



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS
PARECER n. 00011/2024/DECOR/CGU/AGU

NUP: 21181.000878/2023-39 (PRINCIPAL) E 21181.000982/2023-23 (APENSO)

INTERESSADO: MG/MAPA/LABORATÓRIO NACIONAL AGROPECUÁRIO/LANAGRO-MG

ASSUNTO: Divergência entre órgãos jurídicos consultivos desta Advocacia-Geral da União acerca da penalidade administrativa a ser aplicada a empresas licitantes/contratadas que cometem ilícitos em procedimentos de licitação na modalidade “pregão eletrônico”.

EMENTA:

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. COMPORTAMENTO INIDÔNEO DA EMPRESA LICITANTE/CONTRATADA. PENALIDADE. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

I - Divergência entre órgãos jurídicos consultivos desta Advocacia-Geral da União (AGU) acerca da penalidade administrativa a ser aplicada a empresas licitantes/contratadas que cometem ilícitos em procedimentos de licitação na modalidade “pregão eletrônico”.

II - Não se deve sancionar empresas que cometem ilícitos administrativos em procedimentos licitatórios na modalidade pregão eletrônico com base nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, nas situações previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/2002.

III - Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as normas de aplicação subsidiária figuram como comandos de reserva, que só podem ser aplicadas quando a legislação especial não disciplinar, diretamente, a questão.

IV - O Decreto nº 8.538/2015, por possuir natureza infralegal e caráter regulamentar, não detém condições de se sobrepor a uma disposição legal especificamente estabelecida no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, que ostenta natureza especial em relação à generalidade da Lei nº 8.666/1993.

V - O entendimento ora definido deve ficar restrito aos casos em que se analisa a normatização anterior sobre as licitações, uma vez que a problemática se encontra devidamente disciplinada no que se refere à nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Cod. Ement.: 23.3.5

Senhor Coordenador-Geral,

1. De início, cumpre asseverar que no âmbito deste parecer serão analisados dois casos, a saber, os relativos aos processos de NUP 21181.000878/2023-39 e de NUP 21181.000982/2023-23, que foram apensados em razão de guardarem correlação temática.
2. Neste tópico, relataremos o caso referente ao processo de NUP 21181.000878/2023-39, que ostenta a condição de principal.
3. Consta dos autos que o Laboratório Federal de Defesa Agropecuária localizado no Estado de Minas Gerais (LFDA/MG), órgão do Ministério da Agricultura e Pecuária (MAPA), instaurou processo administrativo de licitação, na modalidade pregão eletrônico pelo sistema de registro de preços, cujo objeto consistia na aquisição de alimentos para animais.
4. No tramitar do processo, uma das empresas participantes interpôs recurso administrativo contra a habilitação da empresa que liderava o certame, tendo em vista que essa havia se utilizado indevidamente de prerrogativas e benefícios licitatórios restritos às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), previstos na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em razão de já ter ultrapassado seu limite de enquadramento no exercício anterior.
5. Diante dessa ponderação, a Ilma. Sra. Pregoeira solicitou manifestação da Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais (CJU/MG), que a orientou a aplicar à empresa implicada o quanto disposto no §1º do art. 13 do Decreto nº 8.538, de 06 de outubro de 2015 - declaração de inidoneidade.
6. Em face das manifestações exaradas pela CJU/MG, a Ilma. Sra. Pregoeira solicitou a instauração de processo administrativo sancionatório, observando o contraditório e a ampla defesa, objetivando a apuração dos fatos e eventual aplicação de sanções à empresa licitante, visando coibir o comportamento adotado (sequencial 14 do Sapiens).
7. Na defesa prévia, a empresa interessada apresentou suas razões e, ao final, requereu o arquivamento do processo sem a aplicação de qualquer penalidade. Em virtude disso, o LFDA/MG solicitou à CJU/MG que se manifestasse sobre a seguinte indagação:

Diante das alegações apresentadas pela empresa em Defesa Prévia, diante os acórdãos citados e transcritos no item 7 acima que compõe a defesa da empresa, na fase de dosimetria da aplicação da penalidade, esta Administração Pública deve levar em consideração as atenuantes elencadas pela empresa? Ou seja, na fase da dosimetria da pena deve ser considerado que a empresa não restou vencedora no certame e que não houve contratação junto a esta Administração Pública?

8. Em resposta, a CJU/MG fez expedir o PARECER n. 00161/2023/CJU-MG/CGU/AGU, de 18 de agosto de 2023 (sequencial 02 e 25 do Sapiens), concluído da seguinte forma:

27. Do exposto, com arrimo nas razões acima, somos de entendimento pelo improvimento das razões de defesa apresentados pela Recorrente, motivo pelo qual consideramos aplicável a pena prevista no art. 87, IV da Lei nº 8.666, de 1993, conforme determinado pelo art. 13, §1º do Decreto nº 8.538, de 2015, devendo os autos serem remetidos ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Agricultura e Pecuária para aplicação da penalidade, *ex vi* do disposto no art. 87, §3º da Lei nº 8.666, de 1993, caso assim entenda.

9. Como visto, a CJU/MG opinou pela aplicação da pena prevista no art. 87, IV, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, conforme determinado pelo art. 13, § 1º do Decreto nº 8.538/2015, tendo sugerido, ainda, que os autos fossem remetidos ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Agricultura e Pecuária para aplicação da penalidade, nos termos do disposto no art. 87, §3º da Lei nº 8.666/1993.

10. No âmbito do Gabinete do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Agricultura e Pecuária, elaborou-se o despacho “SEI/MAPA - 31852212 – Despacho”, assinado eletronicamente em 31 de outubro de 2023 (sequencial 39 do Sapiens), com o objetivo de se encaminharem os autos à Secretaria Executiva da Pasta com a recomendação de que os enviasse à Unidade competente da Subsecretaria de Orçamento, Planejamento e Administração (SPOA), para que

analisasse o rito administrativo apuratório e a dosimetria da sanção proposta, dada a expertise da mencionada Área em procedimentos licitatórios, com posterior elaboração da minuta do ato correspondente, devidamente validada pela Consultoria Jurídica.

11. O encaminhamento sugerido pelo Gabinete do Exmo. Sr. Ministro foi acatado pela Secretaria Executiva da Pasta que, por meio do Serviço de Penalidades da Coordenação-Geral de Aquisições, elaborou a NOTA TÉCNICA Nº 43/2023/SEPEN-CGAQ/CGAQ/SPOA/SE/MAPA, assinada eletronicamente em 08 de novembro de 2023 (sequencial 44 do Sapiens), onde restou sugerido à Ilma. Sra. Coordenadora-Geral que os autos fossem encaminhados à SPOA, com a solicitação de sua submissão à CONJUR/MAPA para, após análise dos documentos nele acostados, pudesse assentar orientações acerca dos seguintes pontos, a saber:

- se as sanções descritas no artigo 7º da Lei nº 10.520/2002 (limite de até 5 anos), **que está em sintonia com o subitem 21.4. e seguintes do Edital Pregão SRP nº 11/2023** (29086969), **podem ser aplicadas ao caso ora sob análise**, tendo em vista que se assemelha ao do processo nº 21000.089790/2022-58 que originou a Nota n. 01429/2022/CONJUR-MAPA/CGU/AGU (SEI 31944659), **ou, ao revés**, deve-se atender o requerido pelo **LFDA/MG** no documento (SEI 31667864), no qual se pronuncia no sentido de, **palavras**, "(...) aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública pelo prazo de 2 (dois) anos (...)" **com fulcro no Art. 87. IV, da Lei nº 8.666/1993;**

- Identicamente, que se solicite ao Órgão Consultivo o obséquio de acrescentar as demais orientações que entender necessárias para o presente caso; e

- Igualmente, seja solicitado à Consultoria Jurídica a gentileza de informar se as orientações que forem por ele exaradas neste processo poderão ser adotadas nos casos análogos (Pregão Eletrônico que ocorreram sob a égide da Lei Especial nº 10.520/2002 e no qual as licitantes se declararam indevidamente como ME/EPP, mas sem registro nos autos de ter ocorrido falsificação documental). Ou se deveremos fazer a subida individualmente de cada processo. Esse questionamento mostra-se pertinente, visto que temos outros processos oriundos de LFDA nesse sentido.

12. Abrindo um parêntese, cabe apontar que na Nota n. 01429/2022/CONJUR-MAPA/CGU/AGU, de 25 de outubro de 2022 (sequencial 43 do Sapiens), expedida na órbita do processo de NUP 21000.089790/2022-58, a CONJUR/MAPA havia assentado que, em casos da espécie, relativos à pregão eletrônico, em que a empresa houvesse se valido indevidamente da qualidade de ME/EPP para participar do certame, estaria a mesma sujeita à penalidade de impedimento de licitar/contratar com a Administração Pública, cominada no art. 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, não cabendo se fazer aplicação analógica do art. 87, IV, § 3º, da Lei nº 8.666/1993. Senão, vejamos:

6. Havendo a empresa (...) aparentemente se valido da qualidade de ME/EPP para participar do certame, estaria ela sujeita a sofrer a penalidade de impedimento de licitar/contratar cominada no artigo 7º da Lei nº 10.520, de 2002, eis que sua conduta se subsumiria ao comportamento inidôneo descrito nos subitens 20.1.8. e 20.3. do Edital, sem prejuízo da cumulação da multa.

7. **Como já decidiu o E. TCU (Acórdão/Plenário nº 3171/2011), "a sanção disposta no art. 7º da Lei 10.520/2002 não se confunde com aquelas previstas no art. 87 da Lei 8.666/1993, visto que são penalidades distintas não há lacuna na Lei nº 10.520/2002 em relação à imposição de sanção em certame realizado na modalidade pregão, de modo que, acerca desse tópico, mostra-se impertinente a aplicação analógica ou subsidiária da Lei 8.666/1993".**

8. **Portanto, e com a licença de posicionamento diverso, a princípio descaberia apenas a empresa segundo do art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002, em combinação analógica com o art. 87, IV, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993.**

9. **Não bastasse isso, da análise do Edital se extrai que o seu subitem 20.1. remete à aplicação das sanções da Lei nº 10.520, de 2002, notadamente o seu art. 7º, descrevendo no**

subitem 20.3. o comportamento inidôneo mencionado no subitem 20.1.8., sem qualquer remissão a elementos do art. 87, IV, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993.

10. Lado outro, no Caderno de Logística 'Sanções Administrativas - Diretrizes para formulação de procedimento administrativo específico' não se afasta o entendimento da aplicação complementar da Lei nº 8.666, de 1993, à Lei nº 10.520, de 2002, eis que a aplicação literal da gravosa sanção de impedimento de licitar do art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002, a qualquer caso poderia resultar na vulneração dos princípios da continuidade do serviço público, da razoabilidade e da proporcionalidade.

11. **Conquanto o entendimento firmado no Caderno de Logística embase as minutas de editais parametrizadas pela Advocacia-Geral da União, no caso em tela o princípio da vinculação ao instrumento convocatório faz com que viceje a sanção de impedimento do art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002, sem aplicação analógica do art. 87, IV, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993.**

(Destaque nosso)

13. Ao se manifestar sobre os questionamentos formulados no corpo da NOTA TÉCNICA Nº 43/2023/SEPEN-CGAQ/CGAQ/SPOA/SE/MAPA, a CONJUR/MAPA, no âmbito da NOTA n. 00554/2023/CONJUR-MAPA/CGU/AGU, de 1º de dezembro de 2023 (sequencial 46 do Sapiens), teceu as seguintes considerações:

6. Antes de mais nada, sobre a conduta e consequente pena para o licitante que declara seu enquadramento como ME e EPP, veja-se no quadro abaixo as disposições do Edital nº 15/2022 (analisado pela CONJUR-MAPA na Nota n. 01429/2022/CONJUR-MAPA/CGU/AGU) e do Edital nº 11/2023 (analisado pela CJU-MG no Parecer n. 00098/2023/CJU-MG/CGU/AGU).

(...)

7. **Diferentemente do que possa parecer, a virtual divergência entre as manifestações da CONJUR-MAPA e da CJU-MG não incide, a rigor, sobre a aplicação das sanções do art. 87, IV, da Lei nº 8.666, de 1993 (inidoneidade), e do art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002 (impedimento), para a conduta citada.**

8. **Na verdade, o desacordo reside na interpretação do instrumento convocatório, pois esta CONJUR-MAPA manifesta que o princípio da vinculação do edital (20.1., 20.1.8. e 20.3. supra) ordena que o comportamento inidôneo de falsa declaração de enquadramento em ME e EPP seja tratado à luz da Lei nº 10.520, de 2002, ao passo que a CJU-MG advoga pela incidência do art. 87, IV, da Lei nº 8.666, de 1993.**

9. Sem embargo disso, tendo em vista o disposto na Portaria Normativa AGU nº 83, de 27 de janeiro de 2023, e antes de se avaliar o acionamento do DECOR/AGU para uniformizar o entendimento, opino pelo envio (via Sapiens) do processo à Subconsultoria-Geral da União de Gestão Pública, para que externar seu posicionamento a respeito, bem como seja cientificado (via SEI) o Serviço de Penalidades do MAPA quanto à providência ora sugerida.

(Destaque nosso)

14. Diante dos apontamentos apresentados pela CONJUR/MAPA, seguiram os autos à Subconsultoria-Geral de Gestão Pública desta Consultoria-Geral da União (SCGP/CGU/AGU) que, através da Diretoria de Aquisições (DIAQ/SGGP/CGU/AGU), se manifestou por meio do PARECER n. 00007/2023/DIAQ/SCGP/CGU/AGU, de 05 de dezembro de 2023 (sequencial 50 do Sapiens).

15. Em síntese, a DIAQ/SGGP/CGU/AGU chancelou o entendimento da CONJUR/MAPA acerca do assunto, conforme nos possibilita vislumbrar suas conclusões:

43. Ante o exposto, conclui-se que:

44. a) Nos termos do Pregão nº 11/2023 e da Lei nº 10.520/02, à luz da segurança jurídica (imperativo constitucional), do princípio da legalidade, da separação dos poderes e da especialidade, a sanção a ser aplicada no âmbito do pregão, em virtude de comportamento inidôneo, é a do art. 7º, da Lei nº 10.520/02, sob pena de o aplicador agir como legislador positivo; e

45. b) A regra que permite aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 (art. 9º da Lei nº 10.520/02) não autoriza escolher outra sanção (art. 87, IV, da Lei nº 8.666/93) quando o legislador definiu sanção específica, de impedimento de licitar, para os fatos delineados no art. 7º da Lei nº 10.520/02.

46. c) O sentido e o alcance do art. 13, §1º do Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015, deve ser compreendido no sentido de que se refere à declaração de comportamento inidôneo (art. 7º, *caput*, da Lei nº 10.520/02) e não à penalidade de declaração de inidoneidade prevista na Lei nº 8.666/93 (art. 87, IV).

16. Ao final, sugeriu-se no opinativo que, em caso de aprovação, fossem cientificados a CONJUR/MAPA, a CJU/MG, este Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR/CGU/AGU) e a Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da AGU.

17. Vieram os autos ao DECOR/CGU/AGU em 04 de janeiro de 2024, tendo no mesmo dia sido distribuídos ao Advogado signatário, para análise e manifestação.

18. Em razão das diretrizes traçadas na Portaria Normativa CGU nº 14, de 23 de maio de 2023, que hodiernamente rege o fluxo das atividades a serem desenvolvidas nos procedimentos de uniformização conduzidos no âmbito do DECOR/CGU/AGU, propusemos, por meio da COTA n. 00003/2024/DECOR/CGU/AGU, de 09 de janeiro de 2024 (sequencial 54 do Sapiens), a realização de reunião de apresentação de caso, a se realizar no dia 18 de janeiro de 2024 com a participação de representantes da CJU/MG, da CONJUR/MAPA e da DIAQ/SGGP/CGU/AGU no dia 18 de janeiro de 2024.

19. Na mesma assentada, sugerimos que se desse vista coletiva do caso a outros órgãos integrantes ou vinculados a esta AGU para que encaminhassem considerações acerca do tema, caso houvesse interesse.

20. Por meio de Despacho s/nº, datado de 17 de janeiro de 2024, a D. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) fez encaminhar a este DECOR/CGU/AGU, a título de colaboração, uma cópia do PARECER SEI Nº 13/2018/CCP/PGACA/PGFN-MF, de 11 de janeiro de 2018 (vide sequenciais 02 e 03 do Sapiens do processo de NUP 10.951.000530/2024-48).

21. Em síntese, a PGFN indicou já haver consolidado o entendimento de que, em sede de pregão, não se aplicam as penalidades insertas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993.

22. Na reunião de apresentação de caso, ocorrida no dia 18 de janeiro de 2024 (sequencial 63 do Sapiens), os representantes dos órgãos interessados ratificaram os seus entendimentos sobre o assunto, fato esse que denota a necessidade de uniformização da jurisprudência administrativa mediante a expedição de um parecer.

23. Em tempo, há que se registrar que o Advogado signatário esteve em gozo de férias no período de 22 a 31 de janeiro de 2024.

24. Abaixo, almejando uma melhor compreensão dos casos ora tratados, faremos um relatório apartado do processo de NUP 21181.000882/2023-23.

25. Nesse tópico, como visto alhures, relataremos o caso relativo ao processo de NUP 21181.000982/2023-23.

26. Trata-se de Processo Administrativo em que a empresa licitante foi contratada, via pregão eletrônico, para a implementação de serviços continuados de controle ambiental de pragas e vetores (*serviços de dedetização, descupinização, desratização e outros*), visando atender às necessidades da sede do LFDA/MG.

27. A empresa apresentou documentação de habilitação falsa (Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União), o que levou o consulente (Laboratório Nacional Agropecuário no Estado de Minas Gerais - LANAGRO/MG) a demandar a Consultoria Jurídica da União Especializada Virtual de Serviços sem Dedicção Exclusiva de Mão-de-Obra (E-CJU/SSEM/CGU/AGU) a responder se a penalidade abstratamente cabível ao caso seria o impedimento de licitar e contratar no âmbito da União, nos termos do artigo 7º da Lei nº 10.520/2002, ou a declaração de inidoneidade do art. 87, IV, da Lei nº 8.666/1993.

28. A E-CJU/SSEM/CGU/AGU, por meio do PARECER n. 02342/2023/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU, de 17 de agosto de 2023 (sequencial 02 do processo de NUP 21181.000982/2023-23), considerando conjuntamente as disposições do inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 e do art. 7 da Lei nº 10.520/2002, indicou ao consulente ser cabível a imputação da pena de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, podendo ser aplicada multa na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. Assim:

Pergunta-se da possibilidade de aplicar a penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. E sendo possível quais procedimentos adotar.

A pena de declaração de inidoneidade tem abrangência sobre toda a Administração Pública, na forma do art. 6º, XI, da Lei nº 8666/1993, compreendida como a “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”. Se encontra prevista no art. 87, inc. IV, da Lei nº 8.666/93:

(...)

No mesmo sentido, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que institui o pregão, estabelece no art. 7º a aplicação da penalidade de impedimento de licitar, sem prejuízo de multas e outras cominações legais, para quem apresentar documento falso:

(...)

Dessa forma, cabível a pena de **declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, podendo ser aplicada multa** na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

29. Acatada a orientação traçada pela E-CJU/SSEM/CGU/AGU, seguiram os autos ao MAPA para elaboração do ato decisório de aplicação da penalidade e assinatura do Exmo. Sr. Ministro de Estado competente, tendo no âmbito de seu Gabinete sido elaborado despacho (sequencial 33 do Sapiens do processo de NUP 21181.000982/2023-23) com o intuito de destiná-los à Secretaria Executiva para a adoção das seguintes providências:

Tendo em vista que o Parecer 02342/2023/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (30487587) conclui que, "*desde que obedecido o devido processo administrativo, cabe a aplicação da sanção de inidoneidade de licitar, sem prejuízo da aplicação de multa legal e contratual, e da apuração do ilícito civil e penal*", pelo prazo de 2 (dois) anos, em desfavor da mencionada empresa, encaminho os autos a essa Secretaria, solicitando gestão junto à Subsecretaria de Orçamento, Planejamento e Administração quanto à verificação da pertinência do rito administrativo aplicado ao caso, bem

como a elaboração da correspondente minuta de ato decisório da aplicação da penalidade, se for o caso, com a devida validação da Consultoria Jurídica, a fim de subsidiar decisão e assinatura da autoridade máxima deste Órgão.

30. No âmbito da CONJUR/MAPA, exarou-se a NOTA n. 00592/2023/CONJUR-MAPA/CGU/AGU, de 27 de dezembro de 2023 (sequencial 45 do Sapiens de NUP 21181.000982/2023-23), onde foram tecidas as seguintes considerações:

1. Com o endosso do Sr. Subsecretário de Orçamento, Planejamento e Administração (SEI 32925341), o Serviço de Penalidades elaborou a Nota Técnica nº 52/2023/SEPEN-CGAQ/SPOA/SE/MAPA (SEI 32871939), onde, após relatar suposta conduta de apresentação de documentação habilitatória falsa (Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União) no curso do contrato nº 23/2021, do LFDA-MG, indaga se a penalidade abstratamente cabível é o impedimento de licitar e contratar no âmbito da União, nos termos do artigo 7º da Lei nº 10.520, de 2002, ou a declaração de inidoneidade do art. 87, IV, da Lei nº 8.666, de 1993, como orientou a E-CJU SSEM no Parecer n. 02342/2023/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (SEI 30487587).

2. A título de contextualizar a demanda, na mesma Nota Técnica se afirma que a dúvida quanto à legislação aplicável remonta a outro caso, tratado na Nota n. 00554/2023/CONJUR-MAPA/CGU/AGU (SEI 32807604), sobre revelar a penalidade cabível para o comportamento inidôneo de fazer declaração falsa de enquadramento da licitante em ME e EPP para participar de licitação nessa qualidade.

3. É a síntese do necessário.

4. Primeiramente, diga-se que a pretensa falsidade descrita na Nota Técnica nº 52/2023/SEPEN-CGAQ/SPOA/SE/MAPA (SEI 32871939) teria ocorrido no curso da execução contratual, ao passo que a conduta apreciada na Nota n. 00554/2023/CONJUR-MAPA/CGU/AGU (SEI 32807604) revelaria virtual falsidade perpetrada no curso da licitação.

5. Em que pese ambas as condutas suscitarem dúvidas sobre a aplicação das penalidades, extrai-se da leitura dos subitens 20.1., 20.1.2. e 20.3.5. do edital (SEI 32821895) que a apresentação de documento falso no curso da licitação ensejaria o impedimento de licitar e contratar (art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002), ao passo que essa mesma apresentação de documento falso durante a execução contratual abriria espaço para a declaração de inidoneidade (art. 87, IV, da Lei nº 8.666, de 1993), nos termos do Parecer n. 02342/2023/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (SEI 30487587).

6. Sem prejuízo do entendimento supramencionado, e haja vista a regra de competência disposta no art. 5º, II, da Portaria Normativa AGU nº 83, de 27 de janeiro de 2023, seria de bom alvitre colher a manifestação da Subconsultoria-Geral da União de Gestão Pública acerca do tema enfocado.

31. A CONJUR/MAPA, em relação a esse segundo caso, fez uma distinção acerca do momento da apresentação do documento falso pela empresa envolvida, com base nos subitens 20.1., 20.1.2. e 20.3.5. do edital:

20.1. Comete infração administrativa, nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, o licitante/adjudicatário que:

(...)

20.1.2. Apresentar documentação falsa;

(...)

20.3.O licitante/adjudicatário que cometer qualquer das infrações discriminadas nos subitens anteriores ficará sujeito, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal, às seguintes sanções:

(...)

20.3.5. 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 a Contratada ressarcir a Contratante pelos prejuízos causados;

32. Por conseguinte, para a CONJUR/MAPA, a apresentação de documento falso no curso da licitação ensejaria o impedimento de licitar e contratar (art. 7º da Lei nº 10.520/2002), ao passo que essa mesma apresentação de documento falso durante a execução contratual abriria espaço para a declaração de inidoneidade (art. 87, IV, da Lei nº 8.666/1993), nos termos do Parecer n. 02342/2023/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU.

33. Em que pese ter externado esse entendimento, a CONJUR/MAPA considerou que seria de bom alvitre colher a manifestação da SCGP/CGU/AGU acerca da questão.

34. A Coordenação-Geral Jurídica de Serviços sem Mão-de-Obra Exclusiva da SCGP/CGU/AGU (CGSEM/SCGP/CGU/AGU) veio a se manifestar sobre o tema por meio do PARECER n. 00010/2024/CGSEM/SCGP/CGU/AGU, de 09 de janeiro de 2024 (sequencial 49 do Sapiens), tendo sido lançadas no *opinio* as seguintes conclusões:

33. Diante do exposto, ressalvado o fato de que a análise jurídica circunscreve-se aos aspectos legais envolvidos na pretensão em apreço, não cabendo a esta unidade jurídica imiscuir-se no exame dos aspectos técnicos, de oportunidade e conveniência, considerando o entendimento do TCU e a jurisprudência do STJ acima abordada, conclui-se, quanto aos questionamentos apontados na Nota Técnica n. 52/2023/SEPEN-CGAQ/SPOA/SE/MAPA (Seq. 43), que:

i) Amparado na Segurança Jurídica, no Princípio da legalidade, da Separação dos poderes e da Especialidade, a sanção a ser aplicada no âmbito dos pregões, em virtude de comportamento inidôneo, é a do art. 7º, da Lei nº 10.520/2002, texto legal voltado aos pregões, como é o caso dos autos;

ii) A regra que permite aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93 (art. 9º da Lei nº 10.520/02) não autoriza escolher outra sanção (art. 87, IV, da referida Lei) quando o legislador definiu sanção específica, de impedimento de licitar, para os fatos delineados no art. 7º da Lei nº 10.520/02;

(...)

iv) O art. 7º, da Lei nº 10.520/02, previu o comportamento inidôneo e sua penalidade, sendo que o sentido e alcance da expressão contida no referido artigo ("comportar-se de modo inidôneo") deve ser compreendido como a declaração, pela Administração, de comportamento inidôneo por parte da Contratada, e não como a penalidade de declaração de inidoneidade prevista na Lei nº 8.666/93;

(...)

(Destaque nosso)

35. Em síntese, sobre o tema de interesse, a CGSEM/SCGP/CGU/AGU entende que a sanção a ser aplicada no âmbito dos pregões, em virtude de comportamento inidôneo, é a do art. 7º, da Lei nº 10.520/2002, não havendo que se falar em necessidade de aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993, uma vez não verificada omissão legislativa.
36. Ressaltou a CGSEM/SCGP/CGU/AGU que a regra que permite aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93 (art. 9º da Lei nº 10.520/2002) não autoriza escolher outra sanção (art. 87, IV, da referida Lei) quando o legislador definiu sanção específica, de impedimento de licitar, para os fatos delineados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002.
37. Vieram os autos a este DECOR/CGU/AGU para uniformização da divergência.
38. Por meio do DESPACHO n. 00027/2024/GAB/DECOR/CGU/AGU, de 15 de janeiro de 2024 (sequencial 54 do processo de NUP 21181.000982/2023-23), a Exma. Sra. Diretora deste DECOR/CGU/AGU, em atenção ao DESPACHO DE APROVAÇÃO n. 00003/2024/CONJUR-MAPA/CGU/AGU (sequencial 51 do processo de NUP 21181.000982/2023-23), solicitou ao Apoio Administrativo que apensasse os presentes autos (NUP 21181.000982/2023-23) aos do processo de NUP 21181.000878/2023-39, por guardarem correlação temática.
39. Feitas essas considerações, analisa-se.

-III-

40. Como relatado, trata-se de dois casos (NUP 21181.000878/2023-39 e NUP 21181.000982/2023-23) onde se verifica a ocorrência de controvérsias jurídicas entre órgãos consultivos desta AGU acerca da penalidade administrativa a ser aplicada a empresas licitantes/contratadas que cometem ilícitos em procedimentos de licitação na modalidade “pregão eletrônico”.
41. No primeiro caso, a controvérsia foi apontada pela CONJUR/MAPA em relação a entendimento adotado pela CJU/MG no que se refere à aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade, prevista no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, a licitante que se utilizou indevidamente, em processo licitatório realizado na modalidade “pregão eletrônico”, de prerrogativas e benefícios licitatórios restritos às ME e EPP, previstos na Lei Complementar nº 123/2006, em razão de já ter ultrapassado seu limite de enquadramento no exercício anterior.
42. Para a CJU/MG, a penalidade de declaração de inidoneidade prevista no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 deve ser aplicada a casos da espécie em razão de disposição normativa expressa, constante do art. 13, § 1º, do Decreto nº 8.538/2015, que tem a seguinte redação:

Art. 13. Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como:

(...)

§ 1º O licitante é responsável por solicitar seu desenquadramento da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte quando houver ultrapassado o limite de faturamento estabelecido no art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, no ano fiscal anterior, sob pena de ser declarado inidôneo para licitar e contratar com a administração pública, sem prejuízo das demais sanções, caso usufrua ou tente usufruir indevidamente dos benefícios previstos neste Decreto.

43. Como se percebe da leitura do dispositivo referido, “o licitante é responsável por solicitar seu desenquadramento da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte quando houver ultrapassado o limite de faturamento estabelecido no art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, no ano fiscal anterior, **sob pena de ser declarado inidôneo** para licitar e contratar com a administração pública, sem prejuízo das demais sanções, caso usufrua ou tente usufruir indevidamente dos benefícios previstos neste Decreto”.

44. Segundo a interpretação da CJU/MG, a declaração de idoneidade a que faz referência o § 1º do art. 13 do Decreto nº 8.538/2015 é aquela constante do inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, cuja redação é a seguinte:

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 idoneidade** 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.

(Destaque nosso)

45. Portanto, nunca é demais enfatizar, para a CJU/MG **não há como se deixar de aplicar a penalidade prevista no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 à hipótese ora tratada em face da expressa disposição constante do art. 13, § 1º, do Decreto nº 8.538/2015, em razão do critério da especialidade.**

46. Afinal de contas, **o Decreto nº 8.538/2015 regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para** microempresas, **empresas de pequeno porte**, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas **nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da Administração Pública federal.**

47. Para a CONJUR/MAPA, conforme externado em sua NOTA n. 00554/2023/CONJUR-MAPA/CGU/AGU, a virtual divergência entre a sua manifestação e a da CJU-MG não incide, a rigor, sobre a aplicação das sanções do art. 87, IV, da Lei nº 8.666/1993 (inidoneidade), e do art. 7º da Lei nº 10.520/2002 (impedimento), para a conduta citada, uma vez que **o desacordo reside na interpretação dada ao instrumento convocatório.**

48. Para ela (CONJUR/MAPA), o princípio da vinculação ao edital define que o comportamento inidôneo de falsa declaração de enquadramento em ME e EPP seja tratado à luz da Lei nº 10.520/2002, pois é isso o que estipula expressamente o instrumento convocatório.

49. Acerca desse ponto, eis o que definem as cláusulas de interesse, constantes (i) do edital referente ao Pregão nº 15/2022, analisado pela CONJUR/MAPA por meio da Nota n. 01429/2022/CONJUR-MAPA/CGU/AGU em processo paradigma; e (ii) do edital do Pregão nº 11/2023, analisado pela CJU/MG por meio do Parecer n. 00098/2023/CJU-MG/CGU/AGU no processo de NUP 21181.000878/2023-39:

a) edital referente ao Pregão nº 15/2022:

20.1. Comete infração administrativa, nos termos da **Lei nº 10.520, de 2002**, o licitante/adjudicatário que:

...

20.1.3. apresentar documentação falsa;

...

20.1.8. **comportar-se de modo inidôneo;**

...

20.3. **Considera-se comportamento inidôneo, entre outros, a declaração falsa quanto às condições de participação, quanto ao enquadramento como ME/EPP ou o conluio entre os licitantes, em qualquer momento da licitação, mesmo após o encerramento da fase de lances**

b) edital referente ao Pregão nº 11/2023:

21.1. Comete infração administrativa, nos termos da **Lei nº 10.520, de 2002**, o licitante/adjudicatário que:

...

21.1.3. apresentar documentação falsa;

...

21.1.8. **comportar-se de modo inidôneo**;

...

21.3. **Considera-se comportamento inidôneo, entre outros, a declaração falsa quanto às condições de participação, quanto ao enquadramento como ME/EPP ou o conluio entre os licitantes, em qualquer momento da licitação, mesmo após o encerramento da fase de lances.**

(Destaque nosso)

50. Ambos os editais, ressalta a CONJUR/MAPA, aduzem que comete infração administrativa, **nos termos da Lei nº 10.520/2002**, o licitante que **se comporta de modo inidôneo**, inclusive quando **apresenta declaração falsa quanto às condições de participação quanto ao enquadramento como ME/EPP**.

51. Por isso, entende a CONJUR/MAPA que, diante do que preveem expressamente as cláusulas dos editais referidos, deve-se sancionar o licitante que tenha tido comportamento inidôneo com base no que dispõe o art. 7º da Lei nº 10.520/2002, a saber:

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)

52. É bem verdade que o art. 9º da Lei nº 10.520/2002 prenuncia a aplicação subsidiária para a modalidade de pregão das normas da Lei nº 8.666/1993, como se pode atestar da leitura do dispositivo:

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**.

53. Porém, em relação a isso, enfatizou a CONJUR/MAPA que o Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o REsp n. 1.603.019/SC, definiu que a expressão "sem prejuízo [...] das demais cominações legais", constante do art. 7º da Lei n. 10.520/2002, deve guardar congruência com a premissa acima citada e com a norma do art. 9º da mesma lei, em função da interpretação sistemática, de modo que, nas "demais cominações legais" não estão abrangidas aquelas subsidiariamente previstas na lei geral de licitações.

54. Eis a ementa lançada no acórdão referente ao REsp n. 1.603.019/SC:

ADMINISTRATIVO. PREGÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. IMPOSSIBILIDADE. LEI ESPECIAL. SANÇÕES PRÓPRIAS. OBSERVÂNCIA.

1. As normas de aplicação subsidiária figuram como comandos de reserva, que só podem ser aplicadas quando a legislação especial não disciplinar, diretamente, a questão.

2. A expressão "sem prejuízo [...] das demais cominações legais", constante do art. 7º da Lei n. 10.520/2002, deve guardar congruência com a premissa acima citada e com a norma do art. 9º da mesma lei, em função da interpretação sistemática, de modo que, nas "demais cominações legais" não estão abrangidas, portanto, aquelas subsidiariamente previstas na lei geral de licitações.

3. Hipótese em que a norma do art. 87, IV, da Lei n. 8.666/1993, que prevê a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, não poderia ser aplicada em caráter subsidiário, porque a própria lei que disciplina o pregão previa sanção própria e especial (art. 7º da Lei n. 10.520/2002) para as irregularidades supostamente praticadas pela parte recorrente, dispensando a necessidade de se buscar, em outra fonte normativa, a penalidade a ser infligida.

4. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.603.019/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado por maioria em 22/11/2022, DJe de 31/1/2023.)

(Destaque nosso)

55. Cumpre destacar que constou do item “3.” da ementa relativa ao julgado citado que “a norma do art. 87, IV, da Lei n. 8.666/1993, que prevê a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, não poderia ser aplicada em caráter subsidiário, porque a própria lei que disciplina o pregão previa sanção própria e especial (art. 7º da Lei n. 10.520/2002) para as irregularidades supostamente praticadas pela parte recorrente, dispensando a necessidade de se buscar, em outra fonte normativa, a penalidade a ser infligida”.

56. Solicitada a se manifestar (NUP 21181.000878/2023-39), a DIAQ/SCGP/CGU/AGU externou entendimento no mesmo sentido da CONJUR/MAPA, tendo apontado que a controvérsia verificada deve ter decorrido da inserção nos editais supracitados de subitens que trazem sanções previstas na Lei 8.666/1993.

57. Ainda segundo a DIAQ/SGGP/CGU/AGU, outro ponto que pode ter suscitado a controvérsia é o teor do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, quanto reza que as sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87 poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos pela lei demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

58. Em que pese isso, pontuou a SGGP/CGU/AGU, poder-se-ia cogitar que esse dispositivo legal não deve ser aplicado ao caso concreto também porque está textualmente direcionado à fase de execução contratual ("em razão dos contratos"), diferentemente do que ocorre com infração cometida no andamento do certame.

59. Por fim, cravou a DIAQ/SGGP/CGU/AGU que “o decreto tem natureza infralegal e tem por desiderato regulamentar a execução do diploma legal, não podendo desbordar dos limites tracejados. Nesse prisma, a imprecisão infralegal não tem o condão de afastar a aplicação do específico art. 7º, da Lei nº 10.520/02, que previu o comportamento inidôneo e sua penalidade. Em verdade, o sentido e alcance do decreto deve ser compreendido que se refere à declaração de comportamento inidôneo e não à penalidade de declaração de inidoneidade prevista na Lei nº 8.666/93. Esta é a interpretação legalmente adequada, que respeita os limites dos diplomas em evidência”.

60. A PGFN, conforme relatado, indicou já haver consolidado o entendimento de que, em sede de pregão, não se aplicam as penalidades insertas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993.

61. Em seu PARECER SEI Nº 13/2018/CCP/PGACA/PGFN-MF, a PGFN transcreveu ilustrativo trecho de seu anterior Parecer PGFN/CJU/COJLC/Nº 2876/2010:

16. Não obstante os diversos posicionamentos acerca do tema, entendo que a Lei nº 10.520, de 2002, apesar de sua natureza de norma geral, no sentido de ser observada por todas as esferas de Governo (municipal, estadual, distrital e federal), é sim específica no que tange à

matéria por ela tratada, tendo em vista sua aplicação restrita ao Pregão. Neste passo, o legislador previu expressamente a utilização da Lei nº 8.666, de 1993, apenas em caráter subsidiário, quando se tratar da modalidade licitatória denominada Pregão (artigo 9º da Lei nº 10.520, de 2002), o que demonstra, ao meu sentir, que não se pretendeu a aplicação “simultânea” das duas normas em apreço, mas apenas possibilitar a integração (eventual) da Lei do Pregão utilizando-se subsidiariamente a Lei de Licitações.

17. Isso quer dizer que não há possibilidade de aplicação das penalidades insertas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei de Licitações no âmbito do Pregão. O que se analisará, com base no uso da analogia destes dispositivos, é apenas o âmbito de abrangência e competência para aplicar a penalidade especificamente prevista na Lei do Pregão (artigo 7º da Lei do Pregão).

(Destaque nosso)

62. Em face de todos esses elementos, em que pesem os compreensíveis e sensatos argumentos apresentados pela CJU/MG, somos levados a crer que assiste razão à CONJUR/MAPA, à DIAQ/SCGP/CGU/AGU e à PGFN quando defendem que a norma insculpida no art. 87, IV, da Lei n. 8.666/1993, não deva ser aplicada aos casos de pregão.

63. Para tanto, entendemos robusto o fundamento de que o STJ, ao proferir decisão no REsp n. 1.603.019/SC, definiu que a norma do art. 87, IV, da Lei n. 8.666/1993, que prevê a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, não pode ser aplicada em caráter subsidiário, porque a própria lei que disciplina o pregão prevê sanção própria e especial (art. 7º da Lei n. 10.520/2002) para as irregularidades supostamente praticadas pela parte recorrente, dispensando a necessidade de se buscar, em outra fonte normativa, a penalidade a ser infligida.

64. Sobre esse entendimento do STJ, convém reproduzir o seguinte trecho, extraído do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator do acórdão, que nos garante uma melhor noção do que restou decidido pela Corte:

Registre-se que as disposições de aplicação subsidiária figuram como normas de reserva, que só podem ser aplicadas quando a legislação especial não disciplinar, diretamente, a questão, o que evidentemente não era o caso dos autos.

A propósito, entendo que a expressão “sem prejuízo [...] das demais cominações legais”, constante do art. 7º da Lei n. 10.520/2002, deve guardar congruência com a premissa estabelecida no parágrafo anterior e com a norma do art. 9º da mesma lei, em função da interpretação sistemática. Nas “demais cominações legais” não estão abrangidas, portanto, aquelas subsidiariamente previstas na lei geral de licitações, sem prejuízo da existência de outras.

Isto é, a interpretação que deve ser conferida à expressão é no sentido de que a lei até admite que as sanções previstas no art. 7º se somem a outras previstas (ou que venham a ser previstas) no ordenamento jurídico, mas somente àquelas que forem veiculadas por normas de mesma natureza (especial).

Assim, entendo que deve ser anulada a sanção aplicada à parte recorrente, facultando-se à administração a possibilidade de impor nova penalidade, desta vez limitada às sanções previstas no art. 7º da Lei n. 10.520/2002.

(Destaque nosso)

65. Com o mesmo propósito, entendemos importante reproduzir excerto do voto-vista do Ministro Benedito Gonçalves, expedido na mesma linha do Relator:

Com efeito, observa-se que o art. 9º da Lei n. 10.520/2002 dispõe expressamente que as normas da Lei n. 8.666/1993 aplicam-se à modalidade de pregão em caráter subsidiário. Assim, entendo que

a interpretação mais adequada à hipótese é no sentido de que, tendo a Lei n. 10.520/2002, em seu art. 7º, estabelecido sanção própria e especial para as irregularidades praticadas quando o processo licitatório seguir a modalidade de pregão, a norma do art. 87, IV, da Lei n. 8.666/1993 não poderia ser aplicada.

Como bem ressaltou o Ministro Relator, "as disposições de aplicação subsidiária figuram como normas de reserva, que só podem ser aplicadas quando a legislação especial não disciplinar, diretamente, a questão, o que evidentemente não era o caso dos autos". Ante o exposto, peço as mais respeitadas vênias à divergência, para acompanhar o Ministro Relator para dar provimento ao recurso especial

(Destaque nosso)

66. Também se apresenta relevante para a solução da controvérsia o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, segundo o qual devem a Administração e o licitante observar as regras e condições previamente estabelecidas no edital.

67. Sobre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ou às regras do edital, eis como analisa o tema o Colendo STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. VINCULAÇÃO ÀS REGRAS DO EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ACEITAÇÃO DE OBJETO EM DESACORDO ÀS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS. ILEGALIDADE. OFENSA À ISONOMIA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO ATO. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULAS 5 E 7/STJ.

(...)

2. **Hipótese em que o Tribunal de origem, com base no conjunto fático-probatório dos autos, assentou a presença dos requisitos para declaração de nulidade do certame, visto que a Administração extrapolou os limites do edital.** Nesse sentido, transcrevo o seguinte trecho do acórdão: "O direito líquido e certo ofendido está caracterizado no fato de que a administração, confessadamente, extrapolou os limites do edital, dando interpretação ampliativa a requisito técnico e, com isso, prejudicando a justa competição entre os licitantes, ou seja, o princípio da isonomia" (fl. 980, e-STJ).

Rever tal entendimento implica reexame da matéria fático-probatória, em especial do edital do pregão, o que é vedado em Recurso Especial (Súmulas 5 e 7/STJ).

3. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.988.567/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/4/2022, DJe de 24/6/2022.)

(Destaque nosso)

68. Também entendemos relevante a ponderação de que o Decreto n° 8.538/2015, por possuir natureza infralegal e caráter regulamentar, não detém condições de se sobrepor a uma disposição legal especificamente estabelecida no art. 7º da Lei n° 10.520/2002, que ostenta natureza especial em relação ao caráter de norma geral da Lei n° 8.666/1993.

69. Sendo assim, a Lei n° 8.666/1993 só deve ser subsidiariamente aplicada quando houver lacuna legislativa da Lei n° 10.520/2002, o que não é o caso ora tratado.

70. A nosso ver, s.m.j., as considerações acima se aplicam também ao caso relativo ao processo de NUP 21181.000982/2023-23.

71. Também nesse processo (NUP 21181.000982/2023-23), o edital do certame (Pregão Eletrônico nº 19/2021/LFDA/MG - Processo nº 21181.000493/2021-18) traz disposição expressa no sentido de que “comete infração administrativa, nos termos da Lei nº 10.520/2002, o licitante/adjudicatário que: (...)”.

72. É o que consta da cláusula 20.1, que tem a seguinte redação:

20.1. Comete infração administrativa, nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, o licitante/adjudicatário que:

73. A disposição foi repetida no “Termo de Referência”:

20.1. Comete infração administrava nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, a CONTRATADA que:

74. É bem verdade que, dentre o rol de sanções administrativas imputáveis à empresa licitante/contratada, com bem apontou a CGSEM/SCGP/CGU/AGU no PARECER n. 00010/2024/CGSEM/SCGP/CGU/AGU, figuram condutas constantes tanto do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 quanto aquela prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/2002.

75. Em que pese isso, segundo a decisão proferida no seio do REsp n. 1.603.019/SC, mostra-se conveniente adotar no âmbito desta AGU o entendimento de que não se aplicam as disposições do art. 87 da Lei nº 9.666/1993, de forma subsidiária, nos procedimentos de pregão eletrônico, em virtude de não haver lacuna legislativa, haja vista a expressa previsão constante do art. 7º da Lei nº 10.520/2002,

76. Importantes também as referências doutrinárias apontadas pela CGSEM/SCGP/CGU/AGU em seu PARECER n. 00010/2024/CGSEM/SCGP/CGU/AGU acerca do assunto:

O autor Ronny Charles Lopes de Torres [2], após analisar a aparente antinomia das regras de sancionamento administrativo previstas nas normas - Lei n. 8.666/93 e n. 10.520/2002, destaca que "as condutas descritas pela Lei n. 10.520/02 apresentam campo semelhante àquelas previstas pela Lei n. 8.666/93, motivo pelo qual, diante da ocorrência de um fato jurídico, seja no certame ou na relação contratual, identificado como descrito pelas duas normas, devem ser aplicadas as sanções previstas pela Lei do Pregão".

Consentâneo com o entendimento exposto, Joel de Menezes Niebuhr [3] defende que "em relação às sanções não se deve cogitar de aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93, na medida em que a Lei n. 10.520/02 não foi omissa. Em editais de pregões, em contratos decorrentes de pregões, as sanções são as do art. 7º da Lei n. 10.520/02".

(Destaque nosso)

77. Por fim, uma última ponderação precisa ser feita. O entendimento ora definido deve ficar restrito aos casos em que se utiliza a normatização anterior sobre as licitações, uma vez que a problemática se encontra sanada em relação à nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

-IV-

78. Diante do exposto, opinamos que:

- a) não se deve sancionar empresas que cometem ilícitos administrativos em procedimentos licitatórios na modalidade pregão eletrônico com base nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, nas situações previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/2002;
- b) segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as normas de aplicação subsidiária figuram como comandos de reserva, que só podem ser aplicadas quando a legislação especial não disciplinar, diretamente, a questão;
- c) o Decreto nº 8.538/2015, por possuir natureza infralegal e caráter regulamentar, não detém condições de se sobrepor a uma disposição legal especificamente estabelecida no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, que ostenta natureza especial em relação à generalidade da Lei nº 8.666/1993; e
- d) o entendimento ora definido deve ficar restrito aos casos em que se analisa a normatização anterior sobre as licitações, uma vez que a problemática se encontra devidamente disciplinada no que se refere à nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

79. Caso aprovada a presente manifestação:

- a) sugerimos que uma cópia seja juntada ao processo de NUP 21181.000982/2023-23, que foi apensado ao presente em razão de guardar correlação temática; e
- b) recomendamos que de se ampla divulgação de seu teor, tendo em vista a transversalidade do tema analisado.

80. Eram os elementos que tínhamos a apresentar.

À consideração superior.

Brasília, 16 de fevereiro de 2024.

MAURÍCIO BRAGA TORRES
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 21181000878202339 e da chave de acesso f98fa945



Documento assinado eletronicamente por MAURÍCIO BRAGA TORRES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1410272694 e chave de acesso f98fa945 no endereço eletrônico <https://supersapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MAURÍCIO BRAGA TORRES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 27-02-2024 11:46. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS
DESPACHO n. 00017/2024/DECOR/CGU/AGU

NUP: 21181.000878/2023-39

INTERESSADOS: MG/MAPA/LABORATÓRIO NACIONAL AGROPECUÁRIO/LANAGRO-MG

ASSUNTOS: CONSULTA E ORIENTAÇÃO DE ATUAÇÃO - OUTROS ASSUNTOS

Senhora Diretora substituta,

1. Estou de acordo com os termos do PARECER N° 00011/2024/DECOR/CGU/AGU, da lavra do Advogado da União Maurício Braga Torres, que concluiu pela incidência da sanção prevista na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, nas hipóteses descritas pelo seu art. 7º, considerando o seu caráter especial, não se aplicando, nesses casos, as sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993.

2. Com efeito, esse entendimento está ancorado em precedente judicial do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1.603.019/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado por maioria em 22/11/2022, DJe de 31/1/2023), bem como em entendimento doutrinário, e coaduna-se com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório que, em ambos os casos concretos, fez referência expressa à incidência das sanções previstas na Lei nº 10.520, de 2002.

3. Registre-se, por oportuno, que a solução da presente divergência visa à uniformização de entendimento aplicável a situações restritas, relativas à legislação anterior sobre licitações, já revogadas, mas que continuam a produzir efeitos nos contratos administrativos firmados durante a vigência dessas Leis^[1].

À consideração superior.

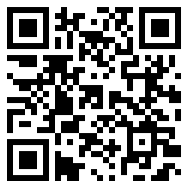
Brasília, 28 de fevereiro de 2024.

MARCO AURÉLIO CAIXETA
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 21181000878202339 e da chave de acesso f98fa945

Notas

-
1. [^] *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021: Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.*
-



Documento assinado eletronicamente por MARCO AURÉLIO CAIXETA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1419004358 e chave de acesso f98fa945 no endereço eletrônico <https://supersapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARCO AURÉLIO CAIXETA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 28-02-2024 10:34. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
GABINETE DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS
DESPACHO n. 00148/2024/GAB/DECOR/CGU/AGU

NUP: 21181.000878/2023-39

INTERESSADOS: MG/MAPA/LABORATÓRIO NACIONAL AGROPECUÁRIO/LANAGRO-MG

ASSUNTOS: Divergência entre órgãos jurídicos consultivos acerca da penalidade administrativa a ser aplicada a empresas licitantes/contratadas que cometem ilícitos em procedimentos de licitação na modalidade “pregão eletrônico”.

1. Aprovo, em seus termos, o PARECER n. 00011/2024/DECOR/CGU/AGU e o DESPACHO n. 00017/2024/DECOR/CGU/AGU, que entendeu que sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, não são aplicadas subsidiariamente às situação do art. 7º da Lei nº 10.520 (Lei do Pregão).
2. À consideração superior.

Brasília, 01 de março de 2024.

DANIELA DE OLIVEIRA RODRIGUES
ADVOGADA DA UNIÃO
Diretora Substituta

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 21181000878202339 e da chave de acesso f98fa945



Documento assinado eletronicamente por DANIELA DE OLIVEIRA RODRIGUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1424585333 e chave de acesso f98fa945 no endereço eletrônico <https://supersapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DANIELA DE OLIVEIRA RODRIGUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 01-03-2024 12:28. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
GABINETE

SAS, QUADRA 03, LOTE 5/6, 12º ANDAR - AGU SEDE I - FONE (61) 2026-8557 BRASÍLIA/DF 70070-030

DESPACHO n. 00144/2024/GAB/CGU/AGU

NUP: 21181.000878/2023-39

INTERESSADOS: MG/MAPA/LABORATÓRIO NACIONAL AGROPECUÁRIO/LANAGRO-MG

ASSUNTOS: CONSULTA E ORIENTAÇÃO DE ATUAÇÃO - OUTROS ASSUNTOS

1. Aprovo os termos do DESPACHO n. 00148/2024/GAB/DECOR/CGU/AGU.
2. Ao DECOR para os registros e comunicações de praxe.

Brasília, 05 de março de 2024.

BRUNO MOREIRA FORTES
Advogado da União
Consultor-Geral da União Substituto

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 21181000878202339 e da chave de acesso f98fa945



Documento assinado eletronicamente por BRUNO MOREIRA FORTES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1428206358 e chave de acesso f98fa945 no endereço eletrônico <https://supersapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO MOREIRA FORTES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 05-03-2024 11:57. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
