TC nº 72-003.212.07-16

REPRESENTAÇÃO. PREGÕES. SME. Registro de Preços para fornecimento de uniformes e conjuntos escolares. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

Legislação citada: Arts. 6º, XI e XII; 87, III e IV, Lei 8.666/93. Art. 7º, Lei 10.520/02.

TCs citados: 72.000.450.14-17 e 72.000.735.14-67

2.742ª Sessão Ordinária

Transito em julgado: 02/07/2015

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, nos termos de seu relatório e voto, JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA, consoante voto apresentado em separado, e DOMINGOS DISSEI, em conhecer da representação interposta, pois atendidos os pressupostos para a sua admissibilidade.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, quanto ao mérito, em julgá-la improcedente.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o cumprimento do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte e o arquivamento destes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 14 de maio de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuida o presente processo de **Representação** formulada por José Eduardo Bello Visentin em relação aos Pregões nºs 44 e 36 de 2006, que deram origem, respectivamente, às Atas de Registro de Preços nºs 15/2005 e 02/2007, firmadas com a empresa Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio.

Alegou o representante que a empresa teria sofrido punição de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública em razão de uma publicação no Diário Oficial de Alagoas, datado de 10 de novembro de 2005, noticiando que referida empresa havia sofrido a penalidade de impedimento de licitar com a Administração Pública.

Solicitou, por esse motivo, que a Representação fosse julgada procedente, reconhecendo-se a inidoneidade da empresa para contratar com a Prefeitura do Município de São Paulo e, consequentemente, a anulação de todos os atos e contratos ilegais decorrentes da inidoneidade, apurando-se eventuais responsabilidades e prejuízos causados ao erário.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu ser cabível a Representação, ressalvando, porém, que não se podia identificar a data correta da cópia da publicação no Diário Oficial do Estado de Alagoas, que lhe fornecia comprovação do que alegava, comprometendo a admissibilidade da Representação (folhas 199/203).

Oficiada, a Origem respondeu que o alcance da penalidade de suspensão do direito de licitar aplicada pelo Estado de Alagoas não abrangia a Municipalidade de São Paulo, juntando documento encaminhado pela Procuradoria Geral do Estado de Alagoas em resposta a ofício que lhe havia endereçado (folhas 343/345).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, com apoio nas informações prestadas pela Secretaria Municipal de Educação, concluiu que a sanção de suspensão de contratar estaria circunscrita à Administração pertencente ao Estado de Alagoas, não atingindo a Administração do Município de São Paulo.

Assim entendia, uma vez que a sanção de suspensão, de acordo com o artigo 87 da Lei Federal 8.666/93 é aplicável à Administração, uma vez que o artigo 6º, incisos XI e XII, dessa mesma lei faz a distinção entre Administração Pública e Administração, ou seja:

"Artigo 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."*

Finalizando, e manifestou-se pela insubsistência da Representação sob análise e, consequentemente, pela sua improcedência, porquanto formulada a partir da premissa de que a empresa Diana Paolucci S/A foi apenada como inidônea, o que não restou provado (folhas 348/349 verso)

A Assessora de Controle Externo, revendo parcialmente seu posicionamento anterior em função da situação fática, embora mantendo sua tese de que há divergências doutrinárias acerca do alcance da sanção, opinou pela improcedência da presente Representação (folhas 352/357).

A Assessora Subchefe de Controle Externo, na esteira das conclusões alcançadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle e pela Procuradoria da Fazenda, igualmente se pronunciou no sentido de que a sanção de suspensão do direito de licitar, aplicada à empresa Diana Paolucci S/A, ficou restrita à Administração do Estado de Alagoas, tendo concluído também pelo recebimento da presente Representação, por se encontrarem atendidos os requisitos de admissibilidade; porém, quanto ao mérito, opinou por sua improcedência (folhas 358/359)

O Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo também opinou pela improcedência da Representação, uma vez que a penalidade já se extinguiu, tendo acompanhado a Assessora de Controle Externo quanto aos efeitos da sanção prevista no inciso III do artigo 87 da Lei Federal 8.666/93 (folha 360)

A Secretaria Geral, que endossou o entendimento esposado pela Assessora Subchefe de Controle Externo, e com apoio nos sólidos argumentos da doutrina e da jurisprudência por ela trazidos à colação, concluiu que a restrição dos efeitos da suspensão apenas incide no âmbito de atuação da Administração do Estado de Alagoas.

Assim concluiu, após invocar as lições da doutrina tradicional, mencionada por Marçal Justen Filho, em sua obra "*Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico"*, 4ª Edição, Dialética, São Paulo, 2005, página 193: *"a utilização da preposição "ou" indica disjunção, alternatividade. Isso significa que a punição terá efeitos na órbita interna do ente federativo que aplicar a sanção. Logo e considerando o enfoque mais tradicional adotado a propósito da sistemática da Lei nº 8.666/93, ter-se-ia de reconhecer que a sanção prevista no artigo 7º da Lei do Pregão consiste em* ***suspensão do direito de licitar e contratar****. Não é uma declaração de inidoneidade. Portanto, um sujeito punido no âmbito de um Município não teria afetada sua idoneidade na órbita de outro ente federal"*.

De outro lado teórico, posiciona-se a doutrina dominante, representada por Renato Geraldo Mendes (Lei de Licitações e Contratos Anotada, 2ª Edição – Zênite – 1997 – página 134, nota 858); Márcia Walquíria Batista dos Santos (Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos – 5ª edição – Malheiros – 2001 – página 338); Toshio Mukai (Licitações e Contratos Públicos – 7ª edição – Saraiva – 2006 – página 197); Ivan Barbosa Rigolin (Suspensão do Direito de Licitar – Abrangência da Penalidade – in BLC – Novembro/ 99 – página 533-538); Jessé Torres Pereira Junior (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública – Renovar – 7ª edição – Rio de Janeiro – 2007 – página 859); Antonio Roque Citadini (Comentários e Jurisprudência Sobre a Lei de Licitações Públicas – Max Limonad – São Paulo, 1966, página 386/387), para quem a Suspensão **Temporária** tem seus efeitos restritos ao órgão ou agente apenados, enquanto a Declaração **de Inidoneidade**, quer pela sua própria essência, quer pelo tratamento dado pelo legislador, abrange todas as entidades administrativas em quaisquer esferas da Administração Pública.

Se fosse para serem iguais os efeitos das duas penalidades, consoante adverte Ivan Barbosa Rigolin (obra citada): *"então a lei não diferenciaria tão escancaradamente a suspensão – **pela Administração** – da declaração de idoneidade – **pela Administração Pública**"*. É a interpretação que se extrai dos expressos termos do artigo 87 da Lei Federal 8.666/93 e de seus incisos III (suspensão) e IV (declaração de inidoneidade).

Finalizou opinando pelo conhecimento da Representação formulada e, no mérito, por sua improcedência com as comunicações de praxe ao Representante e à Representada.

É o relatório.

VOTO

Com amparo nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessora Subchefe de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal da Secretaria Geral, conheço da Representação interposta, pois atendidos os pressupostos para a sua admissibilidade. No mérito, com fundamento nos mesmos pareceres, julgo-a improcedente.

Importante registrar que o tema tratado nesta Representação ainda não se encontra pacificado, havendo recente posicionamento explicitado pelo Plenário deste Tribunal de Contas, nos autos do TC nº 450/14, no sentido de que "a pena de suspensão temporária, prevista no inciso III do artigo 87 da Lei Federal 8.666/93, projeta seus efeitos para todos os órgãos e entidades de todos os entes federativos". Ademais, os estudos realizados sobre a matéria, por determinação do Pleno, nos autos do TC nº 735.14-67, ainda não foram concluídos.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Maurício Faria:

Pelo conhecimento. No mérito, pela improcedência, considerando que, à época, a matéria relacionada ao alcance dos efeitos da penalidade de suspensão do direito de licitar e de contratar com a Administração Pública era, ainda, objeto de debates nos meios doutrinários e judiciais, em função das controvérsias havidas sobre o tema.

Atualmente, a título de exemplificação acerca da evolução dos entendimentos conferidos à matéria, destaca-se que, no âmbito do Município de São Paulo, cabe destacar a existência da Orientação Normativa n° 3/12 da Procuradoria Geral do Município, que estabelece que "a sanção contratual prevista no inciso III do artigo 87 da Lei Federal n° 8.666/93, tal como as previstas no inciso IV do mesmo artigo e no artigo 7° da Lei Federal n° 10.520/02, projeta efeitos para todos os órgãos e entidades de todos os entes federativos".