



CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO Nº 01 – PE Nº 066/2013

Considerando argumentos apresentados na Impugnação recebida, segue abaixo a resposta ao Pedido de Impugnação nº. 01 – PE nº. 066/2013:

IMPUGNAÇÃO

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

Ref.: IMPUGNAÇÃO AO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 066/2013

COPSEG SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 03.038.653/0001-58 com sede na Rua Alvarenga, 2.247 – Butantã, São Paulo, SP, neste ato representada por seu Advogado, vem, TEMPESTIVAMENTE, IMPUGNAR o edital em tela, fazendo-o consubstanciado nas razões abaixo expostas:

I – DAS RAZÕES DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO:

1. Impugna a Requerente o item “III – DA PARTICIPAÇÃO”, subitem 3.3 que aduz:

“III. DA PARTICIPAÇÃO:

(...)

3.3. Não poderão participar deste Pregão:

c) empresário impedido de licitar e contratar com a União, durante o prazo da sanção aplicada.

(...)“

2. Isto porque, a penalidade insculpida no artigo 87, inciso III da Lei n. 8.666.93, deve ser aplicada restritivamente ao órgão ou entidade que a aplicou.

3. As sanções discriminadas no artigo supramencionado devem ser aplicadas gradativamente, ou seja, da menor gravidade para a de maior gravidade e abrangência.

4. Sendo certo que, o inciso III do artigo 87 ao ser aplicado pelo órgão sancionador é pena menos grave do que o inciso IV do mesmo artigo e do que previsto no artigo 7º da Lei do Pregão, respeitando, assim tanto o princípio da proporcionalidade quanto da razoabilidade, pois é pacífico que o sancionamento do infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração.

5. Aduz o artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n. 9.784 que:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;



CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

(...)” (grifei)

6. Ademais o próprio legislador fez a distinção entre Administração e Administração Pública (artigo 6º, incisos XXI e XII, da Lei 8.666.93).

7. Ora, se o legislador fez tal distinção, indiscutivelmente sua abrangência também difere com relação à extensão da pena, devendo o inciso III do artigo 87 ser aplicado restritivamente ao órgão que o aplicou.

8. Insta salientar que, a sanção prevista no artigo 87, inciso III é aplicado pelo gestor do órgão contratante ao passo que a sanção do inciso IV é de competência exclusiva do Ministro do Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso. Ou seja, vê-se que a sanção de maior alcance o legislador exigiu também maior rigor para a sua aplicação, ao submetê-lo à apreciação do titular da respectiva pasta do governo.

9. Estabelece o artigo 87 da Lei Federal 8.666/93:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Vide art 109 inciso III)”

10. Nos mesmos termos, o artigo 7.º da Lei 10520/2002, que estabelece a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a Administração, ou seja, com aquele que aplicou a penalidade e não com a Administração Pública.

“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





CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

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.”

11. É clara a hierarquia das punições previstas no artigo supracitado, onde a menor é a simples advertência, prevista no inciso I e a maior é a do inciso IV, que prevê a declaração de inidoneidade, que impede a empresa licitante de participar de qualquer tipo de concorrência, com qualquer órgão da Administração Pública.

12. Clara também a diferenciação entre os entes da Administração quando da menção aos mesmos pela Lei 10.520/2002, haja vista cada um dos entes vem seguido da separação por vírgula e o último da conjunção alternativa “ou”, dando clara conotação de separação entre os mesmos, e no momento em que trata da pena de descredenciamento do SICAF, como consequência da pena de impedimento, o legislador abandonou a conjunção alternativa “ou” e se valeu da vogal “e” que dá o sentido de continuidade, ou seja, consequência da primeira pena.

13. Assim, evidente que o intuito do legislador quando separou os entes administrativos, buscando a opção por cada um deles e não a sua junção.

14. Ocorre que, o subitem 3.3, alínea “c” está expresso de forma genérica que o empresário impedido de licitar e contratar com a União, durante o prazo da sanção aplicada não poderá participar do Pregão.

15. Ora, se manter o previsto no subitem 3.3, alínea “c” do edital, o mesmo está totalmente dissonante das normas acima mencionadas, bem como, da jurisprudência consolidada do Egrégio Tribunal de Contas da União.

16. Nesse diapasão, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, no que toca a extensão da pena de suspensão temporária prevista no artigo 87, inciso III, da Lei 8.666/93, tem se posicionado da seguinte forma:

“TC 2.818.10-30 – Cerqueira Torres Construções Terraplenagem e Pavimentação Ltda. – Subprefeitura M’Boi Mirim – Representação em face do Edital da Tomada de Preços 03/SPMB/2010, cujo objeto é a contratação de empresa para a execução de obra de construção de escadaria em concreto armado e galeria de águas pluviais. Após o relato da matéria, “o Conselheiro Antonio Carlos Caruso – Relator conheceu da representação interposta pela empresa Cerqueira Torres Construções Terraplenagem e Pavimentação Ltda., visto que preenchidos os pressupostos de admissibilidade insertos no Regimento Interno deste Tribunal. Ainda, o Conselheiro Antonio Carlos Caruso – Relator, quanto ao mérito, julgou-a procedente, filiando-se aos argumentos contidos nos pareceres de fls. 117/121, 122 e 129/139 dos autos, por entender, igualmente, que a pena de suspensão temporária prevista no artigo 87, inciso III, da Lei Federal 8.666/93 tem abrangência restrita à esfera administrativa que impôs a sanção, restringidos seus efeitos no âmbito do órgão aplicador, militando, ainda, a favor da representante o fato, incontestável, de que o próprio órgão licitador filiou-se a este entendimento quando fez constar expressamente no edital a vedação de participação no certame de empresas “suspensas de participar de licitações realizadas pela Prefeitura do Município de São Paulo”. Sua Excelência, contudo, não vislumbrou desídia ou má-fé dos agentes públicos que se incumbiram do processo licitatório, podendo-se afirmar não ter havido dano ao erário, uma vez que foi pequena a diferença de valores das propostas apresentadas pela representante e pela adjudicatária do certame, ressaltando, ainda, que o contrato oriundo da licitação, tendo por objeto a construção de escadaria em concreto armado em galeria de águas pluviais na viela nº 06, pelo prazo de 90 dias corridos, já se extinguiu, revelando-se inoportuna qualquer intervenção deste Tribunal. Ademais, o Conselheiro Antonio Carlos Caruso – Relator determinou o envio de ofício à representante e à representada, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, com o posterior arquivamento dos autos. Ademais, o Conselheiro Maurício Faria – Revisor acompanhou, na íntegra, o voto proferido pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso – Relator. Afinal, na fase de votação, o Conselheiro Eurípedes Sales solicitou vista dos autos, o que foi deferido.” (grifei)

17. E não é só, o Tribunal de Contas da União, Acórdão n. 3243/2012, também tem se posicionado a respeito da extensão da penalidade de suspensão em licitar, vejamos:

“A sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou



CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

Representação formulada por empresa apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Presencial nº 11/2011, promovido Prefeitura Municipal de Cambé/PR, que teve por objeto o fornecimento de medicamentos para serem distribuídos nas Unidades Básicas de Saúde e na Farmácia Municipal. Entre as questões avaliadas nesse processo, destaque-se a exclusão de empresas do certame, em razão de terem sido apenadas com a sanção do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 por outros órgãos e entidades públicos. Passou-se, em seguimento de votação, a discutir o alcance que se deve conferir às sanções estipuladas nesse comando normativo (“suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração”). O relator, Ministro Ubiratan Aguiar, anotara que a jurisprudência do Tribunal havia-se firmado no sentido de que a referida sanção restringia-se ao órgão ou entidade que aplica a punição. A sanção prevista no inciso IV do mesmo artigo, relativa à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, produziria efeitos para os órgãos e entidades das três esferas de governo. O relator, a despeito disso, ancorado em precedente revelado por meio do Acórdão nº 2.218/2011-1ª Câmara, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, e na jurisprudência do dominante do STJ, encampou o entendimento de que a sanção do inciso III do art. 87 também deveria produzir efeitos para as três esferas de governo. O primeiro revisor, Min. José Jorge, sustentou a necessidade de se reconhecer a distinção entre as sanções dos incisos III e IV, em função da gravidade da infração cometida. Pugnou, ainda, pela modificação da jurisprudência do TCU, a fim de se considerar que “a sociedade apenada com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, por órgão/entidade municipal, não poderá participar de licitação, tampouco ser contratada, para a execução de objeto demandado por qualquer ente público do respectivo município”. O segundo revisor, Min. Raimundo Carreiro, por sua vez, ao investigar o significado das expressões “Administração” e “Administração Pública” contidos nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, respectivamente, assim se manifestou: “Consoante se lê dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93, os conceitos definidos pelo legislador para ‘Administração Pública’ e para ‘Administração’ são distintos, sendo o primeiro mais amplo do que o segundo. Desse modo, não creio que haja espaço hermenêutico tão extenso quanto tem sustentado o Superior Tribunal de Justiça nos precedentes citados no voto do relator no que concerne ao alcance da sanção prevista no inciso III do art. 87”. Mencionou, também, doutrinadores que, como ele, privilegiam a interpretação restritiva a ser emprestada a esse comando normativo. Ressaltou, ainda, que as sanções dos incisos III e IV do art. 87 da multicitada lei “guardam um distinto grau de intensidade da sanção”, mas que “referidos dispositivos não especificaram as hipóteses de cabimento de uma e de outra sanção ...”. Segundo ele, não se poderia, diante desse panorama normativo, admitir que o alcance de ambas sanções seria o mesmo. Chamou atenção para o fato de que “a sanção prevista no inciso III do art. 87 é aplicada pelo gestor do órgão contratante ao passo que a sanção do inciso IV é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso”. E arrematou: “... para a sanção de maior alcance o legislador exigiu também maior rigor para a sua aplicação, ao submetê-la à apreciação do titular da respectiva pasta de governo”. Acrescentou que a sanção do inciso III do art. 87 da Lei de Licitações não poderia ter alcance maior que o da declaração de inidoneidade pelo TCU (art. 46 da Lei nº 8.443/1992). Por fim, invocou o disposto no inciso XII do art. 6º da Lei de Licitações, que definiu “Administração” como sendo “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”, para refutar a proposta do primeiro revisor, acima destacada. O Tribunal, então, ao aprovar, por maioria, a tese do segundo revisor, Min. Raimundo Carreiro, decidiu: “9.2. determinar à Prefeitura Municipal de Cambé/PR que nas contratações efetuadas com recursos federais observe que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade contratante”. Acórdão nº 3243/2012-Plenário, TC-013.294/2011-3, redator Ministro Raimundo Carreiro, 28.11.2012.”

18. Nesses mesmos termos, com base na decisão acima, já consolidada pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, em decisão recente, de fevereiro último, o Tribunal novamente se manifestou no mesmo sentido, inclusive, se lastreando no acórdão 3243/2012 já mencionado para sua nova decisão, exarada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Ministro Aroldo Cedraz, nos seguintes termos:

“As sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, previstas no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcançam apenas o órgão ou a entidade que as aplicaram

Representação formulada por empresa apontou supostas irregularidades na condução do Pregão Eletrônico 122/ADCO/SR/CO/2012, realizado pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero, que tem por objeto “a contratação de empresa para prestação de serviços de transporte de cargas e encomendas via aérea e/ou terrestre, em âmbito nacional, no sistema direto e



CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

exclusivo (porta-a-porta), para atendimento à Superintendência Regional do Centro-Oeste, aeroportos e grupamentos de navegação aérea (gna's) vinculados”. A autora da representação apontou possível falta de conformidade entre o comando contido no subitem 3.5.3 do edital do citado pregão, o disposto no art. 7º da Lei 10.320/2005 e os princípios da competitividade. Tal cláusula do edital impedia a participação, na licitação, de empresa apenada com as sanções previstas no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 (suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração) não só pela Infraero, mas também por outros entes da Administração, em qualquer de suas esferas. Em face de tal vedação, a autora estaria impedida de participar desse certame, por ter sido apenada por entidade que não a Infraero. O relator, ao reconhecer a pertinência de suas alegações e endossar o entendimento da unidade técnica, anotou que a citada cláusula “está em desacordo com o disposto nos arts. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 e 7º da Lei 10.520/2002 e, também, com a jurisprudência do Tribunal, consoante explicitado no Acórdão 3.243/2012 – TCU – Plenário...”. E também que a extrapolação a outros entes da Administração dos efeitos de sanção somente poderia ocorrer na hipótese prevista no inciso IV do art. 87 da Lei 8.666/1993 (declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública). Em face desse panorama e da iminência de realização do certame, o relator entendeu configurados o fumus boni iuris e o periculum in mora e determinou à Infraero, em caráter cautelar, que promova a correção do subitem 3.5.3 do referido edital, a fim de ajustá-lo ao disposto nos referidos comandos normativos, “no sentido de limitar o impedimento de participar do certame apenas a empresa que se encontrar suspensa de licitar ou contratar com aquela estatal, consoante entendimento constante do Acórdão 3.243/2012 – TCU – Plenário”. O Plenário do Tribunal endossou essa providência. Precedente mencionado: Acórdão 3.243/2012 – Plenário. Comunicação de Cautelar, TC-046.782/2012-5, relator Ministro Aroldo Cedraz, 6.2.2013.

19. Portanto, uma vez consolidado o entendimento no Egrégio Tribunal de Contas da União e no Egrégio Tribunal de Contas do Município de São Paulo, no sentido de que a penalidade prevista no inciso III do artigo 87 da Lei 8.666/93, bem como, daquela prevista no artigo 7º da Lei 10.520/2002, em consonância com os textos legais, é de que a pena só atinge o órgão que a aplicou a referida penalidade, fica a licitante autorizada a disputar em outros órgãos que não aqueles aonde a pena foi expedida.

II - DO PEDIDO

20. Requer a empresa Impugnante a adequação do edital, item “III. DA PARTICIPAÇÃO”, subitem 3.3, alínea “c”, ao posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Município de São Paulo e do Egrégio Tribunal de Contas da União, no sentido de restringir a participação no certame, apenas das empresas impedidas de licitar e contratar no âmbito dos órgão que aplicaram as sanções na União, nos termos do artigo 87, III da Lei Federal 8.666/93 e artigo 7º da Lei 10.520/2002;

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 11 de novembro de 2013.

SERGIO DA SILVA TOLEDO

OAB/SP 223 .002

ANÁLISE

Em sua vasta explanação sobre as penalidades insculpidas no Art. 87 da Lei nº. 8.666/93, vem, a empresa impugnante, reforçar o entendimento sobre sua abrangência, destacando a diferença entre a Administração e Administração Pública, ora contemplada no Edital em suas alíneas “a” e “b” do subitem 3.3, não havendo, dessa maneira, correlação com a alínea atacada (“c”).

Prosseguindo em suas alegações, afirma que o artigo 7º da Lei 10.520/2002, “*estabelece a penalidade de impedimento de licitar com a Administração*” entendendo que deverá ser “*com aquele que aplicou a penalidade e não com a Administração Pública*”, ao mesmo tempo que grifa o disposto no referido artigo o texto “*União, Estados, Distrito Federal ou Municípios*”.



CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

Reforça a hierarquia das punições previstas no Art. 87 da Lei 8.666/93, indicando, no entanto, o artigo 7º da Lei nº. 10.520/2002; mas esclarece a separação existente entre os entes administrativos pela utilização da conjunção alternativa “ou” na Lei do Pregão.

E retorna ao tema sobre a abrangência das sanções aplicáveis do Art. 87 da Lei 8.666/93, citando Acórdãos do TCU e do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

Por fim, requer a adequação do edital “no sentido de restringir a participação no certame, apenas das empresas impedidas de licitar e contratar no âmbito dos órgãos que aplicaram as sanções na União”.

Em resposta aos questionamentos apresentados, esclareço que a alínea “c”, atacada na impugnação, advém do Art. 7º da Lei nº. 10.520/2002, reforçado pelo Art. 28 da Lei nº. 5.450/2005, sendo desnecessário algum comentário sobre a abrangência discutida no Art. 87 da Lei nº. 8.666/93.

Quanto ao artigo 7º da Lei nº. 10.520/2002, vale destacar o que consta no Acórdão 2593/2013 Ata 37 – Plenário, do TCU:

(...)

31. *Quanto à abrangência dos efeitos da sanção prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, se compreende todos os órgãos e as entidades da federação ou se está limitada ao órgão ou entidade que a aplicou, o texto da lei dispõe que "ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios", de modo que **não deixa dúvida de que a sanção incide sobre o ente federativo a que pertence o aplicador da sanção, ou seja, sobre todos os órgãos e entidades da respectiva esfera. O referido dispositivo legal não dá margem a interpretação diversa.***

32. *Esse é o entendimento desta Corte de Contas, conforme consignado no Voto condutor do Acórdão 653/2008-TCU-Plenário, de relatoria do Exmo. Sr. Ministro Benjamin Zymler, que enfrentou a questão relativa à abrangência do art. 7º da Lei do Pregão da seguinte forma:*

"(...) a lei do pregão utilizou expressamente o termo "União" não havendo justificativas exegéticas para se considerar esse termo como "órgão ou entidade atuante no caso concreto", sob pena de se subverter o claro comando da lei. Veja-se a respeito as lições de Carlos Maximiliano:

"A prescrição obrigatória acha-se contida na fórmula concreta. Se a letra da lei não é contraditada por nenhum elemento exterior, não há motivo para hesitação: deve ser observada. A linguagem tem por objetivo despertar em terceiros pensamento semelhante ao daquele que fala; presume-se que o legislador se esmerou em escolher expressões claras e precisas, com a preocupação meditada e firme de ser bem compreendido e fielmente obedecido. Por isso, em não havendo elementos de convicção em sentido diverso, atém-se o intérprete à letra do texto." (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995. p. 110-111)."

33. *Desse modo, uma vez definida a aplicação da penalidade com amparo no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, a sua extensão deve ser aquela preceituada na lei. Nem mais, nem menos, pois não cabe ao aplicador da sanção restringir ou aumentar a sua abrangência quando a lei não*



CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

permite. A Lei do Pregão dá margem apenas quanto à definição do prazo de vigência da penalidade, que está limitada ao máximo de cinco anos, ou seja, uma vez determinada a imposição da sanção, somente na fixação do quantum cabe a análise discricionária da autoridade competente para aplicá-la.” [grifo nosso].

(...)

Entende-se, dessa forma, que as sanções aplicadas aos licitantes dentro do âmbito da União, deverá ser respeitada pelo Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo por esta ser uma Autarquia Federal.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, julgo improcedente os argumentos apresentados pela empresa impugnante, mantendo os termos do Edital do Pregão Eletrônico nº. 066/2013.

São Paulo, 12 de novembro de 2013.

Walter de Assis

Pregoeiro

