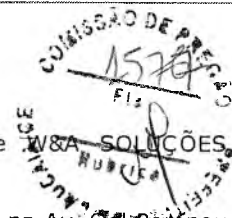


Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

Referente a RECURSO do Pregão Eletrônico Nº 2023.06.20.01 - SMS em favor de W&A SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS EIRELI.

W&A SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS EIRELI, empresa com sede em Aracati, Estado do Ceará, na Av. Cel. Pompeu 179, Centro, inscrita no CNPJ: 13.608.696.0001/85, neste ato representado por seu representante, vem perante Vossa Senhoria, apresentar RECURSO referente a inabilitação no Pregão Eletrônico Nº 2023.06.20.01 - SMS administrado pela PREFEITURA MUNICIPAL DE CAUCAIA - CE.



I - DOS FATOS

A empresa W&A SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS EIRELI, CNPJ 13.608.696/0001-85, participou do Pregão Eletrônico nº 2023.06.20.01, cujo objeto era o Registro de Preços para futuras e eventuais prestações de serviços gráficos, de interesse da secretaria de saúde do município de Caucaia- Ce, na qual acompanhou todo o processo licitatório e sagrou-se arrematante dos lotes 1, 2,3,5 e 8. No entanto, a recorrente foi inabilitada do certame, tendo em vista a existência da penalidade de " Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de licitar e contratar com a Administração, pelo prazo de dois anos", que se encerrará em 14/04/2025 e foi aplicada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região.

É que a penalidade aplicada à Recorrente não a impede de participar de licitações, salvo as únicas e exclusivamente promovidas por órgãos federais, na medida em que a abrangência é restrita ao aplicador. Sendo assim, a inabilitação da Recorrente foi descabida de fundamento legal e/ou previsão edital.

O Edital dispõe que apenas não poderão participar do certame empresas que " 2.2.6. Impedidas de licitar com a Administração", " 2.2.7. Suspensas temporariamente de participar de licitação e impedidas de contratar a Administração.", " 2.2.8. Declaradas inidôneas pela Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes desta condição".

Não há previsão legal que autorize a decisão tomada pelo pregoeiro, configurando ato ilegal, capaz de produzir grandes prejuízos à Recorrente que deveria ter sido habilitada, ao passo que possuía todas as condições para tanto, ofertando inclusive o melhor preço, em benefício ao interesse público.

Segundo Parecer nº 5487/2018 da Procuradoria-Geral da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, há pacífico entendimento no âmbito do STJ e TJMG de que a penalidade prevista no inciso III, do artigo 87, da Lei nº 8.666/93 tem abrangência à toda a Administração Pública, citando os julgados referentes à matéria, conforme anexo

No entanto, sabe-se que o Tribunal de Contas da União, entende de modo diverso e, frise-se, de acordo com a legislação, que não deixa dúvidas:

A sanção de impedimento para licitar e contratar prevista art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador. (Acórdão 1003/2015 - Plenário Data da sessão 29/04/2015 Relator BENJAMIN ZYMLER

O edital da licitação, ao estabelecer vedações à participação no certame, deve ser suficientemente claro no sentido de que a penalidade de suspensão para licitar e contratar, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, tem abrangência restrita ao órgão ou entidade que aplicou a sanção. (Acórdão 2556/2013 - Plenário Data da sessão 18/09/2013, Relator Augusto Sherman)

O entendimento da Corte de Contas continua esse, tanto que em recente sessão no dia 12 de setembro de 2018, reafirmou-se:

1.7. Dar ciência à Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária, de modo a evitar a repetição de falha similar, que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei 8.666/1993, somente pela própria Delegacia, nos termos decididos pelo Tribunal, entre outros, nos Acórdãos 3243/2012, 3.439/2012, e 842/2013, todos do Plenário. (Acórdão nº 2116/2018-Plenário, Relator José Múcio Monteiro, Processo de Representação nº 023.373/2018-0, Data da sessão 12/09/2018, Número da Ata 35/2018).

É que há expressa distinção entre os termos "Administração" e "Administração Pública", nos termos do art. 6º, XI e XII da Lei nº 8.666/93:

XI - Administração Pública - 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;

XII.- Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente; (Grifo nosso)

Entender de modo diverso é invalidar a previsão constitucional, do artigo 18, o qual prevê que "a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos" e igualar o ente aplicador da penalidade, com todos os outros entes, inclusive a União, sem qualquer distinção e todos dependentes uns dos outros.

Sobre a extensão das sanções Procuradoria Geral da União, através do Parecer nº 08/03/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, coaduna com o entendimento do TCU:

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 50/2013

LICITAÇÕES. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SANÇÕES

I. O ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/93 PROÍBE A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES DO ENTE RESPONSÁVEL PELA APLICAÇÃO DA SANÇÃO.

II. O ART. 7 DA LEI Nº 10.520/02 SOMENTE VEDA A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES EM TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL SE A PENALIDADE HOUVER SIDO APLICADA POR ENTE FEDERAL.

III. RESSALVADA A NECESSÁRIA EXTINÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO POR FORÇA DE RECISÃO POR INADIMPLEMENTO OU DECLARAÇÃO DE NULIDADE, A APLICAÇÃO DAS PENALIDADES DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO ART. 87, III DA LEI Nº 8.666/93 E DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR DO ART. 7 DA LEI Nº 10.520/02 NÃO PROVOCA A RESCISÃO UNILATERAL AUTOMÁTICA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM CURSO.

IV. A APLICAÇÃO DA SANÇÃO DO ART. 87, III DA LEI Nº 8.666/93 OU DO ART. 7 DA LEI Nº 10.520/02 NÃO VEDA A PRORROGAÇÃO DOS PRAZOS DE CONTRATAÇÃO AMPARADA EXCLUSIVAMENTE NAS HIPÓTESES DO § 1º DO ART. 57 E § 5º DO ART. 79 DA LEI Nº 8.666/93.

E como se não bastasse, a Corte de Contas de Minas Gerais também entende desta forma:

"o Tribunal pacificou a sua jurisprudência em considerar que a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, que impõe a 'suspensão temporária para participar em licitação e impedimento para contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos', tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que a aplicou" e restabeleceu "o entendimento já consolidado na sua jurisprudência, no sentido de fazer a distinção nítida entre as sanções previstas nos aludidos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/1993, conforme Acórdão 3.243/2012 - TCU - Plenário". Acórdão 1017/2013-Plenário, TCE/MG 046.782/2012-5, relator Ministro Aroldo Cedraz, 24.4.2013". (Grifo nosso)

DENÚNCIA - PREGÃO ELETRÔNICO - ALEGAÇÃO DE QUE A VENCEDORA DO CERTAME NÃO ATENDEU ÀS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO - SUSPENSÃO PARA LICITAR - INEXISTÊNCIA NOS AUTOS DE DECLARAÇÃO INIDÔNEA PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO - PENALIDADE APLICADA COM BASE NO INCISO III DO ART. 87 DA LEI

8.666/93. 1) O entendimento de que a penalidade do inciso III do art. 87 abrange somente o ente que a aplicou parece-me o mais razoável e encontra respaldo em parte considerável da doutrina especializada, à qual se filia, por exemplo, o saudoso Professor Carlos Pinto Coelho Motta. O Tribunal de Contas da União vem assim entendendo, como se vê da seguinte decisão, proferida por sua 2ª Câmara, que recomendou a jurisdição que abstenha-se de restringir, em seus certames, a participação de empresas em desfavor das quais tenha sido aplicada, por outros órgãos ou entidades, a pena de suspensão temporária prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993; (TCU - Acórdão 2.617/10). (TCE/MG, Processo nº 862133, Rel. Sebastião Helvecio, Sessão em 16/04/2013)

Não bastante, assim entende o Superior Tribunal de Justiça sobre o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas-CEIS:

1. Nos termos dos arts. 10., § 10. e 20., parágrafos único do Decreto 5.482/2005 e 60. e 70 da Portaria CGU 516/2010, a divulgação do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas-CEIS, pela CGU, tem mero caráter informativo, não determinando que os Entes Federativos impeçam a participação das empresas ali constantes de licitações. (Processo MS 21750 DF 2015/0099549-7 Órgão JulgadorS1 - PRIMEIRA SEÇÃO Publicação DJe 07/11/2017 Julgamento 25 de Outubro de 2017 Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)



Sendo assim, por todo o conjunto de fatos e fundamentos, resta evidente que a Recorrente deve ser habilitada no certame, pois não há previsão do edital e/ou legal que permita a decisão tomada pelo pregoeiro no Pregão Eletrônico nº 2023.06.20.01 – SMS.

II - DA REALIDADE FÁTICA: ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DEVE PREVALECER À INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Atualmente, a Administração Pública em todas as suas esferas, está aplicando sanções administrativas em empresas que por qualquer motivo tenham tido suas propostas recusadas ou inabilitadas, independentemente se houve dolo ou má-fé. Isso ocorre pela aplicação do acórdão do TCU nº 754/2015-Plenário, que tornou a abertura do procedimento administrativo obrigatória:

9.5.1. orientem os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações, inclusive os dos órgãos sob seu controle de atuação administrativa e financeira, para que autuem processo administrativo com vistas à apenação das empresas que praticarem, injustificadamente, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 e alertem-nos de que tal dispositivo tem caráter abrangente e abarca condutas relacionadas não apenas à contratação em si, mas também ao procedimento licitatório e à execução da avença; 9.5.2. divulguem que estão sujeitos a sanções os responsáveis por licitações que não observarem a orientação do item 9.5.1 deste acórdão;

Além disso, analisando-se referido acórdão, o procedimento sancionatório somente poderá não ensejar na aplicação de sanção administrativa, caso haja justificativa e que a aplicação da sanção independe de dolo, ou seja, pode ser aplicada até em atos culposos, sem nenhum tipo de fraude ou má-fé.

O exagero se reveste na soma dos seguintes fatores:

- A. Qualquer ação ou omissão culposa deve gerar sancionamento, a não ser que seja JUSTIFICADO.
- B. Na maioria dos casos, não há qualquer justificativa que possa eximir o sancionamento, tendo em vista que as justificativas somente afastam o DOLO, somente afastando a culpa em fatos de força maior.
- C. O Administrador resta compelido a sancionar a empresa com receio de responder processo administrativo.
- D. Que os fatos típicos do artigo 7º da Lei do Pregão e no inciso III do artigo 87 da Lei de Licitações são genéricos e, desta forma, extremamente abrangentes.

A soma de todos os fatores acima faz com que a empresa licitante seja penalizada em todo e qualquer ato, independente de dolo ou culpa, tornando a participação em licitações uma verdadeira roleta russa, onde: ou você não comete nenhum erro e se sagra o vencedor ou comete qualquer erro, é inabilitado e ainda é sancionado.

Até este momento, foi possível perceber que qualquer situação, por menor que seja, pode causar sancionamento com impedimento ou suspensão do direito de licitar da empresa inabilitada ou que teve sua proposta recusada.

Agora, imagine-se as empresas licitantes que participam de dezenas de licitações por semana, que pela simples cotação de um produto que não atende a especificação, ou a falta de juntar o documento em UM certame pode gerar a perda do trabalho do último ano. E isso não é exagero, explica-se.

É notório que os regulamentos dos registros de preços preveem que este deve ser cancelado caso a empresa seja sancionada (até porque foi impedida de contratar). De igual forma, é notório que os contratos administrativos podem ser cancelados quando a empresa é sancionada. O que não há consenso, ainda, é que o impedimento de licitar que deveria ser válido somente para um ente da Administração Pública (União, Estados, Distrito Federal OU Municípios) pode ser considerado para TODA a Administração Pública, como se fosse uma declaração de inidoneidade. Essa abrangência é utilizada por parte da Administração, por considerar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, sobre a referida análise concebida de forma errônea pelo STJ, Joel de Menezes Niebuhr é enfático:

“O referido acórdão é equivocado porquanto recusa distinção cunhada de maneira indubitável pela Lei nº 8.666/93, mais precisamente pelos incisos XI e XII do seu art. 6º. E essa decisão, além de tudo, é em si própria contraditória, na medida em que, em sua parte final consigna: “(...) os efeitos do desvio de conduta inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública”(grifos nossos) Ou seja, a própria ementa, ao mesmo passo em que recusa a distinção entre as expressões Administração e Administração Pública, as utiliza com significado distinto, uma vez que se refere à Administração, na qualidade de um órgão ou entidade específica, e à Administração Pública, na qualidade de todo o aparato administrativo estatal. A decisão em apreço é lastimável, quer porque tecnicamente equivocada, quer porque recusa a distinção legal clara e cristalina, quer porque, prolatada por tribunal superior, tem a força de reproduzir-se e de espalhar-se nos salões de quase todos os tribunais pátrios, que a tomam em conta cegamente, sem maiores precauções.” (NIEBUHR, Joel de Menezes, Licitação Pública e Contrato Administrativo, 4ª edição, pg. 1123)



Note-se que com esse entendimento equivocados do STJ, a empresa que se equivocar na juntada de algum documento em uma licitação, não o anexando, além de perder a venda prevista no certame, poderá/será multada, impedida de licitar em todos os entes e, ainda, perderá todas suas Atas de Registro de Preços vigentes e contratos administrativos. Há um total descompasso entre a ação/omissão da empresa e os resultados práticos da sanção administrativa. Repita-se: por um pequeno equívoco (não envio de um documento), a empresa restará condenada à falência, sem qualquer exagero.

Neste momento, a empresa fica em uma incerteza jurídica, onde o órgão que aplicou a sanção aplica somente para seu próprio ente, mas o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento diverso, que deveria ser para todos, enquanto a Procuradoria Federal e o Tribunal de Contas da União possuem entendimentos diferentes, no entanto, mais razoáveis e de acordo com a legislação.

Com a celeuma sobre o entendimento da extensão das sanções administrativas, somada à aplicação indiscriminada de sanções independentemente de dolo ou culpa, pode-se chegar ao absurdo de uma empresa que somente cometeu uma pequena falha contratual, ser sancionada com multa e impedimento de licitar e, na realidade, ser proibida de contratar em todo Território Nacional.

Situação absurda que está ocorrendo no presente caso concreto!

O artigo 20, do Decreto-Lei 4.657/42, prevê que a esfera administrativa deverá considerar as consequências práticas da sua decisão:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas."

Sendo assim, adotando a teoria do STJ, as sanções administrativas dão saltos de consequências adversas, onde a Administração só possui duas graduações de sancionamento não pecuniário. Uma delas seria a Advertência que praticamente não traz nenhum resultado prático imediato e todo um conjunto de impedimentos de licitar (suspensão, impedimento e inidoneidade) que findam em um mesmo resultado prático: sancionamento da empresa em todo território nacional.

Este entendimento é uma afronta a proporcionalidade das penas.

Além disso, com a devida vênias ao Superior Tribunal de Justiça, intérprete das leis federais, o Tribunal de Contas da União, os Tribunais de Contas dos Estados e os Tribunais de Contas dos Municípios são os verdadeiros fiscalizadores e responsáveis pela análise das licitações e contratos administrativos e, desta forma, competentes para análise esmiuçada quanto ao tema, já que conhecem a realidade vivenciada pelos órgãos e empresas licitantes.

No Parecer jurídico nº 5.487/2018, apresentado pela Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, há diversos julgados datados de 2003 a 2018, referenciando o posicionamento do STJ, mas ferindo de morte a inteligência da jurisprudência já colacionada acima:

a) 1. Nos termos dos arts. 10., § 10. e 20., parág. único do Decreto 5.482/2005 e 60. e 70 da Portaria CGU 516/2010, a divulgação do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas-CEIS, pela CGU, tem mero caráter informativo, não determinando que os Entes Federativos impeçam a participação das empresas ali constantes de licitações. (Processo MS 21750 DF 2015/0099549-7 Órgão JulgadorS1 - PRIMEIRA SEÇÃO Publicação DJe 07/11/2017 Julgamento 25 de Outubro de 2017 Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

Ora, se o cadastro CEIS, que serve única e exclusivamente para incluir empresas que tenham sido suspensas, impedidas ou declaradas inidôneas, tem caráter meramente informativo e não determinada que as empresas ali constantes sejam impedidas de participar de licitações, este entendimento não destoa totalmente do entendimento da abrangência das sanções?

Explica-se: Se qualquer sanção possui abrangência irrestrita, automaticamente qualquer empresa inclusa no cadastro CEIS estaria proibida de participar de qualquer licitação. O que se observa, neste momento, provavelmente é uma evolução jurisprudencial, no qual o Tribunal de Contas da União já está à frente por trabalhar com temas específicos.

Ademais, outra situação deve ser considerada neste julgamento: Não são poucos os processos administrativos que são julgados ao arrepio da legislação, sem garantir um real contraditório ao administrado e, muitas vezes, julgados por servidores parciais e sem nenhum conhecimento jurídico, que sequer analisa as argumentações e fundamentos.

Agora, conceber, hipoteticamente, que uma empresa multinacional poderia ser sancionada por um Secretário de Administração de um município de 10.000 habitantes e, por esse motivo, ser proibida de licitar em todo território nacional, além de ser totalmente desproporcional, dá poderes extraordinários para somente um servidor que muitos outros de altíssimo escalão não possuem.

Mais uma vez, utilizando um comparativo, não é coerente que a sanção aplicada por processo administrativo simples possua a mesma consequência que a declaração de inidoneidade aplicada pelas Cortes de Contas, que estas sim, possuem conhecimento técnico e imparcial para determinar a proporcionalidade de uma sanção.



III) DO REQUERIMENTO

Por todo o exposto, requer:

- 1) Seja recebido o presente recurso administrativo e, ao final, seja dado provimento para habilitar a empresa W&A SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS EIRELI, cnpj. 13.608.696/0001-85, pela ilegalidade cometida ao obstar sua participação no certame por penalidade que não abrange o órgão promovente.
- 2) Isto posto, se ainda não for o entendimento que suba para análise de autoridade superior.

Nestes termos, pede deferimento.

Aracati, 17 de Agosto de 2023.

Wagner de Sena Magalhães

001.242.613-02

Fechar

