

Protocolo nº 59759/2013-9

Procedimento nº 1517/2013-PGJ

Assunto: Pregão Eletrônico nº 034/2013. Link de dados. Recurso.

Interessado: Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel

P A R E C E R

Ementa: Direito Administrativo. Licitações e contratos administrativos. Impedimento de Licitar com a Administração. Lei 8.666/93, art. 87, III. Inabilitação para contratar com a Administração Pública. Recurso. Alegação de que há diferenciação entre os termos referidos nos incisos XI e XII do art. 6º da Lei 8.666/93. Alteração do entendimento do TCU pela extensão dos efeitos da declaração de impedimento a todos os órgãos da Administração Pública, em todas as esferas de governos. Parecer pelo improvimento do recurso.

I - RELATÓRIO

01. Trata-se de procedimento administrativo que tem por objeto a realização de certame (Pregão Eletrônico nº 034/2013-PGJ) com o objetivo de selecionar fornecedores e respectivas propostas para compor cadastro, através do sistema de registro de preços, relativamente ao fornecimento de conexão dedicada à rede mundial de computadores – *internet*, por meio de acesso local dedicado e porta de conexão exclusiva e dedicada, interligando diretamente o ‘backbone’ da licitante contratada na velocidade mínima de 30 (trinta) Mbits/s ao sítio concentrador da sede da Procuradoria Geral de Justiça do RN e dois links, sendo um de 6 (seis) Mbits/s e outro de 2 (dois) Mbits/s ligando a operadora a um ponto de presença do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte em Natal.

02. Consta dos autos o recurso da **Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel** (fls. 475/483) interposto contra a decisão da Comissão Permanente de Licitação que a julgou inabilitada por estar impedida de licitar, conforme consulta ao SICAF.

03. A recorrente argumenta que a decisão da CPL fugiu à legalidade, em razão do “*próprio fato da suspensão em si, bem como pela competitividade, isonomia e*

economicidade obtidos no Pregão em apreço”, pedindo, ao final, a reforma da citada decisão, de modo que a julgue habilitada e vencedora do certame.

04. Às fls. 485/486, a Comissão Permanente de Licitação conheceu e negou provimento ao recurso, alegando que esta Procuradoria Geral de Justiça tem posicionamento firmado, em conformidade com Jurisprudência do Tribunal de Contas da União – *que, por sua vez, passou a seguir o entendimento do Superior Tribunal de Justiça* –, no sentido de estender as penalidades previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/1993 a todos os órgãos da Administração Pública, de todas as esferas estatais (federal, estaduais e municipais).

05. Em razão do improvimento do recurso vieram os autos a esta Coordenadoria Jurídica Administrativa para apreciação e emissão de parecer, em obediência ao art. 6º, IV, do Decreto Estadual 20.103/2007.

06. É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

07. A licitante Embratel, inconformada com a decisão que a julgou inabilitada, em razão de ter sido declarada impedida de licitar pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS/MS, interpôs o presente recurso sob a alegação de que tal impedimento teria validade somente em licitações do próprio órgão que a determinou, não se estendendo para os demais órgãos das demais esferas da Administração Pública.

08. A Comissão Permanente de Licitação, ao negar provimento ao recurso, argumentou que esta Procuradoria Geral de Justiça segue a posição atual do Tribunal de Contas da União, por sua vez baseado no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual não há diferença entre os termos Administração e Administração Pública, utilizados, respectivamente, nos incisos III e IV, do art. 87 da Lei 8.666/1993.

09. Quanto ao questionamento referente à extensão desse impedimento, verifica-se que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sempre foi no sentido de inexistir diferença entre os termos “Administração” e “Administração Pública” utilizados, respectivamente, nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/93, como se verifica abaixo:

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)

10. Tal posicionamento tem se mantido ao longo do tempo, como se afere de acórdãos mais recentes, tal como o que abaixo se transcreve:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE. ADMINISTRAÇÃO X ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISTINÇÃO. AUSÊNCIA.

1. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pela Petrobrás Distribuidora S/A contra ato do Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o qual, após rescindir o contrato celebrado entre as partes, para a aquisição de 140.000 litros de gasolina comum, com fornecimento parcelado em doze meses, aplicou sanções de pagamento de multa, no valor de R\$ 72.600,00 e de impedimento de licitar e contratar com o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, pelo prazo de um ano.

2. Inicialmente, cabe destacar que é incontroverso nos autos que a Petrobrás Distribuidora S/A, que participara da licitação com documentação da matriz, ao arrepio do que exigia o contrato, forneceu combustível por meio de sua filial sediada no Estado de São Paulo, a quem era devedora do ICMS.

3. Por sua vez, o artigo 87 da Lei n. 8.666/93 prevê expressamente entre as sanções para o descumpridor do acordo a multa, a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

4. Na mesma linha, fixa o art. 7º da Lei n. 10.520/2002.

5. Ademais, o §2º do artigo 87 da Lei de Licitação permite a aplicação conjunta das citadas sanções, desde que facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo no prazo de cinco dias úteis.

6. Da mesma forma, o Item 12.2 do edital referente ao contrato em questão

estabelece a aplicação das sanções estipuladas nas Leis n. 10.520/02 e n. 8.666/93, bem como na Resolução n. 5/93 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ao inadimplente.

7. Já o mencionado contrato dispunha na Cláusula Oitava sobre a possibilidade de aplicação ao contratado, diante da inexecução total ou parcial do ajuste, de qualquer das sanções previstas na Lei de Licitações, a juízo fundamentado da prefeitura, de acordo com a gravidade da infração.

8. Nesse contexto, não obstante as diversas advertências efetuadas pelo Tribunal de Contas no sentido de que não poderia a recorrente cometer as irregularidades que motivaram as sanções, esta não cuidou para que a unidade responsável pela execução do contrato apresentasse previamente a documentação que atestasse a observância das normas da licitação e das cláusulas contratadas, de modo que não há que se falar em desproporcionalidade da pena aplicada, sobretudo diante da comprovação das condutas imputadas à recorrente, o que autoriza a aplicação da multa e da sanção de impedimento de contratar com a Administração pelo prazo de um ano, tudo para bem melhor atender ao interesse público.

9. Note-se, ainda, que esta Corte já apontou pela insuficiência da comprovação da regularidade fiscal da matriz e pela necessidade de a filial comprovar tal regularidade se a esta incumbir o cumprimento do objeto da licitação. Precedente.

10. Por fim, não é demais destacar que neste Tribunal já se pontuou a ausência de distinção entre os termos Administração e Administração Pública, razão pela qual a sanção de impedimento de contratar estende-se a qualquer órgão ou entidade daquela.

Precedentes.

11. Recurso ordinário não provido.

(RMS 32.628/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 14/09/2011) (grifos acrescidos)

11. Já o Tribunal de Contas da União, que entendia haver distinção entre os termos “Administração” e “Administração Pública”, passou a esposar o mesmo entendimento defendido pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se afere dos julgados abaixo:

REPRESENTAÇÃO DE LICITANTE. EXCLUSÃO DE LICITAÇÃO POR IMPEDIMENTO/SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO. CONHECIMENTO. LIMITES DA PENALIDADE DO ART. 87, III, DA LEI 8.666/93. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

(...)

Discordo da tese de que apenas a sanção do art. 87, inciso IV, da Lei de Licitações e Contratos - a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública - alcançaria a Administração Pública em todas as suas esferas. O Ministro ou Secretário que aplica a sanção de inidoneidade para licitar ou contratar o faz enquanto responsável por órgão, entidade ou unidade ad-

ministrativa. A competência é exercida, portanto, em nome da Administração. Saliendo, também, a extrema raridade da aplicação dessa sanção.

Considero adequado o entendimento de que, para efeito da aplicação da sanção de suspensão temporária (art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93), os conceitos de "Administração Pública" e "Administração" são sinônimos. Parto do princípio da unidade da Administração, para concluir que não se trata de conceitos contrapostos, nem um deles é mais ou menos abrangente do que o outro. "Administração" é simplesmente a expressão concreta da Administração Pública. A Administração Pública é uma só, sendo apenas descentralizado o exercício de suas funções. A redução de significância de um termo em relação ao outro operaria em desprestígio da legislação.

Não se trata, absolutamente, de sancionar de acordo com o grau de gravidade da conduta encetada pela empresa. **Fraudes intentadas no âmbito municipal podem muito bem ser de lesividade e astúcia infinitamente maior do que qualquer outra praticada no âmbito federal, demonstrando a total incapacidade ética da empresa para atuar no âmbito social ou da Administração, em todas as suas distintas esferas federativas.**

Qualquer distinção que se faça em relação aos efeitos e à abrangência das sanções, aplicadas por entidades da federação, minora e enfraquece o poder da Administração de efetivamente reprovar condutas lesivas de particulares.

Nestes termos, o discrimen inicialmente apresentado pela legislação entre a Administração e a Administração Pública não se aplica para o especial efeito de sancionar condutas ilícitas de gestores privados. **Esta é a concepção que melhor prestigia os interesses da Administração Pública e da moralidade administrativa**, bem como permite a máxima abrangência a sanções aplicadas por irregularidades apuradas, dentro de quadro de ampla preservação da defesa dos particulares.

A propósito, exatamente por esta razão, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça corrobora tal entendimento, em inúmeros acórdãos, dos quais transcrevo os seguintes trechos:

(...)

A Administração, como monolítica unidade, tem a obrigação de evitar a produção de evento que supõe danoso, ante a presença de elementos que permitam formar fundada convicção quanto ao resultado.

As distintas sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 buscam impelir o particular a executar o contrato administrativo em observância ao princípio da moralidade pública e ao interesse público. Prestigiando a dosimetria das penalidades, a Administração pode sancionar o particular, proibindo-lhe a participação em licitações, a partir de condutas anteriores contrárias a esses preceitos. A proibição de contratação de particular que já revelou ser indigno de ser contratado pela Administração Pública tem o propósito de evitar fraudes e prejuízos futuros ao Erário.

(...)

(TCU - Acórdão 3243/2012 – Plenário - Ministro Relator UBIRATAN AGUIAR - Sessão 28/11/2012). (negritos acrescentados)

12. Portanto, a fim de melhor observar o princípio da moralidade pública, acolhe-se o entendimento que o vocábulo “Administração”, referido no art. 87 da Lei 8.666/93, refere-se a toda a Administração Pública, não se restringindo somente ao âmbito do órgão em que houve a aplicação de sanção ou na unidade federativa desse órgão, como alegado no recurso.

13. Sendo assim, não assiste razão à recorrente, de modo que se confirma a decisão da Comissão Permanente de Licitações quanto à inabilitação da referida licitante.

III – CONCLUSÃO

14. Diante do exposto, esta Coordenadoria Jurídica Administrativa opina pelo improvimento do recurso da licitante **Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel**, mantendo-se o ato recorrido pelos seus fundamentos.

Natal/RN, 10 de outubro 2013.

Wendell Beethoven Ribeiro Agra
PROMOTOR DE JUSTIÇA
Coordenador da Assessoria Jurídica Administrativa

DESPACHO

01. **Aprovo e adoto o parecer.**
02. À Comissão Permanente de Licitação para as providências cabíveis.

Natal/RN, 10 de outubro 2013.

Jovino Pereira da Costa Sobrinho
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTO