



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SECRETARIA DE EDUCAÇÃO PROFISSIONAL E TECNOLÓGICA
INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO SUL DE MINAS GERAIS

DECISÃO AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO DA CONCORRÊNCIA Nº 01/2019

Processo nº: 23343.001189.2019-91

O INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO SUL DE MINAS GERAIS – IFSULDEMINAS, por meio de sua Comissão Especial de Licitação, designada pela Portaria 621, de 25 de abril de 2019, vem decidir o pedido de impugnação impetrado pela empresa FACHINELLI COMUNICAÇÃO LTDA - ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº. 08.804.362/0001-47, sediada na Avenida Maranhão, nº 1320, Sala 101/102 Edifício Cosmopolita, Bairro Santa Maria, CEP 38.050-470, cidade de Uberaba, Estado de Minas Gerais, sendo tempestiva sua impugnação ao Edital de licitação, na modalidade concorrência nº **01/2019**, processo nº **23343.001189.2019-91**, de acordo com as Lei 12.232/2010, Lei 8.666/93, Decreto e legislação correlata ao tema.

1 IMPUGNAÇÃO APRESENTADA

A impugnação apresentada está disponível no sitio oficial do IFSULDEMINAS, através do link: <https://portal.ifsuldeminas.edu.br/index.php/pro-reitoria-administracao/compras-e-licitacoes/151-concorrencia/2808-concorrencias-2019>

2 ADMISSIBILIDADE DO IMPUGNAÇÃO

A legislação aponta como pressupostos desta espécie de recurso administrativo: a manifesta tempestividade; a inclusão de fundamentação; e o pedido de reforma do instrumento convocatório.

A Lei nº 8.666/93, no art. 41, assim disciplinou a impugnação:

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

§ 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

§ 4º A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes.

Recebida a petição através de e-mail: licitacao@ifsuldeminas.edu.br, de forma tempestiva.

Diante das alegações feitas pela empresa impugnante, da consulta a legislação e jurisprudência, aos setores requisitantes, ao Edital e anexos, segue abaixo os apontamentos e decisão da impugnação.

Primeiramente, a Comissão de Licitação analisou o pedido de impugnação de forma detalhada e constatou que o edital não impede a participação de empresas suspensas de licitar com outros órgãos pelo art. 87, III da Lei nº 8.666/93, tendo em vista a ampla concorrência, conforme art. 3º da mesma lei e as doutrinas e juri prudências abaixo.

Conforme Marçal Justen Filho, no livro Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2ª edição em e-book baseada na 17 edição impressa:

Ao atribuir conteúdo jurídico à distinção legal entre as expressões “Administração” e “Administração Pública”, o representa um indício de evolução da jurisprudência anterior. Afinal, se o raciocínio é válido para diferenciar os âmbitos de aplicação da sanção de inidoneidade e da penalidade da Lei de Improbidade, não é cabível recusá-lo para distinguir as sanções de inidoneidade e suspensão da Lei de Licitações.

O STJ também manifestou, em outra oportunidade, o entendimento de que a sanção com efeitos genéricos e ilimitados é potencialmente incompatível com o princípio da proporcionalidade. A questão também envolvia a Lei de Improbidade, cujo art. 12 prevê a sanção de “proibição de contratar com o Poder Público”. O STJ acolheu embargos de declaração para estabelecer efeitos limitados para o sancionamento, tal como se extrai do julgado abaixo reproduzido.

Jurisprudência do STJ

• *“Examinando a querela no ponto da sanção, pelo princípio da proporcionalidade, não me parece razoável que uma empresa como a ..., mesmo tendo cometido grave infração contratual que a torna ímproba, venha a ter decretada sentença de morte. Sim, porque nenhuma empresa de grande porte resistirá a ficar por cinco anos sem contratar com o serviço público em toda e qualquer unidade da Federação. Daí a necessidade de delimitar-se a reprimenda administrativa para situa-la (sic) dentro dos limites do Município de São Paulo, estabelecendo-se a sanção de proibição de contatar com o serviço público municipal, dentro da cidade de São Paulo, o que deixa livre a empresa para contratar com outros municípios, inclusive os que formam a chamada Grande São Paulo. (...) Dentro desse quadro normativo entendo que a proibição de contratar com o poder público deve se restringir ao âmbito do Município de São Paulo, mas apenas em relação aos certames promovidos pela ..., empresa que veio a sofrer o prejuízo” (EDcl no REsp 1.021.851/SP, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 23.06.2009, DJ 06.08.2009).*

Ainda que o fundamento para a modulação do âmbito de aplicação das penalidades tenha sido dispositivo contido na própria Lei de Improbidade (art. 12, parágrafo único), os invocados princípios da proporcionalidade e da razoabilidade impõem solução idêntica para a interpretação dos efeitos da sanção do art. 87, inc. III, da Lei nº 8.666/1993.

4.5.3) A orientação do TCU

No âmbito do TCU, existiram alguns precedentes no sentido de que a suspensão do direito de licitar produziria efeitos amplos, externos à órbita da entidade que impõe o sancionamento. No entanto, prevalece a orientação restritiva, que fixa limites para a eficácia da referida sanção.

Jurisprudência do TCU – entendimento majoritário

• *“8. Não concordo com a tese de que a matéria seja controversa no âmbito deste Tribunal. De fato, na apreciação do TC 025.430/2009-5, em sede de pedido de reexame, de minha*

relatoria, decidiu a 1.ª Câmara, consoante o Acórdão 2.218/2011, considerar legal cláusula de edital da Infraero que impedia a participação na licitação de órgãos e entes da Administração Pública punidos com a sanção do art. 87, III, da Lei 8.666/1993. Na ocasião, o voto revisor que fundamentou a decisão, da lavra do Ministro Walton Alencar Rodrigues, reconhecia que tal encaminhamento representava uma nova posição sobre a questão em relação à que vinha prevalecendo nesta Casa. Posteriormente, no âmbito da representação objeto do TC 004.076/2010-9, a mesma 1.ª Câmara, por meio do Acórdão 3.757/2011, seguiu uma vez mais esse entendimento, acolhendo o voto do Ministro-Relator Ubiratan Aguiar, que, por sua vez, teve por base justamente os fundamentos do voto revisor do Acórdão 2.218/2011-1.ª Câmara. 9. Ocorre que, depois disso, o Plenário desta Corte de Contas já ratificou em várias oportunidades o entendimento contrariado nesses dois acórdãos da 1.ª Câmara, reafirmando a ausência de base legal para uma interpretação da norma que amplie os efeitos punitivos do art. 87, III, da Lei 8.666/1993 a todos os entes e órgãos da Administração Pública (Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012, 3.465/2012, 842/2013, 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013, todos do Plenário).

10. Tem-se, em especial, o Acórdão 3.243/2012, quando restaram vencidos os votos dos Ministros Ubiratan Aguiar e Walton Alencar Rodrigues, que traziam os mesmos argumentos que haviam embasado os Acórdãos 2.218/2011 e 3.757/2011 da 1.ª Câmara.

11. Desse modo, ainda que em decisões recentes o Ministro Walton Alencar Rodrigues tenha apresentado voto de ressalva demarcando sua posição, não se pode dizer que haja propriamente controvérsia tumultuosa sobre a matéria nesta Corte, motivo pelo qual, diferentemente da unidade técnica, que propõe a procedência parcial da reclamação devido à existência de 'entendimento minoritário' no Tribunal no sentido de que a sanção do inc. III do art. 87 da Lei 8.666/1993 possui efeitos subjetivos amplos, penso que, nesse ponto, a representação deve ser considerada totalmente procedente. (...)

14. No que concerne ao parecer da AGU mencionado, sabe-se que não reflete as diretrizes definidas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão na Instrução Normativa 2/2010, cujo § 1.º do art. 40 estabelece expressamente que a sanção do inc. III do art. 87 da Lei 8.666/1993 'impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção'.

15. Cabe, portanto, nos termos propostos pela unidade técnica, dar ciência ao Serpro/SP de que a sanção prevista no inc. III do art. 87 da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador" (Acórdão 2.242/2013, Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro).

- "12. Considero que a alteração do item do edital feita pelo Ministério teve o intuito de seguir a atual jurisprudência desta Corte de Contas, segundo a qual a sanção constante do art. 87, III, da Lei 8.666/1993, é aplicável apenas no âmbito do órgão sancionador, em outras palavras, o vocábulo 'Administração' significa no presente caso o MDS. Contudo, mesmo com a nova redação, muito embora esta seja semelhante ao texto legal, ainda há margem para interpretações variadas.

13. Entendo adequado, portanto, formular recomendação ao Ministério para que doravante faça constar em seus editais de licitação expressa referência ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, ao invés do vocábulo 'Administração'. Tal recomendação tem o intuito de dar a interpretação adequada ao dispositivo legal, bem como informar ao licitante o alcance da sanção em questão" (Acórdão 2.556/2013, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

- "4. Não é demais lembrar que a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inc. III do art. 87 da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e

3.243/2012-Plenário). *Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenadas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal” (Acórdão 842/2013, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro).*

- *“19. De início, cumpre registrar que a extensão dos efeitos da penalidade aplicada com base no art. 87, III, da Lei de Licitações é questão ainda sem entendimento pacificado no âmbito desta Corte. Antes da prolação do Acórdão 2218/2011 – 1.ª Câmara, proferido na sessão de 12.04.2011, estava sedimentada nesta Corte a tese de que a abrangência da aplicação da sanção de impedimento de contratar se restringia ao próprio órgão sancionador, não se aplicando a toda a Administração Pública.*

20. No Acórdão acima, da Primeira Câmara, decidiu-se que o alcance da suspensão estende-se a toda a Administração direta e indireta. Ocorre que na sessão de 15.06.2011 pedi vista do TC 013.294/2011-3, que tratava de matéria análoga. Em 17.08.2011, apresentei Voto onde propus que a interpretação a ser dada ao referido dispositivo da Lei 8.666/93 deveria ficar circunscrita à esfera do ente federativo que proferiu a penalidade. De qualquer forma, a matéria ainda se encontra em aberto, ante o pedido de vista do Ministro Raimundo Carreiro” (Acórdão 902/2012, Plenário, rel. Min. José Jorge).

- *“Existem duas interpretações possíveis para o dispositivo: a de que o termo ‘Administração’ refere-se apenas ao órgão que aplica a penalidade e aquela que o Dner apresenta em sua justificativa, de que o impedimento abrangeria todos os órgãos da Administração Pública na esfera do órgão sancionador. (...)*

4.3 Não é esse o entendimento do Tribunal, conforme podemos observar nas Decisões 369/99, 226/00 e 352/98 do Plenário. Desta última, proferida no Processo TC 017.801/95-8, destaco três fortes argumentos para combater a tese acima:

As sanções elencadas no art. 87 da Lei 8.666/1993 encontram-se em escala gradativa de gravidade: advertência, multa, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade. Percebe-se a intenção do legislador de distinguir as duas últimas figuras, de forma a permitir ao administrador que penalize uma falta não tão grave apenas com a suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos. Por outro lado, a sanção mais grave seria declarar o licitante inidôneo para contratar com a Administração Pública. O legislador utilizou os conceitos da própria Lei, art. 6.º, XI e XII, para definir a abrangência das duas sanções: a primeira aplica-se apenas à Administração como órgão, entidade ou unidade administrativa que atua concretamente, e a segunda aplica-se à administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Tais dispositivos cuidam de restrição de direitos, pelo que devem ser interpretados de forma restritiva. Não se permite estender a lei penal, aplicá-la por analogia ou paridade, reprimindo ações e aplicando penas sem fundamento legal específico e prévio. A impropriedade de termos ou lapso na redação não se presume, deve ser demonstrada cabalmente, sob pena de se praticar a injustiça.

O art. 97 da Lei comprova a diversidade de abrangência das duas sanções, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade. É crime ‘admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo’, para o qual existem penas de detenção de 6 meses a 2 anos e multa. Essa constatação ratifica o entendimento de que o impedimento de licitar ou contratar com alguém apenado com a sanção do art. 87, III, restringe-se ao órgão ou entidade que aplicou a sanção, já que não há quaisquer óbices a que outros órgãos venham a fazê-lo” (Decisão 36/2001, Plenário, rel. Min. Walton Alencar).

4.5.4) A orientação da AGU

O entendimento da AGU é no mesmo sentido daquele firmado no âmbito do TCU, conforme exposto no Parecer 08/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU:

“Pelo exposto, deve-se concluir que: a) o art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 proíbe a participação de empresas em licitações e contratações do ente responsável pela aplicação da sanção”.

Tendo em vista a verificação que a orientação majoritária é que as punições do art. 87, III da Lei nº 8.666/93 seja apenas suspensas com o órgão sancionador, de forma a promover a ampla participação.

Desta forma, o IFSULDEMINAS através das consultas na legislação, doutrina e jurisprudência, destaca que o pedido de impugnação servirá apenas como esclarecimento.

4 DA CONCLUSÃO

Desta forma, ante ao aqui exposto, o Pregoeiro decide que o pedido de impugnação não produzirá efeitos, tendo em vista que o edital não está restringido a participação de empresas suspensas de licitar pelo art. 87, III da Lei nº 8.666/93, conforme citado nos itens acima. Logo o edital, serão mantidos para a respectiva Sessão Pública.

Ao final, cumpre esclarecer que a análise aqui consignada ateve-se às condições exigidas no Instrumento Convocatório.

Conforme exposto e por fim, considerando a legislação e jurisprudência acerca do assunto, a Comissão de Licitação assessorado pelos setores requisitantes, jurídico não entende a solicitação como impugnação e sim como esclarecimento, pois o edital não impede a participação.

Pouso Alegre-MG, 14 de novembro de 2019.

Marco Antonio de Melo Azevedo
Presidente da Comissão Especial de Licitação