

ILMO SR. PREGOEIRO DA ITAIPU BINACIONAL.

Concorrência Binacional nº. EF 0655-19

MAPFRE SEGUROS GERAIS S/A, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 61.074.175/0001-38, com sede na Avenida das Nações Unidas, 14.261, 18º andar, São Paulo/SP, com endereço eletrônico: “esclarecelita@bbmapfre.com.br”, vem, respeitosamente, por seu representante, solicitar **ESCLARECIMENTOS** ao instrumento convocatório em epígrafe.

I - TEMPESTIVIDADE



O item 1.9, 1.9.2, do Instrumento Convocatório estabelece o prazo para impugnação em até 3 (três) dias úteis antes da abertura da sessão:

“1.9.1 Qualquer pessoa interessada é parte legítima para impugnar este Caderno de Bases e Condições, observado, sob pena de preclusão, o prazo de até 3 (três) dias úteis antes da data fixada para a sessão pública de entrega dos envelopes contendo a proposta comercial e a documentação para a habilitação.”

II – FATOS

Trata-se de licitação, na modalidade concorrência binacional para contratação seguro para cobertura de Danos Patrimoniais e de Responsabilidade Civil decorrentes do funcionamento operacional da Usina Hidrelétrica de Itaipu.

No entanto, o instrumento convocatório em epígrafe merece retificação, notadamente no que se refere à **exigência de:**

“**1.7.1** Não poderão participar das licitações, nem contratar com a ITAIPU:

b) Pessoas físicas ou jurídicas impedidas perante a ITAIPU, a ANDE ou a ELETROBRAS, **ou com restrições em outros órgãos ou entidades públicas do Brasil** ou do Paraguai.” (g.n.)”



III – MOTIVOS DE IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO

O item 17.1”b” presente no instrumento convocatório necessita de esclarecimentos, merecendo retificação conforme demonstrado a seguir:

“**1.7.1** Não poderão participar das licitações, nem contratar com a ITAIPU:

b) Pessoas físicas ou jurídicas impedidas perante a ITAIPU, a ANDE ou a ELETROBRAS, **ou com restrições em outros órgãos ou entidades públicas do Brasil** ou do Paraguai.” (g.n.)”

A despeito da previsão do item supra, considerando que a suspensão de licitar em face desta seguradora se restringe ao **Governo do Estado do Rio Grande do Sul**, não abrangendo qualquer outro órgão, pedimos a confirmação de que não há óbice para sua participação, garantindo assim, maior competitividade.

Vale ponderar, a redação do referido item e a declaração de habilitação devem se atentar aos limites de abrangência de eventuais suspensões das licitantes, considerando que na maioria das vezes a aplicação de penalidade de impedimento são restritas ao ente que a aplicou, não podendo prejudicar sua participação nos certames promovidos pelos demais órgãos da Administração Pública.

Conforme se extrai da referida penalidade e do despacho da **Dra. Viviane Mafissoni - Diretora do Departamento de Gestão de Contratos da Central de Licitações RS, a penalidade de suspensão de licitar é restrita à Governo do Estado do Rio Grande do Sul:**



“Como diretora responsável pela área de penalizações, informo que a aplicação de sanção a empresa MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A (CNPJ: 61.074.175/0001-38) por esta Central de Licitações do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos do expediente 17/2400-0002852-0, tem abrangência definida pela súmula de aplicação de sanção, publicada no DOE do Estado do RS em 21.11.2017 - fls. 37., **apenas no âmbito do ente Estado do Rio Grande do Sul** (ou seja, não abrangendo os entes "municípios", demais estados e união).”

Por este motivo, não pode esta r. Administração, estender os efeitos da penalidade aplicada por outro Órgão.

Como se vê, a **suspensão temporária produz efeito apenas na entidade administrativa que a aplicou**, enquanto a declaração de inidoneidade produz efeito em todos os órgãos da Administração Pública.

Deste modo, expandir o alcance da suspensão seria criar hipótese não prevista na lei.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) também é pacífica no sentido de que a pena de suspensão está restrita ao órgão aplicador da sanção, como exemplificam os seguintes precedentes:

“A previsão contida em edital de concorrência no sentido de que **o impedimento de participar de certame em razão de sanção do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 limita-se às empresas apenas pela entidade que realiza o certame** autoriza a classificação de proposta de empresa apenas por outro ente da Administração Pública federal com sanção do citado comando normativo, em face da inexistência de entendimento definitivo diverso desta Corte sobre a matéria Representação apresentada pela empresa RCM Engenharia e Projetos Ltda. apontou supostas irregularidades em concorrências conduzidas pela Universidade Federal do Acre – UFAC, que têm por objeto a construção de prédios nos campus da UFAC (Concorrências 13, 14 e 15/2011). A autora da representação considerou ilícita sua desclassificação desses três certames em razão de, com suporte comando contido no art. 87, III, da Lei 8.666/1993, ter sido anteriormente suspensa do direito de licitar e contratar pelo Tribunal de Justiça do Acre TJAC. Em sua peça, observou que os editais das citadas concorrências continham cláusulas que foram assim lavradas: “2.2 Não poderão participar desta Concorrência: (...) 2.2.2 **as empresas suspensas de contratar com a Universidade Federal do Acre**; e 2.2.3 as empresas que foram declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos da punição”. Ao instruir o feito, o auditor da unidade técnica advoga a extensão dos efeitos daquela sanção a outros órgãos da Administração. O diretor e o secretário entendem que deve prevalecer “a interpretação restritiva” contida



nos editais da UFAC e que a pena aplicada pelo TJAC não deve afetar as licitações promovidas por aquela Universidade. O relator inicia sua análise com o registro de que a matéria sob exame ainda não se encontra pacificada neste Tribunal. Ressalta, no entanto, que tal matéria, “ao que parece”, estaria pacificada no âmbito do Judiciário, no sentido de que os efeitos da decisão de dado ente deveriam ser estendidos a toda Administração Pública, consoante revela deliberação proferida pelo STJ, nos autos do Resp 151567/RJ. Informa também, que “a doutrina tende à tese que admite a extensão dos efeitos da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993”, e transcreve trecho de ensinamentos de autor renomado, nesse sentido. Ao final, tendo em vista a referida ausência de entendimento uniforme sobre a matéria no âmbito desta Corte, conclui: “a preservação do que foi inicialmente publicado me parece a melhor solução, ante o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expresso no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993”. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: **a) julgar procedente a Representação; b) determinar à UFAC que: “adote as medidas necessárias para anular a decisão que desclassificou a proposta de preços da empresa RCM Engenharia e Projetos Ltda., no âmbito das Concorrências 13, 14 e 15/2011, aproveitando-se os atos até então praticados” (TCU. Processo nº TC 000.479/2012-8. Acórdão nº 902/2012-Plenário, Rel. Min. José Jorge, 18.4.12 – g.n.)**



“Representação formulada por empresa apontou suposta ilegalidade no edital do Pregão Eletrônico 13/2013, conduzido pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal, com o objetivo de contratar empresa especializada em serviços de manutenção de instalações civis, hidrossanitárias e de gás e rede de distribuição do sistema de combate a incêndios. Constou do edital disposição no sentido de que “2.2 – Não será permitida a participação de empresas: (...) c) suspensas temporariamente de participar em licitações e contratar com a Administração; d) declaradas inidôneas para licitar ou para contratar com a Administração Pública;”. O relator, por aparente restrição ao caráter competitivo do certame, suspendeu cautelarmente o andamento do certame e promoveu a oitiva do órgão, medidas essas que vieram a ser

ratificadas pelo Tribunal. O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que **“a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)”**. E mais: **“Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal”**. Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o **significado preciso do termo “Administração”** constante do item 2.2, “c”, os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão “refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal” e que, portanto, “o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte”. Por esse motivo, considerou pertinente a revogação da referida cautelar e o julgamento pela improcedência da representação. A despeito disso e com o intuito de “evitar questionamentos semelhantes no futuro”, considerou pertinente a expedição de recomendação ao órgão para nortear a elaboração de futuros editais. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) “recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal.” (TCU. Processo nº TC 006.675/2013-1. Acórdão 842/2013-Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 10.4.13 – g.n.)



Fundado nesse entendimento, o Tribunal de Contas da União determinou que certo órgão da Administração se abstinhasse de impedir de participar de licitação empresa punida com suspensão por outros órgãos:

“(...) **abstenha-se de restringir, em seus certames, a participação de empresas em desfavor das quais tenha sido aplicada, por outros órgãos ou entidades, a pena de suspensão temporária** prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 ...”. (TCU. Processo nº TC-014.411/2009-1. Acórdão nº 2.617/2010. Rel. Min. Aroldo Cedraz. Sala das Sessões, 25.5.10). (g.n.)

Como se vê, o TCU entende pacificamente que a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou.

No mesmo sentido, o Parecer do Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1.539/2010 – TCU – Plenário:

“A questão que ora se coloca... resume-se a responder à seguinte indagação: “... pode **uma empresa penalizada no seu direito de licitar com a Administração, nos moldes do art. 87, inc. III, da Lei de Licitações (suspensão temporária), ser impedida de participar de licitação em órgão distinto daquele que impôs a sanção?**”. A referência a “órgãos distintos” implica avaliar o alcance da penalidade entre órgãos integrantes do mesmo ente político e também quando pertencentes a esferas de governo distintas. (...) **Sobre o assunto, alinho-me ao posicionamento da parcela da doutrina que considera que a sanção aplicada com supedâneo no art. 87, inciso III, da Lei das Licitações restringe-se ao órgão ou entidade contratante, não sendo, portanto, extensível a toda a Administração Pública.**

Oportuna também a ponderação do Relator no sentido de que entre os administrativistas não há consenso até mesmo quanto à extensão da declaração de inidoneidade, ou seja, se essa declaração firmada por determinada esfera de governo alcançaria as outras. Após fazer referência às lições de Carlos Ari



Sundfeld e Toshio Mukai, o Relator arremata com acerto: “Se é defensável que alguém considerado inidôneo em determinada esfera administrativa não o seja em outra, muito mais razoável é admitir-se que a suspensão temporária do direito de licitar seja válida apenas no âmbito do órgão ou entidade que aplicou a penalidade, não apenas por raciocínio lógico, mas principalmente em atenção ao princípio da legalidade, que deve nortear toda a atividade da Administração Pública”.

Dessa forma, **considero que o impedimento temporário de participar de procedimentos licitatórios está restrito à Administração, assim compreendida pela definição do inciso XII do art. 6º da Lei de Licitações.**”

(Tribunal de Contas da União. Processo nº TC-026.855/2008-2. Acórdão nº 1.539/2010 - Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Representante do Ministério Público: Lucas Rocha Furtado. Sala das Sessões, em 30.6.10. g.n.)

Sobre o tema, ainda, a Instrução Normativa nº 02, de 11 de outubro de 2010 – âmbito federal – preconizou no § 1º do artigo 40 que o alcance da suspensão temporária fica restrita ao órgão público que penalizou, a saber:



“§ 1º A aplicação da sanção prevista no inciso III deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, **no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção.**”
(g.n.)

A doutrina é uníssona no mesmo sentido.

Nas palavras dos juristas Jessé Torres Pereira Junior e Jacoby Fernandes:

“A diferença do regime legal regulador dos efeitos da suspensão e da declaração de inidoneidade reside no alcance de uma e de outra penalidade. Aplicada a primeira, fica a empresa punida impedida perante as licitações e contratações da Administração; aplicada a segunda, a empresa sancionada resulta impedida perante as licitações e contratações da Administração Pública” (Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública, 8ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, pags. 860 e 861)

“13.4 Suspensão do direito de licitar e contratar

A propósito, há discussões sobre os efeitos das penalidades de suspensão e da declaração de inidoneidade. Para alguns, os efeitos se restringem ao órgão e ao contrato em que se aplica; para outros, se estende a todos os órgãos e a todas as licitações e contratos, acarretando inclusive o chamado *efeito dominó*, isto é, fazendo rescindir outros contratos.

O Poder Judiciário e o Tribunal de Contas da União têm entendido com certa uniformidade que os efeitos da suspensão se restringem ao contrato e ao órgão e que a declaração de inidoneidade afeta todos os órgãos da Administração Pública.

O fundamento desse entendimento está no fato de que o legislador, no art. 87, III, usou a expressão *Administração* e, no art. 87, IV, a expressão *Administração Pública*. Como essas expressões foram conceituadas pela própria Lei de Licitações e Contratos no art. 6º, inc. XII e XI, respectivamente, é razoável que se considerem esses efeitos.

Contudo, têm muitas decisões do Poder Judiciário entendendo que é possível proibir a participação de empresas em licitação que estiverem suspensas ou em simples falta com obrigações devidas ao órgão, como atraso, inadimplência total ou parcial, por exemplo.

Para os efeitos deste MANUAL considera-se que a suspensão afeta apenas o Tribunal [...]. (Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. Manual de Gestão de Contratos Administrativos na Justiça Eleitoral, 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2006)



Admitir o contrário ou dar qualquer outra interpretação que vise à extensão “automática” dos efeitos *erga omnes* da suspensão temporária para licitar e impedimento para contratar, de um órgão para outro afrontaria a disposição legal.

Isso, porque a lei deve ser interpretada restritivamente e a adoção de posição inversa significaria “*obrigar alguém a deixar de fazer algo sem lei específica que o determine, em confronto com o princípio da legalidade [...]*”¹, em razão da reserva legal imposta às penas restritivas de direito, garantia que se extrai da Constituição Federal, art. 5º, II e XIII.

Pelo inc. II, erige-se direito fundamental de primeira geração, definindo-se que somente a lei pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa; pelo segundo, assegura-se a efetividade de um dos cinco fundamentos da República, a “*valorização social do trabalho e da livre iniciativa*”, garantindo-se o “*livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”.



De se concluir, que não se pode admitir, portanto, que esse r. órgão impeça esta seguradora de participar deste certame em razão da **suspensão de licitar restrita ao Governo do Rio Grande do Sul.**

Podemos considerar este entendimento?

IV - RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE

¹Carlos Ari Sundfeld, Licitação e Contrato Administrativo, de acordo com as Leis n°s 8.666/93 e 8.883/94, Malheiros Editores: 1994

A manutenção da exigência ora esclarecida, além de ilegal, direciona a licitação ou, no mínimo, reduz o rol de licitantes.

Com efeito, impõe prejuízo ao erário, em detrimento dos princípios legais que regem os processos licitatórios, em especial o da vantajosidade e economicidade, que determinam a congregação do maior número possível de concorrentes em prol da competitividade, a fim de obter a melhor proposta, nos termos do art. 3º da Lei de Licitações:

“art. 3º - A **licitação destina-se a** garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a **selecionar a proposta mais vantajosa para a administração** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.” (g.n.)



Para garantir a disputa, o §1º daquele artigo veda, expressamente, qualquer exigência que restrinja o caráter competitivo do certame:

“art. 3º, § 1º - É vedado aos agentes públicos:

I - **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restringam ou frustrem o seu caráter competitivo** e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou de domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; (...).” (g.n.)

Assim, o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho:

“A licitação busca selecionar o contratante que apresente as melhores condições para atender os reclamos do interesse público, tendo em vista todas as circunstâncias previsíveis (preço, capacitação técnica, qualidade, etc).”²

Nessa linha, a jurisprudência:

“Visa à concorrência pública fazer com que maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem se arredados. (...)” (TJ/RS, *in* RDP 14/240)

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL.

1. As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, **possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa.** (...) 4. Segurança concedida.” (MS 5.606/DF, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Seção, j. 13.05.98, DJ 10.08.98, g.n.)



Dessa forma, qualquer item que restrinja a participação dos licitantes contraria os princípios que regem os atos da Administração Pública, especialmente quando, como na hipótese deste pedido de esclarecimento, impede a participação dos interessados no certame.

Por tudo isso, sempre com o devido respeito, o texto do ato convocatório merece reforma, a fim de excluir do edital a exigência ora questionada, ampliando a disputa, como autoriza a Súmula 473/STF:

² Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Certa da compreensão de V. Sa., confia no esclarecimento aqui solicitado, ajustando o edital às peculiaridades do mercado segurador, a fim de garantir a participação do maior número possível de participante, em atenção aos mais comezinhos princípios que regem os processos licitatórios, previstos no art. 3º da Lei Licitações.

São Paulo, 29 de outubro de 2019



MAPFRE SEGUROS GERAIS S/A

