



Câmara Municipal de Assis



ESTADO DE SÃO PAULO

RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 1001 - CX. POSTAL 275 - CEP 19.800-072 - FONE/FAX: (18) 3322-4144
site: www.camaraassis.sp.gov.br - e-mail: cmassis@camaraassis.sp.gov.br - ASSIS - SP

PARECER JURÍDICO

Processo n.º 001-1/2011

Ref.: Recurso Administrativo

Trata-se de recurso contra a decisão de fls. 80/81 que aplicou à recorrente a sanção de suspensão do direito de contratar com a Administração Pública local, assim entendidos os Poderes Legislativo e Executivo Municipais, pelo prazo de 02 (dois) anos, tendo em vista a verificação de comportamento inidôneo por parte da recorrente, consistente em fazer uso de contrato criado com o fim específico de viabilizar a participação, no certame licitatório, de empresa com a qual mantém estreita ligação, e estava impossibilitada de participar.

O apelo, ao qual foi conferido efeito suspensivo, é tempestivo conforme certidão de fls. 88 e ostenta interesse de agir, já que a recorrente foi condenada à sanção administrativa que tem como consequência o impedimento de contratar com o Município pelo prazo de dois anos.



Câmara Municipal de Assis



ESTADO DE SÃO PAULO

RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 1001 - CX. POSTAL 275 - CEP 19.800-072 - FONE/FAX: (18) 3322-4144
site: www.camaraassis.sp.gov.br - e-mail: cmassis@camaraassis.sp.gov.br - ASSIS - SP

Assim, o recurso merece conhecimento.

Todavia há de ser desprovido, já que a recorrente, a exemplo do que ocorreu em sede de alegações, não logra êxito em demonstrar que agiu sem a intenção de promover a participação de empresa impossibilitada, interpondo-se entre a Administração e o cumprimento da lei e do ato convocatório.

Com efeito, a recorrente reafirma a maior parte das teses conduzidas à colação em sede de defesa preliminar, as quais, máxima vênia, não conduzem à clara e inequívoca conclusão de que a locação não foi erigida apenas com o intuito de promover a participação da Rádio Antena Jovem na licitação, posto que não guardam relação com este fato em si.

Parte o recurso, assim como se fez na fase pretérita, das afirmações de que a empresa recorrente foi legalmente constituída e que atua regularmente no mercado de mídias, que a condenação foi levada a efeito antes do direito de defesa, que a sanção excedeu seus limites legais, que a sanção é desproporcional e contrária à razoabilidade, que o Presidente da Câmara está impedido para aplicar a sanção em razão de manter litígio contra a recorrente e, por fim, que esta autoridade legislativa não tem atribuição para aplicação da sanção de declaração de inidoneidade.

Pois bem! Antes de enfrentar uma a uma às manifestações do recurso, conforme acima elencadas, cumpre consignar que, em defesa prévia alegava a recorrente motivação pessoal da Presidência em aplicar a sanção em debate. Argumento este que, ao contrário dos demais, não foi repetido neste recurso, o que só se pode atribuir ao reconhecimento por parte da recorrente de que a autoridade mencionada agiu segundo o princípio da indisponibilidade do interesse



Câmara Municipal de Assis



ESTADO DE SÃO PAULO

RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 1001 - CX. POSTAL 275 - CEP 19.800-072 - FONE/FAX: (18) 3322-4144
site: www.camaraassis.sp.gov.br - e-mail: cmassis@camaraassis.sp.gov.br - ASSIS - SP

público, ou seja, uma vez constatada provável ilicitude cumpriu com o dever de perseguir a verdade e aplicar a lei respectiva.

Assim sendo, fica desde logo afastada qualquer hipótese futura de surgimento de danos morais e, mesmo que esta discussão não interesse em nada ao presente feito, tendo sido abarcado como mera conjectura pela recorrente, esta análise merece ser feita, posto que revela a contradição do recurso em manter a dicção, carente de lastro é verdade, sobre danos morais, mas omitir qualquer resquício de ausência de motivação ou de razão tortuosa para a aplicação da punição, hipóteses únicas que, em tese, poderiam abrir discussão sobre danos, seja em seara patrimonial, seja exclusivamente moral.

No mais, de se ressaltar que, consoante já se aclarou em parecer anterior, a discussão em testilha não diz respeito e nunca disse, à composição da empresa licitante. Apenas, ficou nítido que sua participação, feita mediante contrato preparado às vésperas, serviu apenas para mascarar a participação de empresa do mesmo grupo, mas que, naquele momento, não podia ingressar validamente na concorrência. Este fato está provado nos autos em vários momentos, dentro os quais, um em que a própria responsável diz ter participado do certame representando a Rádio Antena Jovem e não sua própria empresa (fls. 224 – autos principais).

Em momento algum a recorrente ilide o forte conjunto probatório em seu desfavor. Embora tenha demonstrado que atuou em 2011, e apenas neste ano, no ramo de publicidade, não demonstra que a locação do espaço tinha outro fim que não o ingresso da Rádio Antena Jovem na licitação por fim reflexa.



Câmara Municipal de Assis



ESTADO DE SÃO PAULO

RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 1001 - CX. POSTAL 275 - CEP 19.800-072 - FONE/FAX: (18) 3322-4144
site: www.camaraassis.sp.gov.br - e-mail: cmassis@camaraassis.sp.gov.br - ASSIS - SP

Ora! A licitante ora recorrente existe há muito tempo, no entanto somente passou a ser efetiva dias antes da licitação, quando ora para outra locou todo o espaço da rádio, que curiosamente funciona no mesmo prédio, e participou do certame que, não menos curiosamente, era justamente dirigido para rádios e não para empresas de publicidade em geral.

O que fazia a recorrente antes da licitação? Porque resolveu locar o espaço da Rádio apenas dias antes da publicidade oficial do certame que, ressalte-se, já era divulgado de maneira oficiosa? Se já negociava a publicidade da Rádio Antena Jovem antes de 2011, porque não mantinha com ela contrato de locação, que, repita-se só foi confeccionado alguns dias antes da abertura da licitação?

Existem, assim, provas suficientes a demonstrar que a recorrente forjou um contrato de locação entre empresas cujos proprietários pertencem a mesma família apenas para participar da licitação, posto que, de per si, a Rádio Antena Jovem, da qual a proprietária da recorrente também é diretora (fls. 222 – autos principais), estava, naquele momento, impedida (fls. 132 – autos principais).

O comportamento da recorrente é, portanto, inidôneo, que significa no dizer de Maria Helena Diniz, o que não preenche certas condições ou requisitos; contra-indicado¹. Essa atitude contrária ao dever de idoneidade das empresas em processos licitatórios vem tipificada na lei do pregão e não se relaciona com a sanção de declaração de inidoneidade prevista na lei de licitações, esta de consequências outras e mais graves que o simples comportamento inidôneo, não havendo espaço para confusão entre ambas, como insiste a recorrente.

¹ Diniz, Maria Helena. Dicionário Jurídico. Vol. 2. 2ª Edição. São Paulo. 2005. Ed. Saraiva. Pág. 979.



Câmara Municipal de Assis



ESTADO DE SÃO PAULO

RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 1001 - CX. POSTAL 275 - CEP 19.800-072 - FONE/FAX: (18) 3322-4144
site: www.camaraassis.sp.gov.br - e-mail: cmassis@camaraassis.sp.gov.br - ASSIS - SP

Com efeito, conforme já exaustivamente repetido, a que instituiu o pregão como modalidade licitatória, prevê que a empresa que se **comportar de maneira inidônea** estará sujeita ao impedimento de contratar com a Administração nos termos do art. 7º da lei n.º 10.520/2002. *Verbis*:

*Art. 7º. Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, **comportar-se de modo inidôneo** ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. (destaque nosso)*

Lembre-se que sofrer a sanção por comportamento inidôneo não equivale a ser declarada inidônea, o que abrangeria toda a Administração Pública. Apenas a empresa praticou ato reprovável na fase pré-contratual e por isso está incurso na sanção correspondente.

Repete-se, ainda, em fase de recurso, o argumento de que a sanção teria sido aplicada antes do contraditório e do exercício da ampla defesa, com corolário no devido processo legal. A Administração, na linguagem da recorrente teria sancionado antes para depois ouvir. Novamente, a exemplo do que se verificou na fase passada de alegações preliminares, equivocada o manejo da recorrente. Foi seguida, de fato, a sucessão sacramental descrita no recurso "acusar, ouvir, punir".



Câmara Municipal de Assis



ESTADO DE SÃO PAULO

RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 1001 - CX. POSTAL 275 - CEP 19.800-072 - FONE/FAX: (18) 3322-4144
site: www.camaraassis.sp.gov.br - e-mail: cmassis@camaraassis.sp.gov.br - ASSIS - SP

Com efeito, a lei determina à Administração a aplicação de sanções por comportamento inidôneo. Todavia, inexistente um sistema processual a ser seguido, fazendo-se uso dos diplomas instrumentais civil e penal naquilo que couber em seara de processo administrativo. Talvez isso tenha dado à recorrente a falsa impressão de foi punida antes de poder se defender. Necessário destacar-se, neste eito, que até o presente nenhuma sanção pesa sobre a empresa, inobstante, mantida a decisão inicial, ai sim a punição, se efetivamente aplicada, passará a surtir efeitos, com a consequente proibição da recorrente de contratar com o Poder Público local.

A esse teor já se destacou alhures que, mesmo as decisões judiciais, no âmbito das quais o contraditório sempre se estabelece com a maior amplitude possível, em regra surtem efeito após o seu trânsito em julgado, ou seja, após decisão da qual não caiba mais recurso. Nem por isso as sentenças deixam de, na parte dispositiva, determinar a aplicação de sanção.

Não convence este argumento portanto, vez que a defesa foi corretamente oportunizada à recorrente sem qualquer sanção prévia. Primeiro a Administração, com base no extenso conjunto probatório do processo principal decidiu fundamentadamente (fls. 03/12) pela aplicação da sanção. Ao depois, na forma prevista em lei, comunicou a recorrente desta decisão, abrindo-se o prazo para defesa prévia (fls. 23). Apresentada a respectiva peça de oposição preliminar, a questão foi novamente analisada e mantida a decisão, novamente de maneira fundamentada (fls. 80/81). Foi então aberto o prazo para recurso, ao qual foi conferido efeito suspensivo (fls. 80/81 e 82/84), tendo a recorrente sido intimada para a apresentação de recurso e de seu efeito suspensivo (fls. 87).



Câmara Municipal de Assis



ESTADO DE SÃO PAULO

RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 1001 - CX. POSTAL 275 - CEP 19.800-072 - FONE/FAX: (18) 3322-4144
site: www.camaraassis.sp.gov.br - e-mail: cmassis@camaraassis.sp.gov.br - ASSIS - SP

Como se vê nenhuma razão cobre o recurso neste particular, já que a decisão de fls. 03/12 não surtiu, até o presente, enquanto se desenrola o devido processo legal, qualquer efeito.

Não se antolha, destarte, razoável, pretender dar à decisão no âmbito administrativo interpretação parcial e particular a ponto de imaginá-la aplicável antes de transcorridos os vários níveis em que a situação possa ser revista. Seria atribuir a ela caráter superior à decisão judicial, o que seria absurdo e, como sabido, nula a interpretação que leva ao absurdo.

É princípio de Direito Administrativo e garantia do administrado, sem prejuízo da inafastabilidade de jurisdição, a pluralidade de instâncias, de maneira que não faria qualquer sentido aplicar-se penalidade antes de percorrida a derradeira fase do procedimento administrativo. Portanto, deveras equivocada a exposição de nulidade da decisão com fundamento na inobservância do devido processo administrativo, afastado, assim, seu acolhimento.

Outro aspecto abordado na defesa prévia e mantida neste recurso diz respeito à abrangência subjetiva desta penalidade. Na tese apresentada a recorrente reafirma que a sanção somente teria eficácia em face da própria Câmara, onde se desenrolou a ação ilícita.

Nesse particular, a discussão reside em saber se a restrição de licitar e contratar se limita ao órgão que impôs a pena ou se alcança aos demais órgãos da mesma Administração, ou, até, de esferas diversas. Marçal Justen Filho, já citado em parecer anterior, atinente à defesa preliminar, argumenta que a penalidade **não pode ficar restrita a**



Câmara Municipal de Assis



ESTADO DE SÃO PAULO

RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 1001 - CX. POSTAL 275 - CEP 19.800-072 - FONE/FAX: (18) 3322-4144
site: www.camaraassis.sp.gov.br - e-mail: cmassis@camaraassis.sp.gov.br - ASSIS - SP

um único órgão, devendo seus efeitos ser estendidos para toda a Administração Pública. (destaque intencional)

Diferente não é a visão da jurisprudência, cabendo repetir julgados que estiveram presentes na opinião anterior:

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 uma, 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." (2ª Turma, REsp 151.567/RJ, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, v.u., DJU de 14/04/03, p. 208, RSTJ 170/167 - original sem grifo).*

E também no STJ:

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO. 1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a



Câmara Municipal de Assis



ESTADO DE SÃO PAULO

RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 1001 - CX. POSTAL 275 - CEP 19.800-072 - FONE/FAX: (18) 3322-4144
site: www.camaraassis.sp.gov.br - e-mail: cmassis@camaraassis.sp.gov.br - ASSIS - SP

punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária. 2. Recurso especial provido." (2ª Turma, REsp 174.274/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, v.u., DJU de 22/11/04, p. 294, RSTJ 187/205 - original sem grifo).

No TRF da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PENALIDADE. INSCRIÇÃO NO SICAF E SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO DIREITO DE LICITAR (POR DOIS ANOS). ART. 87, III, DA LEI Nº. 8.666/93. EXTENSÃO DA RESTRIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. I - A penalidade administrativa de suspensão do direito de licitar, por até 2 (dois) anos, com a Administração, prevista no art. 87, III, da Lei nº. 8.666/93, surte seus efeitos com relação a todos os órgãos da Administração Pública, e não tão somente com relação ao ente que aplicou a sanção. Precedentes do STJ e do TRF 1ª Região.

Como se vê, doutrina e jurisprudência se alinham em aderir à corrente que tem por descabida a limitação da sanção apenas em face do Órgão onde se processou a licitação, até por que, parafraseando doutrina e interpretação jurisdicional, isso tornaria a medida sem qualquer sentido, seja como efetiva punição seja como imposição didática.

Quando estende ao Município a área de abrangência da sanção, a decisão recorrida apenas cumpre a Lei n.º 10.520/2002, sem qualquer extensão descabida e além dos lindes legais.

Outro argumento falho do recurso visa enfrentar pretensão excessiva de atribuição, portanto de poder, da autoridade prolatora da decisão, afirmando ser esta ilegítima para aplicar a sanção por



Câmara Municipal de Assis



ESTADO DE SÃO PAULO

RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 1001 - CX. POSTAL 275 - CEP 19.800-072 - FONE/FAX: (18) 3322-4144
site: www.camaraassis.sp.gov.br - e-mail: cmassis@camaraassis.sp.gov.br - ASSIS - SP

comportamento inidôneo, primeiro porque confunde a sanção da lei geral de licitações com a lei do pregão e segundo porque quer, novamente estribando-se em tese carente de lastro, concluir que a Câmara estaria impossibilitada de aplicar sanções legais e editalícias simplesmente porque não conta com ministros ou secretários.

De fato, nos termos do art. 87, § 3º, da Lei n.º 8.666/93, a sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de atribuição exclusiva de Ministro do Estado, secretários estaduais ou municipais. Mas, como já se chamou a atenção, esta penalidade é aplicada pelo descumprimento doloso do contrato e no caso presente a sanção se deu por comportamento inidôneo durante o pregão, especificamente na fase de habilitação. Não se trata, portanto de declaração de inidoneidade, sanção que abrangeria toda a Administração: União, Estados e Municípios, mas de impedimento de contratar em razão de comportamento inidôneo, consoante previsto no art. 7º da lei n.º 10.520/2002.

Com efeito, o mencionado dispositivo legal somente aponta autoridades do Poder Executivo, o que parece ser a razão do pueril erro de interpretação perpetrado na defesa e repisado no recurso. A jurisprudência, contudo, assentou o entendimento de que a imposição das penalidades legais não necessita da participação do Poder Executivo. Como a penalidade de declaração de inidoneidade é a mais gravosa dentre as previstas pela Lei de Licitações, a atribuição para aplicá-la **deve ficar reservada à autoridade máxima de cada órgão**, neste caso, o Presidente da Câmara.

O recurso insiste em querer criar limitação inexistente ao poder/dever de punir da autoridade máxima da Câmara e para além, tenta impingir irracional confusão entre dispositivos legais, sem, contudo,



Câmara Municipal de Assis



ESTADO DE SÃO PAULO

RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 1001 - CX. POSTAL 275 - CEP 19.800-072 - FONE/FAX: (18) 3322-4144
site: www.camaraassis.sp.gov.br - e-mail: cmassis@camaraassis.sp.gov.br - ASSIS - SP

contribuir com a elucidação dos fatos, mas objetivando imiscuir caos onde reina serenidade.

Outro argumento imberbe mantido em sede de recurso diz respeito ao impedimento do Presidente da Câmara por estar litigando judicialmente com a licitante. Para fundamentar este argumento a recorrente junta às fls. 49, demonstrativo de acompanhamento processual da Justiça Estadual donde se pode observar que a recorrente impetrou mandado de segurança em face da autoridade prolatora da decisão em análise, contra sua inabilitação nos autos principais.

Ora! Óbvio ululante que não é este o escopo da lei quando impede a autoridade de julgar processo de pessoa em face da qual mantenha litígio judicial ou administrativo. Fosse assim, bastaria a interposição paralela de mandado de segurança para impedir qualquer autoridade de julgar, atravancando o processo.

A prevalecer a tese erigida em defesa e repetida no recurso, o processo administrativo se esvaziaria de qualquer razão jurídica e como é cediço, isso não é razoável.

De seu turno, a recorrente pretende impor argumento de que sua própria ação em face do Presidente (fls. 49), nestes mesmos autos, impede esta autoridade aplicar a sanção legal, sendo esta a única pessoa legítima para tanto no seio do Órgão licitante. Tal pensamento, por absurdo, não prospera, vez que contraria todo o sistema jurídico vigente.

Caso houvessem ações judiciais do Presidente em face da recorrente ou vice-versa, sem relação com o presente feito e que pudessem indicar animosidade entre ambos, ai sim, esta tese poderia até ser ventilada, observadas outras particularidades, mas na forma como



Câmara Municipal de Assis



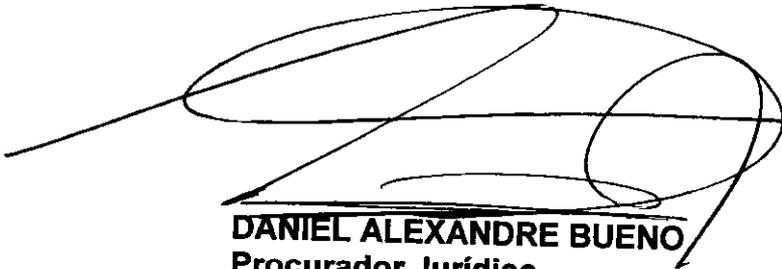
ESTADO DE SÃO PAULO

RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 1001 - CX. POSTAL 275 - CEP 19.800-072 - FONE/FAX: (18) 3322-4144
site: www.camaraassis.sp.gov.br - e-mail: cmassis@camaraassis.sp.gov.br - ASSIS - SP

exposta, revela completo desapego a um tirocínio jurídico pautado na razoabilidade.

Nenhuma razão assiste ao presente recurso, motivo pelo qual é o parecer por seu conhecimento e improvimento.

Assis, 28 de junho de 2011.



DANIEL ALEXANDRE BUENO
Procurador Jurídico



ABIB HADDAD
Procurador Jurídico