

PARECER/PMSM Nº: 1397/2019
INTERESSADO: SETOR DE LICITAÇÃO – CPL

PARECER JURÍDICO CONSULTIVO

PARECER JURÍDICO. LICITAÇÃO. ABRANGÊNCIA DE SANÇÃO PREVISTA NO ART. 87, INCISO III, LEI 8.666/93. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. MANUTENÇÃO DE CLÁUSULA RESTRITIVA EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

1) RELATÓRIO

Chegaram ao conhecimento desta Procuradoria Geral questionamentos jurídicos acerca de **IMPUGNAÇÕES** à Editais de certames licitatórios desta Municipalidade, os quais possuem clausulas restritivas, isto é, proibições de participar nas licitações de empresas que tenham sido suspensas temporariamente por qualquer órgão público federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, nos moldes do Artigo 87, inciso III da lei 8666/93.

O imbróglio insurge ante a interpretação do termo “Administração” contido no inciso anteriormente exposto, discutindo que abrangência da sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração seria aplicada a depender da interpretação do referido termo.

O cerne da questão bifurca-se no questionamento de que o termo Administração contido no inciso III, do artigo 87 da lei 8666/93, seria de abrangência restrita apenas ao órgão ou entidade que aplicou a penalidade, portanto, seria desigual ao termo “Administração Pública”, conforme aquele exposto no inciso IV do mesmo dispositivo citado, sendo este último termo, sim, de abrangência ampla, abarcando todos os órgãos federal, estadual, municipal e do Distrito Federal.

Sobre isto, fundamentam os recorrentes e impugnadores com base nas decisões do Tribunal de Contas da União, que assentou o entendimento, no âmbito de sua jurisdição, mais restritivo acerca da abrangência da aplicabilidade da sanção ora em comento, ou seja, que a inabilitação de empresa que sofreu sanção de suspensão de licitar e impedimento de formalizar contrato em órgão diverso daquele que participa no certame é ilegal ou irregular, tendo em vista que a palavra "Administração" é correspondente apenas ao Órgão ou ente que aplicou a penalidade.

Considera-se oportuno consignar que a presente manifestação desta Procuradoria Municipal tem o condão de prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não adentrando na análise da conveniência e da oportunidade da prática de atos administrativos, nem em aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

É o relatório. Passo a opinar.

2) FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Inicialmente convém salientar que esta Procuradoria Jurídica possui entendimento com relação ao mesmo tema já exarado em procedimentos licitatórios, portanto, o que se busca na presente manifestação é realizar sob a forma de parecer consulta, orientação a ser utilizada nos atuais e futuros procedimentos licitatórios.

Partindo deste ponto, estabelecemos então que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93) demonstram o quanto um processo licitatório se torna importante para garantia não só do princípio primordial da isonomia, mas de outros princípios derivados do Direito Administrativo que são apresentados com o mesmo grau de relevância, neste caso. Vejamos:

*"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." (grifo nosso)*

Salienta-se que o princípio da isonomia, previsto constitucionalmente no art. 5º da CF/88, é um símbolo da democracia, indicando tratamento justo a todos, e neste caso em específico, o processo licitatório garante que todos, dentro das instruções legais, tenham oportunidade à concorrência pública de um serviço/bem público/necessidade da Administração Pública.

Note que os “bons hábitos da Administração Pública” – conforme já mencionado como definição de processo licitatório – e o princípio da Isonomia, formam uma espécie de correlação, havendo como DEVER a existência de um em função do outro: **Processo Licitatório > Garantia do Princípio da Isonomia > correlação com os Princípios do Direito Administrativo no Processo Licitatório.**

Nessa acepção, há o casamento perfeito entre Direito Administrativo e Direito Constitucional.

Deste mesmo modo, e partindo da premissa do art. 41¹, “caput” da Lei nº 8.666/93, aplicamos, ao presente caso, o chamado princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o qual possui extrema relevância para o assunto discutido, na medida em que a vinculação do edital, em si, não corresponde somente à Administração Pública, mas a todos envolvidos. A vinculação ao instrumento convocatório parte da premissa de “lei” entrepartes.

Trata-se, na verdade, de princípio inerente a toda licitação e que evita não só futuros descumprimentos das normas do edital, mas também o descumprimento de diversos outros princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

“A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial. O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. (...) Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos.”

Além do já mencionado princípio da vinculação ao instrumento convocatório, e também podendo ser aplicado ao presente caso por sua importância ao processo licitatório, tem-se o chamado “julgamento objetivo”.

¹ “Art. 41, “caput”, Lei nº 8.666/93. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

Conceitua-se como sendo o princípio em que se baseia critérios e parâmetros concretos, estipulados previamente em instrumento convocatório, afastando qualquer forma de subjetivismos quando da juntada e análise da documentação atinente.

A necessidade de que o julgamento se dê de maneira objetiva afasta a possibilidade de a Administração, ao definir os critérios de habilitação, restringir-se a copiar a disciplina legal.

Sendo assim, e no que se refere o contexto do presente parecer Consulta, é inegável a dimensão da importância dos dois princípios supracitados, servindo não somente de base, mas de pilar para os atos que decorrerem da licitação, como este em específico.

Dando prosseguimento ao caso trazido aos autos, as arguições são com relação a uma previsão editalícia deste Município, no qual tem disposto:

Não poderão participar desta licitação, empresas que se enquadrarem em um ou mais das seguintes situações:

a) que tenha sido declarada inidônea e/ou suspensa temporariamente por qualquer órgão público federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal;”

Precisamente, o cerne gira em torno do termo “suspensa”, que como já dito anteriormente, refere-se à sanção prevista no Inciso III do Art. 87 da Lei 8666/93.

Pois bem, parte da doutrina, tem entendimento firmado no sentido de que a penalidade de suspensão abarca toda a Administração Pública, direta e indireta, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça², em vários acórdãos, tem se posicionado pela incidência mais ampla dos efeitos da suspensão, conforme jurisprudência, que ora cito:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR. ALCANCE DA PENALIDADE. TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele

² (AgInt no REsp 1382362/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 31/03/2017).

prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. De acordo com a jurisprudência do STJ, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública (MS 19.657/DF, rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013).

2. Agravo desprovido."

Por outro lado, o Tribunal de Contas da União, atualmente, rechaça este entendimento, sedimentando sua jurisprudência no sentido de que a amplitude dos efeitos deverá ocorrer de forma mais restritiva, devendo a penalidade de suspensão temporária e de impedimento de contratar, acontecer somente em relação ao órgão ou à entidade que a aplicou. Neste sentido, cito jurisprudência³:

"a jurisprudência deste Tribunal tem se sedimentado no sentido de que a penalidade de suspensão temporária e de impedimento de contratar prevista no artigo 87, inciso III, da lei 8.666/1993 incide somente em relação ao órgão ou à entidade contratante, a exemplo dos Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012 e 1.064/2013, todos do Plenário;"

De outra banda, para a corrente que entende que a penalidade em análise tem incidência geral, o que impediria a participação da empresa suspensa em qualquer outro certame, a distinção feita pelo legislador no art. 87, III, da Lei 8.666/93, entre as locuções 'Administração' e Administração Pública', foi inapropriada, pelo motivo de a Administração Pública ser 'uma'.

Acrescentam ainda, que se o agente apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com determinado sujeito administrativo, os efeitos dessa ilicitude teriam de se estender à toda a Administração.⁴

Posto isto. Diante da celeuma que se estabeleceu no âmbito da Administração Pública, quanto ao alcance da penalidade administrativa de suspensão temporária de participar de licitação com o Poder Público, depreendo que o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, **entende que a Administração deverá estabelecer no edital do processo licitatório a ser deflagrado os critérios definidos em relação à extensão da sanção ora discutida, a fim de evitar incertezas e insegurança aos**

³ (Acórdão nº 2.962/2015 – TCU/Plenário; Processo nº 019.168/2015-2; Ministro Relator Benjamim Zymler)

⁴ ACÓRDÃO TC-1050/2019

contratantes e até mesmo à própria administração pública, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da vinculação ao instrumento convocatório.

Para fins de firmamento do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, e contra argumentando o exposto pelos jurisdicionados que frequentemente se irresignam com o disposto nos editais deste Município, citamos:

[...] A doutrina e jurisprudência majoritárias são pacíficas quanto à extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade a todos os órgãos Públicos, não se limitando, portanto, ao âmbito do Ente que aplicou a referida medida, sendo que o Superior Tribunal de Justiça aplica esse entendimento até mesmo para a penalidade de suspensão, veja-se: ***‘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 una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. A limitação dos efeitos da ‘suspensão de participação de licitação’ não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública’*** (REsp 151.567/RJ, Relator: Ministro Peçanha Martins) ‘Como bem acentuado pela Insigne Subprocuradora- -Geral da República, Dra. Gilda Pereira de Carvalho Berger, não há ampliação punitiva ao direito da Recorrente, tão-somente a 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 una, 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)

[...] O eminente Procurador-Geral da República, autoridade apontada como coatora, ao declarar a inidoneidade da parte impetrante para licitar e/ou contratar com a União (e não apenas com órgãos integrantes do próprio Ministério Público da União), agiu na linha de orientação jurisprudencial firmada pelo E. Superior Tribunal de Justiça (REsp 174.274/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, v.g.): ***“(...) - 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 una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. - A limitação dos efeitos da 'suspensão de participação de licitação' não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. Recurso especial não conhecido." (REsp 151.567/RJ, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS – grifei) "I - A Administração Pública é una, sendo, apenas, descentralizado o exercício de suas funções. II - A Recorrente não pode participar de licitação promovida pela Administração Pública, enquanto persistir a sanção executiva, em virtude de atos ilícitos por ela praticados (art. 88, inc. III, da Lei n.º 8.666/93). Exige-se, para a habilitação, a idoneidade, ou seja, a capacidade plena da concorrente de se responsabilizar pelos seus atos. III - Não há direito líquido e certo da Recorrente, porquanto o ato impetrado é perfeitamente legal. IV - Recurso improvido." (RMS 9.707/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ – grifei). Sendo assim, em face das razões expostas, com fundamento nos poderes processuais outorgados ao Relator da causa (RTJ 139/53 – RTJ 168/174), denego o presente mandado de segurança. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 07 de abril de 2014. Ministro CELSO DE MELLO Relator (MS 30947 DF. DJe-071 DIVULG 09/04/2014 PUBLIC 10/04/2014. Julgamento 7 de Abril de 2014. Relator Min. CELSO DE MELLO) (original sem grifos)

Além do mais, reafirmo que o referido tema já foi tratado pela Corte de Contas do Estado do Espírito Santo, sendo que o Acórdão TC935/2017 proferido nos autos do processo TC 263/2017, de relatoria do Conselheiro Rodrigo Chamoun, citado pelos representantes, seguiu a linha do Superior Tribunal de Justiça e entendeu que a penalidade prevista no art. 87, inciso III da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública, conforme segue a seguir exposto:

A controvérsia dos entendimentos foi bem explicitada na Manifestação Técnica 5/2017-9, que se transcreve a seguir:

Da interpretação da legislação pertinente ao tema, podemos verificar dois posicionamentos distintos, ou seja, duas linhas hermenêuticas diversas. A primeira consideraria a penalidade de suspensão e impedimento do direito de licitar de forma abrangente, ou seja, aplicada por qualquer órgão ou ente da federação, haveria reflexos para todas as Administrações Públicas. Lado outro, há quem entenda que a própria Lei 8.666/93, ao conceituar, no artigo 6º, incisos XI e XII, Administração e Administração Pública, teria diferenciado a abrangência da

aplicação das sanções de suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos e da declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, já que no primeira caso utilizou-se a expressão Administração, e no segundo caso, a expressão Administração Pública.

(...)

A dúvida refere-se à sanção descrita no art. 87, III, da Lei Federal n. 8.666/93. A suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração. Tal sanção menciona "Administração", cuja definição se encontra no art. 6º, inciso XII, da citada Lei:

Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

Assim, como explicitado anteriormente, há quem entenda que tal sanção só abrange a Administração que aplicou a penalidade ao passo que outra corrente defende que a tal sanção abrange toda a Administração Pública.

(...)

O que se verifica é que o intérprete possui dois caminhos, sendo que a adoção de um exclui a adoção do outro. Portanto, está-se diante de uma bifurcação.

(...)

O relator trouxe, no Documento Eletrônico n. 11 - Voto do Relator 00589/2017-1, o posicionamento do Conselho da Procuradoria Geral do Estado emitido no Acórdão 02/2015, cuja conclusão se transcreve:

O CONSELHO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, em reunião realizada em 09.06.2015, deliberou, por unanimidade, aprovar o voto do Conselheiro Relator, Dr. Alexandre Nogueira Alves, nos autos do Processo Administrativo nº 69825980, no sentido de que os efeitos da aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração por prazo não superior a dois anos, prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, se aplica a toda Administração Pública. (g.n.)

A título de ressalva, vale afirmar que a posição que mais resguarda a Administração Pública e o próprio erário é a posição abrangente. Isso porque com base nessa interpretação a Administração Pública

deixaria de contratar aqueles que, em oportunidades passadas, faltaram com suas obrigações contratuais junto a outros órgãos públicos.

Em situação hipotética oposta, entende-se que a legislação federal estaria desprotegendo a Administração se permitisse a contratação de uma pessoa que já tenha sido apenada em diversos outros órgãos, que não o contratante. Melhor exemplificando, a lei permitira que um prestador fosse contratado por um Município, mesmo tendo sido apenado por outros Municípios. Nesses termos, filiando-nos à posição mais abrangente da sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça, consideramos que a cláusula 11.2 do Edital em comento não afrontou a legislação. Conclui-se pela não foi confirmado o indício de irregularidade apontado na representação, devendo esta ser julgada improcedente.

Marçal Justen Filho adota o entendimento no sentido da repercussão subjetiva ampla da suspensão temporária de licitar e contratar, conforme linha jurisprudencial utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Seria possível estabelecer uma distinção de amplitude entre as duas figuras. Aquela do inc. III produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse; aquela do inc. IV abarcaria 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, essa interpretação não apresenta maior consistência, ao menos enquanto não houver regramento mais detalhado. Aliás, não haveria sentido em circunscrever os efeitos da ‘suspensão de participação de licitação’ a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar ‘suspensado’. A menos que lei posterior atribua contornos distintos à figura do inc. III, essa é a conclusão que se extrai da atual disciplina legislativa.”

Assim, percebe-se que a tese que amplia o alcance da sanção de suspensão temporária de licitar e contratar é mais fortalecida na doutrina e jurisprudência, e tem um teor mais abrangente de aplicação em toda a esfera do Poder Público.

Contanto, nos vale imperioso colacionar a este Parecer o entendimento do Relator José Múcio Monteiro, pelo Tribunal de Contas da União, em seu voto proferido,

ainda que tenha sido rechaçado em momento posterior, pois este fortalece a tese de defesa aos interesses da Administração Pública:

1ª Câmara do Tribunal de Contas da União, conforme se retira de trecho do Acórdão nº 2.218/2011:

“Voto complementar. A determinação contida no item 1.5.1 do Acórdão nº 1.166/2010-TCU-1ª Câmara, contestada pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, decorreu do entendimento de que a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 restringia-se à entidade que a aplicou e, por isso, a Infraero deveria se abster de incluir em seus editais de licitação cláusula impedindo a participação de interessados que houvessem sido suspensos de participar de licitações e de contratar por decisão de outro ente da Administração Pública. 2. Em consonância com o art. 87 da Lei nº 8.666/1993, no caso de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar ao contratado sanções, que vão desde advertência (inciso I), multa (inciso II), suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (inciso III) até à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (inciso IV). **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

9.1. conhecer do presente pedido de reexame, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, no sentido de tornar insubsistente o item 1.5.1 e manter inalterado o restante do acórdão recorrido; e” (Relator: José Múcio Monteiro; Data do Julgamento: 12/04/2011)

A fim de robustecer o transcrito entendimento aludido até o momento, salientamos os dizeres do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, ainda em menção ao

processo TC 263/2017, na dinâmica da decisão 00005/2017-9, ainda sob a ótica do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, que são capazes de dissipar a divergência introduzida e discutir o tema de forma maestra:

“O objeto da Representação refere-se à irresignação do Autor quanto à existência de uma condição de participação em licitação no edital 027/2016, que estabelece textualmente o seguinte:

11 - DAS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

[...]

11.2 Estarão impedidos de participar de qualquer fase do processo, interessados que se enquadrarem em uma ou mais das situações a seguir:

b) estejam cumprindo as penalidades previstas no artigo 87, inciso III e inciso IV da Lei Federal nº. 8.666/93 e no artigo 7º da Lei Federal nº. 10.520/02, ainda que imposta por ente federativo diverso do Estado do Espírito Santo;

O Representante alega que tal condição é ilegal e que a penalidade de suspensão somente produziria efeitos no âmbito do órgão que a teria aplicado e que por esse motivo a licitação deve ser suspensa e tal item ser excluído do edital.

Quanto às alegações, adoto como razões de decidir os argumentos apresentados pela Área Técnica na Manifestação Técnica 005/2017, conforme passo a transcrever:

“A representante alega que a cláusula 11.2 do pregão, na modalidade eletrônico, que veda a participação de empresas no incurso das penalidades do artigo 87, III da Lei 8.666/93 e do artigo 7º da Lei 10.520/2002, seria indevida. Para tanto, cita legislação do próprio Estado do Espírito Santo (Decreto Estadual nº 2.394-R), bem como jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, de outras Cortes de Contas, e opinião de doutrinadores.

(...)

De início destacamos que a Lei 8.666/93 não traz definição sobre os pressupostos para a aplicação da suspensão do direito de licitar e da declaração de inidoneidade, por consequência confere ao gestor público certa discricionariedade na aplicação dessas sanções.

Sobre o tema, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO2 preleciona que:

“Como a lei não efetuou prévia descrição das hipóteses em que cabem a suspensão do direito de licitar e o impedimento de contratar, nem aquelas em que caberia a declaração de inidoneidade, entendemos que tais sanções só poderão ser aplicadas no caso de comportamentos tipificados como crimes.” (fl.594)

A princípio, considerando que ambas restringem o direito de participar de licitações e contratar com o Poder Público, parece razoável a ideia de que a intenção do legislador foi instituir penalidades diversas, com características igualmente distintas, corroborando com o pensamento do representante.

Ocorre que também encontramos, com certa facilidade, doutrinadores que trazem opinião diversa, tais como a do professor MARÇAL JUSTEN FILHO:

“Se o agente apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com determinado sujeito administrativo, os efeitos dessa ilicitude teriam de se estender a toda a Administração Pública. Assim se passa porque a prática de 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.” (fl. 1020).

Nessa mesma esteira temos posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

“ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III. - É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras. - A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. - A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. - Recurso especial não conhecido.” (REsp 151.567/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 14/04/2003, p. 208)

Diante dos posicionamentos antagônicos e considerando que a motivação da presente representação, muito embora com reflexo no interesse público, se reveste claramente de interesse privado, entendemos por considerar, no momento, que a adoção do posicionamento do STJ, é uma opção válida e, ainda, mais conservadora quanto à proteção ao erário.

Dessa forma, considerando que estamos tratando de uma análise perfunctória, a irregularidade aventada não se verifica de plano.

Páginas 9 e 10 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE-ES) de 3 de fevereiro de 2017.

Sendo assim, extrai-se que apesar da divergência existente, com posicionamentos antagônicos, restou claro, ainda mais pela dinâmica trazida pelo Tribunal de Contas deste Estado, que a proteção e zelo em favor Administração Pública devem ser atos primordiais e prioritários, evitando posteriores improfiências do Poder Público.

Pois então, com base no exposto, o entendimento desta Procuradoria Geral Municipal é no sentido de amplitude do termo "Administração", atingindo todos os órgãos inerentes, seja da Administração Pública Direta, seja da Indireta.

3 – CONCLUSÃO

Isto posto, com fulcro na fundamentação acima, e considerando os Princípios inerentes aos atos licitatórios e à Administração Pública, bem como toda Jurisprudência e Doutrina trazida nos termos citados, esta Procuradoria **OPINA E SUGERE QUE SEJA MANTIDA A CLÁUSULA RESTRITIVA** imposta nos editais desta Municipalidade, no que tange a impossibilitar de participar das licitações, empresas que se enquadrarem na seguinte situação: "que tenha sido declarada inidônea e/ou suspensão temporariamente por qualquer órgão público federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal".

Salvo melhor juízo, é o nosso parecer.

São Mateus/ES, 13 de dezembro de 2019.

SELEM BARBOSA DE FARIA
Procurador Geral do Município
OAB 24.925/ES
Decreto nº 10.801/2019

PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi proposto para assinatura digital na plataforma Portal OAB. Para verificar as assinaturas clique no link: <https://oab.portaldeassinaturas.com.br/Verificar/885F-DAFD-D6CA-FF34> ou vá até o site <https://oab.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código para verificação: 885F-DAFD-D6CA-FF34



Hash do Documento

31A1C807DB072AABF671613CD5C9FF57AFB812AEC9AF9B17D7B74F10BD27C859

O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 13/12/2019 é(são) :

Selem Barbosa De Faria (Signatário) - 097.658.507-35 em
13/12/2019 12:49 UTC-03:00

Tipo: Certificado Digital

