

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5090000-61.2014.4.04.7100/RS

RELATOR : LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE

APELANTE : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

APELADO : TOCCATO TECNOLOGIA EM SISTEMAS LTDA

ADVOGADO : Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

EMENTA

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. DECLARAÇÃO FALSA NO CERTAME. EQUÍVOCO. NAO COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ. DESCLASSIFICAÇÃO. SEM PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO. SANÇÃO DE IMPEDIMENTO DE LICITAR. LEI Nº 10.520/2002.

Mero equívoco, com ausência de má-fé, e sem que tenha gerado potencial prejuízo ao interesse público, não justifica a imposição de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e descredenciamento no SICAF, nos termos do artigo 4ª da Lei nº 10.520/2002.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao apelo**, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 12 de julho de 2017.

Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação contra sentença proferida em sede de ação sob o rito ordinário em face da União, objetivando a antecipação dos efeitos da tutela para o fim de suspender os efeitos da decisão administrativa que aplicou à empresa a pena prevista no art. 7.º da Lei n.º 10.520/2002, impedindo-a de licitar e contratar com a União, com o descredenciamento no Sicaf.

Em sentença, o juízo de 1º grau assim julgou:

Ante o exposto, ratifico a liminar e JULGO PROCEDENTE o feito, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para condenar a parte ré a cancelar a penalidade imposta à parte autora, nos termos da fundamentação.

Condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 1.000,00 com base nos §§ 3º e 4º do artigo 20 do CPC, atualizados pelo IPCA-e desde a data da sentença e juros de 0,5 % ao mês a partir do trânsito em julgado.

Apela a União, defendendo, em síntese que:

a) a recorrente claramente se beneficiou da condição de EPP para formular lance inferior, tendo se utilizado do prazo especialmente aberto a fim de rever seu lance em exercício ao direito de preferência previsto na LC 123/2006, somente admitindo não ser mais detentora da condição de EPP quando foi instada a comprovar o enquadramento, o que ocorreu após a 'denúncia' feita por empresa concorrente no pregão;

b) a conduta da empresa de oferecer lance menor utilizando-se da prerrogativa conferida pela Lei Complementar nº 123/2006 foi objetiva, pois a ela cumpre observar as regras de participação no certame, sendo irrelevante, portanto, a existência ou não de má-fé;

c) a sanção de impedimento de licitar e contratar com a União para a conduta de prestar declaração falsa foi devidamente prevista no ato convocatório, em conformidade com o disposto no artigo 28 do Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica, bem como alinha-se ao contido no artigo 7º da Lei nº 10.520/2002, por ser um comportamento claramente inidôneo (a prestação de declaração falsa);

d) o registro da penalidade no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores, mantido pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, foi realizado informando o motivo 'comportamento inidôneo ou fraude fiscal' porque a conduta da licitante amolda-se a essa previsão;

e) a conduta da empresa ao tentar valer-se do benefício concedido às microempresas e empresas de pequeno porte materializou-se durante a sessão pública do pregão, e a dosimetria da pena mostra-se proporcional, pois observa a gravidade da conduta e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Apresentadas contrarrazões ao recurso.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de pedido de nulidade da penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de 12 meses, aplicada pelo TRT da 4.^a

Região, ao fundamento de a parte autora ter prestado declaração falsa no âmbito do Pregão Eletrônico n.º 55/2012.

A demandante fundamenta a necessidade de acolhida da sua pretensão no seguinte: (i) a penalidade em questão não encontra previsão na lei, mas apenas no edital do certame; (ii) que o registro da pena no SICAF (comportamento inidôneo ou fraude fiscal) aponta motivo diverso do que decorreu a aplicação da pena (declaração falsa); (iii) que agiu de boa-fé e que o seu erro não causou prejuízo à Administração; e (iv) que a pena aplicada é desproporcional.

Alega que depois de finalizada a fase de lances, o sistema ordenou as propostas automaticamente, segundo perfil de cada licitante. Por encontrar-se na situação de empate ficto, o Pregoeiro permitiu a Apelada exercer o seu direito de preferência. Foi então que seu funcionário, inadvertida e erroneamente, apresentou novo lance. Imediatamente, a licitante First Decision informou ao Pregoeiro, via chat, que a Apelada não fazia jus ao benefício exclusivo para MEs e EPPs. Em apenas 34 minutos após, a Apelada verificou o erro, ocorrido porque seu cadastro no sistema BB licitações fora realizado em 2010, e estava desatualizado. Em seguida, a Apelada apresentou suas desculpas ao Pregoeiro e aos licitantes e imediatamente abriu mão do benefício, manifestando-se para ser reposicionada na sua classificação natural no certame, qual seja, o 2º lugar.

A União aduziu que, embora o cadastro estivesse desatualizado, a empresa beneficiou-se da condição de EPP para formular lance inferior e que, ante os fatos, não havia a possibilidade de retroceder o lance ofertado indevidamente, restando ao Pregoeiro a necessidade de desclassificar a proposta. Entendendo pela má-fé, ou mesmo culpa objetiva da empresa, foi aplicada a sanção, em face de declaração falsa e fraude à licitação.

Em que pese a penalidade aplicada, de impedimento de licitar e contratar com a União para a conduta de prestar declaração falsa, estivesse prevista no Edital, em conformidade com o disposto no artigo 28 do Decreto nº 5.450/2005, bem como com o artigo 7º da Lei nº 10.520/2002, tenho que, examinando todo o contexto da situação posta, tratou-se de mero equívoco da empresa que participou da licitação.

Embora se trate de erro significativo, que gerou o indevido exercício do direito de preferência previsto na LC 123/2006, não se pode concluir pela má-fé ou intenção de fraudar a licitação, quando se observa que o equívoco foi corrigido em seguida, sem causar prejuízo à licitação e à Administração, tendo sido desclassificada a empresa.

Na mesma linha de raciocínio a seguinte ementa:

'Ação de improbidade administrativa. Ausência de má-fé do administrador público. 1. A lei 8.429/92 da ação de improbidade administrativa, que explicitou a cânone do art. 37, § 4º, da

CF, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10º); c) que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11), aqui também compreendidas a lesão à moralidade administrativa. 2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial. 3. No caso específico do art. 11, é **necessária cautela na exegese das regras neles insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa'** (Resp nº 480.387-SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, DJU 24-5-2004, p. 163).

Assim, a perda da contratação já constituiu punição suficiente à infração da regra editalícia, não se justificando a imposição da sanção suplementar de impedimento de licitar e contratar com a União, e descredenciamento no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores.

Logo, resta mantida a sentença, *verbis*:

Ao analisar o pedido de antecipação de tutela, assim se posicionou este Juízo:

Para a concessão de antecipação de tutela, exige o art. 273 do CPC a presença de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou o manifesto propósito protelatório do réu, bem como a verossimilhança da alegação, a ser fundamentada em prova inequívoca.

Evidentemente, tal expressão não pode ser compreendida como uma demonstração definitiva dos fatos - somente atingível após uma cognição exauriente -, mas sim como uma prova robusta, suficiente para evidenciar a matéria fática posta em causa e provocar a formação de um juízo de probabilidade da pretensão esboçada na inicial.

Sob o ponto de vista de aplicação de penalidades no âmbito administrativo, consta no edital do Pregão Eletrônico nº 55/12, do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, que a licitante que 'fizer declaração falsa' estará sujeita à penalidade de ficar 'impedida de licitar e contratar com a União, pelo prazo de até 5 (cinco) anos'. No entanto, o ato de 'fazer declaração falsa' não está tipificado no art. 7º da Lei nº 10.520/02, logo não poderia a Administração, substituindo-se ao ente legislador, criar hipótese de penalização:

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.

Sob o ponto de vista da proporcionalidade da penalidade aplicada à parte autora, verifico que o egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para caso de maior gravidade (porque a empresa penalizada foi declarada vencedora do certame, teve o seu objeto adjudicado e iniciada a prestação do serviço), a aplicação de penalidade (de suspensão da inscrição no SICAF), por meros três meses, foi considerada excessiva e desproporcional:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE "OPERAÇÃO DE CENTRAL TELEFÔNICA". FALSIDADE DO CERTIFICADO. AUSÊNCIA DE CURSO TÉCNICO-PROFISSIONAL. MULTA. NÃO-REINCIDÊNCIA. SUSPENSÃO DA INSCRIÇÃO NO SICAF. PENALIDADE AFASTADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. No caso, a despeito de o contrato já ter iniciado, a contratada deixou de apresentar certificado que comprovasse a formação técnica das telefonistas, violando as disposições editalícias e contratuais.

2. Não há falar em cerceamento de defesa, pois a empresa foi devidamente intimada para todos os atos, apresentando inclusive recurso de todas as decisões proferidas.

3. A falta de ciência da empresa para comparecer no ato de colhimento das declarações das suas empregadas sobre as irregularidades relativas aos certificados do suposto curso de telefonista realizado não tem o condão de gerar a nulidade da multa aplicada, pois o fato de ser ou não falso os certificados não foi o que deu causa a aplicação da multa de 2%.

4. Desde o início da relação contratual até a aplicação da referida penalidade, a situação fática ensejadora da penalidade de multa não se modificou (falta de qualificação profissional das 04 telefonistas), não havendo que se falar em reincidência, portanto. No que tange à eventual persistência, por este fato já havia sido aplicada a primeira penalidade (multa de 2%), isso porque, desde a primeira intenção da aplicação desta penalidade (março/2010 - evento 26 - pp. 114) até a efetiva aplicação 29/06/2010, já haviam transcorrido mais de 3 (três) meses e, já em 20 de julho de 2010, houve a imposição de nova penalidade pelo mesmo fato.

5. Denota-se a **ausência de razoabilidade e proporcionalidade da penalização no que tange à suspensão da inscrição no SICAF por três meses, que se mostrou rígida e excessiva**, porquanto posteriormente a esse ato sancionatório o INSS continuou contratando a JOB por meio de novas licitações, conforme demonstram os atestados de capacidade técnica do evento 19 - OUT2, emitidos em março e abril de 2014, inclusive de prestação de serviços de telefonia em Santa Maria, sendo que a manutenção daquela restrição causará a cessação dos contratos atualmente existentes.

6. O INSS não traz nenhuma notícia de que em outros contratos seja um proceder da empresa a não apresentação dos documentos que comprovem a qualificação técnica exigida no contrato.

7. No tocante aos honorários advocatícios, considerando a sucumbência mínima da parte autora (artigo 21, parágrafo único, do CPC), deve o INSS ser condenado ao pagamento dessa verba fixada em 10% sobre o valor da causa, devidamente atualizado. (Destaquei)

Com efeito, para caso mais grave do que o apresentado nestes autos (atraso na entrega de medicamentos), a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional entendeu que o prazo de nove meses de impedimento para licitar e contratar foi adequado:

MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DE PENALIDADES EM VIRTUDE DE ATRASO NA ENTREGA DE MEDICAMENTOS. DESCRENCIAMENTO DO SICAF. POSSIBILIDADE. 1. A atuação da impetrante no campo da saúde pública é de extrema importância e responsabilidade, não devendo a administração poupar esforços para evitar que reiteradas condutas de descaso e falta de compromisso, como as demonstradas no procedimento administrativo, continuem a afetar o já sensível e insuficiente sistema de saúde pública. 2. **Não se reveste de desproporcionalidade ou ilegalidade a imposição da sanção de descredenciamento do SICAF por nove meses, a qual está respaldada pelo art. 7º da Lei n. 10.520/2002.** (TRF4, AC 5014372-91.2013.404.7200, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 12/12/2013) (Destaquei)

É de se observar que, para casos assemelhados ao do demandante (inobservância de regra editalícia), a penalidade aplicada fora a de cominação de multa e não de impedimento para licitar e contratar com a Administração:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULAÇÃO DA PENALIDADE DE MULTA APLICADA POR INOBSERVÂNCIA DE REGRA EDITALÍCIA EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEFERIDA - HIGIDEZ DOS FUNDAMENTOS DECISÓRIOS. PREQUESTIONAMENTO. Agravo improvido. (TRF4 5008964-88.2013.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 23/05/2013) (Destaquei)

De fato, verifico a presença do requisito atinente ao *fumus boni iuris*, uma vez que o quantum da penalização evidencia-se como desproporcional, e a presença do *periculum in mora*, porque a demandante pretende participar de novas licitações, e ambos os requisitos autorizam o deferimento do pedido alternativo 'com fundamento no poder geral de cautela, suspender os efeitos jurídicos da penalização'.

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação de tutela para, com fundamento no poder geral de cautela, suspender os efeitos jurídicos da penalização imposta à parte ré que a impede de participar de licitações e contratos com a Administração Pública, até decisão ulterior deste Juízo.

Após a instrução do feito, não vislumbro razões que possam alterar tal entendimento, razão pelo qual julgamento da procedência da demanda é medida que se impõe.

Ante o exposto, voto por **negar provimento ao apelo.**

Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle
Relator

Documento eletrônico assinado por **Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **9034640v22** e, se solicitado, do código CRC **FB476F55**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle

Data e Hora: 12/07/2017 19:12

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 12/07/2017
APELAÇÃO CÍVEL Nº 5090000-61.2014.4.04.7100/RS
ORIGEM: RS 50900006120144047100

RELATOR : Des. Federal LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE
PRESIDENTE : VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
PROCURADOR : Dr. Alexandre Amaral Gavronski
SUSTENTAÇÃO ORAL : Dr. Gustavo Valadares p/ Toccatto Tecnologia em Sistemas Ltda.
APELANTE : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
APELADO : TOCCATO TECNOLOGIA EM SISTEMAS LTDA
ADVOGADO : Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 12/07/2017, na seqüência 179, disponibilizada no DE de 21/06/2017, da qual foi intimado(a) UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a DEFENSORIA PÚBLICA e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 4ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO AO APELO, RESSALVADO O PONTO DE VISTA DA DES. FEDERAL VIVIAN CAMINHA. DETERMINADA A JUNTADA DO VÍDEO DO JULGAMENTO.

RELATOR
ACÓRDÃO : Des. Federal LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE
VOTANTE(S) : Des. Federal LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE
: Juiz Federal EDUARDO GOMES PHILIPSEN
: Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA

Luiz Felipe Oliveira dos Santos
Diretor de Secretaria

MANIFESTAÇÕES DOS MAGISTRADOS VOTANTES

Sustentação Oral - Processo Pautado

Ressalva em 11/07/2017 11:59:11 (Gab. Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA)

O erro do pregoeiro não justifica a atuação da empresa, que também deveria conhecer as regras do pregão eletrônico. Acompanho o relator pelo fato da punição imposta ter sido muito severa.

(Magistrado(a): Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA).

Documento eletrônico assinado por **Luiz Felipe Oliveira dos Santos, Diretor de Secretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **9080412v1** e, se solicitado, do código CRC **6876C3A4**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Luiz Felipe Oliveira dos Santos

Data e Hora: 12/07/2017 13:58