EM TRAMITAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-000.144.11-38

REPRESENTAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. SUBPREFEITURA. Obras de readequação dos passeios públicos. Aplicação de medida punitiva. Ato praticado em discordância com a legislação. Despacho revogado, certame a ser retomado. CONHECIDA. Votação unânime. PROCEDENTE. Votação por maioria.

2.606ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação oposta pela empresa Cerqueira Torres Construções Terraplenagem e Pavimentação Ltda., visto que preenchidas as condições de admissibilidade.

ACORDAM, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, EURÍPEDES SALES – Revisor e YARA TACCONI, em julgá-la procedente, uma vez que ficou demonstrado que o ato praticado pela Comissão Permanente de Licitação da Subprefeitura Sé não observou os contornos da legislação aplicável à espécie, bem como em revogar o despacho de fls. 107/108 dos autos, de modo que o certame em apreço tenha seu curso retomado, observando rigorosamente os termos deste julgamento.

ACORDAM, afinal, por maioria, pelos mesmos votos, em ordenar a remessa de ofício à Subprefeitura Sé e ao pregoeiro, em caráter de urgência, assim como à representante, em cumprimento ao estabelecido no artigo 58 do Regimento Interno desta Corte.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA que, nos termos de seu voto apresentado em separado, julgou-a improcedente.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e YARA TACCONI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 21 de março de 2012.

EDSON SIMÕES – Presidente.

ROBERTO BRAGUIM – Relator.

RELATÓRIO

Trata-se do exame de Representação que Cerqueira Torres Construções, Terraplenagem e Pavimentação Ltda. opôs contra conduta adotada pela Comissão de Licitações responsável pela direção da Tomada de Preços nº 002/SP-SÉ/2010, que tem por objeto a contratação de obras de readequação dos passeios públicos do Hospital do Servidor Público Municipal, entre as Ruas Vergueiro, Castro Alves e Apeninos.

A Representante combate a decisão que a excluiu do Certame, a qual foi motivada pelo fato de ter sido apenada com a suspensão temporária de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração.

Aduziu, para tanto, que a suspensão temporária restringe-se ao órgão ou entidade que aplicou a sanção, nos termos previstos no Edital antes mencionado, que impôs a vedação tão somente às empresas que tenham sido apenadas pela Prefeitura do Município de São Paulo.

Desse modo, as sanções de suspensão temporária e impedimento de contratar impostas pelas Prefeituras Municipais de São Carlos e de Mairiporã e pela Urbanizadora Municipal de São José dos Campos não teriam o condão de afetar a participação da Representante no procedimento empreendido pela Subprefeitura Sé.

Submetida a matéria à Assessoria Jurídica de Controle Externo, a então Senhora Assessora Subchefe, acompanhando os termos do parecer do Assessor Rodrigo Pupim Anthero de Oliveira, opinou pela procedência da Representação, vez que a pena de suspensão temporária, nos termos do artigo 87, III, da Lei Federal nº 8666/93, abrangeria tão somente a esfera administrativa que impôs a mencionada penalidade.

Por outro lado, o Senhor Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo expôs entendimento exatamente oposto ao da Senhora Subchefe, ou seja, a penalidade de suspensão temporária produziria efeitos em todos os órgãos da Administração.

Por cautela, notadamente pelo fato de que a Licitação encontrava-se em fase derradeira, determinei, nos termos do despacho de fls. 107/108, que tanto o Senhor Subprefeito da Sé como também o Presidente da Comissão de Licitações se abstivessem de praticar qualquer ato afeto ao Certame em apreço, e que apresentassem suas razões e justificativas em face da conduta adotada.

Foram encaminhados pela Subprefeitura Sé os esclarecimentos julgados pertinentes.

Devidamente analisados pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, ficou mantida a divergência de posições entre seus integrantes, a exemplo do que ocorre na doutrina.

No despacho de fls. 260/261, sustentei, embora reconhecendo a divergência de posições sobre o alcance da penalidade de suspensão temporária, minha decisão anterior, levando em conta disposição constante do Edital atacado – "**2. Condições de Participação**"--, a qual prevê que será vedada a participação apenas de *empresas "impedidas de licitar, contratar, transacionar com a Administração Municipal e quaisquer de seus órgãos descentralizados".*

A Procuradoria da Fazenda Municipal, por sua vez, opinou pelo conhecimento da Representação e, no mérito, acompanhando as razões tecidas pela Subprefeitura Sé, pela sua improcedência.

A Secretaria Geral, a seu turno, manifestou-se, às fls. 275/280, pela procedência da Representação, na linha preconizada pela Senhora Assessora Subchefe de Controle Externo.

A Subprefeitura Sé, às fls. 281/290, reiterou fosse revista a suspensão do Certame, discorrendo sobre empresa que se encontra em situação análoga à da Representante e os prejuízos que ela vem causando ao bom andamento das atividades de manutenção da Cidade.

Ouvidas novamente, à luz dessas últimas ponderações, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral mantiveram intactas suas opiniões precedentes, merecendo destacar que persiste a divergência de entendimento no seio da primeira unidade nomeada.

É o relatório.

VOTO

De início, conheço da Representação oposta por Cerqueira Torres Construções, Terraplenagem e Pavimentação Ltda., posto que preenchidas as condições de admissibilidade.

Quanto ao mérito, é evidente que se trata de matéria controversa, havendo argumentos substanciosos a justificar ambas as posturas expostas ao longo da instrução deste processado, como fiz questão de apontar no Relatório que antecede este voto.

Assim, defendendo a linha esposada pela então Assessora Subchefe de Controle Externo, Dra. Izabel Lopes Monteiro, no sentido de que a pena de suspensão temporária prevista no artigo 87, III, da Lei Federal nº 8.666/93[1] abrange somente a esfera administrativa que impôs aquela penalidade, posicionam-se, por exemplo, o Professor Jessé Torres Pereira Júnior, o Tribunal de Contas da União e a Procuradoria Geral do Município de São Paulo.

No sentido oposto, defendido com igual brilho pelo Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo daquela época, Dr. Murilo Magalhães Castro, encontra-se o Superior Tribunal de Justiça.

Há que se perquirir, diante desse quadro, configurado, ressalte-se, por respeitoso e rico debate, a solução que a Peça Editalícia, à qual estão vinculados todos os atos praticados no território do Certame por ela regrado, conferiu à questão.

Como apontei na oportunidade em que decidi pela manutenção da suspensão do Procedimento Licitatório em pauta, a Subprefeitura Sé decidiu, na qualidade de promotora da Licitação, que a extensão da penalidade de suspensão temporária limita-se tão somente ao órgão que impôs tal sanção administrativa, nos termos do Item 2 – Condições de Participação, da peça convocatória, que assim dispõe:

> ***"2. CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO***
> .....
> *Será vedada a participação de empresas:*
> *Declaradas inidôneas pelo Poder Público;*
> .....
> *Impedidas de licitar, contratar, transacionar com a Administração Municipal e quaisquer de seus órgãos descentralizados;"*

Ora, a própria Subprefeitura Sé estabeleceu a distinção de tratamento conforme dada empresa fosse declarada inidônea ou estivesse suspensa para participar de licitações ou contratar com a Administração Municipal: no caso da

[1] **Art. 87** - Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos

inidoneidade, a declaração pelo Poder Público impediria a participação daquela; na hipótese de suspensão, para implicar a vedação para participar do Certame, tal sanção deveria ter sido imposta por órgão público do Município de São Paulo.

A disposição editalícia já se mostra suficiente para deslindar a matéria sob julgamento, causando perplexidade o fato de a Subprefeitura promotora do Certame insistir no descumprimento de previsão contida em Edital que ela própria preparou.

Entretanto, não há como deixar de mencionar, reforçando tal entendimento, duas diretrizes básicas, que remontam a longínquas raízes do direito, relacionadas à interpretação das normas jurídicas.

A primeira, consubstanciada na expressão latina ***verba cum effectu, sunt accipienda***, ou melhor, não se presumem, na lei, palavras inúteis.

Desse modo, quando o legislador federal estabeleceu a diferenciação entre "Administração Pública" e "Administração", consoante, respectivamente, incisos XI e XII do artigo 6º da Lei Federal nº 8.666/93[2], teve um propósito em fazê-lo.

No caso específico da discussão destes autos, a Lei nº 8.666/93 estabeleceu alcances distintos em face da aplicação das penalidades de suspensão temporária para participar de licitação e contratar com a Administração, ou de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, na forma estatuída pelos incisos III e IV do artigo 87[3] do Estatuto Federal de Licitações e Contratos.

Segundo aspecto que não pode ser desconsiderado diz respeito à interpretação de preceitos de ordem pública, com conteúdo proibitivo, os quais comportam exclusivamente exegese estrita. Carlos Maximiliano, embora em texto da década de 20 do século passado, mas que parece ter sido escrito ontem, explana, com a agudeza e concisão de sempre, seu entendimento sobre a questão:

> *"Interpretação. As prescrições de ordem pública, em ordenando ou vedando, colimam um objetivo: estabelecer ou salvaguardar o equilíbrio social. Por isso, tomadas em*

---

[2] **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

[3] **Art. 87** - Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

> *conjunto, enfeixam a íntegra das condições desse equilíbrio, o que não poderia acontecer se todos os elementos do mesmo não estivessem reunidos. Atingido aquele escopo, nada se deve aditar nem suprimir. Todo acréscimo seria inútil; toda restrição, prejudicial. Logo é caso de exegese estrita. Não há margem para interpretação extensiva, e muito menos para analogia.*
> .....
>
> *"Além dos fatores jurídico-sociais que influíram na origem da regra exposta e norteiam a sua aplicação, duas outras razões contribuem para se evitar a exegese ampla: a) não tem esta cabimento quando as normas limitam a liberdade, ou o direito de propriedade; b) os preceitos imperativos ou proibitivos e de ordem pública apresentam quase todos os característicos do Direito Excepcional, em cujos domínios têm sido incluídos por escritores de valor; nada mais lógico, portanto, do que interpretar uns pelo modo aconselhado para outro, flagrantemente semelhante."* ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", 19ª Edição, 2001, Ed. Forense, págs. 181-182).

Pretender estender o alcance da penalidade de suspensão para participar de licitação e contratar àquele previsto quando da imposição da pena de inidoneidade é desconsiderar regra interpretativa basilar, que veda, no caso de normas que implicam aplicação de medida punitiva, exegese extensiva. A título ilustrativo, cumpre transcrever dispositivo do Código Canônico que, ao versar sobre a matéria, é de clareza cristalina:

> *"**Cân. 18** - As leis que estabelecem pena ou limitam o livre exercício dos direitos ou contêm exceção à lei devem ser interpretadas estritamente"*[4].

Em face das considerações até agora tecidas, às quais acresço as manifestações da então Assessora Subchefe de Controle Externo e da Secretaria Geral, que passam a fazer parte integrante deste voto, julgo procedente a presente Representação, vez que ficou demonstrado que o ato praticado pela Comissão Permanente de Licitação da Subprefeitura Sé não observou os contornos da legislação aplicável à espécie.

Nessa linha de raciocínio, revogo o despacho de fls. 107/108, de modo que o Certame em apreço tenha seu curso retomado, observando rigorosamente os termos deste julgamento, oficiando-se à Secretaria interessada e ao Pregoeiro, em caráter de urgência.

---

[4] **Can. 18** — Leges quae poenam statuunt aut liberum iurium exercitum coarctant aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi.

Por fim, dê-se cumprimento ao estabelecido no artigo 58 do Regimento Interno desta Casa.

É como voto.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Peço vênia para rever o posicionamento por mim adotado no TC 2.818.10-30, sobre a aplicação da pena de suspensão temporária de contratar com a Administração.

Com efeito, passo a adotar o entendimento explicitado no julgado do Superior Tribunal de Justiça – RESP n° 151.567/RJ, DJU 14/04/2003, que traz: *"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."*

No mesmo sentido é a doutrina do eminente jurista Marçal Justen Filho, já citado no parecer do Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo.

Assim, pelos motivos expostos, julgo IMPROCEDENTE a Representação interposta.