinção ente a pessoa da sociedade e a de seus sócios, que era fortuamente consagrada pelo art. 20 do Código Civil/1916. Quando a pessoa jurídica for a via para realização da fraude, admite-se a possibilidade de superar-se sua existência. Essa questão é delicada mas está sendo enfrentada em todos os ramos do Direito. Nada impede sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo, desde que adotadas as cautelas cabíveis e adequadas.’

Sobre a matéria, é importante destacar trecho do voto do Excmo. Ministro Castro Meira, Relator da paradigmática decisão proferida pela Superior Tribunal de Justiça no RMS 15.166 / BA, em que foi considerada legítima a aplicação do instituto desconstrução da personalidade jurídica pela própria Administração Pública:

‘Firmado o entendimento de que a Recorrente foi constituída em nítida fraude à lei e com abuso de forma, resta a questão relativa à possibilidade de desconstrução da personalidade jurídica, na esfera administrativa, sem que exista um dispositivo legal específico a autorizar a adoção dessa teoria pela Administração Pública.’

‘A atuação administrativa deve pautar-se pela observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. E esses princípios, quando em conflito, devem ser interpretados de maneira a extrair-se a maior eficácia, sem permitir-se a interpretação que sacrifique por completo qualquer deles.’

‘Se, por um lado, existe o dogma da legalidade, como garantia do administrado no controle da atuação administrativa, por outro, existem Princípios como o da Moralidade Administrativa, o da Supremacia do Interesse Público e o da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público, que também precisam ser preservados pela Administração. Se qualquer deles estiver em conflito, exige-se do hermenêuta e do aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema normativo.’



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

A ausência de norma específica não pode impor à Administração um atuar em desconformidade com o Princípio da Moralidade Administrativa, muito menos exigir-lhe o sacrifício dos interesses públicos que estão sob sua guarda. Em obediência ao Princípio da Legalidade, não pode o aplicador do direito negar eficácia aos muitos princípios que devem modelar a atuação do Poder Público

Assim, permitir-se que uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta aos mais comecinhos princípios de direito administrativo, em especial, ao da Moralidade Administrativa e ao da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público.

A concepção moderna do Princípio da Legalidade não está a exigir, tão-somente, a literalidade formal, mas a inteligência do ordenamento jurídico enquanto sistema. Assim, como forma de conciliar o aparente conflito entre o dogma da legalidade e o Princípio da Moralidade Administrativa é de se conferir uma maior flexibilidade à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir o seu manejo pela Administração Pública, mesmo à margem de previsão normativa específica.

Convém registrar, por oportuno, que a aplicação desta teoria deve estar precedida de processo administrativo, em que se assegure ao interessado o contraditório e a mais ampla defesa, exatamente como realizado no caso dos autos. Ao prejudicado restará sempre aberta a porta do Judiciário, para que então possa provar, perante um órgão imparcial, a ausência de fraude à lei ou de abuso de forma, afastando, por conseguinte, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. No presente caso, a Recorrente não se desincumbiu desse ônus probatório.

Como bem mencionado pela Serur e pelo Exmo. Ministro José Múcio, Relator do recurso em exame, o TCU já se manifestou em consonância com esse entendimento, por meio do Acórdão 928/2008-TCU-Plenário.

No caso em comento, a Infraero pretende inserir em seus editais cláusula que veda a participação de sociedade cujos diretores, sócios e dirigentes façam parte do ato constitutivo de empresas suspensas ou declaradas inidôneas para contratar com a Administração.

Se cabe à Administração impedir a participação de empresa que se apresenta ao certame no intuito de esquivar a sanção anteriormente aplicada pela Administração, não vejo óbice à explicitação dessa circunstância no instrumento convocatório.

A inserção da referida cláusula em edital não representa desrespeito ao contraditório e à ampla defesa. Como já mencionado, a desconsideração da personalidade jurídica tal qual defendida nesse voto não traduz aplicação de nova penalidade, mas tão somente concessão de efetividade à sanção aplicada anteriormente, ocasião em que foram necessariamente assegurados à sociedade faltosa o contraditório e a ampla defesa, sob pena de nulidade.

Por se tratar de presunção juris tantum, a sociedade impedida de licitar tem a seu dispor o recurso de que trata art. 109, I, da Lei 8.666/93, ou a possibilidade de recorrer ao próprio judiciário, quando poderá apresentar os elementos de prova que entender pertinentes, para provar a ausência de fraude e afastar a desconsideração da personalidade jurídica.

Entretanto, a redação que a Infraero pretende emprestar à cláusula não se mostra a mais adequada, por permitir injustiças. O fato de um sócio ou um diretor de uma sociedade empresária fazer parte do ato constitutivo de outra declarada inidônea ou suspensa não significa, necessariamente, que foi constituída com o fim de fraudar. Para que seja possível presumir a intenção ilícita, é preciso que possua objeto social similar e, em acréscimo, sócios-controladores e/ou sócios-gerentes em comum com a entidade apenada. Esse



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

entendimento leva-me a manter inalterada a determinação insita no item 1.5.2 do Acórdão recorrido.

Por essas razões, Voto no sentido de que seja aprovado o Acórdão que ora submeto a deliberação deste Colegiado”.

8. *Ao reexaminar a questão, o Relator, Ministro José Múcio, reviu o encaminhamento que havia proposto e passou a acompanhar o voto do Revisor.*

9. *De igual modo, também reví meu entendimento acerca da interpretação a ser dada ao inciso III, do art. 87 da Lei nº 8.666/93, e acompanhei o voto proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues na ocasião e trago à deliberação deste Colegiado proposição na mesma linha.*

Ante todo o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à consideração deste Colegiado.

”9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. contra o pregão presencial 11/2011, realizado pela Prefeitura Municipal de Cambé/PR, em 22/2/2011, para o fornecimento de medicamentos a serem distribuídos nas Unidades Básicas de Saúde e na Farmácia Municipal.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. nos termos do art. 237, inciso VII, do Regimento Interno, e/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, conhecer da representação e considerá-la improcedente,

9.2. encaminhar cópia deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentaram, à representante e à Prefeitura Municipal de Cambé/PR.”

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 15 de junho de 2011

UBIRATAN AGUIAR

Relator

VOTO REVISOR

Pedi vista dos autos deste processo, a fim de melhor refletir sobre a conveniência ou não de ser alterada a jurisprudência do TCU sobre a matéria.

2. *Discute-se o alcance que deve ser dado à sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93. Consoante registrado tanto no voto do relator, Ministro Ubiratan Aguiar, quanto no do primeiro revisor, Ministro José Jorge, a jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de entender que a sanção prevista no inciso III do aludido artigo, que impõe a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos, tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que aplica a referida punição.*

3. *Por outro lado, quanto à sanção prevista no inciso IV do citado artigo, relativa à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, segundo a jurisprudência do TCU, produz efeitos para todos os órgãos e entidades das três esferas de governo.*



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

4. *Propõe o relator a alteração desse entendimento. Cita, para tanto, o Acórdão nº 2.218/2011-1ª Câmara, no qual aquele órgão fracionário, acolhendo voto revisor apresentado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, decidiu, na linha da atual jurisprudência do STJ, que a sanção do inciso III do art. 87 também produz efeitos para as três esferas de governo.*

5. *O primeiro revisor, por sua vez, abriu divergência, ao sustentar a necessidade de se reconhecer que o legislador fez distinção entre as sanções dos incisos III e IV, cujo parâmetro é a gravidade da infração cometida. Não obstante, entendeu o primeiro revisor que a jurisprudência do TCU deve ser alterada, a fim de que se considere que "a sociedade apenada com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, por órgão/entidade municipal, não poderá participar de licitação, tampouco ser contratada, para a execução de objeto demandado por qualquer ente público do respectivo município" (subitem 9.2 da minuta de acórdão do primeiro revisor).*

6. *Com as devidas vênias, entendo que deve ser mantida a jurisprudência majoritária deste Tribunal que acredito refletir melhor o teor do contido na Lei nº 8.666/93, consoante se depreende dos seguintes dispositivos:*

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;

(...)

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

I - advertência;

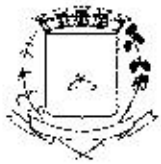
II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

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.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

7. *Consoante se lê dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93, os conceitos definidos pelo legislador para “Administração Pública” e para “Administração” são distintos, sendo o primeiro mais amplo do que o segundo. Desse modo, não creio que haja espaço hermenêutico tão extenso quanto tem sustentado o Superior Tribunal de Justiça nos precedentes citados no voto do relator no que concerne ao alcance da sanção prevista no inciso III do art. 87.*

8. *Penso que a jurisprudência majoritária desta Casa acertadamente tem dispensado interpretação restritiva para esse dispositivo, especialmente por se tratar de comando sancionador. Boa parte da doutrina também tem entendido dessa forma. Nesse sentido, podemos citar, entre outros, Jessé Torres Pereira Junior (in: Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar. 7 ed. 2007, p. 886), Carlos Pinto Coelho Motta (in: Eficácia nas Licitações e Contratos. Belo Horizonte: Del Rey. 11 ed., 2008, p. 686) e Carlos Ari Sundfeld (in: A abrangência da declaração de inidoneidade e da suspensão de participação em licitações. Informativo de Licitações e Contratos. ILC 169. Curitiba: Zênite, mar. 2008, p. 240-243).*

9. *As sanções dos incisos III e IV guardam um distinto grau de intensidade da sanção que deve ser preservado pelo intérprete, principalmente ao se considerar que referidos dispositivos não especificaram as hipóteses de cabimento de uma e de outra sanção, tendo ao contrário adotado o denominado tipo aberto, no qual a descrição abstrata da conduta é extremamente ampla, o que permite ao aplicador do Direito larga margem de atuação no tocante à posterior adequação típica da conduta praticada em concreto.*

10. *Portanto, se, diante desse quadro, ainda for se admitir que o alcance de ambas sanções é o mesmo, praticamente não mais haverá distinção entre essas sanções, o que milita contra a dosimetria da pena e, por consequência, contra a necessária proporcionalidade que a sanção deve guardar em relação ao grau de culpabilidade.*

11. *Além disso, chamo a atenção para o fato de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 é aplicada pelo gestor do órgão contratante ao passo que a sanção do inciso IV é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso. Ou seja, vê-se que para a sanção de maior alcance o legislador exigiu também maior rigor para a sua aplicação, ao submetê-lo à apreciação do titular da respectiva pasta de governo.*

12. *Nessa mesma linha, observo que a Lei nº 8.443/92, ao prever a competência do TCU para aplicar a sanção de inidoneidade, restringiu os seus efeitos à esfera federal. Eis a redação do citado artigo:*

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

13. *Desse modo, não me parece razoável admitir que a sanção de suspensão temporária prevista no inciso III do art. 87, cuja competência para a sua imposição é do próprio gestor do órgão contratante, tenha um alcance maior do que a sanção de inidoneidade imposta pelo TCU.*

14. *Aliás, embora não esteja em discussão neste processo a sanção prevista no inciso IV do art. 87 da Lei de Licitações, registro, a título de obter dictum, que tenho ressalvas à interpretação dada tanto pelo STJ quanto pelo TCU para o referido dispositivo, pois, ao estender para todos os membros da Federação os efeitos de uma decisão administrativa*



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

tomada pelo titular de uma pasta de governo de um desses membros, entendendo haver ofensa à competência de autogoverno e de autoadministração dos demais membros. Para que essa ofensa não ocorra, penso que se deve admitir a faculdade de os outros membros da Federação, fundamentadamente, não estenderem para as suas contratações os efeitos da sanção aplicada pelo membro contratante, seja porque discordam do entendimento adotado pelo autor da punição seja por qualquer outro motivo, devidamente exposto e consistente.

15. *Nesse ponto, andou bem melhor a redação emprestada ao art. 7º Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão), nos seguintes termos:*

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 Sicafe, 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. [grifei]

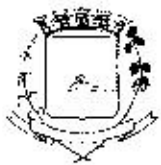
16. *Conforme se depreende da leitura do citado artigo, o legislador da Lei do Pregão preferiu usar a conjunção alternativa ou, ao passo que o legislador da Lei nº 8.666/93 intencionalmente ou não usou no inciso XI do art. 6º a conjunção aditiva e. Portanto, no caso da Lei do Pregão, com mais razão ainda não vejo espaço para se interpretar que a sanção referida no art. 7º alcança indistintamente a União, Estado, Distrito Federal e Municípios. Com as devidas vêniãs a quem pensa de modo diverso, entendo que essa interpretação seria flagrantemente contra legem.*

17. *Considerando, portanto, que a sanção de suspensão temporária prevista no inciso III do art. 87 da Lei de Licitações é pena menos grave do que a de inidoneidade estabelecida pelo inciso IV do mesmo artigo e do que a prevista no art. 7º da Lei do Pregão, não tenho, também por esses motivos, como acompanhar o voto do relator.*

18. *Quanto à proposta do primeiro revisor, no sentido de se considerar que “a sociedade apenada com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, por órgão/entidade municipal, não poderá participar de licitação, tampouco ser contratada, para a execução de objeto demandado por qualquer ente público do respectivo município”, entendo que encontra óbice na própria redação do inciso XII do art. 6º que, ao definir o conceito de “Administração”, disse ser “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”.*

19. *No que concerne ao encaminhamento deste processo relativamente à matéria de fato, entendo que não é o caso de se acolher a proposta da unidade técnica, no sentido de ser realizada a audiência dos gestores do Município de Cambé, tendo em vista que se trata de matéria controvertida, havendo posicionamentos divergentes tanto na doutrina quanto na jurisprudência, inclusive no âmbito desta própria Corte de Contas, consoante fica evidente pelas discussões travadas neste processo. Desse modo, entendo mais apropriado apenas expedir determinação àquela municipalidade.*

20. *Por fim, ressalto que a atual jurisprudência majoritária do TCU, que ora sustento que deve ser mantida, em nada desprestigia os princípios da moralidade e da probidade, mas, por outro lado, prestigia os princípios da proporcionalidade da sanção em relação ao grau de culpabilidade, preservando a possibilidade de dosimetria das penas previstas no art. 87, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/93, ao facultar ao gestor a possibilidade de aplicar, com efeitos práticos distintos, ora a sanção mais grave e ora a menos grave, de acordo com o caso concreto, ou seja, permitindo ao gestor aplicar a sanção mais compatível e proporcional com a conduta que se pretende reprimir, o que, antes de tudo, atende ao*



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

princípio da igualdade, no sentido de que os iguais devem ser tratados de modo igual e os desiguais de modo desigual, na medida das suas desigualdades.

Feitas essas considerações e com as vênias de estilo, voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de agosto de 2012.

RAIMUNDO CARREIRO

Revisor

(grifo nosso)

VOTO REVISOR

Na sessão plenária do dia 22/8/2012, pedi vista dos autos para melhor analisar os votos revisores dos E. Ministros José Jorge e Raimundo Carreiro, contrários ao entendimento da Relatora, E. Ministra Ana Arraes, no sentido de que as sanções de suspensão temporária para participação em licitação e de impedimento para contratar com a Administração, previstas no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, não se restringem ao órgão/entidade que a aplicou, mas abrangem toda a Administração Pública.

Por entender que a questão demandava maiores esclarecimentos, em face de decisões recentemente adotadas pelo Tribunal, resolvi aduzir algumas considerações sobre o teor do citado dispositivo da Lei das Licitações, cuja redação, por importante, transcrevo a seguir:

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.

[...]

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.” (grifos nossos).

A mesma matéria já foi objeto de debate na Primeira Câmara, resultante no Acórdão nº 2.218/2011, em que se adotou o mesmo entendimento defendido pela E. Relatora neste processo de representação.

Na ocasião, apresentei vários julgados do E. Superior Tribunal de Justiça, bem como o magistério da doutrina, especialmente de Marçal Justen Filho, conclusivos no sentido de que



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

a suspensão da participação em licitação não se pode restringir a um único órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilitou o particular faltoso, a contratar com a Administração, se estendem a todos os órgãos da Administração Pública.

Em seu voto revisor, o E. Ministro José Jorge distingue as sanções do art. 87, incisos III e IV, da Lei de Licitações e Contratos, quanto ao alcance, em relação às esferas de governo. Com base nesses incisos e no § 3º do mesmo artigo da Lei nº 8.666/93, sustentou que a sanção aplicada por órgão/entidade federal produziria efeitos para toda a Administração Pública federal, enquanto a penalidade imposta por Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal, ou autoridade equivalente no âmbito dos outros Poderes, essa sim alcançaria a Administração Pública em todas as suas esferas.

Segundo S. Exa., se a sanção do inciso III "for imputada por órgão ou entidade da esfera federal, deverá ela ter eficácia perante toda a 'Administração' – aqui considerada como expressão concreta da 'Administração Pública' – federal. Da mesma forma, caso a sanção venha a ser aplicada por órgão/entidade municipal, a sociedade apenada não poderá participar de licitação, tampouco ser contratada, para a execução de objeto demandado por qualquer ente público do respectivo município."

No caso concreto, considerando que a representante foi excluída da licitação por haver sido apenada em outras instâncias municipais com fundamento no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, o Ministro José Jorge manifesta-se pelo procedência da representação.

Já o segundo revisor, Ministro Raimundo Carneiro, não acompanha o voto da Relatora, nem o do primeiro revisor, por considerar que os conceitos definidos nos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93 para "Administração Pública" e para "Administração" são distintos, sendo o primeiro mais amplo do que o segundo. Sob o seu ponto de vista, tal fato diferenciaria o alcance das sanções dos incisos III e IV do art. 87 da Lei de Licitações e Contratos.

Defende que a sanção prevista no inciso III tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que aplica a referida punição ("Administração"), sendo que a sanção do inciso IV produziria efeitos para todos os órgãos e entidades das três esferas de governo ("Administração Pública"), prestigiando, assim, o princípio da proporcionalidade da sanção em relação ao grau de culpabilidade.

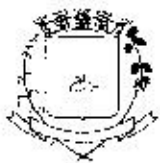
No caso concreto, considerando que a representante foi excluída da licitação por haver sido apenada por outro órgão/entidade com fundamento no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, o segundo revisor também considerou procedente a representação.

Há, portanto, três teses em debate, para a resolução do questão, que apenas pode ocorrer a partir da análise da mens legis, ou seja, do espírito que se extrai da legislação e sempre se impõe à estrita letra da legislação.

II

Discordo da tese de que apenas a sanção do art. 87, inciso IV, da Lei de Licitações e Contratos - a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública - alcançaria a Administração Pública em todas as suas esferas. O Ministro ou Secretário que aplica a sanção de inidoneidade para licitar ou contratar o faz enquanto responsável por órgão, entidade ou unidade administrativa. A competência é exercida, portanto, em nome da Administração. Saliento, também, a extrema raridade do aplicação dessa sanção.

Considero adequado o entendimento de que, para efeito da aplicação da sanção de suspensão temporária (art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93), os conceitos de "Administração Pública" e "Administração" são sinônimos. Parto do princípio da unidade da Administração, para concluir que não se trata de conceitos contrapostos, nem um deles é



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

mais ou menos abrangente do que o outro. "Administração" é simplesmente a expressão concreta da Administração Pública. A Administração Pública é uma só, sendo apenas descentralizado o exercício de suas funções. A redução de significância de um termo em relação ao outro operaria em desprestígio da legislação.

Não se trata, absolutamente, de sancionar de acordo com o grau de gravidade da conduta encetada pela empresa. Fraudes intentadas no âmbito municipal podem muito bem ser de lesividade e astúcia infinitamente maior do que qualquer outra praticada no âmbito federal, demonstrando a total incapacidade ética da empresa para atuar no âmbito social ou da Administração, em todas as suas distintas esferas federativas.

Qualquer distinção que se faça em relação aos efeitos e à abrangência das sanções, aplicadas por entidades da federação, minora e enfraquece o poder da Administração de efetivamente reprovar condutas lesivas de particulares.

Nestes termos, o discrimen inicialmente apresentado pela legislação entre a Administração e a Administração Pública não se aplica para o especial efeito de sancionar condutas ilícitas de gestores privados. Esta é a concepção que melhor prestigia os interesses da Administração Pública e da moralidade administrativa, bem como permite a máxima abrangência a sanções aplicadas por irregularidades apuradas, dentro de quadro de ampla preservação da defesa dos particulares.

A propósito, exatamente por esta razão, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça corrobora tal entendimento, em inúmeros acórdãos, dos quais transcrevo os seguintes trechos:

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 Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

A limitação dos efeitos da 'suspensão de participação de licitação' não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

(STJ - REsp 151.567 / RJ, Relatoria: Ministro Peçanha Martins).

A Administração Pública é a acepção subjetiva de Estado-administrador e sua natureza executiva é única. Apenas as suas atribuições são distribuídas de forma descentralizada, para melhor gerir o interesse de sua comunidade.

(STJ - RMS 9707 / PR, Relatoria: Ministra Laurita Vaz)

O entendimento do Tribunal a quo, no sentido de que a suspensão imposta por um órgão administrativo ou um ente federado não se estende aos demais, não se harmoniza com o objetivo da Lei nº 8.666/93, de tornar o processo licitatório transparente e evitar prejuízos e fraudes ao erário, inclusive impondo sanções àqueles que adotarem comportamento impróprio ao contrato firmado ou mesmo ao procedimento de escolha de propostas.

Há, portanto, que se interpretar os dispositivos legais estendendo o força da punição a toda a Administração, e não restringindo as sanções aos órgãos ou entes que as aplicarem. De outra maneira, permitir-se-ia que uma empresa, que já se comportara de maneira inadequada, outrora pudesse contratar novamente com a Administração durante o período em que estivesse suspensa, tornando esta suspensão desprovida de sentido.



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

(STJ, REsp 174.274 / SP, Relatoria: Ministro Castro Meira).

De igual forma, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região assentou o mesmo entendimento já pacificado no Superior Tribunal de Justiça, como se extrai da ementa do AMS 2001.01.00.076244-6/DF in verbis:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PENALIDADE. INSCRIÇÃO NO SICAF E SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO DIREITO DE LICITAR (POR DOIS ANOS). ART. 87, III, DA LEI Nº. 8.666/93. EXTENSÃO DA RESTRIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

I - A penalidade administrativa de suspensão do direito de licitar, por até 2 (dois) anos, com a Administração, prevista no art. 87, III, da Lei nº. 8.666/93, surte seus efeitos com relação a todos os órgãos da Administração Pública, e não tão somente com relação ao ente que aplicou a sanção. Precedentes do STJ e do TRF 1ª Região.

II - No caso sub judice, no entanto, em face da nova situação surgida, após o ajuizamento do mandado de segurança, com a cessação dos efeitos da penalidade aplicada, tendo em vista o transcurso integral do prazo da suspensão temporária do direito de licitar imposta ao impetrante, os quais se pretendia anular, restam alterados os pressupostos de direito e de fato, que, originariamente, motivaram a súmula, cessando-se o interesse processual, inclusive da recorrente, que, com a concessão da segurança, pelo juízo monocrático, impulsionara a apelante, pelo que se aplica, na espécie, o disposto no art. 267, inciso VI, última figura, do CPC.

III - Remessa oficial e apelação prejudicadas." (grifei)

No mesmo diapasão, trilharam arestos proferidos pelos Tribunais de Justiça Estaduais, a exemplo do Mandado de Segurança. Acórdão n.º 3.143 (TJ/PR), DJ de 29/12/1997. Desembargador Luiz Perruti, e Apelação Cível n.º 310.017.5/1 (TJ/SP), Relator Almeida Sampaio, julgado em 2/8/2006.

Caso tomemos "Administração" com o sentido estreito dado no inciso XII do art. 6º da Lei nº 8.666/1993, teremos que reconhecer a existência de incongruência no caput do art. 87 do Estatuto Federal de Licitações e Contratos. a seguir transcrito, haja vista que, indubitavelmente, o Ministro ou Secretário que aplica a sanção de inidoneidade para licitar ou contratar não o faz enquanto responsável por órgão, entidade ou unidade administrativa. A competência é exercida em nome da Administração da esfera respectiva como um todo, ou "Administração Pública", conforme definição do inciso XI do art. 6º da Lei nº 8.666/1993.

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

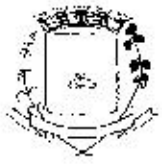
I - advertência;

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.

(...)



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação". (grifei)

A exegese mais adequada do preceito perpassa pela inteligência dos princípios fundamentais da Administração Pública, bem como de sua teleologia.

O art. 3º da Lei nº 8.666/1993 assim dispõe:

"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. "(Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (grifei)

Esse dispositivo incorpora à Lei das Licitações os princípios fundamentais da Administração Pública, previstos no caput do art. 37 da Carta Magna, dentre os quais destaco o princípio da moralidade pública, cláusula geral de conduta imposta não apenas ao administrador, mas também ao particular que contrata com a Administração Pública.

O procedimento licitatório tem como finalidade primordial selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, assim considerada aquela que melhor abrigar o interesse público, cujas principais diretrizes se consubstanciam na eficiência, na economicidade e na moralidade.

Com base nesse entendimento, depreende-se que as sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/1993 buscam impedir o particular a executar o contrato administrativo em observância ao princípio da moralidade pública e ao interesse público, assim como proibir acesso ao certame licitatório de particulares cujas condutas tenham-se revelado atentatórias a esses preceitos, como é o caso do particular punido com uma das sanções previstas nos incisos III e IV do mencionado artigo.

Na linha interpretativa ora desenvolvida, Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 13ª edição, 2009, p. 856) defende o entendimento de que as sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87 teriam o mesmo efeito perante toda a Administração Pública:

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

Em consonância com esse entendimento, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, o REsp 151.567 / RJ. Na ocasião, o Ministro Francisco Peçanha Martins, relator do voto que decidiu o recurso, reproduziu trecho do voto condutor do acórdão recorrido, do qual transcrevo o seguinte excerto:

"A premissa em que se fundamenta o julgado, ou seja, a diferença conceitual entre órgão da administração pública e órgão da administração, em que se assentou a conclusão de que a penalidade aplicada por este último tem a sua eficácia limitada à jurisdição administrativa do órgão sancionador, não se compadecer com o sistema instituído pela lei da regência, até porque o princípio da moralidade administrativa, insculpido no art. 3º da Lei 8.666/93, não se harmoniza com a ideia de que a improbidade, decorrente da inadimplência do licitante no



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

cumprimento do contrato, tenha por limite a jurisdição administrativa do órgão sancionador."

No mesmo sentido, o já aludido RMS 9707 / PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz:

"A garantia da honorabilidade e probidade dos licitantes é qualidade indissociável ao trato da coisa pública. O resguardo da Administração à regularidade da concorrência pública denota, sobretudo, o respeito ao interesse comum.

Oru, se a lei exige do administrador que aja com probidade ao promover a licitação pública, com maior razão que também se prescreva ao particular essa exigência."

A proibição de contratação de particular que já revelou ser indigno de ser contratado pela Administração, descumprindo obrigações anteriormente pactuadas, como é o caso do particular punido com a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, tem o nítido propósito de evitar fraudes e prejuízos ao erário.

A esse respeito, Juarez Freitas (in Discricionariiedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública, Ed. Malheiros, 2ª edição, p. 99-102), ensina:

"O princípio da prevenção, no Direito Administrativo, estatui que a administração pública, ou quem faça as suas vezes, na certeza de que determinada atividade implicará dano injusto, se encontra na obrigação de evitá-lo, desde que no rol de suas atribuições competenciais e possibilidades orçamentárias. Quer dizer, tem o dever incontornável de agir preventivamente, não podendo invocar juízos de conveniência ou de oportunidade, nos termos das concepções de outrora acerca da discricionariiedade administrativa. (...)

Há o princípio constitucional da precaução, igualmente dotado de eficácia direta e imediata, estabelece (não apenas no campo ambiental, mas nas relações de administração em geral) a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundadamente temidos (juízo de forte verossimilhança). (...)

O Estado precisa agir com precaução, na sua versão balanceada, se e quando tiver motivos idôneos a ensejar a intervenção antecipatória proporcional."

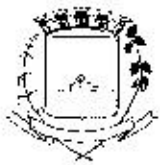
No mesmo sentido, o entendimento do STJ, esposado no REsp 174.274 / SP, recluso pelo Ministro Castro Meira:

"O entendimento do Tribunal a quo, no sentido de que a suspensão imposta por um órgão administrativo ou um ente federado não se estende aos demais, não se harmoniza com o objetivo da Lei nº 8.666/93, de tornar o processo licitatório transparente e evitar prejuízos e fraudes ao erário, inclusive impondo sanções àqueles que adotarem comportamento impróprio ao contrato firmado ou mesmo ao procedimento de escolha de propostas.

Há, portanto, que se interpretar os dispositivos legais estendendo a força da punição a toda a Administração, e não restringindo as sanções aos órgãos ou entes que as aplicarem. De outra maneira, permitir-se-ia que uma empresa, que já se comportara de maneira inadequada, outrora pudesse contratar novamente com a Administração durante o período em que estivesse suspensa, tornando esta suspensão desprovida de sentido."

Desse modo, não estará a Administração aplicando nova penalidade, mas dando efetividade à sanção anteriormente aplicada pela própria Administração

Também não vislumbro qualquer violação ao princípio da proporcionalidade, porquanto existe diferente modulação dos efeitos das sanções administrativas estampadas no art. 87, incisos III e IV, ambos da Lei nº 8.666/1993, coerentes com cada nível de gravidade dos atos porventura incurtidos pelo contratado. Permitto-me, novamente, reproduzir os dispositivos normativos pertinentes:



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

"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.

(...)

"§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação." (grifei)

Segundo o entendimento que ora defendo, muito embora as sanções administrativas inscritas no art. 87, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/1993 estendam-se à toda Administração Pública, essas penalidades apresentam dosimetria diferenciada em razão dos seguintes aspectos:

a) a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento para contratar com a Administração, ex vi do art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, está limitada ao prazo máximo de 2 (dois) anos, ao passo que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 87, inciso IV) vigora enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a autoridade que aplicou a penalidade, somente podendo ser extinta após decorrido o prazo mínimo de 2 anos;

b) a reabilitação do contratado declarado inidôneo para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 87, inciso IV) deverá ser sempre precedida de ressarcimento à Administração dos prejuízos resultantes. Tal contrapartida não é exigida do contratado suspenso temporariamente de participar em licitação e impedido de contratar com a Administração Pública (art. 87, inciso III);

c) a reabilitação do contratado declarado inidôneo para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 87, inciso IV) somente pode ser requerida à autoridade competente para cominar a sanção, após decorrido 2 (dois) anos de sua aplicação. Para o contratado suspenso de participar de licitação e impedido de contratar com a Administração Pública (art. 87, inciso III), não é exigido o pedido de reabilitação perante autoridade competente, configurando-se, assim, extinção automática ou de pleno direito da sanção aplicada, tão logo expire o prazo fixado de sua vigência, a qual deverá ser limitada ao prazo máximo de 2 anos;

Vê-se, portanto, que há nítida diferença de graduação entre as sanções administrativas inscritas no art. 87, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/1993, a evidenciar adequada proporção entre a gravidade do ato ilícito incurso pelo contratado e a penalidade prevista em norma legal. Em outras palavras, a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública revela-se mais gravosa ao contratado que a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento para contratar com a Administração. A distinta modulação dos efeitos das sanções mencionadas opera-se tanto pelo tempo de duração das



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

penalidades, pela exigência de contrapartida, como pelas obrigações e formalidades a serem cumpridas pelo apenado diante da necessidade de eventual reabilitação.

Evidente que existe uma graduação de gravidade, em relação às sanções previstas nos incisos do art. 87 da Lei 8.666/93. Todavia, essa graduação opera-se tão somente, nos expressos termos da lei, em relação ao prazo de duração das sanções, e não em relação a sua abrangência.

Ainda em relação à dosimetria das penalidades administrativas, argumentada nos votos revisores anteriores, cito trechos do Parecer nº 87/2011-DECOR/CGU/AGU, da Advocacia Geral da União, aprovado e divulgado a todos os seus órgãos jurídicos consultivos, o qual considera que a sanção do inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, pena mais branda que a do inciso IV, afasta o sancionado das licitações e contratações promovidas por toda a Administração Pública brasileira, tal como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

11. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça em algumas oportunidades já atestou o despropósito da distinção entre Administração Pública e Administração constante dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93. Desse modo, entendeu o referido Tribunal, que é o guardião maior da legislação infraconstitucional no sistema jurídico pátrio, pelo alcance amplo da suspensão temporária de licitar e contratar, irradiando os seus efeitos a todos os órgãos da Administração Pública.

[...]

16. Ademais, compreende-se que a citada tese encontra apoio na unicidade da Administração Pública, que pode ser comprovada pela leitura atenta do art. 1º caput, da Constituição Republicana de 1988, e faz todo o sentido.

17. Também sustenta o entendimento o fato de que a Lei nº 8.666/93 é uma norma nacional, sendo de cumprimento obrigatório para todo o Estado brasileiro (art. 1º da mencionada lei).

18. Sem dúvida alguma, as penalidades previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 são distintas. Porém, isso não significa dizer que todas as suas consequências devam ser diversas.

[...]

20. A questão da dosimetria das penalidades administrativas levantada por muitos como um argumento contrário à interpretação aqui defendida não faz sentido, posto que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 é imposta 'por prazo não superior a 2 (dois) anos', o que permite uma graduação absolutamente diversa da declaração de inidoneidade constante do inciso IV do art. 87 do referido diploma. O administrador, a depender da gravidade da conduta da empresa infratora, pode impor curtas e médias punições, por exemplo.

21. Outro argumento manejado diz respeito ao art. 97 da Lei nº 8.666/93, que só classifica como crime a prática de 'admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo', nada dizendo sobre a suspensão temporária. Ora, tal previsão legal só comprova que, de fato, a declaração de inidoneidade é punição mais grave que a suspensão temporária do direito de licitar e contratar. [...]

Não procede a ideia de que o legislador tenha deliberadamente impedido o administrador de evitar prejuízos e fraudes, limitando a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 ao órgão ou entidade que aplica a referida punição, ou a determinada esfera de governo.

11/11/2011



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

As sanções do art. 87, incisos III e IV, da Lei 8.666/93 têm efeito constitutivo, ou seja, atingem os ajustes futuros e os em execução, pois, durante a vigência dessas penalidades, há o reconhecimento pela Administração Pública de que o contratado deixou de cumprir os requisitos de idoneidade jurídica para licitar e contratar com o Poder Público, conforme exige o art. 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993

A Administração, como monolítica unidade, tem a obrigação de evitar a produção de evento que supõe danoso, ante a presença de elementos que permitam formar fundada convicção quanto ao resultado.

As distintas sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 buscam impelir o particular a executar o contrato administrativo em observância ao princípio da moralidade pública e ao interesse público. Prestigiando a dosimetria das penalidades, a Administração pode sancionar o particular, proibindo-lhe a participação em licitações, a partir de condutas anteriores contrárias a esses preceitos. A proibição de contratação de particular que já revelou ser indigno de ser contratado pela Administração Pública tem o propósito de evitar fraudes e prejuízos futuros ao Erário.

Ante o exposto, considero improcedente a representação, acompanho o voto da Relatora e voto no sentido de que seja aprovado o Acórdão por ela submetido à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 28 de novembro de 2012.

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Revisor

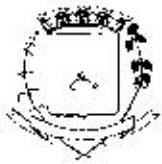
VOTO REVISOR

A questão de fundo tratada nos presentes autos diz respeito aos efeitos da sanção prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93. Em termos práticos, busca-se identificar o exato alcance do vocábulo 'Administração' inserto na expressão "suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos". (grifei)

2. *Em seu Voto, o Ministro Ubiratan Aguiar ressalta que a jurisprudência deste Tribunal estava sendo consolidada no sentido da distinta abrangência das sanções discriminadas nos incisos III e IV do sobredito art. 87. No primeiro caso, a sanção estaria circunscrita ao âmbito do órgão/entidade que houvesse aplicado a penalidade, ao passo que no segundo caso ("declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública"), a sanção seria, al sim, estendida por toda a Administração Pública, impedindo o particular de licitar ou contratar com todos os órgãos e entidades, enquanto perdurassem os motivos determinantes da punição.*

3. *O Ministro-Relator traz a informação de que, recentemente, essa matéria foi debatida no âmbito da Primeira Câmara deste Tribunal, tendo sido adotado, na esteira de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, entendimento contrário ao que vinha sendo perfilhado até então.*

4. *Mais especificamente, em sede de pedido de reexame, a Primeira Câmara proferiu o Acórdão nº 2.218/2011, acolhendo o Voto revisor – da lavra do Ministro Walton Alencar Rodrigues – para dar provimento parcial ao recurso e tornar insubsistente o item 1.5.1 do Acórdão nº 1166/2010-1ª Câmara, por meio do qual fora determinado à Infraero que se abstivesse "de incluir em seus editais de licitação cláusula impedindo a participação de interessados suspensos por ente distinto da Administração Pública de participar de*



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

licitações e de contratar, uma vez que, nos termos do art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, a sanção restringe-se à entidade que a aplicou”.

5. *Peço vênio para dissentir das razões de decidir aduzidas pelo Ministro Ubiratan nos presentes autos. Tendo em vista o fato de S. Ex^o haver-se inspirado no Voto revisor – proferido pelo Ministro Walton – condutor do Acórdão nº 2.218/2011-1ª Câmara, oportunidade em que foi sustentada a novel interpretação conferida ao inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, minhas considerações terão como foco aquele Voto revisor do Ministro Walton, reproduzido pelo Ministro Ubiratan em seu Voto ora apresentado.*

6. *A fim de melhor conduzir minha linha de raciocínio, transcrevo, por oportuno, excerto do Voto (revisor) condutor do sobredito Acórdão nº 2.218/2011-1ª Câmara, verbis:*

“Caso tomemos ‘Administração’ com o sentido estreito dado no inciso XII do art. 6º, teremos que reconhecer a existência de incongruência no caput do art. 87, haja vista que, indubitavelmente, o Ministro ou Secretário que aplica a sanção de inidoneidade para licitar ou contratar não o faz enquanto responsável por órgão, entidade ou unidade administrativa. A competência é exercida em nome da Administração da esfera respectiva como um todo, ou ‘Administração Pública’, conforme definição do inciso XI do art. 6º.

‘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.

(...)

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação”. (grifei)

7. *Valendo-me justamente dessa interpretação sistemática oferecida pelo Ministro Walton, afigura-se-me bastante razoável que os efeitos da sanção prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 não se limitem ao órgão/entidade que aplicar a penalidade, mas se estendam para a Administração “da esfera respectiva como um todo”. Significa dizer que se a sanção for imputada por órgão ou entidade da esfera federal, deverá ela ter eficácia perante toda a ‘Administração’ – aqui considerada como expressão concreta da ‘Administração Pública’ – federal. Da mesma forma, caso a sanção venha a ser aplicada por órgão/entidade municipal, a sociedade apenada não poderá participar de licitação, tampouco ser contratada, para a execução de objeto demandado por qualquer ente público do respectivo município.*

8. *Ainda sob o argumento de que o ordenamento jurídico deve ser visto como um todo, sistêmico e harmônico, considero que a interpretação que ora submeto à apreciação dos meus eminentes pares está em perfeita harmonia com o conteúdo do art. 46 da Lei Orgânica do TCU, segundo o qual “Verificada a ocorrência de fraude comprovada à*



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal". (grifei)

9. *Explico. Tendo em vista a tese que ora sustento, no sentido de que, em se tratando de licitações e contratos administrativos, a sanção aplicada por órgão/entidade da esfera federal produz efeitos para toda a Administração Pública federal – somente a penalidade imposta por Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, ou autoridade equivalente no âmbito dos outros Poderes, alcançaria a Administração Pública em todas as suas esferas –, e considerando que o TCU é um órgão federal, a sanção por ele aplicada com supedâneo no art. 46 da Lei Orgânica do TCU, necessariamente por meio de deliberação do Plenário e não por decisão monocrática do seu Presidente (este sim qualificado como 'autoridade equivalente'), terá também eficácia junto a todos os órgãos/entidades da Administração Pública federal.*

10. *Não me parece, portanto, ser a melhor exegese aquela que busca equiparar, quanto aos seus efeitos, as sanções dispostas no art. 87, III e IV, da Lei de Licitações e Contratos. Ora, se o próprio legislador distinguiu tais sanções, conferindo-lhes alcance diferenciado, certamente em função da gravidade da conduta perpetrada pela sociedade apenada, não caberia ao intérprete, ainda que movido pelo ímpeto moralizador, desconsiderar tal distinção para, mediante simples esforço exegético, igualar seus efeitos. Não se pode olvidar ainda que, à luz das melhores técnicas de interpretação, a lei não contém palavras inúteis. Nesse diapasão, a gravidade do ilícito praticado deve, sim, nortear a abrangência da sanção imputada ao seu autor.*

11. *Por fim, gostaria de externar meu receio de que, a prevalecer a interpretação inaugurada no Acórdão nº 2.218/2011-1ª Câmara, particulares que perpetraram condutas não são reprováveis a ponto de serem excluídos de licitações/contratações junto a todos os órgãos/entidades da Administração Pública passem a ser apenados na esfera municipal – infelizmente mais suscetível a ingerências políticas e a violações ao princípio do devido processo legal – com fulcro justamente no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, haja vista a sua máxima abrangência territorial.*

12. *No caso concreto, considerando que a representante foi excluída da licitação promovida pela Prefeitura Municipal de Cambé/PR simplesmente por haver sido apenada – com fulcro no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 – em outras instâncias municipais, ~~manifesto-me pela procedência da presente Representação.~~ Deixo, no entanto, de formular proposta no sentido de se determinar ao ente municipal que adote providências com vistas à anulação do Pregão Presencial nº 11/2011. A uniu, porque é possível depreender, da leitura dos autos, que o contrato já foi celebrado com a vencedora do certame, sem qualquer indício de sobrepreço. A duas, porque a solução de continuidade da avença – consequência jurídica da anulação da licitação que lhe deu origem –, a qual tem por objeto o "fornecimento de medicamentos para serem distribuídos nas Unidades Básicas de Saúde e Farmácia Municipal de Cambé/PR", poderia colocar em risco a saúde da população local.*

13. *Caso venha a prosperar o entendimento que ora perfilho, faz-se necessária a alteração do "Sumário" que antecede o Relatório elaborado pelo Ministro-Relator, para o qual sugiro, desde já, a seguinte redação:*

"SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO DE LICITANTE. EXCLUSÃO DE LICITAÇÃO POR IMPEDIMENTO/SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO. CONHECIMENTO. LIMITES DA PENALIDADE DO ART. 87, III, DA LEI 8.666/93. NOVO ENTENDIMENTO SOBRE A MATÉRIA. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. CIÊNCIA À PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMBÉ/PR."

Ante o exposto, e considerando também as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que envolvem a matéria posta em discussão, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

12/11



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 17 de agosto de 2011.

JOSÉ JORGE

Revisor

(grifo nosso)

ACÓRDÃO Nº 3243/2012 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 013.294/2011-3.

2. Grupo II – Classe VII – Assunto: Representação.

3. Representante: Hospfar – Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (26921908/0001-21).

3.1. Responsáveis: João Dalmacio Pavinato, Prefeito (499.565.829-72), Eduardo Roberto Pavinato, Secretário Municipal de Administração (529.143.649-20), Simone Tito Freitas, Pregoeira (849.464.909-49).

4. Entidade: Município de Cambé/PR.

5. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar.

5.1. Primeiro Revisor: Ministro José Jorge.

5.2. Segundo Revisor: Ministro Raimundo Carreiro.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo – PR (SECEX-PR).

8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

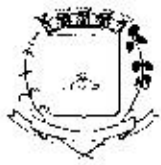
VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pela empresa Hospfar – Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. contra o Pregão Presencial nº 11/2011, realizado pela Prefeitura Municipal de Cambé/PR, em 22/2/2011, tendo como objeto o fornecimento de medicamentos para serem distribuídos nas Unidades Básicas de Saúde e na Farmácia Municipal.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. nos termos do art. 237, VII, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, conhecer da Representação para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. determinar à Prefeitura Municipal de Cambé/PR que nas contratações efetuadas com recursos federais observe que a sanção prevista no inciso III do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade contratante;

11/11



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

9.3. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentam, à representante e à Prefeitura Municipal de Cambé/PR.

(grifo nosso)

Diante de análise cuidadosa dos votos dos Ministros do Tribunal de Contas da União, no acórdão TC-013.294/2011-3, que reproduzimos na íntegra, observa-se que, após período de dúvida quanto aos efeitos da abrangência da penalidade do inciso III do artigo 87 da Lei nº. 8.666/93, manifestou-se a Corte do Tribunal de Contas da União no sentido de prevalecer o entendimento de que **a sanção prevista no inciso III do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade contratante**, haja visto a determinação expressa contida no item 9.2 do acórdão supramencionado.

Após a publicação do referido acórdão, o TCU passou, então, a considerar que a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº. 8.666/93, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou.

Destaca-se mais recente julgado, neste sentido:

Representação formulada por empresa apontou suposta ilegalidade no edital do Pregão Eletrônico 13/2013, conduzido pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal, com o objetivo de contratar empresa especializada em serviços de manutenção de instalações civis, hidrossanitárias e de gás e rede de distribuição do sistema de combate a incêndios. Constatou do edital disposição no sentido de que “2.2 – Não será permitida a participação de empresas: (...) c) suspensas temporariamente de participar em licitações e contratar com a Administração; d) declaradas inidôneas para licitar ou para contratar com a Administração Pública”. O relator, por aparente restrição ao caráter competitivo do certame, suspendeu cautelarmente o andamento do certame e promoveu a oitiva do órgão, medidas essas que vieram a ser ratificadas pelo Tribunal. O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que “a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)”. E mais: “Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal”. Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo “Administração” constante do item 2.2, “c”, os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão “refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal” e que, portanto, “o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte”. Por esse motivo, considerou pertinente a revogação da referida cautelar e o julgamento pela improcedência da representação. A despeito disso e com o intuito de “evitar questionamentos semelhantes no futuro”, considerou pertinente a expedição de recomendação ao órgão para nortear a elaboração de futuros editais. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) “recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal”. Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carneiro, 10.4.2013. (grifo nosso)

Destaca-se também que o Órgão de Controle Interno do Ministério Público da União firmou entendimento de que a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração tem abrangência restrita ao



Câmara Municipal de Vereadores

Francisco Beltrão

Paraná

órgão ou entidade que a aplicou. Nesse sentido é a orientação constante do Parecer SEORI/AUDIN-MPU nº 156/2014, disponível na página da AUDIN-MPU na internet (<http://www.audinmpu.org.br>), cujo trecho se transcreve, vejamos:

"6. Em diversos outros julgados, a exemplo dos Acórdãos n.ºs 408/2013; 739/2013; 1006/2013; 1017/2013; 2242/2013, todos do Plenário, o TCU tem reiterado o posicionamento adotado no Acórdão n.º 3.243/2012 –Plenário, parcialmente transcrito acima. Desse modo, alinhando-se à Corte de Contas, o entendimento firmado por esta Auditoria Interna acerca da abrangência do dispositivo em questão é no sentido de que a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração tem abrangência restrita ao órgão ou entidade que a aplicou."

CONCLUSÃO

Diante de toda a evolução de entendimento emanada pelo Tribunal de Contas da União, demonstrada no presente parecer, acerca da abrangência dos efeitos da sanção advinda do artigo 87, III, da Lei nº. 8.666/93, no qual se concluiu que atualmente o entendimento é de que a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração tem abrangência restrita ao órgão ou entidade que a aplicou, este Departamento Jurídico recomenda à Sra. Pregoeira a retificação do item 5.2.3 do edital do Pregão nº. 002/2017, para que especifique que estão suspensas ou impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela Câmara Municipal de Vereadores de Francisco Beltrão, cuja nova redação se sugere a seguir:

"5.2.3. Empresas suspensas ou impedidas de licitar com a Administração, que tenham sofrido sanção administrativa imposta por este Poder Legislativo Municipal;"

Com relação ao pedido da empresa Telefônica Brasil S/A para que "seja esclarecido antecipadamente se, ainda assim, a Telefônica estaria impedida de participar da presente licitação", cumpre destacar que não cabe a este Departamento Jurídico ou à Pregoeira o exame antecipado pormenorizado da capacidade ou incapacidade de participação de interessados na licitação, haja vista que o momento oportuno se dará na fase de credenciamento e habilitação.

É o parecer, s.m.j.

Francisco Beltrão, em 17 de janeiro de 2017.

FABRICIO MAZON

Advogado

OAB/PR nº. 36868