



PREFEITURA DO
CRATO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Largo Júlio Saraiva, s/n, Centro
CRATO - CEARÁ



PREFEITURA MUNICIPAL DE CRATO
FLS Nº: 954
Comissão de Licitação

PARECER nº 0130092019 - PGM/C

INTERESSADO: COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

ASSUNTO: RECURSO CONTRA HABILITAÇÃO DE EMPRESA

DOS FUNDAMENTOS FÁTICOS:

A Ilma. Presidente da Comissão de Licitação solicita à Procuradoria Geral do Município, parecer jurídico acerca do recurso impetrado pela empresa CONSTRUTORA RODOVALHO ALENCAR LTDA – CORAL, contra a habilitação da empresa CONSTRAM – CONSTRUÇÕES E ALUGUEL DE MÁQUINAS LTDA, ambas participantes do certame em andamento referente à Concorrência Pública nº 2019.05.28.1.

A impetrante alega que a CONSTRAM não poderia participar de licitações em virtude de ter sido penalizada com SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES, na cidade de Juazeiro do Norte-CE, conforme publicação no dia 28 de agosto de 2019, Portaria nº 27.08.2019/01, do Diário Oficial do Município de Juazeiro do Norte/CE.

O cerne da questão encontra-se entre a disparidade de entendimentos do Tribunal de Contas da União – TCU, que segue o edital, e do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que fundamenta o recurso, acerca da abrangência da penalidade de suspensão em relação aos entes e órgãos.

Diante da determinação, passo a análise da questão e elaboração de parecer, sob o prisma estritamente jurídico.

Este é, em síntese, o relatório.

DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

Há controvérsia jurídica quanto ao alcance da sanção administrativa de suspensão temporária de participação em licitação com a Administração contida no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993. O Tribunal de Contas da União – TCU entende que tais penalidades se restringem ao órgão licitante, enquanto que o Superior Tribunal de Justiça – STJ entende que se espraiam à toda Administração Pública, direta e indireta, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tendo em vista que 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 “una”.



Então, reside dúvida ao Administrador entre acatar ou não eventual suspensão ou impedimento de licitar aplicado por outro órgão, seja esse pertencente ao mesmo Ente federado ou não.

A matéria está regrada na lei n. 8.666/1993 (licitações), a qual serve de baliza à presente análise, segundo interpretação doutrinária e jurisprudencial.

A lei das licitações, nº. 8.666, de 21.06.1993, em relação à sanção administrativa de suspensão temporária de contratação com a Administração assim determina:

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;

[...]

A mesma lei n. 8.666/1993 adotou as seguintes definições:

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;

Ao adotar definições expressas em seu texto legal, a Lei n. 8.666/1993 fez distinção entre as expressões “Administração Pública” e “Administração”. Contudo tal distinção não é comum no direito administrativo, valendo ressaltar ainda que na esfera do direito processo civil tais expressões se confundem.

Na seara específica da matéria dos contratos e licitações, o Tribunal de Contas da União, na maioria de seus julgados atuais, observa a diferenciação adotada e definida no art. 6º, XI e XII, da Lei 8.666/1993.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ adota entendimento de que a expressão Administração é abrangente e por isso a sanção prevista no art. 87. III da Lei 8.666/1993



compreende toda a administração pública, nos âmbitos Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, implicando na administração direta e indireta de tais entes federados.

Embora a discussão da matéria não seja de cunho constitucional, convém citar decisão do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal – STF, na qual destaca o posicionamento do STJ, in verbis:

[...] 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 III, 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

(Handwritten signature)



PREFEITURA DO
CRATO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Largo Júlio Saraiva, s/n, Centro
CRATO - CEARÁ



PREFEITURA MUNICIPAL DE CRATO
UNIFORMES Nº. 957
EPICAO 2017. 2018

COMISSÃO DE LICITAÇÃO

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).

Ademais, alega a Impugnada que há intempestividade do ato da Impugnante ao fazer sua manifestação, em que demonstra para Administração a sua incapacidade de participar de processo licitatório por condenação em procedimento instaurado pelo município de Juazeiro do Norte, que a condenou nas penas estabelecidas no Inciso III do Art. 87 da Lei 8.666/93.

Vê-se que a condenação aplicada pelo município de Juazeiro do Norte impossibilita a condição do impugnado em participar do processo licitatório e assinar contrato com Administração. Assim, na espécie, essa impossibilidade de contratar com Administração é tratada pela doutrina e jurisprudência como questão de Ordem Pública que não se submete ao instituto da preclusão.

Vejamos o magistério de Egon Bockmann Moreira em artigo doutrinário denominado de Licitações, Questões de Ordem Pública e Preclusão e sobre o tema leciona o doutrinador:



“Porém, fato é que existem alguns temas inibidores da incidência da preclusão. Há determinadas normas de ordem pública regedoras da licitação – principalmente as relativas à habilitação dos interessados – que não podem ser transpostas seja pelo decurso de tempo, seja pela prática de ato anterior incompatível ou que tenha exaurido o que se pretende praticar. As exigências de habilitação são de ordem pública, cujo cumprimento nem a Administração Pública nem os particulares podem declinar. Isto é, aquelas normas licitatórias que definem as condições mínimas sem as quais a Administração Pública está proibida de celebrar o contrato administrativo. Normas cujo descumprimento consubstanciará vício insanável para o certame. Afinal e como o nome já diz, a habilitação se presta a permitir que aquele interessado seja apto a celebrar o contrato definido no edital”. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egonbockmann-moreira/licitacoes-questoes-de-ordem-publica-e-preclusao> >. Acesso em 30/09/2019.

O mesmo doutrinador afiança que:

“A preclusão não incide em questões que envolvam deveres indeclináveis da Administração Pública e dos licitantes. Em outras palavras, não há preclusão para questões de Ordem Pública e para as nulidades absolutas, incidindo aqui o art. 53 da Lei 9.784/1999 (“A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade...”) e as Súmulas 346 e 473, ambas do Supremo Tribunal Federal – STF (“A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos” e “A Administração Pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos...”, respectivamente). Mesmo se inseridos no processo administrativo, tais atos jurídico-processuais devem ter a nulidade decretada”.

Em conclusão afirma:

“... se é fato que a licitação é um processo administrativo orientado à consecução do seu resultado final – a adjudicação e o futuro contrato –, qualificado pela ideia de preclusão, não é menos importante a noção de que os requisitos de habilitação precisam ser obrigatória e objetivamente cumpridos. Logo, não incide a preclusão para recursos – ou notícias ou o exercício do direito de petição – pertinentes a vícios da habilitação que impeçam a adjudicação e futura celebração do contrato. A Administração tem o dever de conhecer e, se forem efetivas as imputações de nulidade, dar provimento ao pedido de inabilitação, mesmo se formulado depois de decorrido o prazo recursal.”



A jurisprudência - TJ-SP - REEX: 00007526820158260382 SP 00007526820158260382

68.2015.8.26.0382, Relator: Oscild de Lima Júnior - demonstra que a licitante que tem contra si penalidade de suspensão do direito de contratar com a Administração, maculou, esta, o princípio da moralidade administrativa, senão vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO - Pleito de anulação de ato que habilitou e classificou empresa que sofreu penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no artigo 87, inciso III, da Lei 8.666/93 – Entes ou órgãos diversos - Extensão da punição para toda a Administração - Contratação de empresa suspensa por outro ente administrativo configura ofensa ao princípio da moralidade - Precedentes deste Egrégio Tribunal - Sentença de concessão da ordem que conferiu a correta solução à lide, devendo ser confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos, a teor do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Reexame necessário desprovido.

A adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório poderá solucionar a situação ora divisada. Digo que, o formalismo moderado se relaciona à ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Orienta o TCU, no acórdão 357/2015-Plenário:

“No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.”

Ora, se a impugnada está impedida de contratar com a Administração, devido à aplicação de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, como poderá ser convocada para assinar o contrato?!

CONCLUSÃO



Assim, opinamos pelo conhecimento da impugnação, mesmo fora do prazo estabelecido em lei, visto que, no presente caso, não opera a preclusão por tratar-se de matéria de Ordem Pública, passível, destarte, da aplicação das Súmulas 346 e 473, ambas do Supremo Tribunal Federal – STF (“A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos” e “A Administração Pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos...”), bem como, a adoção do princípio do formalismo moderado.

Conclui-se, portanto, que, diante da controvérsia existente entre STJ e TCU, bem como dos entendimentos doutrinários divergentes, cabe ao Administrador optar pela segurança jurídica, que no presente caso está alicerçada na jurisprudência do STJ, a qual dá o comando de que as sanções contidas no art. 87, III da Lei n. 8.666/1993 não estão restritas apenas ao órgão licitante, mas abrangem toda a Administração Pública, direta e indireta, da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, conforme decisões contidas no RMS de n. 326.6228/SP (Dje de 14.9.2011) e no REsp 1382362 PR (DJe 31.3.2017), ou seja, de que a sanção tem aplicabilidade de âmbito nacional, nos dizeres da Min. Eliana Calmon, relatora do MS n. 19.657/DF (Dje de 23.8.2013).

No mesmo sentido, da abrangência nacional das sanções mencionadas, o Min. Celso de Mello, do STF, nos autos do MS 30947 DF de 10.04.2004, fez menção aos julgados do STJ: REsp 151.567/RJ, RMS 9707/PR, REsp 151.567/RJ e RMS 9.707/PR.

Portanto, deve prevalecer a jurisprudência pacífica do STJ, a qual se constitui no intérprete final das normas federais (art. 103, III da CF).

Diante de todo o exposto, ante as considerações acima, entendemos pela procedência do recurso, gerando assim a inabilitação da empresa questionada.

É o Parecer,

Salvo Melhor Juízo

Crato-CE, 30 de setembro de 2019.

Rennan Lobo Xenofonte
Procurador Geral Adjunto
OAB/CE 24.230