



## PARECER JURÍDICO

**Parecer nº** 224/2018 PM/STP/SC/AJ

**Interessado:** Presidente da Comissão de Licitações – Elenice Porsch

**Assunto:** Recurso da decisão da comissão de licitações que habilitou a empresa NBS Serviços Especializados Eireli no Processo Licitatório nº 88/2018, Tomada de Preços nº 12/2018

**Recorrente:** Scheila Aparecida Weiss ME

**Recorrido:** NBS Serviços Especializados Eireli

**Ementa:** Direito Administrativo, Licitação, Tomada de Preços, Recurso, Habilitação, Lei Complementar Federal nº 8.666/93.

### 1. DO RELATÓRIO

Trata-se de análise por esta Assessoria Jurídica, do recurso apresentado pela representante da empresa Scheila Aparecida Weiss ME, endereçado à Presidente da Comissão de Licitações do Município.

Insurge a recorrente contra ato da Presidente da Comissão e Licitações que habilitou a empresa NBS Serviços Especializados Eireli no Processo Licitatório nº 88/2018, Tomada de Preços nº 12/2018, cujo objetivo é a contratação de empresa para a execução de serviços especializados na realização de concurso público, compreendendo as fases de elaboração do edital, coordenação e recebimento das inscrições, elaboração de todas as provas escritas com questões inéditas, aplicação e correção das provas escritas e práticas, recrutamento e treinamento dos fiscais de salas no dia da prova, classificação dos candidatos, divulgação dos resultados e demais atividades afins, mediante o regime de empreitada por preço global, conforme especificações constantes no termo de referência, anexo I do edital.

A irrisignação da licitante Recorrente avilta-se nas alegações de que a empresa Recorrida não poderia participar do processo licitatório, nem ter sido habilitada, pois está suspensa de contratar como o poder público.

Discorreu sobre o Edital, entendimentos do Tribunal de Contas da União exarados em Acórdãos, ementários do Superior Tribunal de Justiça e na jurisprudência. Instruiu o recurso com o Decreto nº 4.986, de 31/07/2018, do Município de Estância Turística de Perreira Barreto, estado de São Paulo, publicado no Diário Oficial daquele ente em 02/08/2018 (edição 1055).



O recurso foi protocolado no dia 16 de outubro de 2018, comunicadas as demais licitantes para apresentarem contrarrazões, apenas a empresa Recorrida impugnou, sendo recebida no dia 19 de outubro de 2018.

Em sua defesa, a Recorrida alega em preliminar a carência da ação pela inexistência de punição, aduzindo que o Decreto nº 4.986/2018 do Município de Estância Turística de Pereira Barreto/SP, apenas indicou o teor legal, não sendo de fato imputado a Recorrida sanção alguma.

No mérito, discorreu sobre a diferenciação de Administração e Administração Pública, colacionou artigos da Lei 8.666/93, trechos doutrinários e ementários jurisprudenciais, impugnou todos os argumentos exordiais, pediu a rejeição do recurso ou que seja declarado improcedente.

Juntou recorte de tela do portal transparência, campo Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, em consulta pelo CNPJ do Recorrido onde não consta registro de aplicação de sanções. Juntou ainda o Decreto nº 4.986/2018 do Município de Estância Turística de Pereira Barreto e Ata de Julgamento de Recurso referente à Concorrência nº 108/2018 PMN, da Prefeitura de Navegantes/SC, em caso análogo, onde trata sobre a abrangência do poder sancionador nos entes federados.

É o relatório do essencial, passo a opinar.

## **2. DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO E CONTRARRAZÕES**

Conforme previsto no edital no tocante aos recursos administrativos, visualizamos:

11. DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS
  - 11.1. A interposição de recurso referente à habilitação ou inabilitação de licitantes e julgamento das propostas observará o disposto no art. 109, § 4º, da Lei 8.666, de 1993.
  - 11.2. Após cada fase da licitação, os autos do processo ficarão com vista franqueada aos interessados, pelo prazo necessário à interposição de recursos.
  - 11.3. O recurso da decisão que habilitar ou inabilitar licitantes e que julgar as propostas terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir aos demais recursos interpostos, eficácia suspensiva.
  - 11.4. Os recursos deverão ser encaminhados para a Presidente da Comissão de Licitações (seção de protocolo) no endereço constante no preâmbulo.
  - 11.5. O recurso será dirigido à Presidente da Comissão de Licitações ou a autoridade superior, por intermédio da Presidente da Comissão de Licitação, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.
  - 11.6. Os recursos interpostos fora do prazo não serão conhecidos.



Por seu turno, a Lei 8.666/93, em seu art. 109 estabelece:

**Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:**

**I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação** do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) **habilitação ou inabilitação do licitante;** (Grifo nosso).

A Ata da Sessão Pública que habilitou a Recorrida ocorreu no dia 10/10/2018, referida Ata foi enviada por e-mail e confirmado o recebimento por telefone no dia 11/10/2018, o prazo teve início em 15/10/2018 e encerramento em 19/10/2018 (contados apenas os dias úteis e descontado o feriado do dia 12/10/2018). O Recurso foi recebido no dia 16/10/2018, portanto, tempestivo.

O prazo para as contrarrazões é estampado no parágrafo 3º do art. 109 do mesmo codex, que prevê:

§ 3º Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

Conforme visto nos autos, o e-mail informando a interposição de recurso foi enviado para as demais licitantes no dia 16/10/2018, com início do prazo dia 17/10/2018 e encerramento dia 23/10/2018, a impugnação foi recebida no dia 19/10/2018, portanto, igualmente tempestiva.

### **3. NO MÉRITO**

#### **3.1 Da consulta quanto a existência de sanções que impedem a participação das licitantes no processo licitatório**

O edital prevê a consulta prévia de existência de sanções que impeçam o licitante de participar do processo licitatório, *in verbis*:

9.4. Como condição prévia ao exame da documentação de habilitação do licitante, a Comissão verificará o eventual descumprimento das condições de participação, especialmente quanto à existência de sanção que impeça a participação no certame ou a futura contratação, mediante a consulta aos seguintes cadastros:

9.4.1. Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, mantido pela Controladoria-Geral da União ([www.portaldatransparencia.gov.br/ceis](http://www.portaldatransparencia.gov.br/ceis));

9.4.2. Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça ([www.cnj.jus.br/improbidade\\_adm/consultar\\_requerido.php](http://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/consultar_requerido.php)).

9.5. A consulta aos cadastros será realizada em nome da empresa licitante e também de seu sócio majoritário, por força do artigo 12 da Lei nº 8.429, de 1992, que prevê, dentre as sanções impostas ao responsável pela prática de ato de improbidade administrativa, a proibição de contratar com o Poder Público, inclusive por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

9.6. Constatada a existência de sanção, a Comissão reputará o licitante inabilitado, por falta de condição de participação.



Destarte, feitas as consultas nos locais indicados a cima, a Comissão de Licitações não encontrou qualquer registro em nome das licitantes que as impeçam de participar do processo licitatório.

### **3.2. Da penalidade de suspensão de licitar e do direito ao contraditório e ampla defesa**

No bojo do recurso, a Recorrente alega que à Recorrida, foi aplicada a penalidade de suspensão de licitar (art. 87, III, da Lei 8.666/93), por ente federado, tratada no Decreto nº 4.986/2018, do Município de Estância Turística de Pereira Barreto/SP.

A fim de obter maiores esclarecimentos sobre a dita penalidade, a Presidente da Comissão de Licitações do Município entrou em contato por telefone com a Presidente da Comissão de Licitações do Município de Estância Turística de Pereira Barreto/SP, a qual esclareceu que foi publicado o referido Decreto, todavia, não houve o processo administrativo do qual o contratado, ora Recorrido, pudesse oferecer o contraditório.

A Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, cuidou de prever expressamente o direito ao contraditório e à ampla defesa, seja em decorrência de revogação ou anulação da licitação ou em razão da rescisão contratual ou na aplicação de penalidades, conforme dispõem o § 3º do art. 49, bem como, o parágrafo único do art. 78 e do caput, §§2º e 3º do art. 87, todos da Lei de Licitações supra mencionada, os quais estabelecem:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

(...)

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

(...)

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

(...)

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.



MUNICÍPIO DE SANTA TEREZINHA DO PROGRESSO/SC  
ASSESSORIA JURÍDICA

Denota-se que o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa está previsto na Lei Geral de Licitações que deve ser interpretado em conformidade com a Constituição da República de 1988.

Preocupando-se com o atendimento ao estabelecido na Constituição Federal, Calcini arremata afirmando que:

Assim, para que se atenda ao previsto no art. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição Federal, em caso de aplicação de sanção administrativa, por inexecução, parcial ou total, do contrato administrativo, forçosa a realização de um devido processo legal, ou melhor, de um “regular processo administrativo”, de conformidade com o art. 86, da Lei nº 8.666/93, não bastando uma singela “prévia defesa” disposta no art. 87. (...)

Em tais condições, cumpre ao Administrador Público, quando da imposição de sanção por inexecução, total ou parcial, do contrato administrativo (art. 87), garantir ao administrado um regular processo administrativo (art. 86), não bastando uma mera prévia defesa. consequentemente, há de se conceder efetivo contraditório e ampla defesa, com a produção probatória e interposição de recurso, tudo na estrita e fiel observância do devido processo legal, inscrito no art. 5º, inc. LIV e LV, da Constituição Federal.<sup>1</sup>

Sobre os aspectos procedimentais que deverão nortear o processo administrativo sancionador, Anadricea Vicente Almeida esclarece que:

a Administração deverá notificar o licitante ou o contratado acerca da intenção de revogar ou de anular o certame, rescindir o contrato ou aplicar tal penalidade, indicando as razões fáticas e o fundamento legal para tanto. Frise-se: essa notificação deve ser anterior à prática do ato. Nessa oportunidade, indicará, também, prazo razoável para a apresentação da defesa; no caso da aplicação de penalidades, o prazo consta da Lei (§§ 2º e 3º do art. 87).<sup>2</sup>

No que concerne especificamente ao prazo para apresentação da defesa prévia, Anadricea Vicente Almeida ainda assegura que:

Uma questão que não é disciplinada de forma geral pela legislação reguladora da matéria é o prazo para o exercício do direito de defesa prévia. A Lei de Licitações disciplinou expressamente tal prazo somente em relação ao procedimento para a aplicação das sanções administrativas. Dessa forma, antes da efetiva aplicação das penalidades, a Administração deverá conceder um prazo de cinco dias úteis, em se tratando das sanções previstas nos incisos I, II e III; e de dez dias úteis, no caso da sanção do inciso IV. É o que determina os §§ 2º e 3º do art. 87.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> CALCINI, Fábio Pallaretti. A necessidade de processo administrativo autônomo para a aplicação de sanção. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 119, p. 37, jan. 2004. Disponível em: 23 out. 2018.

<sup>2</sup> ALMEIDA, Anadricea Vicente. O contraditório e a ampla defesa prévios nos procedimentos de revogação e anulação da licitação, rescisão contratual e aplicação de sanções administrativas. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 80, p. 856, out. 2000. Disponível em: Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>3</sup> ALMEIDA, Anadricea Vicente. O contraditório e a ampla defesa prévios nos procedimentos de revogação e anulação da licitação, rescisão contratual e aplicação de sanções administrativas. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 80, p. 856, out. 2000. Disponível em: Acesso em: 23 out. 2018.



MUNICÍPIO DE SANTA TEREZINHA DO PROGRESSO/SC  
ASSESSORIA JURÍDICA

Assim, ao exercer seu direito de apresentar defesa prévia, o licitante ou o contratado estará fornecendo subsídios capazes de contribuir para a formação da convicção da autoridade, a qual em razão de seu dever-poder de natureza vinculada deve decidir quanto à aplicabilidade das medidas sancionatórias.

Deste modo, a aplicação de penalidades administrativas que não for precedida de processo administrativo, com o escopo de comprovar práticas capazes de justificar estas medidas e a inobservância do princípio do contraditório e da ampla defesa, acarreta vício que não poderá ser sanado.

A necessidade de oportunizar a defesa prévia para que o interessado no processo administrativo sancionador possa exercer o seu direito à contraditório e à ampla defesa antes de qualquer decisão é considerada como condição de validade dos processos, tanto que os Tribunais Pátrios são unânimes em assegurar tal direito, bem como em declarar a invalidação de processos que inobservam tais direitos:

Contratação pública – Contrato – Inexecução – Sanções – Garantia do contraditório e da ampla defesa – Devido processo legal – TJ/SP. **Para serem aplicadas as devidas sanções ao particular que contrata com a Administração Pública e que venha cometer algum ilícito durante a execução do contrato, deve ser garantido o devido processo legal.** Ou seja, **o particular tem direito de arguir prévia defesa, utilizando-se dos meios previstos em lei, como o contraditório e a ampla defesa.** Nesse sentido, entendeu o TJ/SP afirmando que o processo administrativo que venha instituir ao particular alguma sanção, deve observar “o princípio do devido processo legal, na mais ampla acepção”. (TJ/SP, Apelação Cível nº 322.842-5/9-00, Rel. Carlos Eduardo Pachi, j. em 29.10.2007.) (Grifo nosso).

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. MULTA. INTERPRETAÇÃO AO ART. 87, § 2º, DA LEI N.º 8.666/93 ACÓRDÃO FUNDADO EM EXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. APLICAÇÃO, IN CASU, SÚMULA 07/STJ. PROCESSUAL CIVIL. 1. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula 07/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". 2. As conclusões da Corte de origem ao assentar que: "No caso em exame, verifica-se que a ora impetrante não foi notificada para, em cinco (5) dias úteis, apresentar defesa prévia no que tange à possibilidade de aplicação de qualquer sanção. Pelo contrário, a notificação de fl. 354 se destinou exclusivamente a informar a licitante sobre o teor da decisão de fl. 352 que apenas anulou o "certame licitatório". Por sua vez, o ofício de fl. 330, além de ter fixado prazo inferior ao previsto no art. 87, §2º, da Lei nº 8.666/93, sequer fez menção à eventual aplicação de penalidade à apelante. Diante disso, a manifestação de fls. 340/342 não tratou do assunto, não se qualificando como a defesa prévia prevista no dispositivo supramencionado. **Como se vê, a aplicação de multa à impetrante violou os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), bem como o art. 87, §2º, da Lei nº 8.666/93, razão pela qual se afigura nula.** Nada obsta, entretanto, que saneadas as irregularidades no processo administrativo, venha a autoridade impetrada novamente impor a sanção à licitante.", resultaram do exame de todo o conjunto probatório carreado nos presentes autos. Consectariamente, infirmar referidas conclusões implicaria sindicância matéria fática, interdita ao E. STJ em face do enunciado sumular n.º 07 desta Corte. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ; AgRg-Ag 949.977; Proc. 2007/0220604-8; RR; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 23/04/2009; DJE 25/05/2009). (Grifo nosso).



MUNICÍPIO DE SANTA TEREZINHA DO PROGRESSO/SC  
ASSESSORIA JURÍDICA

MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO E REMESSA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE EM VIRTUDE DA INEXECUÇÃO DO CONTRATO. NECESSIDADE DE DEFESA PRÉVIA. ART. 87, III, § 2º, DA LEI Nº 8.666/93. RECURSO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDOS. Cuida-se de apelação cível e de remessa necessária em mandado de segurança impetrado contra ato do Sr. Delegado da Delegacia de Administração do Ministério da Fazenda no Estado do Rio de Janeiro e Voetur Turismo e Representação Ltda, em que pretende a impetrante a anulação do contrato firmado entre a União e a segunda impetrada, após a realização da Concorrência nº 02/97, bem como do ato punitivo consubstanciado na suspensão temporária de participação da impetrante em licitações, e no impedimento de contratar com a Administração Pública, pelo prazo de 6 (seis) meses. - Na hipótese, alega a impetrante que, após regular procedimento licitatório, foi convocada em 14/08/1997 para assinatura de contrato de serviços de fornecimentos de passagens aéreas, fretes e remessas de encomendas de âmbito nacional e internacional. No entanto, em razão de dificuldades de aprovação do seu cadastro pelo IRB - Instituto de Resseguros do Brasil, deixou de cumprir o prazo para obtenção da garantia exigida no edital de licitação para a assinatura do contrato, razão pela qual foi imposta a penalidade em comento. - Na sentença ora recorrida, o Douto Juízo a quo determinou a nulidade da penalidade imposta ao fundamento de que a suspensão aplicada não foi antecedida da indispensável instauração de procedimento administrativo, em violação à disposição expressa do art. 87 da Lei nº 8.666/93. - Por meio do recurso interposto, requer a União Federal a reforma do r. decisum alegando, para tanto, que houve a instauração de prévio processo administrativo quando da imposição da penalidade, com a regular comunicação da decisão à impetrante, chegando esta a interpor recurso, o qual foi desprovido. - Ocorre que, de acordo com os autos, não há comprovação de que a defesa oportunizada à empresa vencedora do certame deu-se previamente à imposição da penalidade, como disposto pela legislação aplicável à espécie. - A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, dispõe que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; - Por sua vez, o artigo 87, caput e § 2º, da Lei nº 8.666/93 prevê a necessidade de que seja garantida a defesa do contratado previamente à imposição das penalidades previstas para a inexecução parcial ou total do contrato. - Recurso e remessa necessária desprovidos. (TRF 2ª R.; APL-MS 1999.02.01.059680-2; Quinta Turma Especializada; Relª Desª Fed. Vera Lúcia Lima; Julg. 19/11/2008; DJU 27/11/2008; Pág. 158).

Corroborando para a efetivação dos direitos individuais em face de arbitrariedades cometidas no âmbito da Administração Pública quando simplesmente se olvidam de conceder prazo de defesa prévia, não se pode esquecer que defesa prévia não se confunde com recurso administrativo.

A defesa prévia é a peça de defesa dos direitos do interessado para subsidiar a busca da verdade real dos fatos e delimitar inclusive a fase probatória do processo administrativo. Tem a serventia de se opor à pretensão ou apuração pela Administração, fazendo com que o ativismo da parte adversa possa até mesmo eliminar possíveis dúvidas de fato ou de direito existentes pela Administração Pública no suporte fático em contenda.

Por tais razões, de nada adianta a existência de decisão administrativa com oposição pela via recursal administrativa sem a precedência obrigatória de defesa prévia, visto que os prejuízos aos direitos do administrado em contradizer e opor resistência seriam incomensuráveis, bem como a Administração Pública poderia



já ter evitada a continuidade de uma controvérsia com pretensão resistida entre as partes.

Na mesma esteira, pontua-se que o recurso administrativo tem por desidério manifestar a discordância de uma decisão que foi devidamente instruída e preparada, sendo que a autoridade hierarquicamente superior para emanar a sua decisão centrar-se-á ao que já foi produzido dentro dos autos do processo administrativo.

Sobre a impossibilidade confusão entre recurso administrativo e defesa prévia, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou explicitamente sobre esse aspecto, afirmando que “A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprindo a falta a admissibilidade de recurso...” (Supremo Tribunal Federal, MS 23.550, Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, j. 04.04.2001, DJU 31.10.2001).

Pelas razões sucintamente declinadas, é possível inferir que a instauração do competente processo administrativo e a imprescindibilidade de conceder defesa prévia são condições *sine qua non* para a legalidade do processo administrativo sancionador, conforme determinam os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Sobrevindo a informação prestada pela Presidente da Comissão de Licitações que o Município da Estância Turística de Pereira Barreto não oportunizou ao Recorrido, a sua defesa, ferindo os princípios do contraditório e da ampla defesa, este ato não pode ser convalidado por este ente Municipal.

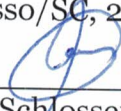
#### 4. CONCLUSÃO

Face ao exposto, entende-se, com base nos princípios da legalidade, isonomia, vantajosidade, proporcionalidade, ampliação da disputa e julgamento objetivo, pelo **CONHECIMENTO** do recurso e no mérito **NEGAR-LHE** provimento, e conseqüentemente, pela **manutenção da decisão exarada na Ata de abertura e julgamento dos documentos de habilitação do Processo Licitatório nº 88/2018 Tomada de Preços nº 12/2018**, que habilitou a empresa NBS Serviços Especializados Eireli.

É o parecer que S.M.J. se submete à apreciação superior.

Sem vinculação.

Santa Terezinha do Progresso/SC, 23 de outubro de 2018.

  
\_\_\_\_\_  
Eder Schlosser da Silva  
Assessor Jurídico  
OAB/SC 49.465