



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

PROCESSO:	2177/19
UNIDADE:	Prefeitura Municipal de Alto Alegre dos Parecis
SUBCATEGORIA:	Representação
REPRESENTANTE:	Prime Consultoria e Assessoria Empresarial LTDA, CNPJ: 05.340.639/0001-30
ASSUNTO:	Pregão Eletrônico n. 025/2019 – contratação de empresa especializada em gestão e manutenção de frota
RESPONSÁVEIS:	Marcos Aurélio Marques Flores, CPF n. 198.198.112-87, Prefeito Municipal Mariete dos Santos Sousa, CPF n. 953.434.312-91, Secretária Municipal de Finanças, Administração e Planejamento Jovana Posse, CPF n. 641.422.482-00, Pregoeira
MOMENTO DA FISCALIZAÇÃO	Concomitante
DATA DA SESSÃO:	SUSPENSA
VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO:	R\$ 2.273.294,40 (dois milhões, duzentos e setenta e três mil, duzentos e noventa e quatro reais e quarenta centavos)
RELATOR:	Conselheiro Valdivino Crispim de Souza

RELATÓRIO DE ANÁLISE TÉCNICA

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Versam os autos acerca de representação (ID 796196) formulada pela pessoa jurídica de direito privado denominada Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. em face do Pregão Eletrônico n. 025/2019, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Alto Alegre dos Parecis, cujo objeto é o registro de preço para futura e eventual contratação de empresa especializada em gerenciamento de frota (manutenção preventiva e corretiva de veículos leves e pesados). O valor estimado da contratação é de R\$2.273.294,40 (dois milhões, duzentos e setenta e três mil, duzentos e noventa e quatro reais e quarenta centavos).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

2. As irregularidades suscitadas pela representante são: a) impossibilidade de protocolo de impugnação via e-mail; b) vedar a participação de empresas sancionadas com base no art. 7º da Lei n. 10.520/02; c) não admissão de taxa negativa; d) inexistência de critérios de atualização dos valores devidos pelo órgão contratante até a data do efetivo pagamento, nos termos dos artigos 40 e 55 da Lei n. 8.666/93.
3. Em razão de tais irregularidades, a representante pugnou pela suspensão do certame e, ao final, pela procedência da representação.
4. Submetida a documentação à deliberação do relator, conselheiro Valdivino Crispim de Souza, determinou-se, inicialmente, a autuação da representação (Despacho n. 0256/2019-GCVCS/TCE-RO – ID 796194). Em seguida, por meio da DM-GCVCS-TC 0 0133/2019-GCVCS (ID 796557), o relator determinou, dentre outras medidas, a suspensão do pregão eletrônico n. 025/2019, a ciência dos representados e o envio dos autos à Secretaria Geral de Controle Externo para análise e instrução.

2. ANÁLISE TÉCNICA

5. Registra-se, de início, que os jurisdicionados trouxeram aos autos documentos (ID 798251) comprobatórios da suspensão do pregão eletrônico n. 025/2019, em cumprimento à decisão monocrática.
6. Passe-se, então, à análise das irregularidades noticiadas.

2.1. Meios de Impugnação

7. Um dos apontamentos foi a impossibilidade de impugnação ao edital por meio eletrônico. Aduz a representante que o instrumento convocatório permite impugnação apenas de forma presencial.
8. Pois bem, o tópico 10 do edital (pág. 50 – ID 796196) trata especificamente sobre impugnações e recursos. A rigor, embora o tópico seja denominado “IMPUGNAÇÃO AO EDITAL E RECURSOS”, a redação das cláusulas seguintes menciona apenas recursos. De toda forma, entende-se que as regras prescritas para os recursos, no tocante à forma, aplicam-se também às impugnações.
9. Diferentemente do alegado, não há dispositivo prescrevendo que impugnações somente serão aceitas se forem realizadas de forma presencial.
10. Consta a necessidade de envio, das vias originais, para a comissão permanente de licitação e também o envio, via e-mail, para publicação on-line (cláusula 10.8).
11. Nos termos do edital, somente não serão conhecidas impugnações e recursos apresentados fora do prazo legal e/ou subscritos por quem não legalmente habilitado/identificado (cláusula 10.1).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

12. Pelo exposto, conclui-se pela improcedência do apontamento.

2.2. Penalidade do art. 7º da Lei n. 10.520/02

13. Insurge-se a representante contra a cláusula 3.7 do instrumento convocatório (pág. 37 – ID 796196), que impede a participação de licitantes que se encontrarem na seguinte situação:

3.7. Que, por quaisquer motivos, tenham sido declaradas inidôneas ou punidas com suspensão por órgão da Administração Pública (sic) Direta ou Indireta, na esfera Federal, Estadual ou Municipal, desde que o Ato tenha sido publicado na imprensa oficial, pelo órgão que a praticou, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição;

14. Argumenta a representante que, da forma como redigido o dispositivo, qualquer empresa que tiver sido penalizada com a suspensão do art. 7º da Lei n. 10.520/02 não poderá participar do Pregão n. 025/19, o que, segundo ela, vai de encontro à doutrina e à jurisprudência.

15. Aduz, ainda, que apenas a sanção de inidoneidade gera efeitos em todas as esferas administrativas, enquanto a sanção de suspensão tem efeito limitado ao órgão sancionador.

16. Em apertada síntese, eis o apontamento da representante.

17. O alcance das penalidades de suspensão temporária de participação em licitar (art. 87, III da Lei n. 8.666/93) e impedimento de licitar (art. 7º da Lei n. 10.520/02) é fonte de interminável de divergência na doutrina e jurisprudência. De um lado, os defensores da corrente restritiva; de outro, defensores da corrente ampliativa.

18. Uma corrente ensina que a sanção do art. 87, III da Lei n. 8.666/93 restringe-se ao órgão/entidade que a aplicou. Já a do art. 7º da Lei do Pregão é restrita ao ente federativo do órgão sancionador. Nesse sentido, leciona o Prof. Carlos Ari Sunfeld¹: “O fato de uma empresa sofrer a aplicação da sanção prevista no art. 87, inc. III (suspensão temporária da participação em licitações e contratações), só inviabiliza sua contratação pelo mesmo órgão ou pessoa jurídica que a puniu”.

19. Jessé Torres Pereira Júnior² filia-se a essa corrente:

A diferença do regime legal regulador dos efeitos da suspensão e da declaração de inidoneidade reside no alcance de uma e de outra penalidade. Aplicada a primeira, fica a empresa punida impedida perante as licitações e contratações da Administração; aplicada a segunda, a empresa

¹ SUNFELD, Carlos Ari. *A abrangência da declaração de inidoneidade e da suspensão de participação em licitações*. Web Zênite. Doutrina-240/169/mar/2008.

² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Pag. 860/861



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

sancionada resulta impedida perante as licitações e contratações da Administração Pública. Assim é porque, em seu art. 6º, a Lei 8.666/93 adota conceitos distintos para a Administração e Administração Pública, estatuinto que, para os fins de sua aplicação, considera “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 mantidas” (inciso XI), e Administração o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente” (inciso XII). Por conseguinte, sempre que a Lei nº 8.666/93 referir-se á Administração Pública, emprega a acepção do art. 6º, XI.

Segundo o art. 87, III, a empresa suspensa do direito de licitar e de contratar com a “Administração” está impedida de fazê-lo tão-somente perante o órgão, a entidade ou a unidade administrativa que aplicou a penalidade, posto que esta é a definição que a lei adota. O mesmo art. 87, IV, proíbe a empresa declarada inidônea de licitar e de contratar com a “Administração Pública” vale dizer, com todos os órgãos e entidades da Administração pública brasileira, posto ser esta a definição inscrita no art. 6º, XI. Tanto que o art. 97 tipifica como crime “admitir á licitação ou celebrar contrato com empresa profissional declarado inidôneo”, o que abrange todo o território nacional dada a competência privativa da União para legislar sobre direito o direito penal (CF/88, art. 22, I). E não há crime em admitir à licitação ou contratar com empresa suspensa. Compreende-se a diversidade de alcance em sistema que institui a penalidade em graduação, da mais leve (advertência) a mais severa (declaração de inidoneidade). Os efeitos da suspensão são restritos ao local em que imposta, quanto ao direito de licitar e contratar; os efeitos da inidoneidade, a mais gravosa das penalidades administrativas previstas na Lei 8.666/93, são nacionais, quanto ao mesmo direito de licitar e contratar.

20. **Quanto à Lei do Pregão**, Joel Menezes Niebuhr³ leciona acerca do alcance da penalidade do art. 7º:

Como dito, o licitante que incorrer numa das hipóteses prescritas no artigo 7º da Lei nº 10.520/02 deve ser impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, e será descredenciado no SICAF ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores, tudo pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Perceba-se que o legislador, ao dispor da amplitude das sanções administrativas, utilizou a conjunção alternativa “ou”, o que significa

³ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 7 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Pgs. 260-261



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

que o impedimento de contratar abrange apenas o ente federativo que aplicou a penalidade, sem estender-se aos demais. Noutras palavras, empresa impedida de participar de licitação pela União, pode participar, livremente, de licitações nos Estados, Distrito Federal e Municípios. O mesmo ocorre em relação ao descredenciamento, que se dá no âmbito federal no tocante ao SICAF e, nos demais entes federativos, nos seus sistemas próprios de cadastramentos. (Destacamos)

(...)

Isso resulta do princípio federativo, em que cada ente é dotado de autonomia política e administrativa. Logo, cada ente federativo goza de autonomia para tomar as suas próprias decisões administrativas e, em princípio, não deve ser compelido a aceitar penalidade aplicada por seus pares. Aliás, essa orientação já vem sendo adotada em relação à sistemática atinente às sanções administrativas contida na Lei nº 8.666/93, mormente porque visa a prestigiar o princípio federativo, consagrado no altiplano constitucional.

21. Em sentido oposto, encontram-se os defensores do alcance ampliativo da sanção contida no art. 87, III da Lei de Licitações e a do art. 7º da Lei n. 10.520/02, ou seja, empresa punida com a suspensão temporária/impedimento não pode participar de licitação em toda a Administração Pública.

22. Um dos doutrinadores citados por defensores dessa corrente é o professor Marçal Justen Filho, que assim escreveu⁴ em uma de suas obras sobre a sanção da Lei de Licitações:

A distinção mais evidente entre as duas figuras envolve uma interpretação literal, fundada nas definições adotadas pelos incisos XI e XII do art. 6º da Lei. A suspensão do direito de licitar produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse, enquanto a declaração de inidoneidade alcançaria todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inc. III utiliza apenas o vocábulo “Administração”, enquanto o inc. IV contém “Administração Pública”.

No entanto, pode-se contrapor que a lógica excluiria o cabimento de sancionamento ao sujeito no estrito âmbito de um único e determinado sujeito administrativo. Se o agente apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com um determinado sujeito administrativo, os efeitos dessa ilicitude teriam de se estender a toda a Administração Pública. Assim se passa porque a prática do ato reprovável, que fundamentou a imposição da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar, evidencia que o infrator não é merecedor de confiança.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012, pg. 246/247.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

Um exemplo prático permite compreender o raciocínio. Suponha-se que o contratado deixe de adimplir às obrigações assumidas num contrato de empreitada de obra pública. Entrega à Administração uma obra defeituosa. Sancionado com a suspensão do direito de licitar, estaria ele livre para contratar com outros entes da Administração Pública? Reputa-se que a resposta negativa é a mais compatível com a ordem jurídica. (Destacamos)

23. O raciocínio acima consta na ementa do Recurso Especial n. 151.567/RJ, muito citado pelos defensores dessa corrente. No referido julgado, decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que o alcance da penalidade do art. 87, III, da Lei n. 8.666/93 não pode ficar restrita ao órgão sancionador:

ADMINISTRATIVO? MANDADO DE SEGURANÇA? LICITAÇÃO?
SUSPENSÃO TEMPORÁRIA? DISTINÇÃO ENTRE
ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA -
INEXISTÊNCIA? IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE
LICITAÇÃO PÚBLICA? LEGALIDADE? LEI 8.666/93, ART. 87, INC.
III. (...)

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

- Recurso especial não conhecido.

(REsp 151.567/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 14/04/2003, p. 208)

24. Embora a decisão acima tenha tratado apenas da sanção do art. 87, III da Lei n. 8.666/93, ela é constantemente mencionada para defender que a sanção da Lei do Pregão também deve ser aplicada para toda a Administração Pública.

25. **Em obra mais recente, entretanto**, o professor Marçal esclareceu que a penalidade do art. 87, III, não, necessariamente, tem que ser estendida a toda a administração pública:

Cabem alguns acréscimos, eis que a argumentação acima tem sido utilizada, por vezes, para defender uma posição que não é precisamente aquela do autor. Nunca foi adotada orientação no sentido de inviabilidade de estabelecer punição com efeitos delimitados à órbita específica da entidade sancionadora. O que houve foi uma crítica intensa à solução legislativa prevista na Lei 8.666/1993, que permite a escolha da sanção por parte da autoridade sancionadora. Tal como disciplinada a matéria, um mesmo evento poderia propiciar a imposição da suspensão do direito de licitar ou a declaração de inidoneidade, ao sabor da escolha da autoridade competente para sancionar. Essa margem de autonomia é incompatível com o regime punitivo. Se os pressupostos da suspensão e da declaração



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

de inidoneidade são rigorosamente os mesmos, então as duas sanções não podem ter conteúdo distinto.

(...)

Dito de outro modo, não existe impedimento algum a que se reconheça, no final das contas, que a suspensão do direito de licitar produz efeitos internos, sem afetar outros órgãos. O problema fundamental não é esse. A questão reside na necessidade de diferenciar os ilícitos segundo uma ordem de gravidade. (destacamos)

As sanções previstas no art.87 são arroladas numa ordem crescente de gravidade. A sanção contemplada no inc. I (advertência) apresenta eficácia punitiva menos intensa. A multa (inc. II) tem um conteúdo sancionatório mais intenso do que a advertência e menos intenso do que a suspensão do direito de licitar (inc. III) e muito menos intenso do que a declaração de inidoneidade (inc. IV)

Não é equivocado afirmar que a suspensão do direito de licitar (inc. III) é uma sanção menos severa do que a aquela contemplada no inc. IV (declaração de inidoneidade)⁵.

26. A conclusão que se extrai das lições do professor Marçal Justen Filho é que não se pode igualar, automaticamente, as sanções de suspensão temporária de licitar e declaração de inidoneidade.

27. No âmbito dos Tribunais de Contas e do Judiciário, há a mesma divergência. Na documentação apresentada a esta Corte, a representante colaciona vários julgados, cujas decisões foram pela tese restritiva. Há, contudo, outros tantos julgados seguindo a tese ampliativa, a exemplo do recurso especial citado acima.

28. A rigor, a melhor interpretação a ser dada ao art. 7º da Lei n. 10.520/02 é de que a sanção deve ser restrita ao ente federativo sancionador. Assim, a licitante punida pela lei do pregão em determinado município, por exemplo, estará impedida de participar de outras licitações apenas no âmbito daquele município.

29. É sabido que não se pode utilizar apenas do método gramatical para exegese de dispositivo normativo. De toda forma, a utilização de outros métodos não autoriza o intérprete a mudar o sentido gramatical das palavras utilizadas na lei, pois, se assim for, ele estaria atuando, na verdade, como legislador.

30. No caso em discussão, verifica-se que o dispositivo, ao tratar do alcance da penalidade, traz a conjunção alternativa “ou”. Não se pode lê-la como se fosse a conjunção aditiva “e” ou qualquer outra conjunção aditiva. Se a legislação restringiu os efeitos da sanção ao federativo sancionador, estendê-la a todos os demais não é permitido.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. pg. 1352-1353.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

31. Da mesma forma, o argumento de que a ampliação dos efeitos da sanção protege de maneira mais satisfatória a administração não pode suplantar o disposto na lei, sob pena de o intérprete extrapolar sua função, que é de aplicação da lei.

32. Concorde-se que tal argumento é irrefutável no campo lógico: ora, se determinada empresa foi ineficiente a ponto de sofrer sanção em determinado ente federativo, por que seria eficiente em outro? Ocorre, todavia, que o texto normativo não estende os efeitos à toda a administração pública.

33. Nesse sentido, o apontamento da representante é procedente. Nos termos da cláusula 3.7 do edital (pág. 37, ID 796196), a licitante que tiver contra si penalidade de suspensão, independente do órgão/ente federativo sancionador, não poderá participar do certame, o que, à luz do exposto, viola o ordenamento jurídico.

34. De acordo com informações da própria representante, ela foi sancionada pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sorocaba, com base no art. 7º da Lei n. 10.520/02.

35. À luz do exposto acima, não há qualquer óbice para que ela participe do pregão realizado pela Prefeitura de Alto Alegre dos Parecis, uma vez que a sanção por ela sofrida restringe-se ao município de Sorocaba/SP.

36. Não obstante esse posicionamento, forçoso reconhecer que a jurisprudência desta Corte de Contas é no sentido contrário, ou seja, a pena de suspensão temporária (art. 87, III da Lei de Licitações) ou a do impedimento de participar de licitação (art. 7º da Lei do Pregão) tem de se estender a todas esferas da administração pública, conforme ementa abaixo:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. FITHA. GERENCIAMENTO DE COMBUSTÍVEL. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR. LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA SANÇÃO À ESFERA DO ÓRGÃO SANCIONADOR. PREVISÃO EDITALÍCIA. RESTRIÇÃO À COMPETIVIDADE. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. UNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. 1. As punições previstas no inciso III do art. 87 da Lei n. 8.666/93 e no art. 7.º da Lei n. 10.520/02 não produzem efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado sancionador, mas a toda a Administração Pública, que é una. 2. Salvaguarda da moralidade administrativa. 3. Improcedência do pedido.

(Acórdão AC2-TC 00158/17. Processo n. 3607/16. Relator Paulo Curi Neto)

37. No voto que embasou o acórdão acima, o relator escreveu:

(...)

A compreensão de eventual limitação da eficácia da sanção imposta ao contratado ao âmbito da jurisdição administrativa do ente contratante



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

advém de suposta diferença semântica no uso das expressões “Administração”, constante no caput e no inciso III do art. 87 da Lei n. 8.666/93, e “Administração Pública”, presente no inciso IV, que prevê a pena de declaração de inidoneidade. Ou seja, enquanto o inciso III, em consonância com o caput, levaria ao entendimento de que se trata apenas do próprio ente federativo contratante, o inciso IV, ao utilizar expressão dita mais abrangente, estenderia os efeitos da penalidade a contratações com outros entes federativos.

Por sua vez, a dicção do art. 7.º da Lei n. 10.520/02 enseja, para muitos, a convicção de que a conjunção “ou”, significando alternatividade, acarreta a presunção de que o impedimento de licitar e contratar mencionado dar-se-ia tão somente com o ente federativo ante o qual a conduta faltosa fosse perpetrada pelo competidor, não se estendendo aos demais. É dizer, punido pela concretização de qualquer das condutas descritas no núcleo do enunciado normativo *sub examine*, o participante do procedimento licitatório estaria, então, impedido de licitar e contratar com o Município (ou o Estado, ou a União) licitante, porém não impedido de fazê-lo com outros Municípios (ou Estados, ou União).

As razões para semelhante delimitação não devem subsistir, contudo. Primeiramente porque a **defesa da moralidade administrativa, da probidade, e da isonomia, é condicionante a reger a atuação de toda a Administração Pública**, em suas diversas esferas e órgãos. De maneira que, existindo elementos caracterizadores de postura inidônea ou, de qualquer modo, passível de punição tal que obste o sancionado de licitar e/ou contratar com o poder público, tais elementos seriam bastantes para obstar que órgãos e entidades de outras esferas administrativas procedam a futuras contratações com a pessoa penalizada, sob risco de prejuízo similar.

Além disso, não há qualquer diferença entre as expressões “Administração” e “Administração Pública”, uma vez que esta última é uma só, apenas sujeita a descentralização de suas funções para melhor atender o seu desempenho, com vistas ao interesse público primário.

Por fim, considerando a diversidade de contratações e certames empreendidos nas diferentes esferas da Administração Pública, semelhante distinção poderia acarretar ineficácia da punição imposta.

(...)

38. No mesmo sentido, foi o decidido no processo n. **110/19/TCERO**:

EMENTA: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. GERENCIAMENTO DE COMBUSTÍVEL. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR. EFEITOS DA SANÇÃO NÃO LIMITADOS À ESFERA



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

DO ÓRGÃO SANCIONADOR. PREVISÃO EDITALÍCIA. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. IMPROCEDÊNCIA.

1. As punições previstas no inciso III do art. 87 da Lei n. 8.666/1993 e no art. 7.º da Lei n. 10.520/2002 **não produzem efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado sancionador**, mas a toda a Administração Pública.

2. Salvaguarda da moralidade administrativa.

3. Improcedência da representação.

(Acórdão AC1-TC 00582/19. Relator: Wilber Carlos dos Santos Coimbra. Data da Sessão: 04/06/19).

39. **Por outro lado, na DM 0012/2019-GCJEPPM**, prolatada no Processo n. 343/19, o conselheiro José Euler Potyguara Pereira de Mello indica, com base na jurisprudência do TCU, que a interpretação correta a ser dada ao dispositivo da Lei do Pregão é a de que a sanção se limita ao ente federativo do órgão sancionador:

(...)

27. Quanto à matéria posta, esta relatoria reputa suficiente suscitar o entendimento jurisprudencial de que a abrangência da sanção do art. 7º da Lei n. 10.520/02, ainda que não seja exatamente idêntica à do art. 87, III, da Lei n. 8.666/96, limita-se somente à esfera de governo que a aplicou, de maneira que o impedimento aplicado pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sorocaba não seria extensível ao Município de Governador Jorge Teixeira. Neste sentido, cabe citar, por todos, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão n. 1003/2015-Plenário: (destacamos)

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. CLINSUL MÃO-DE-OBRA E REPRESENTAÇÃO LTDA. IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR COM A UNIÃO. ACÓRDÃO 3.010/2013-P. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO 2.081/2014-P. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. ART. 7º DA LEI 10.520 APLICA-SE AO ENTE FEDERATIVO. ABRANGÊNCIA DISTINTA DO ART. 87, INCISO III, DA LEI 8.666/1993. NEGATIVA DE PROVIMENTO. CIÊNCIA.

[...] 10. Conquanto alguns excertos do Acórdão 1.017/2013-Plenário possam eventualmente conduzir à equivocada interpretação de que as penalidades previstas pelos dispositivos dos dois diplomas legais tenham a mesma extensão, o próprio Relator da deliberação em questão, em seu Voto, explicitou a maior abrangência do art. 7º da Lei 10.520/2005:

6.2. Ademais, observa-se que o art. 7º da Lei 10.520/2005, aplicável especificamente ao Pregão dispõe que a sanção prevista nesse dispositivo legal tem abrangência na esfera de governo que a aplicou. Essa conclusão é reforçada quando se verifica os termos do Decreto 5.450/2005, que



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

regulamenta essa modalidade de licitação, na forma eletrônica, o qual, em seu art. 28, deixou expresso que a licitante que incidir nas ocorrências por este mencionadas ficará impedida de licitar e contratar com a União.

11. Nesse sentido, o Acórdão 2.242/2013-Plenário traz importante esclarecimento em relação à distinção a ser feita entre tais dispositivos, que se aplica ao caso concreto:

9.3. Dar ciência ao Serpro/SP, relativamente aos subitens 2.2.2 e 2.2.4 do edital do Pregão Eletrônico 1.317/2013, de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador, enquanto a prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 produz efeitos apenas no âmbito interno do ente federativo que a aplicar;

12. Verifico que a redação do art. 7º da Lei 10.520/2002 não permite que a aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com base nesse dispositivo esteja adstrita ao órgão que aplicou a sanção, no caso a IFSul, conforme pleiteado pela recorrente, sem que a pena se estenda à esfera da União.

28. E, pelo que se verifica dos resultados da classificação da disputa, obtidos no Portal Licitanet (<https://licitanet.com.br>), aparentemente a representante Prime Consultoria e Assessoria Empresarial LTDA-EPP deixou de participar da licitação, cabendo determinar ao Prefeito e ao pregoeiro responsável pela condução do certame que, no prazo de 05 dias, esclareçam se a referida cláusula foi, no caso dos pregões eletrônicos n. 001 e 002/2019, aplicada de maneira incompatível com o que dispõem as normas de regência.

(...)

40. Ante a divergência de decisões no âmbito desta Corte, o Ministério Público de Contas (MPC), no Parecer n. 0113/2019 (Processo n. 110/19), da lavra da Procuradora Geral de Contas Ivonete Fontinelle de Melo, opinou pela necessidade de esta Corte fixar entendimento no sentido que os efeitos das sanções sofridas por empresas licitantes, seja com base no art. 87, III, da Lei Federal 8.666/93, seja com fundamento no art. 7º da Lei Federal n. 10.520/02 aplicam-se a toda a Administração Pública.

41. Ante todo o exposto, à luz da jurisprudência dominante desta Corte, que tem decidido pelo efeito ampliativo da sanção do art. 7º da Lei do Pregão, conclui-se pela improcedência do apontamento.

2.3. Taxa Negativa

42. A não menção à possibilidade se ofertar taxa negativa no instrumento convocatório foi outra irregularidade suscitada pela representante.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

43. Ela argumenta que a proibição do edital quanto a essa sistemática vai de encontro à determinação prolatada em acórdão anterior desta Corte. Aduz, ainda, que é perfeitamente viável a utilização de taxa negativa.

44. A cláusula 4.17 do edital (pág. 40, ID 796196) prescreve:

4.17. Será aceita taxa de administração 0% (zero por cento), em sujeição ao moderno entendimento do Tribunal de Contas, exarado no bojo do Processo nº 03989/17 – Acórdão APL-TC 00064/18. Justifica-se a aceitação de taxa 0% (zero por cento), por, em tese, trazer maior economicidade ao Município, que não terá custos diretos com o serviço de administração do gerenciamento e também por fomentar propostas mais vantajosas, conforme esculpido no art. 3º da Lei 8.666/1993. Também justificamos a **impossibilidade de aceitação de taxa de gerenciamento negativa**, pelos grandes transtornos que esta poderá gerar na execução do contrato, especificamente nos registros contábeis e financeiros da despesa, contrariando desta forma, a Lei 4.320/1964 e Lei 101 de 2000.

45. Assiste razão à representante quando argumenta que a proibição de taxa zero está em desacordo com determinação desta Corte.

46. Em 2018, a mesma prefeitura de Alto Alegre dos Parecis deflagrou o Pregão Eletrônico n. 013/18, cujo objeto era o registro de preços para futura e eventual contratação de empresa especializada em prestação de serviços de gerenciamento de combustíveis.

47. Referido pregão foi objeto de representação nesta Corte, sendo instaurado o Processo n. 01714/2018. Um dos pontos discutidos no processo foi a sistemática de taxa zero e negativa. Após regular instrução processual, foi prolatado o Acórdão APL-TC 00534/18, com a seguinte determinação:

III – Alertar o Prefeito do Município de Alto Alegre dos Parecis/RO, Senhor **Marcos Aurélio Marques Flores**, o **Secretário Municipal de Finanças/Administração/Fazenda Senhor Jeunes Silva Gomes** e a Senhora **Jovana Posse**, ou a quem lhes vier a substituir, que nos próximos procedimentos licitatórios da mesma natureza, prevejam, sob pena de multa, a possibilidade da apresentação, pelos licitantes, de proposta de preços com taxa de administração 0% (zero por cento) ou negativa, em sujeição ao moderno entendimento do Tribunal de Contas, exarado no bojo do Processo nº 03989/17 – Acórdão APL-TC 00064/18;

48. Neste pregão, o objeto é similar àquele: gerenciamento de frota para manutenção preventiva e corretiva. À luz da determinação contida no Acórdão APL-TC 00534/18, os jurisdicionados deveriam ter previsto a possibilidade de taxa negativa. Como visto acima, o edital permitiu apenas taxa zero.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

49. O art. 55, §1º da Lei Complementar n. 154/96 (LOTCERO) dispõe que estará sujeito à sanção de multa quem deixar de dar cumprimento à decisão desta Corte, salvo motivo justificativo.

50. No caso em tela, a justificativa utilizada para não permitir taxa negativa é de transtornos que essa metodologia pode causar na execução do contrato, contrariando, assim, assim a Lei n. 4.320/64 e a Lei Complementar n. 101/00.

51. Afigura-se por demais genérica a justificativa utilizada pelos jurisdicionados. Que transtornos seriam esses? Como eles infringiriam os referidos diplomas legais (4.320/64 e 101/00)? Não há resposta para tais questionamentos no instrumento convocatório. Conseqüentemente, não há como aceitar, neste momento da instrução processual, a justificativa apresentada para descumprimento de decisão desta Corte.

52. Em face disso, é necessário chamar aos autos para esclarecimentos os seguintes jurisdicionados: Jovana Posse, pregoeira municipal; Mariete dos Santos Souza, secretária de finanças, administração e planejamento; Marcos Aurélio Marques Flores, prefeito municipal.

53. A audiência da pregoeira se dá em razão de ela ter elaborado o edital em que se proíbe taxa negativa, bem como pelo fato de a determinação do APL-TC 0053/18 ter sido dirigida a ela.

54. Já a audiência da secretária Mariete dos Santos se dá pelo fato de que ela foi autora do termo de referência proibindo tal sistemática, aliado ao fato de a determinação do APL-TC 00534/18 ter sido dirigida a ela, na condição de substituta ao então secretário municipal.

55. Por fim, a audiência do prefeito se dá em razão de ele ter aprovado termo de referência proibindo taxa negativa, agindo assim, em desacordo com a determinação desta Corte.

2.4. Atualização do pagamento

56. Por fim, a representante se insurge quanto à inexistência, no instrumento convocatório, de cláusula de atualização monetária, conforme determina os artigos 40 e 55, III da Lei n. 8.666/93.

57. Assiste razão à representante. O tópico 14 do edital e o 19 do termo de referência (respectivamente, páginas 52-54 e 98-99 do ID 796196) disciplinam regras atinentes ao pagamento à futura contratada.

58. Como alegado, não há qualquer cláusula dispendo sobre atualização monetária. Nos termos do art. 40, XIV e 55, III da Lei n. 8.666/93, critérios sobre atualização monetária é cláusula obrigatória do instrumento convocatório.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

59. Assim sendo, é necessária a retificação do edital no sentido de se incluir, nos termos dos artigos 40 e 55, III da Lei n. 8.666/93, disciplinamento acerca de atualização monetária.

2.5. Qualificação econômico-financeira

60. Para além dos termos da representação, verifica-se irregularidade quanto ao requisito para fins de qualificação econômico-financeira.

61. O instrumento convocatório estabeleceu apenas um requisito para essa finalidade (pág. 48-49 do ID 796196):

9.1. Para licitantes **NÃO INSCRITAS** no Cadastro de Fornecedores da Prefeitura Municipal de Alto Alegre dos Parecis, Estado de Rondônia, faz-se necessária à (sic), em via, única, dos documentos a seguir relacionados sob pena de inabilitação:

IV – Comprovação da Qualificação Econômico-Financeira

a) – Certidão Negativa de Falência, Concordata, Recuperação Judicial ou Homologação de Recuperação Extra Judicial expedida pelo distribuidor sede do licitante com prazo de emissão não superior a 30 dias da data marcada para o pregão. (Destques no original)

62. A primeira irregularidade a ser apontada é a exigência de certidão negativa de recuperação judicial das empresas interessadas em participar do certame. Em outros processos,⁶ assim se manifestou esta unidade técnica acerca dessa exigência:

(...)

Tais previsões vão de encontro ao recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, firmado em agosto de 2018 no AREsp 309867, no sentido de que empresa em recuperação judicial pode participar de licitação, desde que demonstre, na fase de habilitação, ter viabilidade econômica, sob pena de caracterizar restrição indevida à competitividade do certame.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que, inexistindo autorização legislativa, é incabível a inabilitação automática de empresas submetidas à Lei 11.101/2005, unicamente em virtude da não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial.

Segundo o relator, ministro Gurgel de Faria, mesmo que a lei da recuperação judicial tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o artigo 31 da Lei 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática.

⁶ Processos 3999/18 e 1651/19



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

Para o relator, mesmo para empresas em recuperação judicial, existe a previsão de possibilidade de contratação com o poder público, o que, como regra geral, pressupõe a participação prévia em processos licitatórios.

O objetivo principal da legislação é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O ministro destacou que a jurisprudência do STJ tem se orientado no sentido de que a Administração não pode realizar interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não dispuser de forma expressa. Nesse sentido, afirmou:

A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis 8.666/1993 e 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.

63. Assim, a exigência de certidão negativa de recuperação judicial viola o ordenamento jurídico.

64. Ressalte-se, contudo, que essa não é a irregularidade de maior gravidade quanto a esse tópico. O que se configura grave é a ausência de outros requisitos para fins de habilitação econômico-financeira.

65. A licitação tem por objetivo a contratação de um serviço: gerenciamento de frota. A Administração Municipal estimou gastar mais de dois milhões (peças, serviços e taxa de administração) com esta contratação, no período de 12 meses. Levando-se em conta as possíveis prorrogações de contrato, essa quantia aumenta consideravelmente.

66. A futura contratada terá de assegurar rede credenciada em 10 municípios (cláusula 7.1 do edital – pág. 43 - ID 796196). Além disso, antes mesmo de a prefeitura usufruir dos serviços propriamente ditos (manutenção veicular), a futura contratada terá encargos a cumprir e, conseqüentemente, investimentos a realizar, conforme cláusula 7.2 do edital (pág. 43 – ID 796196):

7.2 Será de inteira responsabilidade da Contratada todo o investimento necessário à implantação do sistema, tais como: instalação, gravação e transmissão de dados, migração, backup, segurança, credenciamento da rede de empresas fornecedoras, manutenção do sistema e treinamento do pessoal e fornecimento de manuais de operação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

67. Isso demonstra que a futura contratada deve ter solidez financeira para honrar com os compromissos advindos do contrato. Assim sendo, cabe à Administração Municipal assegurar-se que a futura contratada está em boa situação financeira.

68. É bem verdade que a exigência de certidão negativa de falência é uma das formas definidas pela legislação para qualificação econômico-financeira, consoante art. 31, II, da Lei n. 8.666/93. Entretanto, ela não é a única e, ante as particularidades acima demonstradas, teria que estar acompanhada de outras exigências.

69. Diante das peculiaridades do serviço a ser contratado, seria possível a Administração Municipal se assegurar da boa saúde financeira da futura contratada através tão somente de uma certidão negativa de falência? Definitivamente, não. Simples certidão certificando que determinada licitante não está falida não é suficiente para comprovar que ela está financeiramente saudável, ou ainda, que tenha condições econômicas para honrar o contrato.

70. É necessário que a Administração se certifique de que a futura contratada terá, do ponto de vista econômico, capacidade para cumprir o contrato. Caso contrário, a Administração poderá sofrer vários problemas durante a execução contratual, frustrando, assim, o objetivo final, qual seja, veículos oficiais em plenas condições de uso.

71. A não exigência de outros requisitos para fins de habilitação econômico-financeira está colocando em perigo, inclusive, a seleção da proposta mais vantajosa, violando assim, o art. 3º da Lei n. 8.666/93.

72. Por tal apontamento, devem ser chamados a autora do termo de referência, senhora Mariete dos Santos Sousa (secretária de finanças, administração e planejamento), e quem o aprovou, no caso, o senhor Marcos Aurélio Marques Flores, prefeito municipal, a fim de prestarem esclarecimentos.

3. CONCLUSÃO

73. Finda a análise, conclui-se pela ocorrência, em tese, das seguintes irregularidades:

3.1. De responsabilidade do senhor Marcos Aurélio Marques Flores, CPF n. 198.198.112-87, prefeito municipal; da senhora Jovana Posse, CPF n. 641.422.482-00, pregoeira; e da senhora Mariete dos Santos Sousa, CPF n. 953.434.312-91, secretária municipal de finanças, administração e planejamento, por:

74. a) Não preverem a possibilidade de taxa negativa no edital do Pregão Eletrônico n. 025/2019, conforme análise no tópico 2.3 deste relatório, incorrendo, em tese, na conduta descrita no art. 55, §1º da LC n. 154/96, descumprindo o Acórdão APL-TC 00534/18 (Processo n. 1714/18);



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria de Controle de Licitações e Contratos – CLIC

3.2. De responsabilidade da Mariete dos Santos Sousa, CPF n. 953.434.312-91, secretária municipal de finanças, administração e planejamento; e do senhor Marcos Aurélio Marques Flores, CPF n. 198.198.112-87, prefeito municipal, por:

75. a) Deixarem de estabelecer, no edital do Pregão Eletrônico n. 025/2019, requisitos necessários para a adequada qualificação econômico-financeira, conforme análise no tópico 2.5 deste relatório, violando, em tese, o art. 3º da Lei n. 8.666/93;

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

76. Ante todo o exposto, propõe-se ao relator:

77. a) **Manter suspenso** o Pregão Eletrônico n. 025/19, em razão das irregularidades descritas nos tópicos 2.3 e 2.5 deste relatório;

78. b) **Determinar a audiência** dos responsáveis indicados na conclusão deste relatório, com fundamento no art. 30, §1º, II do Regimento Interno do TCE/RO, para que, no prazo legal, apresentem, querendo, razões de justificativas, as quais poderão ser instruídas com documentos capazes de afastar as irregularidades apontadas;

79. c) **Determinar a retificação** do edital, inserindo critérios para fins de atualização monetária.

Porto Velho, 18 de setembro de 2019.

(assinado eletronicamente)
Wesler Andres Pereira Neves
Auditor de Controle Externo
Matrícula 492

Supervisão:

(assinado eletronicamente)
Nadja Pamela Freire Campos
Auditora de Controle Externo
Matrícula 518

Em, 18 de Setembro de 2019



SANTA SPAGNOL
Mat. 423
DIRETOR DE CONTROLE EXTERNO V

Em, 18 de Setembro de 2019



WESLER ANDRES PEREIRA NEVES
Mat. 492
AUDITOR DE CONTROLE EXTERNO