

**ACÓRDÃO 01400/2019-4 – SEGUNDA CÂMARA**

**Processo:** 04864/2019-7  
**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação  
**UG:** PMI - Prefeitura Municipal de Ibirajú  
**Relator:** Sérgio Manoel Nader Borges  
**Representante:** SUELI DE FATIMA OLIVEIRA

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO -  
REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL  
DE IBIRAJU – IMPROCEDENCIA – ARQUIVAR.**

**O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:**

**1 – RELATÓRIO E FUNDAMENTAÇÃO**

Trata-se de representação encaminhada pela Sra. Sueli Fátima Oliveira, alegando supostas irregularidades no procedimento licitatório do Pregão nº 038/2019 - Processo Licitatório nº. 1413/2019, da Prefeitura Municipal de Ibirajú, para aquisição de pneus, câmara de ar e protetor de câmara, para atender os veículos de categoria leves, médios e pesados, a pedido da Secretaria Municipal de Obras, Serviços e Infraestrutura - SEMOSI, para atender a Prefeitura Municipal, o Fundo Municipal De Assistência Social - SEMADH e o Fundo Municipal De Saúde - SEMUS.

As alegações da representante podem ser resumidas da seguinte forma:

- Questiona sobre a legalidade da participação da empresa EL ELYON PNEUS EIRELI ME, INSCRITA NO CNPJ: 29.259.420/0001-79, dado conhecimento que a mesma possui sanção oriunda do Município de Vargem Alta/ES, por descumprimento do Art. 7º da Lei 10.520/2002.

- Na sua argumentação, a representante entendeu que a sanção prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 se estenderia a todos os órgãos e entidades da correspondente esfera de governo.

Ao final, requereu a concessão de medida cautelar.

Seguiram os autos a área técnica deste tribunal, que elaborou Instrução Técnica Conclusiva ITC 01462/2019, propondo o conhecimento e recebimento da representação, seja indeferido a medida cautelar pleiteada e pela improcedência da representação.

Remetido ao Ministério Público de Contas, este por meio do Parecer nº 01719/2019, anui os argumentos fáticos e jurídicos delineados na Instrução Técnica Conclusiva ITC 01462/2019, pugnando pela improcedência da representação.

Passamos a análise da representação, acerca dos requisitos de admissibilidade, a Lei Complementar nº 621/2012 em seus artigos 94 c/c 99, § 2º estabelecem, *verbis*:

Art. 94. São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

I - ser redigida com clareza;

II - conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;

III - estar acompanhada de indício de prova;

IV - se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;

V - se pessoa jurídica, prova de sua existência e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

(...)

Art. 99.

§ 2º Aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia.

Dessa forma, observa-se que a petição em análise está em pleno acordo com os requisitos de admissibilidade que permitem a apreciação de seu mérito.

De acordo com análise realizada pela área técnica deste Tribunal de Contas, consoante trecho extraído da Instrução Técnica Conclusiva 448/2019, as supostas irregularidades não teriam o condão de motivar o deferimento da medida cautelar pleiteada, tendo em vista que não restou demonstrado um dos requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar, qual seja, o *fumus boni iuris*, senão vejamos:

[...]

Uma análise cautelar refere-se à inquirição quanto à presença ou não dos pressupostos cautelares. O artigo 124 da Lei Complementar n. 621/2012 dispõe que havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio, e risco de ineficácia da decisão de mérito, esta Corte, seja no início ou no curso de qualquer processo, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, poderá determinar medidas cautelares.

No caso em apreço, a representante aponta que a empresa vencedora do Pregão Presencial nº 038/2019, realizado pelo Município de Ibiráçu, EL ELYON PNEUS EIRELI ME, foi penalizada pelo Município de Vargem Alta/ES, por descumprimento do Art. 7º da Lei 10.520/02, razão pela qual não poderia participar do referido Pregão.

Diante disto, a representante requereu a desclassificação da empresa, o impedimento de formalização do contrato e a anulação de todo ato do procedimento licitatório.

Documento juntado aos autos pela petionária demonstra que a referida empresa foi notificada em 08/06/2018 sobre a suspensão de participar em licitação e contratar com a administração pública, no âmbito do Município de Vargem Alta/ES, pelo prazo de 02(dois) anos (fls. 15 do documento 03).

A representante argumenta que, em virtude desta suspensão aplicada pelo Município de Vargem Alta/ES, a empresa estaria impedida de participar da licitação sob análise, por entender que a penalidade se estenderia a todos os órgãos e entidades da correspondente esfera de governo.

Contudo, verifica-se que o item 3.2.2 do edital de Pregão Presencial nº 038/2019, aqui sob análise, impedia de participar do certame apenas empresas que estivessem cumprindo pena de suspensão do direito de licitar e de contratar com o Município de Ibiráçu/ES (fls.22 do documento 3).

Entretanto, a resposta à questão apresentada pela representante não se apresenta de forma tão pacificada na jurisprudência, tampouco entre os doutrinadores, como tenta transparecer, havendo divergência acerca da distinção entre o âmbito de abrangência dessas espécies de penalidade.

Da interpretação da legislação pertinente ao tema, pode-se verificar dois posicionamentos distintos, ou seja, duas linhas hermenêuticas diversas. A primeira consideraria a penalidade de suspensão e impedimento do direito de licitar de forma abrangente, ou seja, aplicada por qualquer órgão ou ente da federação, haveria reflexos para todas as Administrações Públicas.

Por outro lado, há quem entenda que a própria Lei 8.666/93, ao conceituar, no artigo 6º, incisos XI e XII, Administração e Administração Pública, teria diferenciado a abrangência da aplicação das sanções de suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos e da declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, já que no primeiro caso utilizou-se a expressão Administração, e no segundo caso, a expressão Administração Pública.

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

Sobre o tema, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>1</sup> preleciona que:

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

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

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

*“Se o agente apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com determinado sujeito administrativo, os efeitos dessa ilicitude teriam de se estender a toda a Administração Pública. Assim se passa porque a prática de ato reprovável, que fundamentou a imposição da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar, evidencia que o infrator não é merecedor de confiança.” (fl. 1020)*

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

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

**- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.**

*- A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.*

*- A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio*

<sup>1</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

*de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.  
- Recurso especial não conhecido.”*

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

Dessa forma, considerando-se que trata-se de uma análise breve, a irregularidade aventada não se verifica diante dos posicionamentos antagônicos apresentados, ainda mais que não se descumpriu o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expresso no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993.

Conclui-se, portanto, pela não verificação da presença do *fumus boni iuris* capaz de sustentar um opinamento quanto à suspensão cautelar do certame, e, conseqüentemente, ausente o *periculum in mora*.

Quanto ao mérito, a análise feita pela área técnica deste Tribunal, verificou-se **que quanto ao questionamento da representante quanto a legalidade da participação da empresa EL ELYON PNEUS EIRELI ME, no procedimento licitatório do Pregão nº038/2019, considerando que a mesma possui sanção oriunda do Município de Vargem Alta/ES**, esta Corte de Contas não tem um entendimento pacificado sobre o tema, uma vez que no ACORDÃO TC 935/2017 – Processo TC 263/2017, entendendo que a penalidade prevista no art. 87, inciso III da Lei nº 8.666/93 **não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública.**

No outro giro, o Acórdão TC 626/2017 – Processo TC 1859/2017, Relator Jose Antônio Almeida Pimentel, o entendimento desta Corte de Contas a unanimidade, foi no sentido oposto, ao entender que a penalidade do artigo 87, inciso III da Lei 8.666/93 só se aplica no âmbito da Administração que impôs a penalidade, vejamos trecho do Acórdão:

[...]

Quanto à questão da punição recebida pela empresa contratada (com a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou municípios, no período de 02/09/2016 a 19/05/2017), nas justificativas apresentadas pelos responsáveis quando da notificação feita, nesse sentido, o argumento muito bem colocado, foi de que esse impedimento de licitar e contratar, afirmado pela representante, foi sanção aplicada pelo Governo do Estado de São Paulo, que se restringi apenas a esfera administrativa que aplicou a penalidade. Enfatiza-se que a única penalidade, em nosso sistema licitatório, que se estende além do próprio

ente que a aplicou é a declaração de inidoneidade, constante do art.87, IV da Lei 8.666/93.

Vale ainda ressaltar, como bem lembrado pelo Procurador Chefe Luciano Vieira, em seu Parecer 1954/2017-9, que citou a Decisão 00780/2017-4, proferida nos autos do processo TC-10496/2016, onde o Conselheiro Relator daquele feito, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, indeferiu a liminar pleiteada por entender que as penalidades de suspensão temporária de participação em licitação e de impedimento de contratar com a Administração só se aplicam no âmbito da Administração que impôs a penalidade, *in verbis*:

*(...) Trazendo a discussão para o campo concreto, quando um órgão ou ente federativo aplica a um licitante ou contratado uma das penalidades previstas no art. 87 da Lei 8666/93, o faz de acordo com um processo administrativo, de cognição interna, com a manifestação de seus agentes e autoridades, baseados na lei e em seu livre convencimento, sempre, é claro, sujeito a revisão pelo Poder Judiciário.*

*O resultado desse processo é uma decisão interna, cujos fatos e fundamentos somente têm relevância e aplicabilidade para aquele órgão ou ente, em relação a um contratado ou licitante específico.* (g.n.).

*Pretender que essa decisão tenha efeitos para todos os órgãos e entidades da Administração Pública, indistintamente, em todos os níveis da federação é, no mínimo, violar os princípios da autonomia e da não intervenção. A aplicação concreta de tal entendimento gera situações absurdas, eis que um órgão licitante ficaria impedido de aceitar uma proposta de um licitante sem sequer conhecer o conteúdo da decisão que suspendeu seu direito de contratar com outro órgão, muitas vezes até mesmo de outro estado da Federação.*

*(...)*

*Assim, penso que a interpretação mais razoável, conforme com a Constituição Federal que se pode fazer desses dispositivos legais é a que aqui se sustentou, no sentido de que a aplicação de penalidade do Art. 87, inciso III da Lei 8666/93 **só se aplica no âmbito da Administração que aplicou a penalidade**, de modo que a conduta adotada pelos agentes responsáveis ora representados se coaduna com essa interpretação e com o princípio da não intervenção, inserido no pacto federativo.*

Portanto, fica evidente que não procedem as supostas irregularidades apontadas na peça exordial.

A Segunda Câmara no Acórdão 01779/2018, Processo TC 6236/2018, o Conselheiro Relator Rodrigo Coelho do Carmo, aduz em seu voto que “ Diante da celeuma que se estabeleceu no âmbito da administração Pública, quanto ao alcance da penalidade administrativa de suspensão temporária de participar de licitação com o Poder Público, apreendo que a Administração deverá estabelecer no edital do processo licitatório a ser deflagrado os critérios definidos em relação a extensão da

sanção ora discutida, a fim de evitar incertezas e insegurança aos contratantes e até mesmo a própria administração pública, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da vinculação ao instrumento convocatório.”

No presente caso, verifica-se que o Edital de Pregão Presencial nº 038/2019 impedia de participar do certame apenas empresas que estivessem cumprindo pena de suspensão do direito de licitar e de contratar com o Município de Ibirapu/ES, conforme segue (fls.22 do documento 3):

3.2.2 - Não será admitida a participação de empresas:

a) declaradas inidôneas por ato da Administração Pública;

**b) que estejam cumprindo pena de suspensão do direito de licitar e de contratar com o Município de Ibirapu/ES;** (Grifo nosso)

Portanto, como esta Corte de Contas não possui um entendimento pacificado sobre o tema, e no caso concreto a Municipalidade delimitou de forma clara no edital o impedimento de participar do certame licitatório, qual seja: “ **apenas empresas apenas pelo Município de Ibirapu estariam impedidas de participar do pregão**”, nos termos do item 3.2.2, alínea b do Pregão Presencial nº 038/2019, razão pela qual entendo que a melhor solução diante do impasse, é a vinculação ao instrumento convocatório, no presente caso, nos moldes do art. 41 da Lei 8.666/93, vejamos:

**Art. 41.** A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Razão pelo qual entendo pela **improcedência da representação.**

Ante todo o exposto, acompanhando o entendimento da área técnica cuja fundamentação integra este voto independente de transcrição e do Ministério Público de Contas, VOTO para que seja adotada a proposta de deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

**Sérgio Manoel Nader Borges**

**Conselheiro Relator**

## **1. ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

**1.1. Indeferir a medida cautelar**, visto que não restaram demonstrados os requisitos gerais autorizadores para concessão da medida cautelar, bem como **restou demonstrado ausência do periculum in mora** no caso concreto;

**1.2. Pela improcedência da Representação, nos termos** dos artigos 95, inciso I<sup>2</sup> e 99, § 2<sup>o3</sup>, ambos da Lei Complementar 621/2012, tendo em vista a não constatação da irregularidade;

**1.3.** Seja o representado informado acerca desta decisão;

**1.4. Cientificar** o Representante do teor da decisão final a ser proferida, conforme art. 307, §7<sup>o</sup> do RITCEES;

**1.5.** Após certificado o trânsito em julgado administrativo, **arquivem-se os autos**, ante o preconizado no art. 176, § 3<sup>o</sup>, inciso II, c/c art. 186 da Resolução TC 261/2013.

**1.6.** Posteriormente à confecção do acórdão deste julgamento, **remetam-se os autos ao ilustre representante do Ministério Público de Contas** nos termos do art. 62, parágrafo único da Lei Complementar 621/2012.

## **2. Unânime.**

---

<sup>2</sup> Art. 95. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida ao Plenário, que decidirá:

I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

<sup>3</sup> Art. 99 (...)

§ 2<sup>o</sup> Aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia.



**3.** Data da Sessão: 09/10/2019 - 35ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

**4.** Especificação do quórum:

**4.1.** Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Domingos Augusto Taufner e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

**Presidente**

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

**Em substituição ao procurador-geral**

MICHELA MORALE

**Secretária-adjunta das sessões em substituição**