



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 45315 - SP
(2014/0073487-9)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : PLENA ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : DANIEL GUIMARÃES MEDRADO DE CASTRO E OUTRO(S) -
MG130922
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : LÍGIA MARIA TORGLER SILVA E OUTRO(S) - SP077649

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO. UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTO FALSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. APLICAÇÃO DE MULTA E PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM ÓRGÃOS MUNICIPAIS. ART. 7º DA LEI 10.520/2002. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Trata-se de Agravo interno ajuizado contra decisão que julgara recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, impetrado pela parte ora agravante contra ato do Prefeito Municipal de São Paulo, que aplicou as penalidades de multa e de impossibilidade de contratação com os órgãos municipais, pelo prazo de 01 (um) ano, por violação às regras do procedimento licitatório, notadamente a utilização de documento falso. O Tribunal de origem denegou a segurança, assegurou que restou efetivamente comprovada a falsidade do documento apresentado pela licitante, concluindo, assim, que "tanto a conduta da impetrante quanto as penalidades aplicadas estavam previstas em lei e no edital de licitação, pelo que improcedem os argumentos de atipicidade". Quanto à penalidade aplicada, destacou que "não há que se falar em violação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da multa, na medida em que se limitou à fixação de 20% sobre o valor de apenas um mês de fornecimento - e não do valor total da proposta -, e objetivou sancionar conduta de elevada gravidade".

III. Em caso análogo, esta Corte concluiu que, "ao efetuar declaração falsa sobre o atendimento às condições para usufruir dos benefícios previstos na Lei Complementar 123/2006, a impetrante passou a usufruir de uma posição jurídica mais vantajosa em relação aos demais licitantes, o que fere o princípio constitucional da isonomia e o bem jurídico protegido pelos arts. 170, IX, e 179 da Constituição e pela Lei Complementar 123/2006. A fraude à licitação apontada no acórdão recorrido dá ensejo ao chamado *dano in re ipsa*" (STJ, RMS 54.262/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/09/2017).

IV. De fato, a recorrente não comprovou a ofensa a direito líquido e certo, inexistindo qualquer ilegalidade no ato administrativo impugnado, o qual fora praticado no estrito cumprimento da lei, em acordo com o disposto no art. 7.º da Lei 10.520/2002 e nas disposições editalícias.

V. Acerca da alegada desproporcionalidade da pena aplicada, registre-se não prosperar o inconformismo, porquanto, embora o edital preveja a possibilidade de

aplicação de multa de 20% sobre o valor total da proposta, a penalidade foi cominada em 20% sobre o valor de um mês de fornecimento, em estrita observância à gravidade da conduta e atendendo aos limites estabelecidos no edital, que se mostra razoável diante do contexto probatório dos autos.

VI. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 19/04/2022 a 25/04/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 25 de abril de 2022.

Ministra ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora

**AgInt nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 45.315 - SP
(2014/0073487-9)**

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto por PLENA ALIMENTOS LTDA, contra decisão de minha lavra, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, interposto por PLENA ALIMENTOS LTDA, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

'MANDADO DE SEGURANÇA - PREGÃO - DECISÃO DO PREFEITO DO MUNICÍPIO QUE APLICA PENALIDADE VEDANDO A POSSIBILIDADE DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO E MULTA - LICITANTE QUE UTILIZOU DOCUMENTO POR ELA FALSIFICADO - ART. 7º, DA LEI Nº 10.520/02; ITEM 15.1.2, DO EDITAL DE LICITAÇÃO - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL A TODOS OS LICITANTES DURANTE TODO O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - SEGURANÇA DENEGADA.

1. A Administração, ao efetuar diligência junto ao responsável pela emissão do laudo de retificação juntado pela impetrante para instruir seu recurso administrativo, recebeu a resposta expressa do laboratório no sentido de ser falsificado,
2. A exegese correta do art. 7º, da Lei nº 10.520/02, é de que a referência ao convocado limita-se à conduta de não celebrar o contrato; as demais condutas ali descritas dirigem-se a todos os licitantes. O rol de irregularidades do dispositivo não se limita às condutas praticadas no momento da convocação para contratar, mas se estende a todas as fases do procedimento licitatório na modalidade pregão. Nada obstante a técnica questionável da redação do artigo 7º, a interpretação sistemática facilmente revela seu conteúdo, porquanto é extreme de dúvidas que a apresentação de documento falso em qualquer fase do certame constitui atitude reprovável e repreensível pelo direito. Tanto a conduta da impetrante quanto as penalidades aplicadas estavam previstas em lei e no edital de licitação, pelo que improcedem os argumentos de atipicidade.
3. O preposto, legalmente qualificado e habilitado para representar a empresa impetrante no pregão, atuou em seu nome, razão por que se verifica culpa na apresentação de documento falsificado.
4. Não há que se falar em violação dos princípios da

proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da multa, na medida em que se limitou à fixação de 20% sobre o valor de apenas um mês de fornecimento - e não o valor total da proposta-, e objetivou sancionar conduta de elevada gravidade.

5. Segurança denegada' (fl. 1.254e).

Em suas razões recursais, a recorrente defende que:

'21. (...) enquanto não se firma o instrumento negocial decorrente do procedimento licitatório, não há se falar em vínculo de sujeição entre a Administração e os licitantes e, diante disso, impossível se torna o exercício do poder punitivo estatal.

22. Albergado pelo próprio artigo 7º da Lei 10.520/2002, que autofixa o poder punitivo estatal para os atos praticados pelos 'convocados' pela administração, reforçando a ideia de inexistência de vínculo de sujeição, torna-se pusilânime e ilegal a aplicação de qualquer sanção à Recorrente.

(...)

30. Além da própria problemática do dispositivo, ao violar o princípio da legalidade e da taxatividade (...), o que vale ressaltar no presente caso é que o instrumento convocatório não previu, como exige o artigo 7º da Lei 10.520/02, multa às eventuais desviantes, ressalvado o caso da adjudicatária, ao contrário do que compreendeu a decisão ora recorrida.

(...)

36. Trazendo para o caso em tela, não é palatável acreditar que, apesar do caput do artigo 15.1 do edital ser expresso e claro que as punições previstas naquele artigo eram direcionadas às adjudicatárias, os incisos 15.1.2 e 15.1.3 trouxessem exceções à regra. Isso violaria a essência do inciso, que tem caráter enumerativo e explicativo.

(...)

42. Dentro dessa perspectiva, constata-se que a Recorrente não ultrapassou a 3ª fase, sendo declarada inabilitada no procedimento. Portanto, a Recorrente não é adjudicatária e, assim, não está sujeita à sanção prevista no artigo 15.1 (15.1.1, 15.1.2 e 15.1.3) do edital.

(...)

46. (...) a redação do edital é esquizofrênia e (...) o termo 'licitante' do item 15.1.2 entra em choque com o termo 'adjudicatária' expresso no caput. (...) trata-se de exercício do poder punitivo estatal e (...) a limitação do direito individual exige que a interpretação do dispositivo seja restritiva e que adote o '*in dubio pro reo*'.

(...)

62. (...) a ilegalidade da multa pretensamente aplicável à Recorrente, haja vista a inexistência de lei em sentido estrito que fixe as margens da sanção imposta, ocorrendo clara violação ao Princípio da Legalidade, mais precisamente ao da taxatividade ou determinação

(...).

(...)

64. (...) a) (...) a constatação por parte da Administração de que o ato fora praticado por empregado da Recorrente caracteriza a responsabilidade civil prevista no artigo 932, III do Código Civil, isto é, responsabilidade objetiva, não admitido em nosso direito em razão do princípio da causalidade; b) (...) o direito administrativo sancionador só admite a punição por culpa quando o tipo administrativo prever expressamente, haja vista a aplicabilidade subsidiária das normas penais.

(...)

78. Outro ponto que merece reforma no acórdão (...) é a sustentação de que inexistiria a necessidade de demonstração de dolo para a caracterização da sanção, bastando a culpa para que houvesse o sancionamento.

(...)

88. Evidenciado (...) a inexistência de dolo e ausência de dano ao erário, o que inviabiliza o sancionamento por parte da Administração Pública.

(...)

98. (...) ainda que reconhecida a legalidade e legitimidade do artigo 15.1.2, acatando a possibilidade de aplicação da multa no importe de até 20% da proposta, a fixação da sanção pecuniária deve atender ao requisito da individualização da pena, devendo-se ponderar, dentro da porcentagem máxima de 20%, qual o valor proporcional à conduta' (fls. 1.276/1.295e).

Ao final, requer o provimento do recurso.

Contrarrazões apresentadas as fls. 1.302/1.313e.

O Ministério Público Federal, na pessoa do Subprocurador-Geral da República, WAGNER DE CASTRO MATHIAS NETTO, opinou pelo desprovimento do presente recurso (fls. 1.341/1.342e).

Não assiste razão ao recorrente.

Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado pela empresa PLENA ALIMENTOS LTDA. contra 'ato do Prefeito Municipal de São Paulo que, em 26 de setembro de 2012, determinou a publicação no Diário Oficial do Município da decisão de aplicar as sanções de multa no valor de R\$ 219.560,00 (duzentos e dezenove mil quinhentos e sessenta reais) e impossibilidade de contratação com os órgãos municipais pelo prazo de 01 (um) ano, tendo por fundamento suposta violação às regras do procedimento licitatório nº 2012.0.050.808-0' (fl. 3e).

O Tribunal de origem, na resolução da controvérsia, concluiu o seguinte:

'A impetrante participou de pregão para registro de preços para aquisição de carne bovina congelada em peça cortada ao meio-corte coxão duro. A impetrante se classificou em primeiro lugar, mas, na

abertura do segundo envelope, foi considerada inabilitada por não apresentar documentos necessários à comprovação de sua capacidade técnica. Recorreu administrativamente, apresentando laudo de retificação de 'erro material', tendo posteriormente desistido de seu recurso. A autoridade então homologou o certame declarando vencedora a segunda colocada e determinou a instauração de procedimento administrativo para apurar o uso de documento falso pela impetrante em seu recurso administrativo, culminando com a aplicação das penalidades já descritas.

(...)

Neste sentido, observe-se que em sua petição inicial a impetrante não nega a utilização de documento falso para instruir seu recurso administrativo.

(...)

Nada obstante o esforço da impetrante em fazer prevalecer sua interpretação no sentido de que as penalidades se aplicam apenas aos adjudicatários, a exegese correta do dispositivo é aquela sustentada pela d. Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer, no sentido de que 'a referência do artigo 7º da Lei 10.520/02 ao convocado limita-se à conduta de não celebrar o contrato; as demais condutas ali descritas, obviamente, dirigem-se a todos os licitantes' (fls. 971).

(...)

Outrossim, o Edital de Licitação, não impugnado pela impetrante, foi claro e expresso em seu item 15.1.2:

'Item 15.1.2. Sem prejuízo da aplicação de outras penalidades, a licitante que deixar de apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução do certame, não mantiver a proposta ou lance, recusar-se a assinar a Ata de Registro de Preços, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da data de publicação da convocação no Diário Oficial da Cidade, faltar ou fraudar na execução de suas obrigações assumidas para execução do objeto, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, poderá ser aplicada a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a administração bem como a exclusão do cadastro de fornecedores da Prefeitura do Município de São Paulo, pelo prazo de 05 (cinco) anos, além da multa de 20% sobre o valor total da proposta'.

Logo, tanto a conduta da impetrante quanto as penalidades aplicadas estavam previstas em lei e no edital de licitação, pelo que improcedem os argumentos de atipicidade.

Também merecem rejeição as alegações da impetrante no sentido de que a responsabilidade pela conduta ilegal seria apenas de seu funcionário, porque o preposto, legalmente qualificado e habilitado para representar a empresa impetrante no pregão, atua em seu nome.

Há, portanto, culpa. Por esse mesmo motivo, ficam afastados os argumentos referentes à necessidade de comprovação de dolo e à inexistência de responsabilidade objetiva.

(...)

Por fim, não há que se falar em violação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da multa, na medida em que se limitou à fixação de 20% sobre o valor de apenas um mês de fornecimento - e não do valor total da proposta-, e objetivou sancionar conduta de elevada gravidade' (fls. 1.257/1.261e).

Inicialmente, consoante disposição do art. 1º da Lei 12.016/2009, 'conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça'.

Assim sendo, a proteção jurisdicional que se postula por meio da ação mandamental se submete à verificação da presença de direito líquido e certo, ou seja, à existência de um ato omissivo ou comissivo da autoridade coatora que afronte um direito passível de ser comprovado de plano pelo impetrante.

Tal requisito é de essencial relevância para o seu reconhecimento e exercício, uma vez que o mandado de segurança não comporta dilação probatória.

Nesse contexto, a recorrente não comprovou a ofensa a direito líquido e certo, porquanto o ato impugnado foi praticado no estrito cumprimento da lei, com a aplicação da penalidade amparada pelo art. 7.º da Lei 10.520/2002, aplicável também no curso da licitação, in verbis:

Art 7.º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, no 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 Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4.º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais, (destacado)

De outro lado, independentemente de efetiva lesão ao Erário ou de demonstração de culpa, a utilização de documento falso pelo licitante fere o princípio da isonomia e merece repreensão.

Nesse sentido:

'PROCESSUAL CIVIL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA CONDIÇÃO DE EPP PARA OBTENÇÃO DE TRATAMENTO FAVORECIDO NA LICITAÇÃO. 1. Na origem, Mandado de Segurança contra ato do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em que se objetiva afastar a aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e contratação com a Administração Pública pelo prazo de 1 (um) ano, além de multa no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), devido a suposta fraude em pregão eletrônico realizado pelo MPE/MG, consistente na apresentação de declaração afirmando que cumpria os requisitos legais para sua qualificação como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte.

2. Ao efetuar declaração falsa sobre o atendimento às condições para usufruir dos benefícios previstos na Lei Complementar 123/2006, a impetrante passou a usufruir de uma posição jurídica mais vantajosa em relação aos demais licitantes, o que fere o princípio constitucional da isonomia e o bem jurídico protegido pelos arts. 170, IX, e 179 da Constituição e pela Lei Complementar 123/2006.

3. A fraude à licitação apontada no acórdão recorrido dá ensejo ao chamado dano in re ipsa. Nesse sentido: REsp 1.376.524/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9/9/2014; REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/3/2012; REsp 1.190.189/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/9/2010, e REsp 1.357.838/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/9/2014.

4. Mesmo que assim não fosse, a defesa trazida nos autos demanda dilação probatória, o que não se admite em Mandado de Segurança.

5. Recurso Ordinário não provido' (STJ, RMS 54.262/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2017, DJe 13/09/2017).

Acerca da alegada desproporcionalidade da pena aplicada, registre-se não prosperar o inconformismo, porquanto a penalidade foi fixada em observância à gravidade da conduta e aos limites estabelecidos no edital (Item 15.1.2), que se mostra razoável diante do contexto probatório dos autos. Embora o edital preveja a possibilidade de aplicação de multa de 20% sobre o valor total da proposta, a penalidade foi cominada em 20% sobre o valor de um mês de fornecimento.

A propósito:

'MANDADO DE SEGURANÇA. EX-SERVIDOR. PROCESSO

ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. DEMISSÃO. ART. 132, IV E XIII, DA LEI 8.112/90. ARGUMENTAÇÃO DO IMPETRANTE: A PENALIDADE FOI-LHE APLICADA LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO SOMENTE A PROVA TESTEMUNHAL, OS DEPOIMENTOS SÃO CONTRADITÓRIOS E VICIADOS, HOUE CERCEAMENTO DE DEFESA E NÃO FORAM RESPEITADOS OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, NA APLICAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DO INTEIRO TEOR DO PAD. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. IMPOSIÇÃO DA SANÇÃO MÁXIMA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA PENALIDADE, EM DECORRÊNCIA DA FALTA FUNCIONAL COMETIDA. ORDEM DENEGADA.

I. (...)

V. Sobre o exame da razoabilidade e da proporcionalidade da pena de demissão, 'este Superior Tribunal de Justiça, especialmente por sua Primeira Seção, possui o entendimento de que a análise em concreto do malferimento desses princípios enseja indevido controle judicial sobre o mérito administrativo: cabe ao Poder Judiciário apenas apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa' (STJ, AgRg no RMS 47.711/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/08/2015). Ainda que assim não fosse, mesmo que se pudesse avançar sobre o exame da proporcionalidade e razoabilidade da sanção aplicada, observa-se que a medida, no caso, mostra-se adequada, exigível e proporcional. Com efeito, demonstrada a prática de infração aos arts. 117, IX, e 132, IV e XIII, da Lei 8.112/90, entre outros, o ato de demissão é vinculado. Nesse sentido: 'A Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado. Nesse sentido, confira-se: [...] o administrador não tem qualquer margem de discricionariedade na aplicação da pena, tratando-se de ato plenamente vinculado. Configurada a infração do art. 117, XI, da Lei 8.112/90, deverá ser aplicada a pena de demissão, nos termos do art.132, XIII, da Lei 8.112/90, sob pena de responsabilização criminal e administrativa do superior hierárquico desidioso (MS 15.437/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 26/11/2010)' (STJ, MS 15.517/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 18/02/2011).

VI. Mandado de Segurança denegado' (STJ, MS 21.197/RJ, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJe 10/02/2016).

Ante o exposto, com fundamento nos arts. 932, IV, **a**, do CPC vigente e 34, XVIII, do RISTJ, nego provimento ao presente recurso.

Não obstante o disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015 e no Enunciado Administrativo 7/STJ ('Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC'), deixo de majorar os honorários advocatícios, já que, conforme orientação fixada pela Súmula 105/STJ, não é admitida a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em Mandado de Segurança" (fls. 1.353/1.360e).

Opostos Embargos Declaratórios, restaram eles rejeitados (fls. 1.371/1.375e).

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

"5. Antes de adentrarmos às questões meritórias do presente tópico, importante repisar que o Recurso em Mandado de Segurança que fora objeto da decisão vergastada, embora tenha seu trâmite em órgão jurisdicional superior, permite aos julgadores adentrarem ao conteúdo fático, cabendo-lhes a apreciação do conjunto probatório coligido pelas partes. No referido recurso não se está, pois, discutindo questões apenas de direito, mas de fatos que se revelam controvertidos e que são colocados aos julgadores para a devida ponderação.

6. O que se pretende evidenciar, assim, que o Recurso em Mandado de Segurança não está a debater questões de ordem meramente jurídica, que seria corolário básico para viabilizar a edição de decisão monocrática, como exceção ao princípio do colegiado. A decisão monocrática, em atenção a súmula 568/STJ, somente se faz possível quando a controvérsia gira exclusivamente quanto a argumentação jurídica, em que o magistrado não precisa adentrar ao campo fático para proferir o seu posicionamento.

7. O artigo 5º, LV da Constituição Federal, ao assegurar o direito do contraditório e da ampla defesa, incluindo os recursos a ele inerentes e, a disposição do Código de Processo Civil ao excepcionar as situações em que se admite a decisão monocrática em detrimento do colegiado nos conduz a inequívoca percepção que ocorre, no caso, com a devida vênha, cerceamento do direito de defesa da Agravante ao não se permitir que o olhar plural sobre os fatos que são apresentados seja o definidor do direito aplicável.

8. Feitas essas considerações, impõe-nos demonstrar que o julgamento agravado avançou sobre a análise de fatos e provas suscitados no âmbito dos autos do processo, o que reforça a tese aqui aventada da essencialidade de apreciação colegiada para solver a controvérsia fático-jurídica que se apresenta no caso em comento.

(...)

9. Como se depura do trecho acima, para o proferimento da decisão a eminente relatora precisou perquirir sobre o conjunto probatório que se

apresentou nos autos do processo, o que evidencia a existência de elementos que transcendem a esfera do direito em abstrato a ser apreciado. Foi imprescindível imiscuir-se no mundo fático para dar a solução final, o que implica afirmar que a não remessa ao colegiado seria retirar dos seus pares a possibilidade de apreciação diversa dos fatos que foram apresentados.

10. Dessa forma, considerando que a decisão monocrática no caso em tela se deu com avanço a estrutura fático-probatória dos autos, imperioso que se respeite o princípio da colegialidade e que se transfira aos pares a possibilidade de apreciação da matéria, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição presentes no artigo 5º, LV da CF/88.

(...)

11. Em resumo, a decisão vergastada sustentou que a reprimenda imposta pela autoridade coatora possui amparo legal, mesmo não ocorrendo dano ao erário ou mesmo culpa, uma vez que a atuação da licitante teria ferido o princípio da isonomia.

Além disso, por ter amparo no artigo 7º da Lei 10.520/01, a decisão teria observado o princípio da legalidade. No tocante ao montante da pena, asseverou que o quantitativo de 20% estava em consonância com o previsto no edital e, portanto, restou válida. Essa foi a base da decisão monocrática.

(...)

12. A eminente relatora, ao apreciar o fundamento da Agravante de que a sanção Municipal restava eivada por violação aos princípios da legalidade, da taxatividade e da proibição da analogia in malam partem, asseverou que os argumentos trazidos no Recurso não deveriam prosperar, uma vez que artigo 7º da Lei 10.520/02 trazia a hipótese do sancionamento imposto e, além disso, o item 15.1.2 do edital também fazia previsão das penalidades aplicadas.

13. A decisão monocrática asseverou, ao replicar o voto do TJSP que o rol de irregularidades do art. 7º não se limita às condutas praticadas no momento da convocação para contratar, mas se estende a todas as fases do procedimento licitatório na modalidade 'pregão' e que, da mesma forma, o item 15.1.2 prevê o sancionamento de todo e qualquer licitante, não se limitando ao adjudicatário.

14. Sobre esse ponto vale destacar que ele afronta os pressupostos hermenêuticos por ele mesmo utilizados, uma vez que a interpretação sistemática exige a análise de todo o sistema jurídico, impedindo uma leitura casuística e isolada do dispositivo. Passamos, portanto, a desconstrução dos fundamentos apresentados, iniciando pela inexistência de previsão legal para o sancionamento.

(...)

16. Repare que, em uma apreciação literal do dispositivo (devido a sua natureza sancionatória), o exercício do poder punitivo do estado está direcionado para aquele que, ao ser convocado para contratar com a Administração, após inclusive a adjudicação do objeto da licitação, deixa de

fazê-lo pelas condutas ali descritas.

17. Note-se que o termo normativo 'convocado' faz menção ao momento em que efetivamente se surge uma relação entre o licitante e a administração pública, que é a fase de contratação.

18. Isso porque até a contratação há a mera expectativa de direito de se firmar uma relação com a Administração, como preceitua o saudoso Carlos Pinto Coelho Motta, ao mencionar que a contratação está 'submetida a razões de oportunidade e conveniência da Administração'¹.

19. No mesmo diapasão, o STJ consolidou o entendimento que a adjudicação não obriga a administração a contratar, devendo observar os critérios de oportunidade e conveniência.

(...)

20. Com isso, vislumbra-se que a razão do art. 7º da Lei 10.520/02 disciplinar as penalidade apenas para os convocados para contratar é justamente porque neste momento há uma vinculação entre o licitante e a Administração Pública, formando o denominado vínculo de sujeição especial, que legitimaria a aplicação de sanções.

21. Ora, o poder punitivo estatal não pode ser exercido em quaisquer circunstâncias, desvelando-se como imprescindível a existência de um vínculo entre a Administração e o administrado.

22. Esse vínculo pode ser o ordinário, em razão do exercício do poder de polícia, do poder hierárquico ou do poder disciplinar; ou de um vínculo de sujeição especial.

23. Considerando que o presente caso não contempla nenhuma das hipóteses de atuação estatal por um vínculo ordinário, haja vista que a Recorrente não compõe a estrutura hierárquica estatal, não está subordinada funcionalmente com o ente e nem tampouco trata-se do poder de polícia, deve-se aferir se há o vínculo especial de sujeição.

(...)

26. Nesse diapasão, *in casu*, o ato jurídico capaz de criar o vínculo de sujeição especial seria a formação do contrato administrativo, momento que se solidifica a relação Contratante X Contratado. Somente a partir daí permite-se o sancionamento do administrado.

27. A expectativa de direito ocasionada pela participação na concorrência não possui o condão de sujeitar o participante à Administração, sendo que a prática de atos 'reprováveis' pela administração antes da fase de adjudicação tornam-se irrelevantes pela ausência do vínculo de sujeição e a conseqüente impossibilidade de aplicar sanções.

28. Em outras palavras, enquanto não se firma o instrumento negocial decorrente do procedimento licitatório, não há se falar em vínculo de sujeição entre a Administração e os licitantes e, diante disso, impossível se torna o exercício do poder punitivo estatal.

29. Albergado pelo próprio artigo 7º da Lei 10.520/2002, que autofixa o poder punitivo estatal para os atos praticados pelos 'convocados' pela administração, reforçando a idéia de inexistência de vínculo de

sujeição, torna-se pusilânime e ilegal a aplicação de qualquer sanção à Recorrente.

30. O que se percebe é que a decisão recorrida fixou-se mais pela reprovabilidade do ato perpetrado no certame que propriamente pela juridicidade da sanção imposta, haja vista que compreendeu (como de fato é) que o ato sancionado seria repugnante e que o Legislador sempre prima pelo sancionamento desses casos.

31. Nada obstante esse argumento moralmente relevante, é importante destacar que a atuação estatal enquanto Administração Pública exige um liame conectivo, que no caso concreto somente dar-se-ia após a convocação para contratar.

32. Isso, contudo, não impediria que a Recorrente fosse sancionada em razão de eventual prejuízo ocasionado à Administração Pública ou mesmo que a atuação do funcionário fosse investigada e punida penalmente pelo Estado.

33. O que não se admite é que haja um sancionamento administrativo, com restrição de liberdade individual e patrimonial, sem a existência de liame jurídico que o fundamente.

34. Dessa maneira, a decisão ora recorrida não apontou para a melhor hermenêutica do artigo 7º da Lei 10.520/02, merecendo ser revisto tal posicionamento por essa Egrégia Corte de Justiça.

(...)

35. Ad argumentandum tantum, ainda que ultrapassada a fundamentação acima, acolhendo a interpretação lançada na decisão recorrida de que o artigo 7º, ao mencionar 'convocado' direciona a punição exclusivamente à conduta de não celebrar o contrato, o que abrigaria a sanção imposta de impossibilidade de contratação com a administração municipal pelo período de 01 (um) ano, no que concerne à penalidade de multa não há abrigo legal ou normativo.

36. Isso porque, em um primeiro momento, vale aclarar que o próprio artigo 7º, ao permitir a aplicação de multa, remete a exigência de previsão no instrumento convocatório, mencionando que as sanções previstas não excluem as 'multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.'

37. Além da própria problemática do dispositivo, ao violar o princípio da legalidade e da taxatividade (como abordaremos no tópico seguinte), o que vale ressaltar no presente caso é que o instrumento convocatório não previu, como exige o artigo 7º da Lei 10.520/02, multa às eventuais desviantes, ressalvado o caso da adjudicatária, ao contrário do que compreendeu a decisão ora recorrida.

38. Para tanto é preciso compreender que a construção da norma se dá de forma sistemática, de modo que o conjunto normativo tenha coesão e coerência, sendo edificado de maneira que os incisos tenham concatenação direta com caput e este com o capítulo, que se relaciona com a seção, etc.

39. Assim, a hermenêutica sistemática nos conduz a percepção de que a leitura dos dispositivos não deve se dar de forma isolada, observando-se

sempre em qual agrupamento ele se encontra.

(...)

43. Trazendo para o caso em tela, **não é palatável acreditar que, apesar do caput do artigo 15.1 do edital ser expresso e claro que as punições previstas naquele artigo eram direcionadas às adjudicatárias, os incisos 15.1.2 e 15.1.3 trouxessem exceções à regra. Isso violaria a essência do inciso, que tem caráter enumerativo e explicativo. Vejamos o que dispõe o item 15.1 do edital:**

(...)

44. **Assim, a norma editalícia estabelece como sujeito passível de sofrer as sanções administrativas os licitantes que se adequarem no conceito de 'adjudicatário'.**

(...)

47. Ora, da leitura atenta dos escritos doutrinários, por constatação lógica, afere-se que adjudicatário é o vencedor da licitação; é àquele a quem a Administração concede o objeto do certame.

48. Ainda, cabe salientar que as fases da licitação na modalidade pregão são as seguintes: 1ª - publicação do aviso do edital; 2ª - julgamento e classificação das propostas; 3ª habilitação do vencedor; 4ª adjudicação; e 5ª - Homologação.

49. **Dentro dessa perspectiva, contata-se que a Recorrente não ultrapassou a 3ª fase, sendo declarada inabilitada no procedimento. Portanto, a Recorrente NÃO É ADJUDICATÁRIA e, assim, não está sujeita à sanção prevista no artigo 15.1 (15.1.1, 15.1.2 e 15.1.3) do edital.**

50. Analisemos, ainda, o item 15.1.2 do Edital:

'Item 15.1.2. Sem prejuízo da aplicação de outras penalidades, **a licitante** que deixar de **apresentar documentação falsa**, ensejar o retardamento da execução do certame, não mantiver a proposta ou lance, recusar-se a assinar a Ata de Registro de Preços, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da data de publicação da convocação no Diário Oficial da Cidade, faltar ou fraudar na execução de suas obrigações assumidas para execução do objeto, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, poderá ser aplicada a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a administração bem como a exclusão do cadastro de fornecedores da Prefeitura do Município de São Paulo, pelo prazo de 05 (cinco) anos, além da multa de 20% sobre o valor total da proposta' (grifo do voto do Relator).

51. **De fato no item 15.1.2 a Administração Pública utilizou o termo 'licitante' para direcionar as sanções daquele dispositivo. Entretanto, é preciso compreender esse item do edital de forma sistemática, isto**

é, alocado conjuntamente com o caput do dispositivo que é o item 15.1.

52. E nessa perspectiva é importante repisar que o item 15.1 expressa de forma clara que as penalidades dos itens 15.1.1, 15.1.2 e 15.1.3 destinavam-se às adjudicatárias.

53. Não resta dúvida que a redação do edital é esquizofrênica e que o termo 'licitante' do item 15.1.2 entra em choque com o termo 'adjudicatária' expresso no caput. Entrementes, não podemos afastar os olhos para seguinte questão: trata-se de exercício do poder punitivo estatal e que a limitação do direito individual exige que interpretação do dispositivo seja restritiva e que adote o 'in dubio pro reo'.

54. Compreender que o referido dispositivo e seus incisos direciona a punição para além das adjudicatárias é realizar interpretação que transcende o disposto no texto, violando inequivocamente o princípio proibição da aplicação analógica in malam partem.

55. Do mesmo modo, tratar os incisos como normatização própria, autônoma e desvinculada do caput é contrariar a normatização técnica legislativa e conferir à Administração o poder ilimitado de interpretar as normas editalícias ao seu alvedrio, atentando violentamente contra o Princípio do Estado Democrático de Direito.

56. A compreensão de que os incisos 15.1.2 e 15.1.3 do edital são normas que não estão direcionadas somente às adjudicatárias, além de configurar um agir estratégico direcionado à punição imotivada de quem não se habilitou no certame, configura interpretação que extrapola a literalidade e a sistematicidade das normas, caracterizando uma indiscutível interpretação analógica in malam partem, o que é vedado pelo nosso sistema jurídico.

(...)

58. Além dos argumentos trazidos supra, a pena de multa também deve ser considerada como ilegítima em razão violação ao princípio da legalidade, uma vez que o artigo 7º da Lei 10.520/02 transfere ao Executivo o poder de fixar a penalidade, o que contraria os preceitos de um Estado Democrático de Direito.

59. Ora, o exercício do poder punitivo estatal está diretamente vinculado às observâncias das normas protetivas do Direito Penal e Processual Penal.

60. Dentre essas normas, há que destacar o Princípio da Legalidade, que imprime a necessidade de haver lei em sentido estrito que preveja precisamente a conduta reprovável e a limitação do poder punitivo, fixando como se deve dar a sanção.

61. Nesse contexto, há se ressaltar a impossibilidade de transferência da competência legislativa, sendo vedado ao poder legiferante delegar a atribuição de definir o tipo e a consequência jurídica para outro poder estatal.

(...)

O que se nota é que não havendo uma tipificação completa e uma limitação do mínimo e máximo de pena aplicável, impossível se torna a punição, já que não se pode conferir a Poder diverso do Legislativo

a competência de fixar a consequência jurídica decorrente do exercício do poder punitivo estatal.

67. Com esse enquadramento, verifica-se que o artigo 7º da Lei 10.520/2002, para ganhar uma interpretação conforme a Constituição (em observância ao princípio da legalidade), somente pode ser lido de maneira que a multa ali instada se refira à multa civil, pelo descumprimento de contrato. Em outras palavras, que se trate de multa decorrente de cláusula penal, que puna o contratante pelo inadimplemento contratual.

(...)

70. A decisão monocrática que se recorre aduziu que o fato do preposto representar a empresa seria suficiente para caracterizar a possibilidade de aplicação de pena, ainda que não caracterizado o dano ao erário ou mesmo culpa da Agravante.

71. A decisão recorrida, entretanto, data vênua, equivoca-se em dois pontos primorosos: a) primeiro, porque a constatação por parte da Administração de que o ato fora praticado por empregado da Recorrente caracteriza a responsabilidade civil prevista no artigo 932, III do Código Civil, isto é, responsabilidade objetiva, não admitido em nosso direito em razão do princípio da culpabilidade; b) que o direito administrativo sancionador só admite a punição por culpa quando o tipo administrativo prever expressamente, haja vista a aplicabilidade subsidiária das normas penais.

(...)

86. Ademais, ainda que se considere que a Recorrente agiu de forma culposa, há que se repisar a imprescindibilidade de demonstração do dolo para a punição administrativa, mormente quando da conduta do agente não é possível extrair qualquer dano à Administração Pública.

87. A punição pela culpa somente é possível quando expressamente admitida pela norma, sendo que, em regra, a sanção somente pode se dar pelo dolo. Isso decorre da aplicação dos preceitos advindos do Direito Penal, para o qual a punição pela culpa é absolutamente subsidiária e dependente de prévia previsão normativa.

(...)

97. Sustenta a decisão recorrida que a aplicação da multa pelo Município de São Paulo se deu em estrita observância ao previsto no edital e, portanto, seria absolutamente lícita.

98. O fundamento apresentado não merece prosperar, pois o que está em discussão é que o percentual de 20% (vinte por cento) aplicado no caso em comento não levou em consideração as circunstâncias do caso, inobservando o princípio da individualização da pena.

99. Isso porque houve mera subsunção da conduta tida como reprovável e a pena máxima prevista no instrumento convocatório.

100. Note-se que, conforme incansavelmente se sustentou, os princípios do Direito Penal devem capitanear o agir punitivo da Administração.

101. Com isso, forçosa se torna a aplicação do princípio da individualização das penas, segundo o qual deve-se avaliar a conduta do agente de forma individualizada, de modo a aplicar-lhe a sanção que seja proporcional à sua

Superior Tribunal de Justiça

conduta" (fls. 1.389/1.409e)

Por fim, requer "seja conhecido e provido o presente Agravo Interno, reformando na totalidade o acórdão recorrido, declarando ser ilegal a sanção imposta pelo Prefeito Municipal de São Paulo/SP" (fl. 1.411e).

Impugnação da parte agravada, a fls. 1.416/1.434e, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

**AgInt nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 45.315 - SP
(2014/0073487-9)**

RELATORA : MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES
AGRAVANTE : PLENA ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : DANIEL GUIMARÃES MEDRADO DE CASTRO E OUTRO(S) -
MG130922
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : LÍGIA MARIA TORGGLER SILVA E OUTRO(S) - SP077649

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO. UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTO FALSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. APLICAÇÃO DE MULTA E PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM ÓRGÃOS MUNICIPAIS. ART. 7º DA LEI 10.520/2002. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Trata-se de Agravo interno ajuizado contra decisão que julgara recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, impetrado pela parte ora agravante contra ato do Prefeito Municipal de São Paulo, que aplicou as penalidades de multa e de impossibilidade de contratação com os órgãos municipais, pelo prazo de 01 (um) ano, por violação às regras do procedimento licitatório, notadamente a utilização de documento falso. O Tribunal de origem denegou a segurança, assegurou que restou efetivamente comprovada a falsidade do documento apresentado pela licitante, concluindo, assim, que "tanto a conduta da impetrante quanto as penalidades aplicadas estavam previstas em lei e no edital de licitação, pelo que improcedem os argumentos de atipicidade". Quanto à penalidade aplicada, destacou que "não há que se falar em violação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da multa, na medida em que se limitou à fixação de 20% sobre o valor de apenas um mês de fornecimento - e não do valor total da proposta -, e objetivou sancionar conduta de elevada gravidade".

III. Em caso análogo, esta Corte concluiu que, "ao efetuar declaração falsa sobre o atendimento às condições para usufruir dos benefícios previstos na Lei Complementar 123/2006, a impetrante passou a usufruir de uma posição jurídica mais vantajosa em relação aos demais licitantes, o que fere o princípio constitucional da isonomia e o bem jurídico protegido pelos arts. 170, IX, e 179 da Constituição e pela Lei Complementar 123/2006. A fraude à licitação apontada no acórdão recorrido dá ensejo ao chamado *dano in re ipsa*" (STJ, RMS 54.262/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/09/2017).

IV. De fato, a recorrente não comprovou a ofensa a direito líquido e certo, inexistindo qualquer ilegalidade no ato administrativo impugnado, o qual fora praticado no estrito cumprimento da lei, em acordo com o disposto no art. 7.º da Lei 10.520/2002 e nas disposições editalícias.

Superior Tribunal de Justiça

V. Acerca da alegada desproporcionalidade da pena aplicada, registre-se não prosperar o inconformismo, porquanto, embora o edital preveja a possibilidade de aplicação de multa de 20% sobre o valor total da proposta, a penalidade foi cominada em 20% sobre o valor de um mês de fornecimento, em estrita observância à gravidade da conduta e atendendo aos limites estabelecidos no edital, que se mostra razoável diante do contexto probatório dos autos.

VI. Agravo interno improvido.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não obstante os combativos argumentos da parte agravante, as razões deduzidas neste Agravo interno não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado pela empresa Plena Alimentos LTDA. contra "ato do Prefeito Municipal de São Paulo que, em 26 de setembro de 2012, determinou a publicação no Diário Oficial do Município da decisão de aplicar as sanções de multa no valor de R\$ 219.560,00 (duzentos e dezenove mil quinhentos e sessenta reais) e impossibilidade de contratação com os órgãos municipais pelo prazo de 01 (um) ano, tendo por fundamento suposta violação às regras do procedimento licitatório nº 2012.0.050.808-0" (fl. 3e).

O Tribunal de origem, na resolução da controvérsia, assim concluiu:

"A impetrante participou de pregão para registro de preços para aquisição de carne bovina congelada em peça cortada ao meio-corte coxão duro. **A impetrante se classificou em primeiro lugar, mas, na abertura do segundo envelope, foi considerada inabilitada por não apresentar documentos necessários à comprovação de sua capacidade técnica.** Recorreu administrativamente, apresentando laudo de retificação de 'erro material', tendo posteriormente desistido de seu recurso. A autoridade então homologou o certame declarando vencedora a segunda colocada e **determinou a instauração de procedimento administrativo para apurar o uso de documento falso pela impetrante em seu recurso administrativo, culminando com a aplicação das penalidades já descritas.**

(...)

Neste sentido, observe-se que **em sua petição inicial a impetrante não nega a utilização de documento falso para instruir seu recurso administrativo.**

(...)

Nada obstante o esforço da impetrante em fazer prevalecer sua interpretação no sentido de que as penalidade se aplicam apenas aos adjudicatários, a exegese correta do dispositivo é aquela sustentada pela douta Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer, no sentido de que 'a referência do artigo 7º da Lei 10.520/02 ao convocado limita-se à conduta de não celebrar o contrato; as demais condutas ali descritas, obviamente, dirigem-se a todos os licitantes' (fls. 971).

(...)

Outrossim, o Edital de Licitação, não impugnado pela impetrante, foi claro e expresso em seu item 15.1.2:

'Item 15.1.2. Sem prejuízo da aplicação de outras penalidades, a licitante que deixar de apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução do certame, não mantiver a proposta ou lance, recusar-se a assinar a Ata de Registro de Preços, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da data de publicação da convocação no Diário Oficial da Cidade, faltar ou fraudar na execução de suas obrigações assumidas para execução do objeto, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, poderá ser aplicada a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a administração bem como a exclusão do cadastro de fornecedores da Prefeitura do Município de São Paulo, pelo prazo de 05 (cinco) anos, além da multa de 20% sobre o valor total da proposta'.

Logo, tanto a conduta da impetrante quanto as penalidades aplicadas estavam previstas em lei e no edital de licitação, pelo que improcedem os argumentos de atipicidade.

Também merecem rejeição as ilações da impetrante no sentido de que a responsabilidade pela conduta ilegal seria apenas de seu funcionário, porque o preposto, legalmente qualificado e habilitado para representar a empresa impetrante no pregão, atua em seu nome. Há, portanto, culpa. Por esse mesmo motivo, ficam afastados os argumentos referentes à necessidade de comprovação de dolo e à inexistência de responsabilidade objetiva.

(...)

Por fim, não há que se falar em violação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da multa, na medida em que se limitou à fixação de 20% sobre o valor de apenas um mês de fornecimento - e não do valor total da proposta -, e objetivou sancionar conduta de elevada gravidade" (fls. 1.257/1.261e).

Nas razões recursais, a parte recorrente sustentou que:

"21. (...) enquanto não se firma o instrumento negocial decorrente do procedimento licitatório, não há se falar em vínculo de sujeição entre a Administração e os licitantes e, diante disso, impossível se torna o exercício do poder punitivo estatal.

22. Albergado pelo próprio artigo 7º da Lei 10.520/2002, que autofixa o poder punitivo estatal para os atos praticados pelos 'convocados' pela administração, reforçando a ideia de inexistência de vínculo de sujeição, torna-se pusilânime e ilegal a aplicação de qualquer sanção à Recorrente.

(...)

30. Além da própria problemática do dispositivo, ao violar o princípio da legalidade e da taxatividade (...), o que vale ressaltar no presente caso é que o instrumento convocatório não previu, como exige o artigo 7º da Lei

10.520/02, multa às eventuais desviantes, ressalvado o caso da adjudicatária, ao contrário do que compreendeu a decisão ora recorrida.

(...)

36. Trazendo para o caso em tela, não é palatável acreditar que, apesar do caput do artigo 15.1 do edital ser expresso e claro que as punições previstas naquele artigo eram direcionadas às adjudicatárias, os incisos 15.1.2 e 15.1.3 trouxessem exceções à regra. Isso violaria a essência do inciso, que tem caráter enumerativo e explicativo.

(...)

42. Dentro dessa perspectiva, constata-se que a Recorrente não ultrapassou a 3ª fase, sendo declarada inabilitada no procedimento. Portanto, a Recorrente não é adjudicatária e, assim, não está sujeita à sanção prevista no artigo 15.1 (15.1.1, 15.1.2 e 15.1.3) do edital.

(...)

46. (...) a redação do edital é esquizofrênia e (...) o termo 'licitante' do item 15.1.2 entra em choque com o termo 'adjudicatária' expresso no caput. (...) trata-se de exercício do poder punitivo estatal e (...) a limitação do direito individual exige que a interpretação do dispositivo seja restritiva e que adote o 'in dubio pro reo'.

(...)

62. (...) a ilegalidade da multa pretensamente aplicável à Recorrente, haja vista a inexistência de lei em sentido estrito que fixe as margens da sanção imposta, ocorrendo clara violação ao Princípio da Legalidade, mais precisamente ao da taxatividade ou determinação (...).

(...)

64. (...) a) (...) a constatação por parte da Administração de que o ato fora praticado por empregado da Recorrente caracteriza a responsabilidade civil prevista no artigo 932, III do Código Civil, isto é, responsabilidade objetiva, não admitido em nosso direito em razão do princípio da causalidade; b) (...) o direito administrativo sancionador só admite a punição por culpa quando o tipo administrativo prever expressamente, haja vista a aplicabilidade subsidiária das normas penais.

(...)

78. Outro ponto que merece reforma no acórdão (...) é a sustentação de que inexistiria a necessidade de demonstração de dolo para a caracterização da sanção, bastando a culpa para que houvesse o sancionamento.

(...)

88. Evidenciado (...) a inexistência de dolo e ausência de dano ao erário, o que inviabiliza o sancionamento por parte da Administração Pública.

(...)

98. (...) ainda que reconhecida a legalidade e legitimidade do artigo 15.1.2, acatando a possibilidade de aplicação da multa no importe de até 20% da proposta, a fixação da sanção pecuniária deve atender ao requisito da individualização da pena, devendo-se ponderar, dentro da porcentagem máxima de 20%, qual o valor proporcional à conduta" (fls. 1.276/1.295e).

Nos dizeres de HELY LOPES MEIRELLES, "Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais" (in Mandado de Segurança, 23ª Ed., São Paulo: Malheiros, p. 35).

Outra não é a lição de SÉRGIO FERRAZ, ao transcrever excerto do voto proferido pelo Ministro ADHEMAR MACIEL, neste sentido:

"A essência do processo do mandado de segurança está em ser ele um 'processo de documentos' (Urkundenprozess), exigindo prova pré constituída. Quem não prova de modo insofismável com documentos o que deduz na inicial não tem a condição especial da ação de mandado de segurança. Logo, o julgador não tem como chegar ao mérito do pedido e deve extinguir o processo por carência de ação" (RMS 4.358-8, DJU 19.12.94, p.35.332) (in Mandado de Segurança (individual e coletivo) - Aspectos Polêmicos, São Paulo: Malheiros, 1996, p.30)

Ou seja, a análise da presença do direito líquido e certo é feita à luz das peças já existentes no processo.

No caso, a aplicação da penalidade encontra-se amparada pelo art. 7.º da Lei 10.520/2002, aplicável também no curso da licitação, **in verbis**:

"Art 7.º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, no 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. 4.º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais."

Ademais, assim dispõe o item 15.1.2 do Edital de Licitação:

'Item 15.1.2. Sem prejuízo da aplicação de outras penalidades, a

licitante que deixar de apresentar documentação exigida na licitação ou apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução do certame, não manter a proposta ou lance, recusar-se a assinar a Ata de Registro de Preços, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da data de publicação da convocação no Diário Oficial da Cidade, faltar ou fraudar na execução de suas obrigações assumidas para execução do objeto, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, **poderá ser aplicada a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a administração bem como a exclusão do cadastro de fornecedores da Prefeitura do Município de São Paulo, pelo prazo de 05 (cinco) anos, além da multa de 20% sobre o valor total da proposta'** (fl. 128e).

Ao contrário do que pretende fazer crer a parte recorrente, o texto acima transcrito expressamente direciona as sanções às "licitantes" e não apenas às adjudicatárias, como defende.

De fato, como bem destacou o **Parquet** federal, "a pretensão recursal funda-se em discutíveis questões, não tendo a impetrante demonstrado a ilegalidade do procedimento administrativo que culminou na suspensão provisória do seu direito de participar de licitações e contratar com a Administração Pública, bem como na aplicação de multa, regularmente prevista no edital, conforme imposição do art. 7º, da Lei nº 10.520/2002, indiciando-se, ao contrário, a correção da medida, em face da gravidade da conduta apurada, consistente no fornecimento de falsa declaração quanto à capacidade técnica exigida da empresa e regularmente inscrita em regra editalícia - que não foi objeto de contestação. Cumpre ressaltar, ademais, a observância aos trâmites regulares do procedimento administrativo, oportunizando-se, à empresa licitante, manifestação nos momentos oportunos, inexistindo mácula às garantias constitucionais do devido processo legal".

De outro lado, independentemente de efetiva lesão ao Erário, a utilização de documento falso pelo licitante fere o princípio da isonomia, razão pela qual conclui-se que, de fato, a impetrante não comprovou ofensa a direito líquido e certo, inexistindo qualquer ilegalidade no ato administrativo impugnado, o qual fora praticado no estrito cumprimento da lei, em acordo com o disposto no art. 7.º da Lei 10.520/2002 e nas disposições editalícias.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA CONDIÇÃO DE EPP PARA OBTENÇÃO DE TRATAMENTO FAVORECIDO NA LICITAÇÃO.

1. Na origem, Mandado de Segurança contra ato do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em que se objetiva afastar a aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação

em licitação e contratação com a Administração Pública pelo prazo de 1 (um) ano, além de multa no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), devido a suposta fraude em pregão eletrônico realizado pelo MPE/MG, consistente na apresentação de declaração afirmando que cumpria os requisitos legais para sua qualificação como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte.

2. Ao efetuar declaração falsa sobre o atendimento às condições para usufruir dos benefícios previstos na Lei Complementar 123/2006, a impetrante passou a usufruir de uma posição jurídica mais vantajosa em relação aos demais licitantes, o que fere o princípio constitucional da isonomia e o bem jurídico protegido pelos arts. 170, IX, e 179 da Constituição e pela Lei Complementar 123/2006.

3. A fraude à licitação apontada no acórdão recorrido dá ensejo ao chamado dano in re ipsa. Nesse sentido: REsp 1.376.524/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9/9/2014; REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/3/2012; REsp 1.190.189/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/9/2010, e REsp 1.357.838/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/9/2014.

4. Mesmo que assim não fosse, a defesa trazida nos autos demanda dilação probatória, o que não se admite em Mandado de Segurança.

5. Recurso Ordinário não provido" (STJ, RMS 54.262/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/09/2017).

Acerca da alegada desproporcionalidade da pena aplicada, registre-se não prosperar o inconformismo, porquanto, embora o edital preveja a possibilidade de aplicação de multa de 20% **sobre o valor total da proposta**, a penalidade foi cominada em 20% **sobre o valor de um mês de fornecimento** (fl. 219e), em estrita observância à gravidade da conduta e atendendo aos limites estabelecidos no edital, que se mostra razoável diante do contexto probatório dos autos.

A propósito:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. **SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE.** ADMINISTRAÇÃO X ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISTINÇÃO. AUSÊNCIA.

1. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pela Petrobrás Distribuidora S/A contra ato do Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o qual, após rescindir o contrato celebrado entre as partes, para a aquisição de 140.000 litros de gasolina comum, com fornecimento parcelado em doze meses, aplicou sanções de pagamento de multa, no valor de R\$ 72.600,00 e de impedimento de licitar e contratar com o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, pelo prazo de um ano.

2. Inicialmente, cabe destacar que é incontroverso nos autos que a Petrobrás Distribuidora S/A, que participara da licitação com documentação da matriz, ao arrepio do que exigia o contrato, forneceu combustível por meio de sua filial sediada no Estado de São Paulo, a quem era devedora do ICMS.

3. Por sua vez, o artigo 87 da Lei n. 8.666/93 prevê expressamente entre as sanções para o descumpridor do acordo a multa, a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

4. Na mesma linha, fixa o art. 7º da Lei n. 10.520/2002.

5. Ademais, o § 2º do artigo 87 da Lei de Licitação permite a aplicação conjunta das citadas sanções, desde que facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo no prazo de cinco dias úteis.

6. Da mesma forma, o Item 12.2 do edital referente ao contrato em questão estabelece a aplicação das sanções estipuladas nas Leis n. 10.520/02 e n. 8.666/93, bem como na Resolução n. 5/93 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ao inadimplente.

7. Já o mencionado contrato dispunha na Cláusula Oitava sobre a possibilidade de aplicação ao contratado, diante da inexecução total ou parcial do ajuste, de qualquer das sanções previstas na Lei de Licitações, a juízo fundamentado da prefeitura, de acordo com a gravidade da infração.

8. Nesse contexto, não obstante as diversas advertências efetuadas pelo Tribunal de Contas no sentido de que não poderia a recorrente cometer as irregularidades que motivaram as sanções, esta não cuidou para que a unidade responsável pela execução do contrato apresentasse previamente a documentação que atestasse a observância das normas da licitação e das cláusulas contratadas, de modo que **não há que se falar em desproporcionalidade da pena aplicada, sobretudo diante da comprovação das condutas imputadas à recorrente, o que autoriza a aplicação da multa e da sanção de impedimento de contratar com a Administração pelo prazo de um ano, tudo para bem melhor atender ao interesse público.**

9. Note-se, ainda, que esta Corte já apontou pela insuficiência da comprovação da regularidade fiscal da matriz e pela necessidade de a filial comprovar tal regularidade se a esta incumbir o cumprimento do objeto da licitação. Precedente.

10. Por fim, não é demais destacar que neste Tribunal já se pontuou a ausência de distinção entre os termos Administração e Administração Pública, razão pela qual a sanção de impedimento de contratar estende-se a qualquer órgão ou entidade daquela.

Precedentes.

11. Recurso ordinário não provido" (STJ, RMS 32.628/SP, Rel. Ministro

Superior Tribunal de Justiça

MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/09/2011).

Assim, não se divisam, nas razões do Agravo interno, argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada, que deve ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **nego provimento** ao Agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

**AgInt nos EDcl no RMS 45.315 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2014/0073487-9

Número de Origem:

00048270620138260000 201200508080 48270620138260000

Sessão Virtual de 19/04/2022 a 25/04/2022

Relator do AgInt nos EDcl

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PLENA ALIMENTOS LTDA

ADVOGADO : DANIEL GUIMARÃES MEDRADO DE CASTRO E OUTRO(S) - MG130922

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : LÍGIA MARIA TORGGLER SILVA E OUTRO(S) - SP077649

ASSUNTO : DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
LICITAÇÕES - SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : PLENA ALIMENTOS LTDA

ADVOGADO : DANIEL GUIMARÃES MEDRADO DE CASTRO E OUTRO(S) - MG130922

AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : LÍGIA MARIA TORGGLER SILVA E OUTRO(S) - SP077649

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 19/04/2022 a 25/04/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 26 de abril de 2022