Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº 016509/2019

Parecer nº 1129/2019

PARECER/PMSM Nº: 1129/2019 PROCESSO Nº: 016509/2019

INTERESSADO: SETOR DE LICITAÇÃO - CPL

PARECER JURÍDICO

RECURSO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. INDEFERIMENTO

1) RELATÓRIO

Vieram os autos a esta Procuradoria Geral a fim de emitir parecer jurídico acerca do RECURSO ADMINISTRATIVO (EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL № 029/2019 − REGISTRO DE PREÇOS) constante dos autos, requerendo a parte, em síntese, reforma da decisão de inabilitação da empresa ou revogação do certame licitatório.

Ao que consta do Despacho de fls. 570/571, foi efetuado processo licitatório de Pregão Presencial nº 029/2019, cujo objeto restou por REGISTRO DE PREÇO PARA FUTURA E EVENTUAL CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA LOCAÇÃO DE CAMINHÕES E MÁQUINAS POR HORA E SEM LIMITES DE QUILOMETRAGEM, PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS/ES, COM FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO SOB REGIME DE LOCAÇÃO COM OPERADOR E COM FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL.

No decorrer do certame, a empresa Salvador Empreendimentos LTDA restou desclassificada, tendo em vista que após o credenciamento, o representante da empresa HFF Transportes Ltda ME, manifestou-se no sentido de informar que a empresa estava suspensa de participar da licitação, fazendo juntar documentos entregues durante a sessão, comprovando a aplicação da penalidade aplicada pela Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA.

Consta ainda que após finalizadas as etapas de lances e de habilitação dos licitantes presentes, ocorreu a manifestação de intenção de interposição de recurso pelo



Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município

Processo nº 016509/2019

Parecer nº 1129/2019

representante da empresa Salvador Empreendimentos LTDA, sendo protocolado, após, peça recursal tempestivamente.

Menciona a Pregoeira que embasada no princípio de vinculação ao edital, visto que o edital é a "lei" do certame, do qual não se pode afastar, e no princípio do julgamento objetivo, pelo qual fez cumprir o estabelecido no item 1.2, letra "a" do edital, mantendo a inabilitação da empresa Salvador Empreendimentos LTDA.

Noutro tocante, consta do recurso apresentado pela empresa Salvador Empreendimentos LTDA, que a inabilitação foi feita de forma irregular, tendo em vista que a palavra "Administração" é correspondente apenas ao Órgão ou ente que aplicou a penalidade. Sendo assim, requereu sua habilitação regular, bem como, na inexistência dessa possibilidade, a decretação da revogação do certame por vício de ilegalidade.

Considera-se oportuno consignar que a presente manifestação desta Procuradoria Municipal tem por referência os elementos constantes dos autos do processo administrativo epigrafado, no qual compete a este órgão prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não adentrando na análise da conveniência e da oportunidade da prática de atos administrativos, nem em aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

É o relatório. Passo a opinar.

2) FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

2.1) DO RECURSO ADMINISTRATIVO APRESENTADO PELA EMPRESA SALVADOR EMPREENDIMENTOS LTDA

Inicialmente é importante estabelecer que o processo de licitação pode ser considerado como os "bons hábitos da Administração Pública", sendo ressalvadas e sem prejuízo de sua boa-fé, as exceções legais que dispensam tal procedimento.

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

"Art. 3º A licitação destina-se a *garantir a observância do princípio constitucional da isonomia*, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em *estrita conformidade com os princípios básicos da*

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município

Processo nº 016509/2019

Parecer nº 1129/2019

legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos." (grifo nosso)

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

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

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

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

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

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

"A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial. O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evitase a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos

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

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município

Processo nº 016509/2019

Parecer nº 1129/2019

interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. (...) Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos."

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

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

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

Com base nisso, abre-se a possibilidade de existência de cláusulas de habilitação, exigindo a apresentação de atestados e certidões, como no caso dos presentes autos, que comprovem enquadramento da empresa como sendo declarada idônea para prosseguimento dos trâmites, conforme item 1.2, letra "a" do edital do certame.

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

Dando prosseguimento regular ao caso trazidos aos autos, argui a empresa recorrente que foi irregularmente inabilitada com suposta infração ao item 1.2 do Edital que dispõe:

- "1.2. Não poderão participar desta licitação, empresas que se enquadrarem em um ou mais das seguintes situações:
- a) que tenha sido declarada inidônea e/ou temporariamente por qualquer órgão público federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal;"

Expõe que a razão que embasou a inabilitação foi uma decisão aplicada pela Companhia de Saneamento e Minas Gerais (COPASA) que textualiza:

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município

Parecer nº 1129/2019

Processo nº 016509/2019

"(...) Informamos que foi negado provimento ao Recurso Interposto por essa Empresa, nos autos do Processo Administrativo Punitivo instaurado em razão de descumprimento do Contrato de nº 17.2027. Por conseguinte, fica mantida a penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a COPASA MG, pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses."

Ainda argumenta que:

"O inciso III do art. 87 da lei nº 8.666/93 estabelece que a suspensão temporária do direito de licitar é aplicável somente pela administração. Apesar de a doutrina não fazer distinção entre Administração e Administração Pública, o legislador quis considerar, para os fins da Lei nº 8.666/93, que o sentido da palavra administração é o descrito no inciso XII do art. 6º e o sentido de administração pública é aquele previsto no inciso XI do mesmo artigo."

"Segundo o art. 6º da lei nº 8.666/93 a palavra administração refere-se ao órgão, entidade ou unidade pelos quais a administração pública atua, enquanto que a expressão Administração Pública engloba todas as entidades que compõem a esfera pública da união, dos estados e do município."

Para fins de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, e contra argumentando o exposto pela empresa recorrente, citamos:

> [...] A doutrina e jurisprudência majoritárias são pacíficas quanto à extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade a todos os órgãos Públicos, não se limitando, portanto, ao âmbito do Ente que aplicou a referida medida, sendo que o Superior Tribunal de Justiça aplica esse entendimento até mesmo para a penalidade de suspensão, veja-se: 'É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a nãoparticipação em licitações e contratações futuras. A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. A limitação dos efeitos da 'suspensão de participação de licitação' não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública' (REsp 151.567/RJ, Relator: Ministro Peçanha Martins) 'Como bem acentuado Subprocuradora- -Geral da República, Dra. Gilda Pereira de Carvalho pela Berger, não há ampliação punitiva ao direito da Recorrente, tãosomente a irrepreensível aplicação da letra da lei: '(...) verifica-se que a sanção de suspensão prevista no inciso II, do art. 87, na forma

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº 016509/2019

Parecer nº 1129/2019

com que foi disposta, aplica-se a todo e qualquer ente que, componha a Administração Pública, seja direta ou indireta, mesmo porque esta se mostra una, apenas descentralizada para melhor executar suas funções:' (fl. 189) A Administração Pública é a acepção subjetiva de Estado-administrador e sua natureza executiva é única. Apenas as suas atribuições são distribuídas de forma descentralizada, para melhor gerir o interesse de sua comunidade.' (STJ – RMS 9707/PR, Relatoria: Ministra Laurita Vaz)

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

Além do mais, segue entendimento páreo ao citado acima, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo:

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município

Processo nº 016509/2019

Parecer nº 1129/2019

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

11 - DAS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

[...]

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

A princípio, considerando que ambas restringem o direito de participar de licitações e contratar com o Poder Público, parece razoável a ideia de que a

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município

Processo nº 016509/2019

Parecer nº 1129/2019

intenção do legislador foi instituir penalidades diversas, com características igualmente distintas, corroborando com o pensamento do representante.

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

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

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

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

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

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

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

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº 016509/2019

Parecer nº 1129/2019

Sendo assim, extrai-se que a decisão da Pregoeira, Srª Renata Zanete, resta bastante acertada, pois conforme supracitado, tanto o STJ, quanto o Tribunal de Contas deste Estado embasam os fatos trazidos.

Nas palavras da Pregoeira:

"Desta forma, essa Pregoeira, profundamente embasada nos princípios da vinculação ao edital, visto que o edital é a "lei" do certame, do qual não se pode afastar, e do julgamento objetivo, fez cumprir o estabelecido no item 1.2, letra "a" do edital, abaixo transcrito, o que impede a empresa SALVADOR EMPREENDIMENTOS LTDA de participar no certame.

- 1.2. NÃO PODERÃO PARTICIPAR DESTA LICITAÇÃO, EMPRESAS QUE SE ENQUADRAREM EM UMA OU MAIS DAS SEGUINTES SITUAÇÕES:
- A) QUE TENHA SIDO DECLARADA INIDÔNEA E/OU SUSPENSA TEMPORARIAMENTE POR QUALQUER ÓRGÃO PÚBLICO FEDERAL, ESTDUAL, MUNICIPAL OU DO DISTRITO FEDERAL;

Há de se ressaltar de forma veemente que a empresa SALVADOR EMPREEDIMENTOS LTDA em momento algum questionou ou mesmo impugnou o edital em questão, concordando, dessa forma, com todas as exigências e especificações ali contidas."

No que tange o requerimento, "alternativo", de decretação de revogação do certame, por conta de, supostamente, haver contemplada cláusula ilegal no edital, essa Procuradoria Geral Municipal segue o entendimento da Pregoeira, tendo em vista que não existem critérios legais ou administrativos suficientes para reconhecimento de uma ilegalidade, principalmente se considerarmos que os preços do pregão em questão permaneceram TODOS abaixo em relação ao anterior, significando uma economia significativa para os cofres públicos municipais.

Vejamos:

"Também não (sic) o que se falar em não haver cumprido o princípio da competitividade, visto que outras 12(doze) empresas participaram do certame que de forma EXTREMAMENTE satisfatória atingiu seu principal objetivo, que é prover a economicidade dos recursos da administração pública, com contratações vantajosas economicamente, com empresas que atendam as exigências habilitatórias do edital, o que de fato ocorreu (...)."

Para tanto, o quadro juntado às fls. 571 é bastante para comprovar o supracitado.

Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Município

Processo nº 016509/2019

Parecer nº 1129/2019

3 - CONCLUSÃO

Isto posto, com fulcro na fundamentação acima, e considerando os Princípios inerentes aos atos licitatórios e à Administração Pública, esta Procuradoria <u>OPINA E SUGERE</u> QUE SEJA MANTIDA A INABILITAÇÃO DA EMPRESA SALVADOR EMPREENDIMENTOS LTDA, por estar a empresa fora de consonância com requisito essencial do edital licitatório.

Salvo melhor juízo, é o nosso parecer.

São Mateus/ES, 11 de outubro de 2019.

SELEM BARBOSA DE FARIA

Procurador Geral do Município

OAB 24.925/ES

Decreto nº 10.801/2019