

Processo: 1053877
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Sérgio Eustáquio Ribeiro Martins, OAB/MG 139.002, representante legal da empresa Coopelife – Administração de Cartões de Convênios Ltda.
Denunciada: Prefeitura Municipal de Cataguases
Partes: Willian Lobo de Almeida, Cláudia Aline da Silva Vargas de Faria e Marcela de Sousa Oliveira
MPTC: Sara Meinberg
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

SEGUNDA CÂMARA – 5/8/2021

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. CARTÃO ELETRÔNICO/TICKET. PENALIDADE ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. ABRANGÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR-PAT. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA. INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. AUSÊNCIA DE PESQUISA DE PREÇOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO.

1. Os efeitos da suspensão temporária de licitar com a Administração, sanção prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993, abrange apenas o órgão ou entidade que a aplicou, não se estendendo à Administração Pública, em geral.
2. Nas licitações destinadas ao fornecimento de vale-refeição/alimentação, é admissível a oferta de taxas de administração negativas ou de valor zero.
3. A Portaria MTE n. 1.287/2017 ultrapassou a competência regulamentar ao vedar a adoção de taxas de serviço negativas para as empresas prestadoras inscritas no PAT, impedindo a obtenção de propostas mais vantajosas nos certames relacionados a contratos de fornecimento e administração de vale-alimentação/vale-refeição, constituindo-se ofensa ao art. 4º, inciso X, da Lei Federal n. 10.520/2002 e ao art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93.
4. É indispensável que se faça, na fase interna da licitação, cotação ampla e detalhada de preços do objeto a ser contratado, visando aferir a compatibilidade dos preços orçados com aqueles praticados no mercado, conforme previsão no art. 43, IV, da Lei n. 8.666/93 e no art. 3º, I e III, da Lei n. 10.520/02, e de forma a possibilitar a avaliação objetiva da exequibilidade das propostas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, em:

- I) julgar parcialmente procedente a presente Denúncia, por unanimidade, nos termos do voto do relator, Conselheiro Wanderley Ávila, em razão da ausência de cotação de preços com base em uma ampla pesquisa de mercado, irregularidade verificada no Processo Licitatório n. 051/2018, Pregão Presencial n. 031/2018, promovido pela Prefeitura Municipal de Cataguases;

- II) deixar, contudo, nos termos do voto divergente do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, de aplicar sanção, tendo em vista que não houve individualização das condutas praticadas a fundamentar a correspondente imputação de responsabilidade aos gestores;
- III) recomendar aos órgãos e entidades municipais que, nas próximas contratações, seja observada, de forma clara e consistente, a irregularidade apontada nos autos, privilegiando os princípios da transparência, publicidade, ampla competitividade e isonomia;
- IV) determinar a intimação dos responsáveis do teor desta decisão, nos termos do art. 166, §1º, inciso I, do Regimento Interno desta Corte;
- V) determinar, ultimadas as providências cabíveis, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, I, do RITCEMG.

Votaram o Conselheiro Sebastião Helvecio e o Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Vencido, em parte, o Conselheiro Wanderley Ávila.

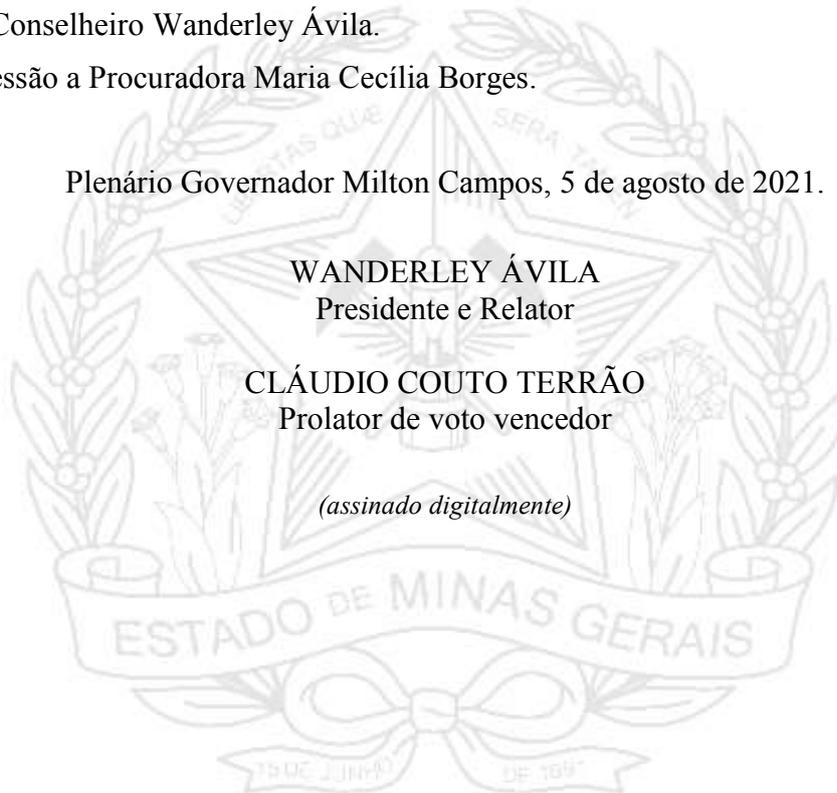
Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 5 de agosto de 2021.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente e Relator

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Prolator de voto vencedor

(assinado digitalmente)



**NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 5/8/2021**

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Denúncia apresentada por Sérgio Eustáquio Ribeiro Martins, representante legal da empresa COOPELIFE – Administração de Cartões de Convênios Ltda., em face do Processo Licitatório nº 051/2018, Pregão Presencial n. 031/2018, promovido pela Prefeitura Municipal de Cataguases para “contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento, emissão, distribuição e fornecimento de documentos de legitimação, na forma de CARTÃO ELETRÔNICO/TICKET, magnético ou de similar tecnologia, equipado com microprocessador com chip eletrônico de segurança, com a finalidade de ser utilizado pelos servidores públicos municipais de Cataguases para uso do benefício alimentação, em conformidade com a legislação trabalhista, com o Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT (Lei nº 6.321/1976)”, fl. 16.

Acostados à Denúncia de fls. 01/08, vieram os documentos de fls. 09/57, dentre eles o instrumento convocatório.

A denunciante alegou, em síntese, que:

- 1) A licitante Face Card Administradora de Cartões Ltda. encontrava-se impedida de licitar com a Administração Pública em razão de sanção imposta pela Prefeitura de São Joaquim da Barra/SP.
- 2) A taxa de administração ofertada pela licitante adjudicatária do objeto seria inexequível.

Ao final, pleiteou que seja suspenso o trâmite do referido processo, em face de iminente risco de prejuízo à Administração, em razão dos vícios ocorridos no procedimento licitatório.

A presente Denúncia foi protocolizada neste Tribunal em 17/09/2018 e distribuída à minha relatoria em 18/09/2018 (fl. 61), após a data da abertura dos envelopes designada para o dia 20/04/2018, conforme fl. 16.

Registra-se, que, em pesquisa realizada no *site* da Prefeitura Municipal de Cataguases no dia 19/09/2018, constatei que o procedimento licitatório em tela foi finalizado e o contrato decorrente celebrado em 18/07/2018.

Desse modo, nos termos do despacho de fls. 62/63, restou prejudicado o pedido de suspensão do certame, amparado pelo disposto no art. 267, do RITCEMG, bem como na previsão constitucional insculpida no art. 76, §1º, CE/98.

Ato contínuo, foram os autos encaminhados à 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, que em estudo técnico realizado à fl. 67, entendeu pela necessidade de realização de intimação dos responsáveis para que encaminhasse documentação a fim de complementação da instrução do processo.

Nos termos do despacho de fls. 68/68v, determinei a intimação do Sr. Willian Lobo de Almeida, Prefeito do Município de Cataguases, bem como da Sra. Cláudia Aline da Silva Vargas de Faria, Secretária da Administração para que encaminhassem a esta Corte de Contas cópia integral do Pregão Presencial n. 031/2018, sob pena de multa pessoal, com espeque no art. 85, III, da Lei Complementar n. 102/2008.

Em cumprimento à determinação supramencionada, os responsáveis encaminharam toda documentação solicitada, fls. 72/703.

Nos termos do despacho de fl. 705, encaminhei os presentes autos à Unidade Técnica que se manifestou às fls. 706/711v, constatando as seguintes irregularidades constantes no edital em epígrafe:

- A) Da impossibilidade de contratação do primeiro colocado;
- B) Ausência de pesquisa de preço.

Ato contínuo, nos termos do despacho de fl. 713, encaminhei os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, que em seu parecer de fl. 714, opinou pela citação dos responsáveis.

Em despacho de fls. 715/715v, determinei a citação do Sr. Willian Lobo de Almeida, Prefeito do Município de Cataguases, da Sra. Cláudia Aline da Silva Vargas de Faria, Secretária da Administração e da Sra. Marcela de Sousa Oliveira, Pregoeira, para, querendo, apresentassem defesa em face dos apontamentos destes autos, no prazo de 15 (quinze) dias.

Em cumprimento à determinação supracitada, os responsáveis encaminharam defesas e documentação de fls. 721/831.

Em cumprimento ao despacho de fl. 715, foram os autos encaminhados à Unidade Técnica que se manifestou às fls. 834/840, entendendo pela permanência da irregularidade quanto a ausência de pesquisa de preços.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em parecer fl. 842, corroborou o estudo técnico realizado às fls. 834/840, opinando pela procedência da Denúncia com a consequente aplicação de multa aos responsáveis pelas irregularidades remanescentes.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Passo à análise da Denúncia, do estudo realizado pela Unidade Técnica e do parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em face da defesa e dos documentos juntados aos autos.

II.1 - Da impossibilidade de contratação do primeiro colocado em razão de penalidade

O denunciante alegou, em síntese, que o licitante vencedor se encontrava suspenso de contratar com a Administração Pública, conforme consta na documentação anexada, assim como, na ata de julgamento do certame, datada em 20/04/2018.

A Unidade Técnica manifestou-se à fls. 706/711v pela irregularidade, concluindo que embora tenha ocorrido expressa intenção de recorrer do licitante quanto ao impedimento da empresa vencedora, conforme ata da sessão pública de fls.408 e 479/486, não foi possível identificar as razões do recurso, mas de qualquer forma, o pregoeiro deveria ter apurado a manifestação recursal do licitante.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em seu parecer de fls.714 corroborou o entendimento da Unidade Técnica supramencionada.

Em sede de defesa, o Sr. Willian Lobo de Almeida, alegou, em síntese, que a empresa Sindplus administradora de cartões, serviços de cadastro e cobranças EIRELI – EPP, contratada por meio do Contrato Administrativo nº: 053/2018, sofreu imputação de penalidade administrativa no Município de São Joaquim da Barra/SP, sendo multada e

suspensa pelo prazo de dois anos, conforme disposto no art. 87 da Lei nº 8.666/93, decisão essa publicada na data de 14/02/2018 na imprensa oficial.

Contudo, após a interposição de agravo de instrumento face à decisão interlocutória supramencionada, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no processo de n. 2076443-94.2019.8.26.0000, publicou-se despacho de suspensão dos efeitos da penalidade administrativa imposta pelo Município até o final do julgamento do recurso, sendo que o denunciado constatou que o recurso ainda está em trâmite.

Argumentou ainda o Denunciado que a referida penalidade administrativa imposta restringe a atuação da empresa apenas no âmbito do Município de São Joaquim da Barra/SP, não afetando assim sua participação em certames licitatórios de outros Municípios, Estados ou União.

Ao final, aduziu, ainda, que não são obrigados a rescindir os contratos anteriormente firmados com a empresa sancionada, tendo em vista que a referida restrição administrativa refere-se exclusivamente ao direito de participar de futuras licitações, inexistindo qualquer óbice a continuidade dos eventuais contratos administrativos vigentes.

A Sra. Cláudia Aline da Silva Vargas de Faria, Secretária Municipal de Administração, argumentou que há diferença entre “administração Pública” e “administração”, expressões, previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, que determinam o alcance das sanções de suspensão.

Ademais, citou entendimento do TCU e AGU de que a suspensão temporária de participar em licitação deveria ficar restrita ao órgão/entidade que aplicou a penalidade, entendimento que seria cabível ao presente caso.

A Sra. Marcela de Sousa Oliveira, ressaltou que ainda está vigente a decisão de suspensão dos efeitos da penalidade administrativa e que a penalidade administrativa imposta restringe a atuação da empresa apenas no âmbito do Município de São Joaquim da Barra /SP, não afetando assim sua participação em certames licitatórios de outros Municípios, bem como em relação ao ente federado Estado e perante a União.

Quanto à formalização do recurso administrativo, questionado pela Unidade Técnica, os defendentes afirmaram que não foram apresentadas as razões recursais, descumprindo assim as formalidades previstas na norma de regência.

A Unidade Técnica em estudo realizado às fls. 835/836, relatou a existência de duas linhas de entendimento acerca da abrangência da aplicação do art. 87, III e IV, da Lei Federal n. 10.520/02 e do art. 7º da Lei n. 10.520/02.

Entende a Unidade Técnica que a primeira corrente é restritiva e considera o impedimento e a suspensão apenas em relação ao órgão que aplicou a penalidade, conforme entendimento do autor Jessé Torres Pereira Júnior, bem como no entendimento do TCU, no Acórdão n. 266/2019.

A segunda corrente é extensiva em relação a toda a Administração Pública, conforme preconiza o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em julgamento do Resp n. 151.567/RJ, bem como entendimento do Professor Marçal Justen Filho, que entende que não há razoabilidade na distinção entre Administração e Administração Pública.

Assim, diante da divergência supramencionada, a Unidade Técnica entendeu recomendável decidir o que for mais benéfico para o interesse público, tendo em vista que o item 5.5.1, do edital de licitação veda a participação do processo licitatório de pessoas jurídicas e físicas que estejam suspensas de participar em licitação e impedida de contratar com o Município de Cataguases.

Ao final, concluiu “que o mais recente entendimento do TCU se aplica melhor ao caso concreto, tendo em vista que o item supracitado está disposto de uma forma restritiva, deixando entender que somente estão vedados de participar do processo licitatório quem esteja especificamente suspenso com o próprio Município. ”

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em parecer de fl.842, corroborou o entendimento exarado pela Unidade Técnica.

Na esteira do estudo realizado pelo Órgão Técnico, insta afirmar que a amplitude quanto à aplicação da sanção de suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a Administração, oscila entendimentos diversos na doutrina e jurisprudência, conforme será exposto adiante.

A primeira corrente aborda interpretação extensiva quanto à punição prevista no inciso III, art. 87 da Lei de Licitações, e artigo 7º da Lei 10.520 de forma a abranger toda a Administração Pública.

O Superior Tribunal de Justiça vem filiando-se a corrente ampliativa, compreendendo que a Administração Pública é una, de modo que os efeitos da suspensão de participação de licitação não podem ficar restritos a um órgão do poder público.

Esse entendimento foi esposado no REsp nº 151.567/RJ, de Relatoria do Ministro Francisco Peçanha Martins, *in verbis*:

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”. (STJ – Resp: 151567 RJ 1997/0073248-7, Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Data de Julgamento: 25/02/2003, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: - DJ 14/04/2003 p. 208RSTJ vol. 170 p. 167)

No mesmo sentido, foi o julgamento do Mandado de Segurança nº 19.657 – DF, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon, que considerou a aplicabilidade da sanção prevista no inciso III, art. 87, da Lei 8.666/93, de âmbito nacional. Vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE APLICADA COM BASE NA LEI Nº 8.666/93. DIVULGAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA GERENCIADO PELA CGU. DECADÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI EM TESE E/OU ATO CONCRETO. DANO INEXISTENTE.

1. O prazo decadencial conta-se a partir da data da ciência do ato impugnado, cabendo ao impetrado a responsabilidade processual de demonstrar a intempestividade. 2. A Controladoria Geral da União é parte legítima para figurar em mandado de segurança objetivando atacar a inclusão do nome da empresa no PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, por ela administrado. 3. O writ impugna ato concreto, oriundo do Ministro dirigente da CGU, inexistindo violação de lei em tese. 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art.87,111, da Lei8.666/93, suspendendo temporariamente os

direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional. 5. Segurança denegada. (STJ - MS 19657/DF 2013/0008046-9, Relator: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 14/08/2013, S1-PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 23/08/2013)

Verifico também, o ensinamento do Autor José dos Santos Carvalho Filho¹, no que concerne ao efeito extensivo das sanções previstas no art. 87, da Lei de Licitações, *in verbis*:

Parece-nos que o efeito deva ser sempre extensivo. Em primeiro lugar, não conseguimos ver diferença de conceituação naqueles incisos do art. 60, já que o que podemos constatar é apenas uma péssima e atécnica definição de Administração Pública; com efeito, nenhuma diferença existe entre Administração e Administração Pública. Além disso, se um contratado é punido por um ente federativo com a aplicação de uma daquelas sanções, a razão só pode ter sido a inexecução total ou parcial do contrato, isto é, o inadimplemento contratual, como está afirmado na lei (art. 87). Desse modo, não nos parece fácil entender por que tal infração também não acarretaria riscos para as demais entidades federativas no caso de alguma delas vir a contratar com a empresa punida. Quer dizer: a empresa é punida, por exemplo, com a suspensão do direito de licitar perante uma entidade federativa, mas poderia licitar normalmente perante outra e, como é óbvio, sujeitá-la aos riscos de novo inadimplemento. Para nós não há lógica em tal solução, porque a Administração Pública é uma só, é una, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa federativa tenha sua própria estrutura.

Ademais, esta Corte já conferiu interpretação extensiva ao termo “Administração” contido no art. 87, inciso III, da Lei n. 8.666/93, a exemplo da decisão na Denúncia nº 859044, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão², apreciada na sessão do dia 22/10/2013, conforme trecho do voto abaixo colacionado:

[...]

Portanto, ressalto que a interpretação extensiva, conferida ao art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, visa proibir a participação no certame de empresas que já descumpriram obrigações contratuais, evitando, dessa forma, fraudes e prejuízo ao erário.

Em outras palavras, a interpretação ampla conferida ao inciso III do art. 87 da Lei Licitação visa impedir qualquer tipo de lesão ao patrimônio público, provocada pela participação de licitantes que não cumpram devidamente os seus deveres obrigacionais.

Diante do exposto, no caso em análise, constato que as expressões Administração Pública e órgãos descentralizados foram empregadas corretamente, uma vez que a sanção prevista no subitem 4.8 do edital refere-se à punição prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, a qual abrange todos os Entes da federação e respectivos órgãos. [...]

Nesta ocasião, o agente que não executou de forma integral ou parcial o contrato com a Administração, estaria suspenso e impedido de licitar e contratar não somente com o órgão do poder público que aplicou a sanção, mas com toda a Administração Pública.

Em contrapartida, a segunda corrente adota a interpretação restritiva, de modo que a suspensão temporária de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração, produz efeitos apenas em relação ao órgão, entidade ou unidade administrativa que aplicou a penalidade.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2020. P. 287.

² Denúncia n. 859044. Rel. CONS. CLÁUDIO COUTO TERRÃO. Sessão do dia 22/10/2013. Disponibilizada no DOC do dia 01/12/2014.

Nesse diapasão, o Tribunal de Contas da União vem aplicando a corrente restritiva, de modo que a sanção fica adstrita apenas ao órgão que aplicou a penalidade, conforme sedimentado recentemente no Manual de Sanções Administrativas do TCU³, em 28/05/2020.

Insta citar alguns acórdãos da Corte de Contas, nos termos transcritos a seguir:

ACÓRDÃO TCU N° 1017/2013 – Plenário

[...]

A regra estabelecida no citado subitem 3.5.3 do edital constitui ampliação do alcance da sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 e no art. 7º da Lei 10.520/2002, a qual deve ficar restrita ao órgão ou da entidade que a aplicou, consoante o entendimento constante do citado Acórdão 3.243/2012.

Nesse sentido, não procede a afirmativa da Infraero, de que a aplicação do comando previsto nesse dispositivo do edital dependerá da competência da autoridade que praticou o ato e do alcance da penalidade aplicada, citando, a exemplo, a hipótese em que a estatal apene determinada empresa de participar de suas licitações e o Secretário de Aviação Civil resolva estender a sanção para toda a Administração.

Primeiramente, porque, não se vislumbra dos termos do art. 87, Inciso III, da Lei 8.666/1993 autorização para que aquele dirigente ou qualquer outra autoridade possa ampliar o alcance da sanção aplicada com esse fundamento para toda a Administração Pública. Em segundo lugar, pelo fato de que esse efeito somente pode subsistir no caso de declaração de inidoneidade prevista no inciso IV do mesmo artigo, a qual deve ser adotada pelo Ministro de Estado, pelo Secretário de Estado ou do Município.

[...]

ACÓRDÃO TCU N° 2355/2018 - Plenário

[...]

Portanto, trata-se de sanção administrativa equivalente à sanção prevista na Lei 8.666/1993, artigo 87, inciso III, reproduzida abaixo, porém mais restrita em seu alcance, pois que atinge apenas as licitações e contratações da própria entidade sancionadora

Por fim, além das correntes antagônicas expostas, há ainda, a terceira corrente, que dá a interpretação intermediária quanto ao termo “Administração”, disposta no inciso III do art. 87 da Lei supracitada, de modo que seus efeitos estarão restritos em relação à Administração Pública como um todo e extensivos ao ente federativo que aplicou a sanção.

Assim, a corrente intermediária propaga que uma empresa “X”, que teve sanção aplicada por um determinado órgão do Município “Y”, estaria impedido de participar de licitações deflagradas no âmbito de todo órgão, entidades ou unidades administrativas que integrem a Administração Pública do Município “Y”, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

Cabe aqui citar a decisão do Tribunal de Contas da União, que ao abordar o tema, no âmbito do Pregão, atribuiu os contornos da interpretação intermediária no Acórdão n° 2.593/2013, de Relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, *in verbis*:

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,

³ Manual de Sanções Administrativas do TCU, 28/05/2020, p. 17. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/manual-de-sancoes-administrativas-do-tcu.htm>

PARA EMPRESA VINCULADA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO POR MÚLTIPLOS FUNDAMENTOS. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA.

[...]

-A aplicação da sanção prevista no art. 7º, da Lei nº 10.520/2002 - que institui o pregão como modalidade de licitação, para aquisição de bens e serviços comuns - impede a participação do licitante em procedimentos licitatórios e a celebração de contratos com todas as entidades do respectivo ente estatal, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, implicando seu descredenciamento dos sistemas de cadastramento de fornecedores, pelo prazo de até cinco anos, com extensão a toda a esfera do órgão ou entidade que a aplicou.

- 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 e 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. (Acórdão 2593/2013-Plenário, TC 000.723/2013-4, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 25.09.2013)

Pois bem, diante do exposto, é cediço que a questão tratada é controversa, o que pode ser verificado também no âmbito deste Tribunal de Contas.

No entanto, verifico que atualmente o Colegiado da Segunda Câmara desta Casa, em julgamentos recentes, tem se manifestado sobre a matéria, aplicando a interpretação restritiva aos efeitos da sanção disposta no inciso III, art. 87, da Lei nº 8.666/93, de modo que a suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração, abrange apenas o órgão, entidade ou unidade administrativa que aplicou a penalidade.

Sobreleva transcrever alguns dos julgados proferidos pela Segunda Câmara, *in verbis*:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS PARA FROTA MUNICIPAL. IRREGULARIDADES. CERTIFICADO DE REGULARIDADE NO CADASTRO TÉCNICO FEDERAL EM NOME DO FABRICANTE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO INCISO III DO ART. 87 DA LEI N. 8.666, DE 1993. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

[...]

2. A sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei n. 8.666, de 1993 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo superior a 2 anos), diante de exegese sistêmica desse diploma legal e de princípios que regem o direito sancionador, tem caráter menos gravoso do que a tipificada no inciso IV desse mesmo dispositivo legal (impedimento de contratar com a Administração), a qual, diferentemente daquela inscrita no inciso III, se estende a toda Administração Pública, tanto que essa última sanção pode ser aplicada, cumulativamente, com a do inciso III, nas hipóteses em que há prejuízo ao erário. (Denúncia nº 1077245, Relator Conselheiro Gilberto Diniz, Segunda Câmara, Sessão: 24/09/2020).

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/93. SANÇÃO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR. ABRANGÊNCIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. IRREGULARIDADE. RECOMENDAÇÃO. PROCEDÊNCIA.

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”). (Denúncia nº 1082509, Relator Conselheiro Cláudio Couto Terrão, Segunda Câmara, Sessão: 10/08/2020.)

DENÚNCIA. CONSÓRCIO. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO DE PNEUS NOVOS PARA OS VEÍCULOS DA FROTA. EMPRESA IMPEDIDA DE LICITAR E CONTRATAR. ALCANCE DA PENALIDADE. IMPEDIMENTO APENAS AO ÓRGÃO OU ENTIDADE QUE APLICOU A PENALIDADE. CERTAME NÃO RESTRITIVO. RETIFICAÇÃO DO EDITAL. REGULARIDADE. APONTAMENTO COMPLEMENTAR. MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS. SANÇÃO PREVISTA NA LEI DO PREGÃO. ART. 7º DA LEI N. 10.520/2002. JURISPRUDÊNCIA DO TCU. CARÁTER COMPLEMENTAR. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO ART. 87, III E IV, DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS AO PREGÃO. REGULARIDADE. ARQUIVAMENTO.

1. Os efeitos da sanção prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo superior a 2 anos) somente impossibilitam o apenado de participar de licitações junto ao órgão ou entidade que a aplicou, não se estendendo a toda a Administração Pública.

[...]

4. A sanção elencada no art. 7º da Lei n. 10.520/2002 criou mais uma penalidade que pode integrar-se às previstas na Lei n. 8.666/1993, que possui caráter complementar entre aquelas existentes nos incisos III e IV do art. 87 da Lei Geral de Licitações. Aplicam-se, portanto, as disposições contidas no art. 87, III e IV, ambos da Lei n. 8.666/1993, ao pregão, em razão do que estabelece o art. 9º da Lei n. 10.520/2002 e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. (Denúncia nº 1082513, Relator Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, Segunda Câmara, Sessão: 12/03/2020)

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO DE PNEUS NOVOS PARA OS VEÍCULOS DA FROTA. EMPRESA IMPEDIDA DE LICITAR E CONTRATAR. ALCANCE DA PENALIDADE. CERTAME NÃO RESTRITIVO. RETIFICAÇÃO DO EDITAL. REGULARIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO TCU. ARQUIVAMENTO

Os efeitos da sanção prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo superior a 2 anos) somente impossibilitam o apenado de participar de licitações junto ao órgão ou entidade que a aplicou, não se estendendo à Administração Pública, em geral. (Denúncia nº 1082558, Relator Sebastião Helvecio, Primeira Câmara, Sessão: 18/08/2020)

Nessa esteira, ressalto o inciso III c/c § 1º do art. 40, da Instrução Normativa nº 02, de 11 de outubro de 2010, que preconizou o alcance da suspensão temporária e impedimento de contratar restrito ao órgão público que aplicou a sanção, vejamos:

Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever:

III – suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

[...]

§ 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**. (Grifo nosso)

Concernente à corrente restritiva, um dos argumentos de aplicação diz respeito ao art. 6º, da Lei nº 8.666/93, que distingue de forma clara e direta os termos “Administração” e “Administração Pública”.

Eis, a propósito, a insofismável redação do dispositivo, *in verbis*:

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; (Grifo nosso)

Desta forma, não se pode olvidar que o art. 87, da Lei nº 8.666/93, à luz das definições dispostas no art. 6º, quis determinar a abrangência da sanção administrativa imposta, de modo que a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (inciso III), possui caráter menos gravoso em relação à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (inciso IV), uma vez que o último tem seus efeitos jurídicos estendidos a Administração Pública como um todo.

Sob esse prisma, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, para dirimir a divergência de entendimento, editou a Súmula nº 51, aplicando a interpretação restritiva aos efeitos da penalidade da suspensão e impedimento de licitar e contratar. Vejamos:

Súmula Nº 51:

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.

Ademais, cumpre destacar que a Lei de Licitação, no § 3º do art. 87, indicou a autoridade competente, no âmbito de cada uma das esferas de governo, para aplicar a sanção tipificada no inciso IV. Vejamos:

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

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

Isso, aliado ao fato de que as autoridades legitimadas, Ministro de Estado, Secretário Estadual e Secretário Municipal, integram o alto escalão administrativo dos entes federados, também distingue tal sanção, quanto à extensão de seus efeitos e gravidade, daquela tipificada no inciso III do referido dispositivo legal.

Corroborando com o exposto, cabe citar o ensinamento da Autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴, que ao interpretar o dispositivo supracitado, discrimina o alcance das terminologias “Administração” e “Administração Pública”, *in verbis*:

Os incisos III e IV do artigo 87 adotam terminologia diversa ao se referirem à Administração Pública, o que permite inferir que é diferente o alcance das duas penalidades. O inciso III, ao prever a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos, refere-se à Administração, remetendo o intérprete ao conceito contido no artigo 6º, XII, da Lei, que a define como “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”. O inciso IV do artigo 87, ao falar em inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, parece estar querendo dar maior amplitude a essa penalidade, já que remete o intérprete, automaticamente, ao artigo 6º, XI, que define Administração Pública de forma a abranger “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”

Conforme já exposto, o Legislador de 1933, ao dispor respectivamente na redação dos incisos III e IV, do art. 87, os termos “Administração” e “Administração Pública”, tinha a intenção de restringir a aplicação das sanções em graus distintos, de forma a ser observado pelo aplicador as definições terminológicas atribuídas no art. 6º da Lei de Licitações.

Trata-se assim, da observância ao Princípio da Legalidade, que conforme leciona o Doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, é princípio fundamental para a aplicação da sanção administrativa, que subordina a Administração à lei.

Outrossim, oportuno lembrar a redação disposta na nova Lei de Licitações e Contratos, nº 14.133/21, publicada em 01/04/2021, em que os efeitos concernentes a sanção prevista no inciso III do art. 87, da Lei nº 8.666/93 deixam de convergir.

Isto pois, o § 4º do art. 156, da Lei nº 14.133/21, impede o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que aplicou a sanção, enquanto o § 5º, que trata sobre a sanção de declaração de idoneidade, ficará o responsável impedido de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos.

Vejamos a redação contemplada no novo dispositivo:

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa

III - impedimento de licitar e contratar;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

[...]

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p 597.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010. p. 850.

§ 4º A sanção prevista no inciso III do **caput** deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do **caput** do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e **impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção**, pelo prazo máximo de 3 (três) anos. (Grifo nosso)

§ 5º A sanção prevista no inciso IV do **caput** deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do **caput** do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do **caput** do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e **impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.**

Assim, ainda que não haja aplicação do referido dispositivo à denúncia, a nova redação atinente ao instituto das sanções administrativas, substancializa de vez a intenção do legislador em distinguir o grau da penalidade aplicada ao infrator.

Destarte, ao ser discriminado no texto da Lei nº 8.666/93, as terminologias aqui debatidas, previstas no art. 87, entendo que há uma razão de ser, não podendo se estender à Administração Pública o que a Lei previu se aplicar à Administração – órgão, entidades ou unidade administrativa.

No presente caso, nota-se que a empresa Sindplus administradora de cartões, serviços de cadastro e cobranças EIRELI – EPP, contratada por meio do Contrato Administrativo nº: 053/2018, sofreu imputação de penalidade administrativa no Município de São Joaquim da Barra/SP.

Ademais, o item 5.5 do edital (fl. 19) é claro ao determinar que as penalidades de suspensão e impedimento se restringem ao Município que a aplicou, enquanto que a declaração de inidoneidade tem o seu alcance ampliado a quaisquer órgãos da Administração Pública.

Diante disso, alinho-me ao entendimento da Unidade Técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, e entendo pela não constatação de irregularidade.

II.2 - Da taxa de administração negativa

O Denunciante insurgiu-se contra a admissibilidade de taxa de administração negativa, o que seria vedado pela Portaria nº 1.287, de 2017, do Ministério do Trabalho e Emprego.

A Unidade Técnica quanto a esse apontamento informou que a aplicação desta taxa de administração negativa pela empresa licitante vencedora é costumeira no âmbito das licitações para fornecimento de vale alimentação retirando da aplicação seu custeio, e que, todas as empresas licitantes apresentaram suas taxas de administração nas propostas e em seus lances, conforme documentação de fls. 482 a 485.

Ao final, concluiu a Unidade Técnica pela não procedência da irregularidade apontada pela denunciante, tendo em vista não se aplicar ao tema os efeitos da Portaria n. 1.287/2017 do extinto Ministério do Trabalho e Emprego.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em parecer de fls. 842, corroborou o entendimento da Unidade Técnica supramencionada.

A defesa não trouxe alegações específicas sobre esse apontamento.

Já me posicionei sobre o tema em outras oportunidades, e reitero que a Portaria MTE n. 1.287/2017, ultrapassou a competência regulamentar ao vedar a adoção de taxas de serviço negativas para as empresas prestadoras inscritas no PAT, bem como impediu a obtenção de

propostas mais vantajosas nos certames relacionados a contratos de fornecimento e administração de vale-alimentação/vale-refeição, constituindo-se ofensa ao art. 4º inciso X da Lei Federal n. 10.520/2002 e ao art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93.

Vale destacar trecho do acórdão da Denúncia n. 1031545, da minha relatoria, em Sessão Ordinária da Segunda Câmara, do dia 02/05/2019 em que o assunto foi discutido detalhadamente:

Ao todo, não resta dúvida que a Portaria MTE n. 1.287/2017, em razão das inobservâncias quanto à competência para apenas regulamentar, quanto aos requisitos do processo de elaboração, quanto à vedação das taxas de serviço negativas imposta em seu teor, configuram-na como inaplicável. Veja-se por meio dos próprios diplomas legais e referências no tema:

Reafirmo a competência do Poder Executivo para tão somente regulamentar o Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT e dentro do escopo que cabe ao MTE, conforme Lei Federal n. 6.321/1976:

Art 4º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 60 (sessenta) dias.

Assim, a Portaria não pode ir contra ou extrapolar a Lei à qual faz referência. Regulamentar, não pode ser confundido com legislar. Inclusive, a regulamentação depende da prévia legislação. A Portaria MTE n. 1.287/2017, ao vedar a adoção de taxas de serviço negativas, extrapolou a competência conferida no artigo acima transcrito, pois impôs uma nova situação e acabou legislando ao invés de apenas prescrever o que deveria ser feito.

Naquela assentada a Segunda Câmara reafirmou ainda o posicionamento quanto à possibilidade de admissão de taxas de administração negativas:

Reafirmo, ainda, ser a vedação das taxas de serviço negativas uma afronta à posição consolidada do TCU quanto à possibilidade de sua utilização, conforme teor da decisão n. 38/1996 – Plenário(fl.73) . Veja-se:

Deixar assente que, no que pertine às licitações destinadas ao fornecimento de vales-refeição/alimentação, a admissão de ofertas de taxas negativas ou de valor zero, por parte da Administração Pública, não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei n. 8.666/93, por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital.

Além de ser essa vedação, unanimemente, apontada como prejudicial. Isto porque é desfavorável à concorrência na busca de valores reduzidos e assim, motivo de impedimento, portanto, à obtenção da proposta mais vantajosa nos processos licitatórios que objetivam contratar empresa especializada a prestar serviços de vale-alimentação e vale-refeição.

Desse modo, diante do entendimento consolidado, alinho-me ao posicionamento da Unidade Técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e voto pela não procedência desse apontamento.

II.3 – Da Inexequibilidade da proposta vencedora e da ausência de pesquisa de preços

O Denunciante, alegou, em síntese, que seria inviável a prestação dos serviços com uma taxa de quase 9 (nove) negativa, uma vez que, em média, a taxa negativa cobrada, quando permitida, não ultrapassa 5 negativa, o que demonstra a inviabilidade da prestação dos serviços, fls. 06 a 07.

Ademais, citou o art. 48, II, da Lei Federal n. 8.666/93, que prevê a desclassificação de propostas contendo preços inexequíveis, assim considerados aqueles que “não se revelam

capazes de possibilitar a alguém uma retribuição financeira mínima (ou compatível) em relação aos encargos que terá de assumir contratualmente”.

Argumentou, também, que as empresas administradoras de cartão obtêm seu lucro através de uma taxa cobrada do comércio, que não ultrapassa a taxa negativa de 5 (cinco), logo, uma taxa da proposta vencedora não só tem o condão de impossibilitar a correta execução dos serviços em face do comércio, mas sim de atrasar as recargas dos servidores, ferindo de morte os princípios da busca da proposta mais vantajosa e eficiência da Administração.

Registrou, ainda, o descaso da Administração que sequer solicitou planilha do vencedor com fulcro a comprovar a exequibilidade de sua proposta, o que é usual nestes casos.

Ao final, alegou, o denunciante, que ainda que o edital tenha previsto meios para comprovação da exequibilidade da proposta comercial, no certame tal critério não foi observado, colocando em dúvida a autenticidade e legitimidade da contratação, motivo pelo qual requereu a apuração do fato apresentado.

A Unidade Técnica em estudo realizado às fls.709/711, trouxe a lume a Ata de Reunião e Julgamento de Proposta n 29/2018, fls. 408 e 409 e 479 e 486, ressaltou que não houve questionamento quanto à exequibilidade da proposta.

Por fim, a Unidade Técnica concluiu que não consta nos presentes autos pesquisa de mercado (ou cotação de preços) junto aos fornecedores que atuam no mercado sendo que o conhecimento amplo sobre o objeto da licitação seria fundamental para orientar o pregoeiro acerca da decisão mais adequada em relação à desclassificação da proposta em função do valor ofertado.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em parecer de fl. 714, corroborou o entendimento da Unidade Técnica supramencionada.

Os defendentes afirmaram, em síntese, que a empresa vencedora firmou contrato em 18/07/2018, e até a data de apresentação da defesa (05/06/2019) estavam cumprindo fielmente com sua proposta. Ressaltou ainda que no momento do certame não foi questionada a inexecutabilidade da proposta vencedora, momento em que deveria ser oportunizado à demonstrar sua exequibilidade, caso questionada.

Alegaram ainda que o edital estipulou a taxa máxima admissível de 1%, tomando por base contrato anterior firmado entre o Município de Cataguases e a empresa Coopelife – Administração de Cartões de Convênios Ltda.

A Unidade Técnica em estudo realizado às fls. 837v/838v, entendeu que a realização da pesquisa de preços é de grande importância para a apuração correta do valor de referência do objeto que se pretende contratar, sendo fundamental para que se possa subsidiar o julgamento das propostas.

Ademais, entendeu:

[...] conclui-se que não basta estipular no edital a taxa de administração máxima admissível com base em contratos anteriores firmado pelo Município, pois o valor do mercado está em constante mudança e cabe à administração buscar sempre pelo melhor custo benefício do serviço ou bem.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas se manifestou à fl. 842, corroborando o entendimento exarado pela Unidade Técnica.

Entendo que a oferta de taxa de administração negativa, em licitação para prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação, não implica inexecutabilidade da respectiva

proposta, a qual só pode ser aferida a partir da avaliação dos requisitos objetivos especificados no edital da licitação. Nestes termos, cumpre trazer a lume a jurisprudência do TCU:

Em licitações para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, não se deve proibir o oferecimento de proposta de preço com taxa de administração zero ou negativa. Entretanto, em cada caso, deve ser avaliado se a proposta com taxa de administração negativa ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital. (Acórdão 2004/2018 Primeira Câmara, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues).

No presente caso, observo que o item 8.9.1 estabeleceu a taxa de administração máxima admissível em 1% e permitiu no item 8.9.1 taxas zero ou negativa. O item 8.11 “c” estabeleceu que serão considerados inexequíveis aqueles preços cuja viabilidade não seja demonstrada pela licitante.

Quanto à alegação da inexequibilidade da proposta, a jurisprudência do TCU é firme no sentido de garantir ao licitante a possibilidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta, quando questionada, nos termos do art. 48, II, da Lei 8.666/1993, sendo tal entendimento registrado na Súmula-TCU 262.

No presente caso, não houve questionamento, e considerando que não há elementos que demonstrem intercorrências na execução contratual, pelo contrário, a defesa afirma que está sendo cumprido a contento, afastando a irregularidade. Entretanto, não constam no procedimento licitatório os critérios utilizados na estimativa dos valores da taxa de administração, de modo que inexisteram parâmetros objetivos para o julgamento das propostas apresentadas.

Compulsando os presentes autos, bem como a defesa apresentada, verifica-se que não foi realizada a cotação de preços para o objeto do Pregão Presencial n. 031/2018, sob a fundamentação de que o município teria estipulado valor máximo, tirando como base contratos anteriores.

A realização de pesquisa de preços ampla, conforme previsão no art. 43, IV, da Lei n. 8.666/93 e no art. 3º, I e III, da Lei n. 10.520/02, que considere os diversos instrumentos de pesquisa no mercado, é fundamental para a condução do processo licitatório, uma vez que justificará a análise de propostas excessivas ou inexequíveis.

Ademais, nos termos do parágrafo único do art. 4º da Lei nº 8.666/1993, o procedimento licitatório *caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública*. Em outras palavras, os atos praticados pelos agentes públicos, incluindo, aqui, a pesquisa de preços, devem ser documentados no procedimento licitatório, até mesmo para viabilizar o exercício dos controles interno, externo e social.

Desse modo, alinho-me ao entendimento da Unidade Técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, e voto pela irregularidade da ausência de cotação de preços com base em uma ampla pesquisa de mercado.

Responsabilizo pela irregularidade os Srs. Willian Lobo de Almeida, Prefeito Municipal de Cataguases à época, e autoridade homologadora do certame, Cláudia Aline da Silva Vargas de Faria, Secretária de Administração Municipal de Cataguases e subscritora do edital e Marcela de Sousa Oliveira, Pregoeira.

III – CONCLUSÃO

Diante das razões expostas na fundamentação, analisada a presente Denúncia e sopesando as defesas apresentadas, as manifestações do Órgão Técnico e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, bem como a documentação acostada, voto pela parcial procedência da

presente Denúncia, em razão da ausência de cotação de preços com base em uma ampla pesquisa de mercado, irregularidade verificada no Processo Licitatório nº 051/2018, Pregão Presencial n. 031/2018, promovido pela Prefeitura Municipal de Cataguases.

Conseqüentemente, com fundamento no inciso II do art. 85 da Lei Complementar n. 102, de 2008, aplico multa pessoal e individual de R\$1.000,00 (mil reais), ao Sr. Willian Lobo de Almeida, Prefeito Municipal de Cataguases à época, à Sra. Cláudia Aline da Silva Vargas de Faria, Secretária de Administração Municipal de Cataguases e à Sra. Marcela de Sousa Oliveira, Pregoeira.

Recomendo aos órgãos e entidades municipais que, nas próximas contratações, seja observada, de forma clara e consistente, a irregularidade apontada nos autos, privilegiando os princípios da transparência, publicidade, ampla competitividade e isonomia.

Intimem-se os responsáveis desta decisão, nos termos do art. 166, §1º, inciso I, do Regimento Interno desta Corte.

Ultimadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos nos termos do art. 176, I, do RITCEMG.

É como voto.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

De acordo.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Senhor Presidente, assim como Vossa Excelência, eu também compreendo que há irregularidade na ausência de cotação de preços com base em ampla pesquisa de mercado. Entretanto, tendo em vista que não houve individualização das condutas praticadas a fundamentar a correspondente imputação de responsabilidade aos gestores, deixo de acompanhá-lo na aplicação das sanções propostas.

Vale destacar que, em regra, a responsabilização dos agentes públicos possui natureza subjetiva, de modo que é necessário demonstrar para fins de aplicação de multa a prática de uma conduta com nexos causal relação a um resultado ilícito. Sem esses elementos mínimos, inviabiliza-se, no meu modo de compreender, inclusive o exercício da ampla defesa pelos gestores públicos em eventual recurso.

Ressalte-se que, na sessão de hoje, por exemplo, o Processo nº 1.098.463, item 65 da pauta, diz respeito justamente a embargos de declaração opostos por gestor público, no qual ele alega omissão na decisão que lhe aplicou multa, por não terem sido considerados os obstáculos por ele enfrentados quando da prática do ato ensejador da irregularidade.

É necessário, portanto, Presidente, que as decisões prolatadas pelo Tribunal que afetem direitos subjetivos de seus jurisdicionados, estejam – penso eu – devidamente fundamentadas, fazendo essa conexão entre o nexos causal e as suas respectivas responsabilidades.

Por essas razões, pedindo vênias a Vossa Excelência, vou deixar de acompanhá-lo na aplicação de sanção nesse caso concreto.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Senhor Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Pois não.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Com essa fundamentação apresentada pelo Conselheiro Cláudio Terrão, em que fica demonstrada a falta de nexos causal, também vou acompanhá-lo no sentido da não aplicação da multa.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO, VENCIDO, EM PARTE, O CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA MARIA CECÍLIA BORGES.)

sb/kl/ms

