

Processo: 1054061
Natureza: DENÚNCIA
Órgão: Prefeitura Municipal de Boa Esperança
Denunciante: Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. - EPP
Partes: Paulo César Loredó e Edson de Oliveira
Procuradores: Renato Lopes, OAB/SP 406.595-B; Lucélia Bandeira Lopes, OAB/MG 135.311; Wederson Advíncula Siqueira, OAB/MG 102.533; Auack Natan Moreira de Oliveira Reis, OAB/MG 163.391; Anna Carolina Maquiné Santana, OAB/MG 172.057; Mateus de Moura Lima Gomes, OAB/MG 105.880; Marcos Ezequiel de Moura Lima, OAB/MG 136.164; Aline Aguiar da Cruz, OAB/MG 166.758; Aline Cristina de Souza e Silva - OAB/MG 159.758, Gabriela Horta Bicalho Digênova, OAB/MG 86.048; Izabella Bordini Catão, OAB/MG 168.364; Lígia Lana Fernandes dos Santos, OAB/MG 174.187; Lorena Ribeiro de Carvalho Sousa, OAB/MG 168.242; Luiz Fernando Pimenta Peixoto, OAB/MG 154.394; Marcella Ester Silva Pimenta, OAB/MG 155.531; Marcella Louro Laurenti, OAB/MG 159.278; Marcelo Augusto Pinto de Souza, OAB/MG 152.453; Marcus Vinícius Amaral Junior, OAB/MG 172.048; Matheus Prates de Oliveira, OAB/MG 141.238; Natalia Titon Murta Fortes, OAB/MG 168.726; Pedro Henrique Rocha Silva Fialho, OAB/MG 147.840; Sílvia Lima Xavier, OAB/MG 155.960

MPTC: Sara Meinberg
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

SEGUNDA CÂMARA – 17/9/2020

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. PREFEITURA MUNICIPAL. REGISTRO DE PREÇOS. PRELIMINAR PROCESSUAL. PERDA DE OBJETO. REJEITADA. MÉRITO. IRREGULARIDADES. SANÇÃO DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR. ABRANGÊNCIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. OFERTA DE VALOR ZERO OU NEGATIVO. POSSIBILIDADE. IMPOSIÇÃO DE APRESENTAÇÃO DE REDE CREDENCIADA ANTES DA CONTRATAÇÃO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO.

1. A interpretação de que a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, abrange apenas o órgão, entidade ou unidade administrativa que aplicou a sanção é a mais condizente com a segurança jurídica e com o princípio hermenêutico, segundo o qual se deve conferir interpretação restritiva a comandos normativos sancionadores. Além disso, esse é o entendimento que melhor garante efetividade ao texto normativo que contém expressões diferentes para definir o âmbito de aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei de Licitações (“Administração” e “Administração Pública”).
2. A apresentação de ofertas de valor zero ou negativo, por si só, não tornam as propostas inexequíveis, devendo ser verificada a compatibilidade da taxa ofertada a partir de critérios objetivos, no caso concreto.

3. É indevida a exigência de comprovação da rede de estabelecimentos credenciada como critério de habilitação técnica ou em momento anterior à contratação, por instituir ônus operacional injustificado que pode limitar a participação no certame.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) rejeitar a preliminar de perda de objeto da denúncia;
- II) julgar procedente, no mérito, a denúncia relativa ao Pregão Presencial nº 108/18, deflagrada pelo Município de Boa Esperança, por considerar irregular: **i)** a ampla restrição de participação na licitação de empresas que estejam com o direito de licitar e contratar com a Administração Pública suspenso, ou que por esta tenham sido declaradas inidôneas (subitens 3.3 e 3.3.2 do edital); **ii)** a vedação de ofertas de taxa de administração com percentual zero ou negativo (subitem 5.2.6 do edital); **iii)** a exigência de comprovação de rede credenciada de estabelecimentos como critério de habilitação e/ou em momento anterior à eventual contratação com o Poder Público (subitens 4.2, 4.3, 4.4, 4.5.1 e 4.5.2, do Anexo I do edital);
- III) deixar de aplicar multa aos responsáveis, nos termos da fundamentação desta decisão, no que concerne às irregularidades constantes nos subitens 3.3, 3.3.2 e 5.2.6 do edital;
- IV) aplicar multa ao pregoeiro, Senhor Paulo Cesar Loredo, no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais), em virtude da irregularidade constatada nos subitens 4.2, 4.3, 4.4, 4.5.1 e 4.5.2, do Anexo I do edital, com fundamento no art. 85, II, da Lei Orgânica;
- V) recomendar aos Senhores Paulo Cesar Loredo, pregoeiro, e Edson de Oliveira, secretário municipal de administração e comunicação: **i)** que, em licitações futuras, a municipalidade adote a interpretação restritiva a respeito da abrangência da sanção prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93; **ii)** bem como, em futuros certames, a municipalidade apenas exija a comprovação da rede credenciada de estabelecimentos da licitante contratada, isto é, em momento posterior à celebração do contrato;
- VI) determinar a intimação dos responsáveis e da denunciante acerca do teor desta decisão;
- VII) determinar o arquivamento dos autos, promovidas as medidas legais cabíveis à espécie.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Substituto Adonias Monteiro e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Declarada a suspeição do Conselheiro Gilberto Diniz.

Presente à sessão o Procurador Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 17 de setembro de 2020.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 17/9/2020

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada pela empresa Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. - EPP, em face do edital do Pregão Presencial nº 108/18, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Boa Esperança, cujo objeto consiste no registro de preços para futura e eventual contratação de serviços de administração, gerenciamento e controle de manutenção preventiva e corretiva da frota de veículos e máquinas, com fornecimento de peças genuínas e/ou originais, suprimentos, acessórios e serviços de manutenção preventiva e corretiva, combustíveis, lubrificantes, pneus, serviços de guincho 24h, alinhamento e balanceamento, por meio de sistema informatizado, com utilização de tecnologia de cartão magnético, via *web* e em tempo real, em rede especializada de serviços, em conformidade com o termo de referência, Anexo I do edital (fls. 32/58v).

Aduz a denunciante que o ato convocatório contém cláusulas contrárias aos ditames da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 10.520/02, consubstanciadas na não admissão de participação de empresa que esteja com o direito de licitar e contratar com a Administração Pública suspenso, ou que por esta tenha sido declarada inidônea (subitens 3.3 e 3.3.2); na não admissão de ofertas de taxa de administração com percentual zero ou negativa (subitem 5.2.6); e na exigência de apresentação, na fase de habilitação, da comprovação da rede de estabelecimentos credenciados por meio dos contratos formalizados (subitem 4.5.1 do Anexo I). Ao final, solicita a concessão de medida liminar de suspensão do certame.

A documentação foi autuada como denúncia (fl. 73/75) e distribuída à relatoria do conselheiro Mauri Torres em 16/10/18 (fl. 76) que encaminhou os autos para análise da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL).

Em exame preliminar e em caráter de urgência, tendo em vista que a abertura do Pregão Presencial nº 108/18 estava marcada para as 10h do dia 18/10/18, a Unidade Técnica concluiu que a redação dos subitens 3.3 e 3.3.2 do edital infringiam o art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, bem como o art. 7º da Lei nº 10.520/02, ao restringir a competitividade no certame em razão de dar tratamento mais amplo à suspensão do direito de contratar com o Poder Público. Assim, recomendaram-se a retificação das cláusulas e a concessão da liminar requerida pela denunciante (fls. 77/84).

Às fls. 85/85v, o então relator, conselheiro Mauri Torres, indeferiu o pedido de suspensão liminar do certame, mormente porque quando de sua apreciação já havia passado da hora marcada para abertura da sessão do Pregão Presencial nº 108/18. Determinou-se, por fim, a intimação do responsável para manifestação acerca dos fatos relatados na denúncia.

Intimado, o Senhor Paulo César Loredó, pregoeiro e subscritor do edital analisado, acostou aos autos a defesa e a documentação de fls. 96/277.

A denunciante, por sua vez, protocolizou a documentação complementar de fls. 281/338.

Em seguida, retornaram os autos para análise pormenorizada da CFEL, a qual opinou pela procedência da denúncia e indicou como responsável pelas irregularidades não só o Senhor Paulo César Loredó, mas também o Senhor Edson Oliveira, secretário municipal de administração e comunicação (fls. 340/349).

Por meio dos novos documentos juntados ao feito pela empresa denunciante (fls. 281/338) e também por meio de consultas realizadas no *site* da Imprensa Oficial de Minas Gerais e do Município de Boa Esperança, constatou-se que o pregoeiro alterara a data de abertura da sessão

do Pregão Presencial nº 108/18 para o dia 30/11/18 e que o procedimento licitatório estava suspenso por decisão administrativa. Desse modo, o conselheiro Mauri Torres determinou novamente a intimação do Senhor Paulo César Loredó, a fim de que se manifestasse sobre os apontamentos da denúncia, no prazo de 24h (fls. 350/350v).

Em resposta, o pregoeiro protocolizou a manifestação de fls. 360/415, comprovando a adequação do subitem 5.2.6 do edital, que passou a admitir oferta de taxa zero ou negativa de administração.

No despacho de fls. 417/419, o então conselheiro relator indeferiu o pedido liminar formulado pela denunciante e, avaliando que ainda constavam cláusulas irregulares no ato convocatório ordenou mais uma vez a intimação do pregoeiro para retificar as irregularidades remanescentes e reabrir o prazo para apresentação das propostas, sob pena da suspensão do certame (fls. 417/419v).

Às fls. 430/443, o Município de Boa Esperança informou acerca da impossibilidade de dar cumprimento ao despacho exarado, porquanto o certame estava finalizado e a ata de registro de preços devidamente assinada.

Os autos foram redistribuídos à minha relatoria em 18/02/19, em conformidade ao art. 115 do Regimento Interno.

O Ministério Público de Contas requereu, em sua manifestação preliminar, a citação dos responsáveis indicados (fl. 447).

Devidamente citados (fls. 451/451v), os Senhores Paulo Cesar Loredó e Edson de Oliveira apresentaram a defesa conjunta de fls. 452/486.

A Unidade Técnica elaborou o estudo conclusivo de fls. 489/496, em que reconheceu como sanada apenas a irregularidade constante do subitem 5.2.6 do edital. Todavia, ao considerar as circunstâncias do caso, opinou tão somente pela expedição de recomendações aos responsáveis.

O *Parquet* de Contas, nos mesmos termos da conclusão da CFEL, opinou pela procedência parcial da Denúncia, bem como pela recomendação aos responsáveis para que não repitam em futuros editais as mesmas falhas apontadas neste processo.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar processual – Perda de Objeto

Os defendentes suscitaram, em sede de preliminar, a perda de objeto da denúncia, uma vez que a despeito das irregularidades apontadas, o Pregão Presencial nº 108/18 fora concluído, com homologação e publicação do resultado, além da consequente assinatura da ata de registro de preços. Desse modo, sugeriram que a análise de mérito pelo Tribunal restaria prejudicada, o que ensejaria o arquivamento do processo (fls. 452/455).

Analisando a preliminar suscitada, registro que, conforme determinam os arts. 3º, XVI, e 260, ambos do Regimento Interno, o Tribunal de Contas tem competência para fiscalizar os procedimentos licitatórios, de modo especial os editais, as atas de julgamento e os contratos celebrados, podendo, inclusive, atuar de ofício no controle de legalidade, legitimidade e economicidade das licitações e das contratações públicas.

Em razão disso, a finalização do certame não obsta o controle de legalidade realizado pelo Tribunal em sede de cognição exauriente. Ademais, as falhas apontadas na denúncia não poderiam ser afastadas, de plano, com a conclusão do certame, uma vez que podem ter maculado a validade do contrato dele decorrente.

Isto posto, resta justificada a atuação deste órgão de controle externo, bem como o prosseguimento da análise do procedimento licitatório em apreço, não havendo que se falar em perda de objeto da denúncia, motivo pelo qual rejeito a preliminar suscitada.

Mérito

Conforme relatado, versa a denúncia sobre a ocorrência de supostas irregularidades no Pregão Presencial nº 108/18, deflagrado pelo Município de Boa Esperança, quais sejam: restrição ilegal de participação na licitação de empresas que estejam com o direito de licitar e contratar com a Administração Pública suspenso, ou que por esta tenham sido declaradas inidôneas (subitens 3.3 e 3.3.2 do edital); vedação de ofertas de taxa de administração com percentual zero ou negativo (subitem 5.2.6 do edital); e a exigência de comprovação dos estabelecimentos credenciados, antes da contratação da licitante vencedora (subitens 4.2, 4.3, 4.4, 4.5.1 e 4.5.2, do Anexo I do edital).

Nesse cenário, passa-se a analisar particularmente cada irregularidade.

A) Da restrição de participação no certame de empresas que estejam com o direito de licitar e contratar com a Administração Pública suspenso, ou que por esta tenham sido declaradas inidôneas (subitens 3.3 e 3.3.2 do edital)

Segundo argumentou a empresa denunciante, os subitens 3.3 e 3.3.2 do edital do Pregão Presencial nº 108/18 incorrem em irregularidade ao expandir a vedação do direito de licitar e contratar, destinada para ocorrer apenas no âmbito do ente sancionador, para as três esferas federativas, o que prejudicaria a competitividade no certame.

Na verdade, quanto à presente irregularidade, o que se debate é a abrangência da sanção prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93. Segundo a denunciante, pelos termos do edital, “as empresas sancionadas com qualquer uma das penalidades restritivas do direito de licitar e contratar com a Administração Pública, independentemente de quem seja o órgão sancionador, estará impossibilitada de participar do processo licitatório promovido pela municipalidade” (fl. 03/04v).

Na defesa apresentada, os Senhores Paulo César Loredó e Edson de Oliveira rebateram as razões da denunciante por entenderem que a exigência descrita nos subitens 3.3 e 3.3.2 do edital é consentânea com os princípios basilares da Administração Pública, por ser “temerário possibilitar a contratação de uma licitante com direito de contratar com o Poder Público suspenso, ainda que por ente diverso” (fls. 455/460).

Às fls. 491/492, a Unidade Técnica corroborou os entendimentos adotados nos exames anteriores (fls. 78/83 e 340/348), segundo os quais não se olvida que o tema versado na irregularidade é ainda muito discutido pela doutrina e jurisprudência, mas que, levando-se em consideração a construção hermenêutica desta Corte, decerto que os efeitos da penalidade deverão ocorrer restritivamente, apenas quanto ao ente que aplicou a sanção. Confira-se:

Isso posto, apesar do certame encontrar-se concluído, bem como o assunto em foco não estar pacificado nas jurisprudências dos tribunais de contas e do judiciário, e, considerando que ficou mantida no edital retificado a exigência em estudo, entende-se que fica ratificado o estudo anterior desta Unidade Técnica no sentido da irregularidade em epígrafe, por entender que a aplicação da penalidade deverá ocorrer somente no âmbito das esferas do governo para a qual tenham sido realizada a licitação, qual seja: União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, não havendo, portanto, permissão legal para se estender esta aplicação aos três entes federativos, conforme ocorreu no item 3.3.2 do edital ao utilizar a expressão “Administração Pública”, o que contraria o disposto no art. 87, incisos III e IV da Lei nº 8.666/93.

Por sua vez, o Ministério Público de Contas, à fl. 497v, apesar de concordar com análise técnica, concluiu pela improcedência da denúncia quanto à irregularidade em comento, haja vista “tratar-se de questão objeto de grande divergência jurisprudencial e doutrinária”.

Conforme consta à fl. 468, no ato convocatório do Pregão Presencial nº 108/18, a redação dada aos subitens 3.2 e 3.3.2 é a seguinte:

3.3 – Não será admitida nesta licitação a participação de empresas:

(...)

3.3.2 – Que estejam com o direito de licitar com a Administração Pública suspenso, ou que por esta tenham sido declaradas inidôneas;

O debate sobre a abrangência do termo “Administração”, presente no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, sempre oscilou na doutrina e na jurisprudência. Por esse motivo, faz-se necessário traçar a exposição dos diferentes entendimentos acerca da matéria e suas bases argumentativas.

Inicialmente, cumpre destacar a redação dada aos dispositivos que tratam do assunto, incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 e art. 7º da Lei nº 10.520/02, *in verbis*:

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

(...)

III- suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 02 (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.

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.** (Grifou-se)

Quanto à corrente que defende a interpretação restritiva do termo “Administração”, verifica-se que o entendimento é de que a sanção prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, qual seja, a suspensão temporária para licitar e o impedimento para contratar por no máximo 02 (dois) anos, deveria produzir efeitos apenas no âmbito do órgão ou da entidade sancionadora, ou seja, a vedação à participação e à contratação das empresas penalizadas valeria somente nas licitações deflagradas por aquele órgão ou entidade.

Por outro lado, a sanção prevista no inciso IV do mesmo artigo, qual seja a declaração de inidoneidade, deveria produzir efeitos no âmbito de toda a Administração Pública (União, estados, Distrito Federal e municípios), sendo vedada a participação da empresa penalizada, em licitações promovidas por qualquer esfera do Poder Público.

Já a sanção prevista para a modalidade pregão, constante no art. 7º da Lei nº 10.520/02, ainda no entendimento desta corrente, deveria ter alcance no âmbito interno do ente federativo que a aplicar (União, estados, Distrito Federal ou municípios).

Esse posicionamento já foi adotado por esta Corte, especificamente, em processos de relatoria dos conselheiros Gilberto Diniz (Processo nº 835.922) e Durval Ângelo (Processos nºs 924.168 e 1.082.512), bem como dos conselheiros-substitutos Adonias Monteiro (Processo nº 1.031.323) e Victor Meyer (Processo nº 1.058.847), sob o argumento predominante de que a intenção do legislador ao utilizar, respectivamente, na redação dos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 9.666/93, os termos “Administração” e “Administração Pública”, seria de restringir a aplicação das sanções que apresentam graus de intensidade de punição distintas. Logo, se a sanção fosse extensível a toda a Administração Pública, não haveria distinção entre os incisos III e IV, exceto quanto ao prazo de duração máximo, respectivamente, 02 (dois) e 05 (cinco) anos.

Sobre o tema, Jessé Torres Pereira Júnior entende de igual forma:

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 adota¹.

Ademais, esse foi por longa data o posicionamento majoritário adotado nas decisões do Tribunal de Contas da União – TCU, das quais destaco os principais argumentos. Vejamos:

[...]

5.21. Os argumentos da jurisprudência majoritária desta Casa e da doutrina correlata, encampados pela recorrente, são os seguintes:

a) A Lei 8.666/1993 diferenciou, no art. 6º, incisos XI e XII, os conceitos de “Administração” e “Administração Pública”, usados respectivamente nas sanções dos incisos III e IV do art. 87 do mesmo diploma;

b) Como o conceito de “Administração”, usado na suspensão temporária descrita no inciso III do art. 87 do Estatuto corresponde ao órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente, a penalidade não poderia se estender;

c) A interpretação dos dispositivos deve ser restritiva, por se tratarem de comandos sancionadores e configurarem tipos abertos;

d) As penalidades descritas nos incisos III e IV da Lei 8.666/1993 guardam graus de intensidade distintos;

e) Caso se entenda que o âmbito de eficácia das sanções é o mesmo, não haverá distinção entre elas, subvertendo-se a intenção do legislador estatutário;

f) A sanção prevista no inciso IV do art. 87 é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso; enquanto a penalidade descrita no inciso III do mesmo dispositivo é aplicada pelo gestor do órgão contratante. **(Acórdão nº 1003/2015-Plenário, TC- 030.147/2013-1, rel. Min. Benjamin Zymler, 29.04.2015) (Grifou-se)**

[...]

6. A questão da abrangência das penalidades previstas no art. 87 da Lei 8.666/1993 e no art. 7º da Lei 10.520/2002 está atualmente pacificada nesta Corte. Questão idêntica

¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública. 6ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003. P.799.

foi recentemente discutida no *Acórdão* 2.081/2014-TCU-Plenário, relatado pelo Min. Augusto Sherman Cavalcanti.

7. Naquela ocasião, assim como nesta, restou assente que inexistente paralelismo de entendimento entre os dispositivos. Os dispositivos estão inseridos em leis diferentes e tratam do assunto dando tratamento diferenciado em cada situação.

8. No meu entender, a Lei 10.520/2002 criou mais uma sanção que pode integrar-se às previstas na Lei 8.666/1993. Se pode haver integração, não há antinomia. **A meu ver, o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei 10.520/2002) seria pena mais rígida que a mera suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com um órgão da Administração (art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993) e mais branda que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com toda a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993).**

9. Tal entendimento possui amparo em diversas deliberações apontadas pelo *Acórdão* 2.081/2014-TCU-Plenário e pela unidade instrutiva, como, por exemplo, os *Acórdãos* 3.243/2012, 3.439/2012, 3.465/2012, 408/2013, 739/2013, 842/2013, 1.006/2013, 1.017/2013, 2.073/2013, 2.242/2013, 2.556/2013 e 1.457/2014, todos do Plenário. **(Acórdão n.º 2530/2015-Plenário, TC-016.312/2015-5, rel. Min. Bruno Dantas, 14.10.2015.)** (Grifou-se)

Além disso, a Instrução Normativa nº 02, de 11 de outubro de 2010 – âmbito federal – preconizou no § 1º do art. 40 que o alcance da suspensão temporária e impedimento de contratar fica restrito ao órgão público que penalizou, *in verbis*:

Art. 40. (...)

§ 1º A aplicação da sanção prevista no inciso III deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, **no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção.** (Grifou-se)

Por outro lado, no que se refere à corrente que dá interpretação intermediária ao termo “Administração”, constata-se que a ideia defendida é a de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, deveria produzir efeitos no âmbito da Administração de todo o ente federativo a que pertence o órgão ou a entidade sancionadora, valeria dizer que se a Secretaria de Saúde do Município X aplicou a referida sanção na empresa B, esta não poderia participar de licitações deflagradas no âmbito de todos os órgãos, entidades ou unidades administrativas que integrem a Administração Pública do Município X, pelo prazo estipulado, não superior a 02 (dois) anos. Já a sanção prevista no inciso IV do mesmo artigo, qual seja, declaração de inidoneidade, deveria produzir efeitos na esfera de toda a Administração Pública (União, estados, Distrito Federal e municípios).

Por seu turno, a sanção prevista no art. 7º da Lei do Pregão, deveria ter alcance em todo o domínio interno do ente federativo que a aplicou (União, estados, Distrito Federal ou municípios), que é a mesma interpretação dada à extensão da penalidade constante no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 mencionada supra.

Destarte, sobreleva notar que a Unidade Técnica desta Corte de Contas na manifestação constante nestes autos (detalhadamente às fls. 78/84), adota a corrente intermediária.

O Tribunal de Contas da União, especialmente, no *Acórdão* nº 2.593/13, já defendeu essa corrente, ora apresentada, conforme se verifica do excerto colacionado:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO, NA MODALIDADE PREGÃO, PROMOVIDA PELA VALEC S/A, PARA AQUISIÇÃO DE TRILHOS. [...] EXTENSÃO DA SANÇÃO APLICADA, COM FUNDAMENTO NO ART. 7º, DA LEI DO PREGÃO, PARA EMPRESA VINCULADA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA

REPRESENTAÇÃO POR MÚLTIPLOS FUNDAMENTOS. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA.

- A sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 deixa explícita a vontade do legislador, no sentido de efetivamente punir as empresas que cometam ilícitos administrativos, não somente na restritíssima esfera da entidade que promoveu a licitação e sofreu os efeitos da conduta lesiva da licitante, mas de alijá-la de todas as licitações promovidas nas respectivas esferas federal, estadual, do DF ou municipal, por até 5 anos, sem prejuízo das multas e das demais cominações legais, constituindo sanção gravíssima que materializa a jurisprudência do STJ em relação a similar dispositivo da Lei 8.666, cuja interpretação, no TCU, mereceu do Plenário visão bem mais restritiva.

(...)

Aliás, a sanção própria, específica, imposta com base no art. 7º da Lei do Pregão aos participantes de certames dessa modalidade, constitui a verdadeira *ratio legis* do art. 87 da Lei nº 8.666/93, constituindo tão-somente melhora de redação relativamente à sanção nele prevista, na forma definida pelos portais da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), retratando a real vontade do legislador, cujo acatamento neste caso sempre defendi, na íntegra, no Plenário desta Casa.

O citado dispositivo da Lei do Pregão não deixa dúvida quanto à abrangência da penalidade que incide sobre todo o ente federativo a que pertence o aplicador da sanção, ou seja, sobre todos os órgãos e entidades da respectiva esfera. A redação do dispositivo legal não dá margem a interpretação diversa.

O restritivo entendimento do TCU, em relação ao art. 87 da Lei nº 8.666/93, discrepante da jurisprudência do STJ, hoje ostenta perceptível discrepância até mesmo em relação à lógica jurídica, senão vejamos: hoje, dentro da mesma lei 8.666, há previsão de diversas modalidades de licitação, com sanções diferentes. Se uma empresa fraudar uma concorrência pública, a modalidade mais especial de licitação, praticando atos que engendram a pena de suspensão, será punida, nos termos da jurisprudência do TCU, com o impedimento de contratar somente com a Administração licitante. Se, no pregão, cometer a mesma falta, será impedida de licitar com todas as entidades da Administração Pública. Ambas as modalidades de licitação, previstas na mesma lei, a licitação mais simples a ocasionar punição bem maior. (Acórdão nº 2.593/2013 do Tribunal de Contas da União, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues) (Grifou-se)

Por fim, ressalte-se que a Súmula nº 51 do TCE/SP pacificou o posicionamento defendido nesta corrente, uma vez que atribuiu a mesma abrangência para as sanções descritas nos arts. 87, III, da Lei nº 8.666/93 e 7º da Lei nº 10.520/02, a saber:

A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (artigo 87, IV da Lei nº 8.666/93) tem seus efeitos jurídicos estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, ao passo que, nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar (artigo 87, III da Lei nº 8.666/93 e artigo 7º da Lei nº 10.520/02), a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador. (Grifou-se)

Em contrapartida, tem-se a corrente que dá interpretação extensiva ao termo “Administração”, a qual entende que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 deveria produzir efeitos na esfera de toda a Administração Pública (União, estados, Distrito Federal e municípios). Considera-se que a sanção prevista no inciso IV do art. 87 teria o mesmo alcance, contudo, com grau de intensidade distinto, de modo que o legislador previu tempos diferentes para a fixação máxima das penalidades, o que distingue o nível de punibilidade entre elas.

Esse foi o posicionamento adotado por mim, notadamente no Processo nº 859.044, bem como pelo conselheiro Sebastião Helvecio (Processo nº 1.024.625) e pelo conselheiro-substituto

Hamilton Coelho (Processo nº 952.322). Em suma, a tese empregada nos mencionados acórdãos afirma que a suspensão temporária aplicada ao contratado abrange todos os órgãos/entes públicos, sejam eles federais, estaduais ou municipais, não se restringindo ao ente que aplicou a sanção, sob pena do referido comando normativo tornar-se ineficaz.

Além disso, defende-se que não faz o menor sentido restringir o âmbito de aplicação da sanção prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente ao órgão sancionador específico, uma vez que vivemos em uma federação, na qual se deve zelar primordialmente pela supremacia do interesse público em todas as suas esferas. Logo, se uma empresa não cumpriu suas obrigações contratuais é bem provável que ela não consiga desempenhar suas atividades com eficiência nas próximas contratações com os demais entes federativos e reincida na inadimplência contratual.

E ainda, sustenta-se que, caso a empresa suspensa, nos termos do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, contrate novamente com o Poder Público, poderia ocorrer verdadeira afronta aos princípios norteadores da Administração Pública, em especial, o da eficiência, o da economicidade e o da moralidade, além de impedir a seleção da proposta mais vantajosa pela Administração Pública.

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme se depreende de recentes julgados que colaciono a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. **DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO. JULGADO DA PRIMEIRA SEÇÃO (MS 13.964/DF, DJe DE 25.5.2009). AGRAVO INTERNO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

2. É certo que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça entende que a sanção prevista no art. 87, III da Lei 8.666/1993 produz efeitos não apenas no âmbito do ente que a aplicou, mas na Administração Pública como um todo (REsp. 520.553/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 10.2.2011).

(STJ, AgInt no REsp 1552078/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. em 30/09/2019, DJe de 08/10/2019).

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO ADMINISTRATIVO - SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO - **EFEITOS DA SANÇÃO DO INCISO III, ART. 87, DA LEI Nº 8.666/93 - ALCANCE - TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA** - PENALIDADE SUSPENSA POR LIMINAR - SUSPENSÃO QUE NÃO RETROAGE PARA ALCANÇAR SITUAÇÕES JURÍDICAS CONSOLIDADAS - SEGURANÇA CONCEDIDA.

- **Consoante pacífica 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"** (STJ, AgInt no REsp 1382362/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. em 07/03/2017, DJe de 31/03/2017)

- A medida liminar concedida no curso da execução da pena para suspender o ato administrativo que implicou a punição administrativa não tem o condão de retroagir para alcançar situações jurídicas consolidadas no período em que a penalidade fora executada.

- Segurança que se concede para anular o ato que considerou habilitada e declarou vencedora de pregão eletrônico sociedade empresária que no momento da abertura da licitação se encontrava impedida de licitar.

(TJMG – Mandado de Segurança nº 1.0000.17.041658-0/000. Rel. Des. Belizário de Lacerda, Órgão Especial, j. em 11/10/2017, p. em 24/10/2017)

Nesse contexto, destaco a posição do TCU, especialmente no julgamento dos Acórdãos nº 2218/2011 e nº 1926/2019, nos quais se defendeu que a proibição de contratar com Administração, prevista no art. 87, III, da Lei Geral de Licitações, não ficaria restrita ao órgão sancionador, mas teria alcance em toda a Administração Pública, *in verbis*:

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

[...]

Voto do Ministro Revisor:

(...)

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.

(...)

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 idéia de que a improbidade, decorrente da inadimplência do licitante no cumprimento do contrato, tenha por limite a jurisdição administrativa do órgão sancionador.”

(...)

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 nos incisos III da Lei 8.666/93.

(Acórdão nº 2218/11, TC- 025.430/2009-5, Rel. Min. José Múcio Monteiro, Revisor Min. Walton Alencar Rodrigues, 12.04.2011.)

REPRESENTAÇÃO. ALCANCE DA SANÇÃO PREVISTA NO INCISO III DO ART. 87 DA LEI 8.666/1993. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

Em relação ao fato de ser de longa data o entendimento desta Casa que limita o alcance da sanção disposta no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, ressalto que a administração pública não pode ser compelida a seguir apenas o entendimento jurídico firmado pelo TCU quando da aplicação do aludido artigo; poderá se valer, sim, da jurisprudência do STJ para o aludido caso, ainda mais quando se observa que, nos termos do art. 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça se constitui no guardião da lei federal. Mais ainda. Não se encontrou nenhuma decisão daquela corte que acompanhasse o posicionamento majoritário desta; por outro lado, o entendimento deste Tribunal oscilou ao longo do tempo, conforme transcrições abaixo:

“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 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. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 23/08/2013). 3. Agravo desprovido.”

Adicionalmente, decisão do Supremo Tribunal Federal reconhece e consolida o entendimento exposto pelo STJ:

“[...] 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

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 1926/2019, TC-021.329/2019, Rel. Min. Ana Arraes, 21.08.2019)

Na mesma linha, ressalto o entendimento de Marçal Justen Filho:

(...) 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 "suspenseo"². (Grifou-se)

Depreende-se de todo o exposto que não há uniformidade quanto ao alcance da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, havendo extensa controvérsia entre doutrinadores, órgãos judiciais e Tribunais de Contas e até dentro do Tribunal de Contas da União e desta Corte, conforme demonstrado.

²JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei das licitações e contratos administrativos. 13ed. São Paulo: Dialética, 2009. P.856.

Nesse cenário, alterando meu convencimento anterior, considero que deve prevalecer, com fundamento na segurança jurídica e no princípio hermenêutico segundo o qual se deve conferir interpretação restritiva a comandos normativos sancionadores, a interpretação de que a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração abrange apenas o órgão, entidade ou unidade administrativa que aplicou a sanção. A meu ver, essa é a corrente que melhor garante efetividade ao texto normativo que contém expressões diferentes para definir o âmbito de aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei de Licitações (“Administração” e “Administração Pública”).

No entanto, em face dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como considerando a existência de relevante divergência na jurisprudência e na doutrina quanto à abrangência da punição prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, presente nos subitens 3.3 e 3.3.2 do edital, o qual empregou o termo genérico “Administração Pública” e, ainda, a necessária segurança jurídica quanto à responsabilização dos agentes, nos termos da Lei nº 13.655/18, entendo que não há que se falar em imputação de responsabilidade aos gestores.

Desse modo, julgo procedente a denúncia neste ponto, mas entendo ser suficiente a expedição de recomendação aos responsáveis para que, em futuros certames, ao prever as condições necessárias à participação dos licitantes, adote a interpretação mais favorável aos interessados em participar do processo licitatório; ou seja, a interpretação restritiva a respeito da abrangência da sanção ali prevista.

B) Da vedação de ofertas de taxa de administração com percentual zero ou negativo (subitem 5.2.6 do edital)

A empresa denunciante suscitou, ainda, haver irregularidade no subitem 5.2.6 do edital do Pregão Presencial nº 108/18, na medida em que não se permitiam ofertas de taxa de administração com percentual zero ou negativo.

Argumentou que as empresas que fornecem cartão combustível ou vale-combustível podem praticar tais taxas e mesmo assim obterem remuneração por meio de comissão cobrada pelos serviços intermediados, fato que tornam exequíveis as propostas de valor zero ou negativo, sem que haja ofensa ao art. 44, §3º, da Lei nº 8.666/93.

Às fls. 96/106, o pregoeiro, Senhor Paulo Cesar Loredó, informou ter reconhecido a irregularidade apontada, tendo suspenso temporariamente a licitação em 26/10/18 e providenciado a devida retificação da cláusula impugnada.

A Unidade Técnica e o Ministério Público de Contas registraram o saneamento da irregularidade pela gestão local (fls. 492/492v e 497/498).

A partir da análise dos documentos juntados aos autos é possível verificar que o subitem 5.2.6 do edital retificado passou a dispor (fl. 468v):

5.2.6 Será admitida taxa de administração negativa (menor que zero) que em caso de contratação será convertida em percentual de desconto a ser aplicado sobre o valor de cada um dos itens, eventualmente adquiridos ou executados.

De fato, a exequibilidade da taxa de administração ofertada pelos participantes deve ser aferida por meio de critérios objetivos no caso concreto, não devendo o município vetar, de plano, a oferta de valor zero ou negativo, sob pena de afastar participantes que conseguem praticar tal precificação sem que haja comprometimento de suas respectivas remunerações.

Nesse cenário, considero procedente a presente denúncia, oferecida pela Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. – EPP, no que se refere ao subitem 5.2.6 do ato convocatório.

Todavia, diante da comprovada correção editalícia promovida pela municipalidade, conforme acima colacionado, deixo de responsabilizar os gestores.

C) Da exigência de comprovação da rede de estabelecimentos credenciados em momento anterior à contratação (subitens 4.2, 4.3, 4.4, 4.5.1 e 4.5.2 do Anexo I do edital)

Por fim, aduz a denunciante que o subitem 4.5.1 do Anexo I do edital do Pregão Presencial nº 108/18 também incorre em irregularidade, ao requerer que os participantes comprovem, antes da contratação, a rede de estabelecimentos credenciada por meio dos contratos celebrados.

Na manifestação de fls. 96/106, o Senhor Paulo Cesar Loredó argumenta que tal condição editalícia objetiva garantir a execução do contrato, não sendo imposta na fase de habilitação, mas sim para ser cumprida em até 30 dias após a data de assinatura da ata de registro de preços. Alega que a redação introdutória do subitem 4.1 tornava claro que a exigência descrita no subitem 4.5.1 se destinava tão somente ao licitante signatário da ata de registro de preços, *in verbis*:

4.1 Para efeito de execução, será exigida da detentora da Ata de Registro de Preços a comprovação da cobertura de lojas/estabelecimentos credenciados, pelo menos 80% (oitenta por cento) dos Municípios indicados na tabela do subitem 4.1.2 abaixo, com oficinas, postos, lojas, autopeças e estabelecimentos credenciados.

(...)

4.5.1 A comprovação dos estabelecimentos credenciados far-se-á mediante declaração da licitante, relacionando as oficinas, postos, lojas, autopeças e estabelecimentos locais (com endereço e meios de comunicação à distância), devendo apresentar a comprovação mediante Contratos de Credenciamento formalizados com as oficinas, postos, lojas, autopeças e estabelecimentos, entre outros, o que será conferido pelo Município para atestar a veracidade das informações prestadas através do fiscal ou gerenciador do contrato;

Contudo, no exame realizado pela CFEL, às fls. 340/348, apontaram-se as seguintes divergências:

O pregoeiro, Sr. Paulo Cesar Loredó, em sua manifestação, fl. 104, alega que o edital exigiu a apresentação da comprovação dos estabelecimentos credenciados somente para fins de execução, e não na fase de habilitação.

Da leitura do subitem 4.5.2 do edital, fl. 322v, verifica-se, entretanto, que a exigência ocorreu antes da contratação, pois o texto deste subitem fala que a CONTRATANTE formalizará a ata de registro de preços e/ou contrato somente após a comprovação da rede credenciada. Desta forma, esta Unidade Técnica entende que o edital é irregular porque exige a rede de credenciamento antes da contratação.

Conforme subitem 4.1, fl. 322, foi exigido que a detentora da Ata de Registro de Preços comprovasse a cobertura de lojas/estabelecimentos credenciados em pelo menos 80% (oitenta por cento) dos municípios indicados na tabela do subitem 4.1.2, fl. 322, com oficinas, postos, lojas, autopeças e estabelecimentos credenciados, nos estados de Minas Gerais e São Paulo.

Conforme subitens 4.2, 4.3 e 4.4, fls. 322v, a comprovação da rede credenciada será exigida da licitante detentora da Ata de Registro de Preços no prazo máximo de até 30 dias corridos a contar da assinatura da Ata de Registro de Preços.

Ocorre que o subitem 4.5.2 estabelece que “somente após a comprovação da rede credenciada” (mediante apresentação de contratos de credenciamento formalizados) “a CONTRATANTE formalizará a ata de registro de preços e/ou o contrato”.

Verifica-se, portanto, que os subitens 4.2, 4.3, e 4.4, fl. 322v, estão em contradição com o subitem 4.5.2, no que se refere ao momento que será exigida a comprovação dos estabelecimentos credenciados.

Esta Unidade Técnica entende que não se mostra razoável exigir a comprovação de rede credenciada antes da assinatura do contrato, ainda que após a assinatura da ata de registro de preços.

No caso de licitação cujo objeto é o “registro de preços para eventual e futura contratação”, a licitante classificada em primeiro lugar possui apenas a expectativa da contratação futura, que poderá ser efetivada (por meio de contrato) ou não. A exigência da comprovação da rede credenciada antes da assinatura do contrato tem potencial suficiente para restringir a competitividade do certame, pois impõe custo à licitante classificada em primeiro lugar, sem a certeza da contratação futura.

Desse modo, quanto ao presente apontamento, reputou-se como irregular não só a exigência de apresentação de comprovação da rede credenciada antes da assinatura do contrato, como também as divergências de redação constatadas nos subitens 4.2, 4.3, 4.4 e 4.5.2, todos do Anexo I do edital.

Na defesa de fls. 452/465, foi reiterado o argumento de que a exigência descrita no subitem 4.5.1 destinava-se à fase de execução, depois de formalizada a ata de registro de preços, para fins de verificação da veracidade das informações prestadas. No que tange às contradições dos subitens 4.2, 4.3, 4.4 e 4.5.2, informou-se que estas não acarretaram dano concreto aos licitantes, uma vez o requisito em comento foi reivindicado após a assinatura da ata de registro de preços, e não como condição à assinatura desta, como deram a entender as mencionadas cláusulas.

No relatório conclusivo da CFEL (fls. 489/496) e no parecer final do *Parquet* de Contas (fls. 497/498), opinou-se pela procedência da denúncia em relação às irregularidades descritas e, quanto à responsabilização, tão somente pela expedição de recomendação aos gestores.

Para elucidação do presente tópico, subdividir-se-á a abordagem em três pontos, quais sejam: **i)** relativo à exigência da rede credenciada de estabelecimentos na fase de habilitação do certame; **ii)** relativo à exigência da rede credenciada de estabelecimentos após a assinatura da ata de registro de preços; **iii)** e, por último, relativamente à contradição entre a redação dos subitens 4.2, 4.3, 4.4 e 4.5.2, do Anexo I do edital.

Quanto ao primeiro deles, salienta-se que esta Corte já se pronunciou no sentido de considerar irregular a exigência de apresentação da rede credenciada como critério de habilitação, conforme acórdão proferido na Denúncia nº 838.825, de relatoria do conselheiro Wanderley Ávila, julgado em 18/06/15. Confira-se, abaixo, trecho do seu inteiro teor:

Acompanho o entendimento da Unidade Técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, no sentido de que não é possível a exigência de rede credenciada na habilitação do processo. Isto porque a exigência em fase de habilitação implica em restrição injustificada, que reduz o universo dos licitantes, da mesma forma, há restritividade na exigência quanto ao número mínimo e localização geográfica dos estabelecimentos credenciados.

Conforme informado no parecer do Ministério Público de Contas, fl. 94 verso, a matéria já foi apreciada por esta Corte, nos autos da Denúncia nº 796.727, da relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, que assim se manifestou:

Entendeu-se não ser razoável a exigência prévia de rede credenciada no Município, bastando para a abertura da competição, a exigência de formalização de uma rede conveniada num prazo estabelecido, com a indicação de um mínimo de estabelecimentos para a disponibilização do serviço imediatamente a assinatura do

contrato, haja vista que entre a adjudicação do objeto e o início da prestação, após o fornecimento dos cartões alimentação, haveria um certo prazo para contratação com estabelecimentos comerciais.

Há de se considerar, ainda, que a exigência envolve a realização de investimento financeiro e operacional dos licitantes, o que implica em limitação ao universo de interessados.

(...)

Concluo, pois, que a constatação de falhas no processo licitatório nº 120/2010, relativas à exigência de comprovação de rede mínima de estabelecimentos conveniados para fins de habilitação e exigência de atestado de capacidade técnica emitida por duas ou mais empresas, razão pela qual aplico multa individual de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), aos responsáveis, Sr. João Antônio de Souza, ex-Prefeito Municipal, e Sra. Cleidiane Sartori Amorim, Pregoeira à época, com fundamento no art. 85, III, da Lei Complementar nº 102/2008.

Ressalta-se, inclusive, que fui relator do Recurso Ordinário nº 969.320, julgado em 26/10/16 e publicado no DOC em 08/03/17, interposto face à referida Denúncia, de nº 838.825, no qual também entendi pela configuração da irregularidade em comento, bem como pela manutenção da multa aplicada aos responsáveis, consoante ementa:

RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. RECURSO NÃO CONHECIDO QUANTO À IRREGULARIDADE JULGADA IMPROCEDENTE NA DECISÃO RECORRIDA. PROCESSO LICITATÓRIO. EXIGÊNCIA DE REDE MÍNIMA DE ESTABELECIMENTOS CONVENIADOS POR OCASIÃO DA HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA EM OFENSA AO ART. 30 DA LEI N. 8.666/93. RECURSO REJEITADO.

1. Não há interesse recursal quanto ao ponto da decisão que considerou improcedente a denúncia.

2. É irregular a exigência na habilitação de rede mínima de estabelecimentos conveniados.

3. Não tendo havido impugnação em sede recursal relativamente à exigência de número mínimo de atestados para fins de comprovação da qualificação técnica da licitante, mantém-se a decisão que considerou a cláusula ofensiva ao art. 30 da Lei Federal nº 8.666/93. (Grifou-se)

Portanto, conclui-se como indevida a imposição de apresentação de rede credenciada de estabelecimentos como critério de habilitação no certame. Tal exigência tem o potencial de prejudicar a ampla participação no processo licitatório, seja privilegiando empresas maiores, que possuem os estabelecimentos credenciados previamente, seja afastando participantes que não podem incorrer em custos sem a garantia de contratação com o Poder Público.

A defesa apresentada, entretanto, insistiu no argumento de que no Pregão Presencial nº 108/18, a comprovação da rede credenciada não foi requisitada na fase de habilitação, mas apenas após a assinatura da ata de registros de preços.

Assim, passa-se o enfoque para segundo ponto, específico sobre a possibilidade de se exigir a apresentação da rede credenciada de estabelecimentos depois de formalizada a referida ata.

Sob mesma lógica exposta precipuamente e, acorde com o estudo técnico elaborado pela CFEL e com a manifestação do *Parquet* de Contas, entendo que reivindicar a rede de estabelecimentos credenciada após a assinatura da ata de registro de preços continua a configurar irregularidade que pode ensejar a diminuição no número de participantes, porquanto, ainda assim, não há garantia de contratação.

No caso em análise, o procedimento licitatório visara o registro de preços para eventual e futura contratação, de modo que não se deveria impor ao licitante, mesmo que seja o signatário da ata de registro de preços, exigência capaz de lhe gerar ônus em momento anterior à celebração do contrato.

Em resumo, tem-se que a rede credenciada de estabelecimentos deve ser exigida apenas do licitante contratado, o qual deverá dispor de tempo razoável para cumprir o requisito e incorrer nos eventuais custos operacionais e financeiros, mas já possuindo a certeza do ajuste firmado com a Administração.

Nesse mesmo sentido, destaca-se o enunciado da Súmula nº 272 do Tribunal de Contas da União:

SÚMULA Nº 272/2012

No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.

Por fim, tem-se o terceiro e último ponto, relativo à contradição existente entre a redação dos subitens 4.2, 4.3, 4.4 e 4.5.2, do Anexo I do edital.

Verifica-se, às fls. 47/47v, que o referido subitem 4.5.2 confrontou diretamente as previsões dos subitens 4.2, 4.3 e 4.4 e, por consequência, tornou confusa a exigência requerida pelo ato convocatório, no que concerne ao momento da apresentação da rede credenciada de estabelecimentos.

Pela leitura do subitem 4.5.2, entende-se que a municipalidade não formalizaria a ata de registro de preços com o licitante que não comprovasse a exigência, enquanto que pelos demais subitens, a imposição só seria feita ao licitante vencedor, após a assinatura da ata, no esteio do que fora argumentado pela defesa.

Trata-se, portanto, de erro na redação das mencionadas cláusulas, que se contradiziam. Entretanto, em ambos os sentidos que poderiam ser extraídos, vê-se que o cerne das irregularidades aqui analisadas é a exigência de comprovação da rede credenciada de estabelecimentos como critério de habilitação e/ou em momento anterior à eventual contratação com o Poder Público, mesmo que após a celebração da ata de registro de preços.

Assim, coaduno com o posicionamento exarado pela CEFEL, encapando as motivações da análise técnica, para entender pela procedência da denúncia no que tange ao presente tópico.

Contudo, quanto à responsabilização, adoto posicionamento diverso dos que foram expostos no relatório técnico e na manifestação ministerial, a fim de cominar multa no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) ao Senhor Paulo Cesar Loredó, pregoeiro e subscritor do edital (fl. 32), com fundamento no art. 85, II, da Lei Orgânica.

Isso porque, analisando as circunstâncias do caso concreto, tem-se que anteriormente à formalização da ata de registro de preços, em 21/11/18 (fls. 431/438), o responsável fora intimado (fls. 350/350v e 355/356), tendo a oportunidade de retificar a irregularidade apontada nos subitens 4.2, 4.3, 4.4, 4.5.1 e 4.5.2, do Anexo I do edital, e não o fez.

Há de se considerar, ainda, o vultoso valor registrado na ata do Pregão Presencial nº 108/18, a saber, R\$2.025.458,64 (dois milhões vinte e cinco mil quatrocentos e cinquenta e oito reais e sessenta e quatro centavos), fato que eleva sobremaneira a importância de se atentar para a exatidão das cláusulas editalícias, mormente daquelas que possuem o condão de interferir na competitividade do certame.

Além disso, não há nos autos comprovação do argumento utilizado na defesa, de que não houve prejuízo aos participantes porque a rede credenciada de estabelecimentos só foi exigida da licitante vencedora.

É possível que empresas sequer tenham participado do pregão ao terem se deparado com a citada exigência em momento prévio à contratação. Veja-se, por exemplo, que o teor do subitem 4.2 do Anexo I do edital fora objeto de questionamento realizado pela empresa Neo Consultora e Administração de Benefícios Eireli - EPP, respondido em 16/10/18, pelo Senhor Paulo Cesar Loredo, afirmando que “sim, o prazo para entrega da relação dos estabelecimentos credenciados será de 30 (trinta) dias corridos a contar da Ata de Registro de Preços”, o que ilustra que a cláusula gerou dúvida em suposta interessada (fl. 254).

Nesse cenário, reputo como dolosa a conduta do pregoeiro, que não só assentiu, como manteve os subitens apontados como irregulares, atraindo para si a devida responsabilização, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)³.

Pelos documentos constantes nos autos, abstenho-me de aplicar sanção ao Senhor Edson de Oliveira, secretário municipal de administração e comunicação, tendo em vista que a sua participação se restringiu à assinatura do Termo de Referência (fl. 147), restando claro que foi o pregoeiro, enquanto diretor de licitações, que conduziu o Pregão Presencial nº 108/18.

Por fim, aliada à cominação de multa, também entendo pela expedição de recomendação para que, em futuros certames, a municipalidade apenas exija a comprovação da rede credenciada de estabelecimentos da licitante contratada, isto é, em momento posterior à celebração do contrato.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, julgo procedente a denúncia relativa ao Pregão Presencial nº 108/18, deflagrada pelo Município de Boa Esperança, por considerar irregular: **i)** a ampla restrição de participação na licitação de empresas que estejam com o direito de licitar e contratar com a Administração Pública suspenso, ou que por esta tenham sido declaradas inidôneas (subitens 3.3 e 3.3.2 do edital); **ii)** a vedação de ofertas de taxa de administração com percentual zero ou negativo (subitem 5.2.6 do edital); **iii)** a exigência de comprovação de rede credenciada de estabelecimentos como critério de habilitação e/ou em momento anterior à eventual contratação com o Poder Público (subitens 4.2, 4.3, 4.4, 4.5.1 e 4.5.2, do Anexo I do edital).

Pelas razões aduzidas na fundamentação, deixo de aplicar multa aos responsáveis no que concerne às irregularidades constantes nos subitens 3.3, 3.3.2 e 5.2.6 do edital.

Em virtude da irregularidade constatada nos subitens 4.2, 4.3, 4.4, 4.5.1 e 4.5.2, do Anexo I do edital, aplico multa ao pregoeiro, Senhor Paulo Cesar Loredo, no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais), com fundamento no art. 85, II, da Lei Orgânica.

Expeço, ainda, as seguintes recomendações aos Senhores Paulo Cesar Loredo, pregoeiro, e Edson de Oliveira, secretário municipal de administração e comunicação: **i)** que, em licitações futuras, a municipalidade adote a interpretação restritiva a respeito da abrangência da sanção prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93; **ii)** e que, em futuros certames, a municipalidade

³ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

apenas exija a comprovação da rede credenciada de estabelecimentos da licitante contratada, isto é, em momento posterior à celebração do contrato.

Intimem-se os responsáveis e a denunciante acerca do teor desta decisão.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

* * * * *

ms/tp

