

Seção de Licitações

Segue o Parecer desta Coordenadoria de Licitações

TIPO DE LICITAÇÃO: **Pregão Presencial nº 65/2019**

ASSUNTO: **Análise de Recurso Administrativo**

Processo nº 228/2019

PARECER Nº 26/2020

Relatório e Fundamentação

Trata-se de recurso interposto pela empresa **CIRÚRGICA OLÍMPIO EIRELI - EPP**, nos autos do Pregão Presencial nº 65/2019, que tem por objeto a aquisição de medicamentos de uso geral.

Aduz a empresa recorrente que foi impedida de se credenciar para participar do presente processo, eis que a Comissão de Licitação constatou, junto ao site do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCESP -, que a mesma encontra-se impedida de contratar com a administração pública.

A recorrente argumenta que os registros de suspensão que constam no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem abrangência restrita aos órgãos sancionadores, qual seja, Prefeitura de Guaimbê, Prefeitura de José Bonifácio e Prefeitura de Pedreira, respectivamente, razão pela qual solicita a reconsideração da decisão da Comissão.

Ao final, pugna pela sua participação no pregão em referência, anulando-se, para tanto, os atos praticados em contrário.

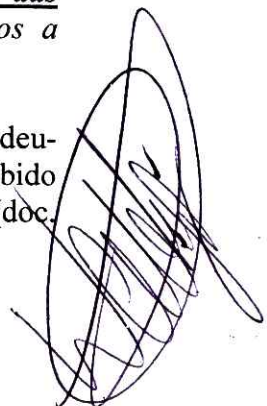
É a síntese do necessário.

Da intempestividade do presente recurso

Inicialmente, cumpre esclarecer que o Edital, em seu item 9.6, estabelece que:

9.6. Os recursos devem ser protocolados diretamente no serviço de protocolo do Paço Municipal; situado na Avenida Getúlio Vargas, 67 - centro, Mongaguá/SP, no horário das 09:00h às 15:00h., de segunda a sexta feira, dirigidos a autoridade competente. (grifo nosso)

Logo, considerando que o termo inicial do presente recurso deu-se em 16/01/2020 e o termo final em 20/01/2020, e sendo o presente recurso recebido por esta Municipalidade, via Correios, apenas no dia 22/01/2020, às 14h10min (doc.



anexo), intempestiva a sua interposição, por não atender ao comando contido no item 9.6 do edital.

Da preclusão temporal - Ausência de impugnação aos termos do edital

A determinação disposta no subitem 2.2.2 do edital é adotada nas contratações firmadas por esta Municipalidade, sendo que eventual insurgência contra o seu teor deveria ter sido arguida em sede de impugnação de edital. Após análise dos autos principais e anexos, verifica-se que a fase de impugnação do texto do edital fora garantida, contudo, acerca do tema, não houve qualquer dúvida ou impugnação apresentada pela empresa recorrente ou qualquer outro interessado no certame.

Portanto, resta claro que encontra-se precluso o direito da recorrente de arguir eventuais desconformidades de cláusulas editalícias.

Mérito

Todavia, por amor ao debate, cumpre esclarecer que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que congrega a 1ª e 2ª Turmas do Tribunal, as quais possuem atribuição regimental para tratar do tema “licitações e contratos administrativos”, em julgamento decidido de forma unânime, consolidou o entendimento de que a abrangência da penalidade contida no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 é nacional, nos termos da seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE APLICADA COM BASE NA LEI 8.666/93. DIVULGAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA GERENCIADO PELA CGU. DECADÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI EM TESE E/OU ATO CONCRETO. DANO INEXISTENTE. 1. O prazo decadencial conta-se a partir da data da ciência do ato impugnado, cabendo ao impetrado a responsabilidade processual de demonstrar a intempestividade. 2. A Controladoria Geral da União é parte legítima para figurar em mandado de segurança objetivando atacar a inclusão do nome da empresa no PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, por ela administrado. 3. O writ impugna ato concreto, oriundo do Ministro dirigente da CGU, inexistindo violação de lei em tese. 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional. 5. Segurança denegada. (STJ, MS 19657/DF, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 14/08/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO)

No mesmo sentido:

PREFEITURA DA ESTÂNCIA BALNEARIA DE MONGAGUÁ

Av. Getúlio Vargas, nº. 67 - Centro - Mongaguá - SP.

CEP. 11730-000 - Telefone: (13) 3445-3000

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR. ALCANCE DA PENALIDADE. TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. De acordo com a jurisprudência do STJ, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública (MS 19.657/DF, rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013). 3. Agravo desprovido." (STJ - AgInt no REsp: 1382362 PR 2013/0134522-6, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 07/03/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/03/2017)

Inclusive, este já era o entendimento da Corte, que sucessivas vezes já o havia reafirmado, a exemplo do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32628/SP, relatado pelo Ministro Mauro Campbell Marques, do Recurso Especial nº 174274/SP, relatado pelo Ministro Castro Meira e o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 9707/PE, relatado pela Ministra Laurita Vaz.

O jurista Marçal Justen Filho apresenta uma ponderação pela maior efetividade da sanção de suspensão de licitar e impedimento de contratar, no sentido que:

(...) pode-se contrapor que a lógica excluiria o cabimento de sancionamento ao sujeito no estrito âmbito de um único e determinado sujeito administrativo. Se o agente apresenta desvio de conduta que o inabilitam para contratar com um determinado sujeito administrativo, os efeitos dessa ilicitude teriam de se estender a toda a Administração Pública. Assim se passa porque a prática do ato reprovável, que fundamenta a imposição da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar, evidencia que o infrator não é merecedor de confiança. Um exemplo prático permite compreender o raciocínio. Suponha-se que o contratado deixe de adimplir às obrigações assumidas num contrato de empreitada de obra pública. Entrega à Administração uma obra defeituosa Sancionado com a suspensão do direito de licitar, estaria ele livre para contratar com outros entes da Administração pública? Reputa-se que a resposta negativa é a mais compatível com a ordem jurídica. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários

PREFEITURA DA ESTÂNCIA BALNEARIA DE MONGAGUÁ

Av. Getúlio Vargas, nº. 67 - Centro - Mongaguá - SP.

CEP. 11730-000 - Telefone: (13) 3445-3000

à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 892)

Na mesma ótica é a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

*Questão que tem sido frequentemente discutida reside nos efeitos derivados das sanções de suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a Administração (art. 87, III, Estatuto) e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração (art. 87, IV). Há três correntes de pensamento. Para grande parte dos especialistas, o efeito é restritivo, vale dizer, limita-se ao ente federativo em que a sanção foi aplicada, invocando-se duas razões: (1ª) a autonomia das pessoas da federação; (2ª) a ofensa ao princípio da competitividade, previsto no art. 3º, § 1º, I, do Estatuto. Outra corrente, no entanto, advoga o entendimento de que o efeito sancionatório é restritivo para a suspensão e extensivo para a declaração, ou seja, neste último caso, deve a sanção ser recepcionada por entidade federativa diversa. **O argumento tem amparo no fato de que no art. 87, III, o Estatuto alude à Administração – definida no art. 6º, XII, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente -, ao passo que no art. 87, IV, refere-se à Administração Pública – definida no art. 6º, XI, como sendo a administração direta e indireta dos diversos entes federativos. Na verdade, não conseguimos convencer-nos, data venia, de qualquer dos pensamentos que concluem no sentido restritivo dos efeitos punitivos. Parece-nos que o efeito deva ser sempre extensivo. Em primeiro lugar, não conseguimos ver diferença de conceituação naqueles incisos do art. 6º, já que o que podemos constatar é apenas uma péssima e atécnica definição de Administração Pública; com efeito, nenhuma diferença existe entre Administração e Administração Pública. Além disso, se um contratado é punido por um ente federativo com a aplicação de uma daquelas sanções, a razão só pode ter sido a inexecução total ou parcial do contrato, isto é, o inadimplemento contratual, como está afirmado na lei (art.87). Desse modo, não nos parece fácil entender por que tal infração também não acarretaria riscos para as demais entidades federativas no caso de alguma delas vir a contratar com a empresa punida. Quer dizer: a empresa é punida, por exemplo, com a suspensão do direito de licitar perante uma entidade federativa, mas poderia licitar normalmente perante outra e, como é óbvio, sujeitá-la aos riscos de novo inadimplemento. Para nós não há lógica em tal solução, porque a Administração Pública é uma só, é una, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa***



PREFEITURA DA ESTÂNCIA BALNEARIA DE MONGAGUÁ

Av. Getúlio Vargas, nº. 67 - Centro - Mongaguá - SP.

CEP. 11730-000 - Telefone: (13) 3445-3000

federativa tenha sua própria estrutura. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012, pág. 219)

Rafael Carvalho Rezende Oliveira destaca que:

Em primeiro lugar é importante destacar a completa imprecisão da distinção entre os vocábulos “Administração Pública” e “Administração”, uma vez que a doutrina considera as expressões como sinônimas, e a própria Lei 8.666/93 não se utiliza dessas expressões de forma clara (ex.: o art. 87, IV, da Lei, ao tratar da declaração de inidoneidade, adota, em verdade, as duas expressões). Em segundo lugar, não há violação ao princípio federativo na utilização dessas sanções por outros Entes com o objetivo de impedir a contratação de empresa que apresenta risco ao interesse público, não sendo razoável considerar que uma empresa penalizada coloque em risco apenas o Ente sancionador, e não os demais. Por fim, os princípios da moralidade e da eficiência, insculpidos no art. 37 da CRFB, devem pautar todas as Administrações Públicas, não importa o nível federativo, sendo certo que a contratação de risco vulneraria os citados princípios. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014, pág. 192)

A lógica principal utilizada pelos doutrinadores é simples: se a empresa fora declarada suspensa de licitar, o motivo fora a inexecução total ou parcial de contratos firmados com a Administração, fato que causou um dano à mesma, de modo a tornar temerária a contratação da empresa por todo e qualquer ente, haja vista o risco de novo inadimplemento e novos danos.

Ademais, não se pode olvidar ainda que administração constitui um todo uno e indivisível, bem como que todos os entes federados, suas administrações indiretas e órgãos estão sujeitos aos ditames da Lei nº 8.666/93, que em seu art. 3º dispõe acerca da necessidade de observância dos postulados da moralidade e probidade administrativa.

Desta feita, respaldada pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça bem como pela melhor doutrina, a Administração reputou por bem adotar em todas as suas contratações e editais o posicionamento de que os efeitos da suspensão em contratar e licitar devem alcançar toda Administração Pública.

Ademais, o edital, instrumento que faz lei entre as partes, é claro e objetivo quanto ao posicionamento que veda a participação de licitantes apenados com suspensão de licitar: Vejamos o item 3.2:

2.2. Não podem participar desta licitação as empresas:

(...)

2.2.1. Suspensas temporariamente para licitar e impedidas de contratar com esta Administração nos termos do inciso III do artigo 87 da lei 8.666/93 e suas alterações posteriores;

2.2.2. Tenha sido declarada inidônea para licitar ou contratar com a Administração Pública, ou punidos com suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública Municipal.

O edital, indubitavelmente, veda a participação de empresa que esteja suspensa por qualquer órgão da Administração Municipal, de maneira que basta o registro da suspensão por qualquer órgão público municipal para que incida a vedação de contratar ou licitar com esta Administração.

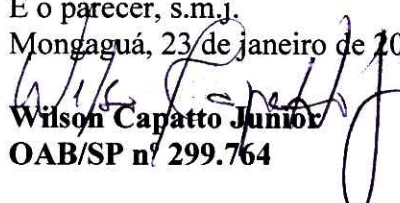
Expostos os argumentos e debates concernentes ao âmbito de abrangência da sanção positivada no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, vislumbra-se que os órgãos responsáveis pela aplicação da lei têm se inclinado à adotar a validade nacional da reprimenda, como medida de proteção dos entes contratantes em face de um licitante ou contratado que demonstrou incapacidade de cumprir com avenças anteriormente firmadas com o Poder Público.

Logo, por qualquer ângulo que se analise a questão, a improcedência do recurso é medida que se impõe.

Conclusão

Do exposto, esta Coordenadoria manifesta-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto pela empresa **CIRÚRGICA OLÍMPIO EIRELI - EPP**.

É o parecer, s.m.j.
Mongaguá, 23 de janeiro de 2020.


Wilson Capatto Júnior
OAB/SP nº 299.764