

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRARRAZÃO :

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ

Pregão Eletrônico nº 03/2023

A CLARO S.A. (CLARO), ora denominada Recorrida, inscrita no CNPJ sob o n.º 40.432.544/0001-47, com sede na Rua Henri Dunant, nº 780 – Torres A e B, Santo Amaro – São Paulo/SP – Brasil, CEP 04.709-110, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria apresentar suas CONTRARRAZÕES ao Recurso Administrativo interposto pela empresa CIRION TECHNOLOGIES DO BRASIL LTDA. (CIRION), ora denominada Recorrente, que alega suposto descumprimento de exigências contidas no Edital do Pregão em tela, para justificar a reforma da r. decisão que declarou habilitada esta signatária.

A CLARO requer, outrossim, o recebimento da presente peça, com a manutenção da decisão de Vossa Senhoria, após a apreciação dos fatos e fundamentos a seguir aduzidos.

CONTRARRAZÕES AO RECURSO

1. No dia 13/06/2023, às 9h30min, teve início a sessão pública do Pregão Eletrônico nº 03/2023, promovido pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, para o qual foi habilitada a empresa CLARO S.A. (CLARO), por ter ofertado a proposta de menor valor ao objeto que consiste na "Escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de solução corporativa de comunicação de dados capaz de prover a interligação da Sede da ANTAQ às Unidades Remotas nos Estados (Rede WAN) e conexão à Internet, conforme especificações, quantidades, exigências e condições estabelecidas no edital e seus anexos, sendo que o serviço engloba instalação, configuração de equipamentos e de enlaces de comunicação".

2. Inconformada com a decisão do Pregoeiro que declarou a CLARO (Recorrida) como habilitada naquele certame, por ter ofertado o menor dentre todos os lances encaminhados pelas licitantes, a empresa CIRION TECHNOLOGIES DO BRASIL LTDA., interpôs Recurso Administrativo requerendo sua inabilitação, alegando ter sido infringido o item 4.2.1. que determina que não poderiam participar da licitação em comento os interessados: "4.2.1. Proibidos de participar de licitações e celebrar contratos administrativos, na forma vigente da lei."

3. No entanto, não merecem prosperar as alegações e pedido da Recorrente, uma vez que as sanções constantes do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF referem-se a suspensão temporária do direito de participar em licitação e de contratar nos âmbitos dos próprios órgãos (Conselho Federal de Enfermagem, Conselho Federal da Justiça Eleitoral e Tribunal Regional Eleitoral do Piauí), conforme decisões por eles exaradas, ao contrário do que tenta fazer entender a Recorrente em sua Peça Recursal.

4. A distinção entre os entes administrativos consta da própria Lei nº 8.666/93, ao mencionar "Administração", quando a penalidade for de suspensão temporária de licitar e contratar, no inciso II do art. 87, e "Administração Pública", descrita no inciso IV do mesmo artigo, quando se tratar de declaração de inidoneidade.

5. Os incisos XI e XII do art. 6º da mesma Lei de Licitações, abaixo transcritos, por sua vez, estabelecem conceitos distintos para Administração e Administração Pública:

"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;"

6. Assim sendo, o Art. 87 da Lei 8.666/93 – dispositivo legal no qual encontram fundamento as vedações previstas no Edital – estabelece uma escala gradativa de acordo com a gravidade das penalidades. Isso permite ao administrador a possibilidade de o fato punível ser apenas adequadamente. Tal escala, revestida de razoabilidade e proporcionalidade, parte da sanção de advertência, passa pela sanção pecuniária, abarca a possibilidade de suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar tão somente com a Administração que aplicou a sanção, em seu inciso III (é este o caso em discussão), culminando com a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública em sua totalidade.

7. Acerca do tema, também merece destaque o posicionamento doutrinário, do jurista Jessé Torres Pereira Junior, conforme abaixo:

"A diferença do regime legal regulador dos efeitos da suspensão e da declaração de inidoneidade reside no alcance de uma e de outra penalidade. Aplicada a primeira, fica a empresa punida impedida perante as licitações e contratações da Administração; aplicada a segunda, a empresa sancionada resulta impedida perante as licitações e contratações da Administração Pública" (in Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública, 8 ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pags. 860 e 861)

8. Este também é o entendimento destacado na obra do saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles:

"A suspensão provisória pode restringir-se ao órgão que a decretou ou referir-se a uma licitação ou a um tipo de contrato, conforme a extensão da falta que a ensejou; o mesmo ocorre em relação à inidoneidade, que só opera efeitos em relação à Administração que a declara, pois que, sendo uma restrição a direito, não se estende a outras Administrações. Assim, a declaração de inidoneidade feita pela União, pelo Estado ou pelo Município só impede as

contratações com as entidades e órgão de cada uma dessas entidades estatais, e se declarada por repartições inferiores só atua no seu âmbito e no de seus órgãos subordinados.” (MEIRELLES, 2010. p. 337). (grifo nosso)

9. E para esgotar o entendimento da melhor doutrina administrativista acerca do tema, trazemos à colação o que leciona o i. Prof. Carlos Ari Sundfeld, senão vejamos:

“Silente a lei quanto à abrangência das sanções, deve-se interpretá-la restritiva, não ampliativamente, donde a necessidade de aceitar, como correta, a interpretação segundo a qual o impedimento de licitar só existe em relação à esfera administrativa que tenha imposto a sanção. Adotar posição oposta significaria obrigar alguém a deixar de fazer algo sem lei específica que o determine, em confronto com o princípio da legalidade, o qual, especificamente em matéria sancionatória, deve ser entendido como da estrita legalidade.” (SUNDFELD, 2006. p. 239). (grifo nosso)

10. Acerca da jurisprudência sobre o assunto, permita-nos trazer à baila o posicionamento do E. Tribunal de Contas da União - TCU, corroborando as alegações desta Recorrida:

“9.3.2. 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 – Segunda Câmara)

“A previsão contida em edital de concorrência no sentido de que o impedimento de participar de certame em razão de sanção do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 limita-se às empresas apenas pela entidade que realiza o certame autoriza a classificação de proposta de empresa apenas por outro ente da Administração Pública federal com sanção do citado comando normativo, em face da inexistência de entendimento ampliativo por esta Corte sobre a matéria.

Representação apresentada pela empresa RCM Engenharia e Projetos Ltda. apontou supostas irregularidades em concorrências conduzidas pela Universidade Federal do Acre – UFAC, que têm por objeto a construção de prédios nos campus da UFAC (Concorrências 13, 14 e 15/2011). A autora da representação considerou ilícita sua desclassificação desses três certames em razão de, com suporte comando contido no art. 87, III, da Lei 8.666/1993, ter sido anteriormente suspensa do direito de licitar e contratar pelo Tribunal de Justiça do Acre TJAC. Em sua peça, observou que os editais das citadas concorrências continham cláusulas que foram assim lavradas: “2.2 Não poderão participar desta Concorrência: (...) 2.2.2 as empresas suspensas de contratar com a Universidade Federal do Acre; e 2.2.3 as empresas que foram declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos da punição”. O diretor e o secretário entendem que deve prevalecer “a interpretação restritiva” contida nos editais da UFAC e que a pena aplicada pelo TJAC não deve afetar as licitações promovidas por aquela Universidade. O relator inicia sua análise com o registro de que a matéria sob exame ainda não se encontra pacificada neste Tribunal. Ressalta, no entanto, que tal matéria, “ao que parece”, estaria pacificada no âmbito do Judiciário, no sentido de que os efeitos da decisão de dado ente deveriam ser restringidos àquele Órgão da Administração que aplicou a sanção. Informa também, que “a doutrina tende à tese que admite a restrição dos efeitos da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993”, e transcreve trecho de ensinamentos de autor renomado, nesse sentido. Ao final, tendo em vista a referida ausência de entendimento uniforme sobre a matéria no âmbito desta Corte, conclui: “a preservação do que foi inicialmente publicado me parece a melhor solução, ante o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expresso no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993”. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: a) julgar procedente a Representação; b) determinar à UFAC que: “adote as medidas necessárias para anular a decisão que desclassificou a proposta de preços da empresa RCM Engenharia e Projetos Ltda., no âmbito das Concorrências 13, 14 e 15/2011, aproveitando-se os atos até então praticados”. Precedente mencionado: Acórdão nº 2.218/2011 - Plenário. Acórdão n.º 902/2012-Plenário, TC 000.479/2012-8, rel. Min. José Jorge, 18.4.2012.

“No que se refere ao subitem 2.2 do edital, divergem os pareceres da Unidade Técnica e do Ministério Público. A solução da divergência reside em saber se a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93 - suspensão temporária de participação em licitação - abrange tão somente o órgão que a aplicou ou, por outro lado, se é extensível a toda a Administração Pública.

3. Sobre o tema, compartilho da opinião da SECEX de que a sanção de que se trata está adstrita ao órgão que a aplicou, pelas seguintes razões.

3.1. O art. 87 da Lei nº 8.666/93 estabelece em seus quatro incisos, dispostos em uma escala gradativa, as sanções que pode a Administração aplicar ao contratado pela inexecução total ou parcial do contrato. O inciso III prevê a 'suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos'. Já o inciso IV possibilita a aplicação de sanção ainda mais grave, qual seja: a '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'.

3.2. De imediato, observa-se que o legislador faz distinção entre Administração e Administração Pública quando se refere à abrangência das respectivas sanções. Desta forma, segundo os referidos dispositivos, o impedimento temporário de participar de procedimentos licitatórios está adstrito à Administração, assim entendida, pela definição constante do inciso XII do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o 'órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente'. Por outro lado, a declaração de inidoneidade, por ser de natureza mais grave, estende-se a toda a Administração Pública, definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 6º, inciso XI). Caso desejasse que a punição de suspensão temporária do direito de licitar fosse estendida a toda a Administração Pública, certamente o legislador teria expressamente a ela se referido no texto legal. Como não o fez, e tratando-se de matéria de natureza penal (em sentido amplo), deve-se interpretar o comando normativo de forma restritiva. Desse modo, Administração, conforme definido no art. 6º, inciso XII, da Lei nº 8.666/93, deve ser entendida como sendo apenas o órgão ou entidade contratante que aplicou a penalidade, sob pena de, em se ampliando esse conceito, criar-se hipótese não prevista na lei.

(...)

E aqui reside justamente o eixo do argumento: entendêssemos nós que a suspensão e a inidoneidade, ambas, têm o mesmo âmbito de consequências, e chegaríamos ao absurdo de tornar as duas penalidades indiferenciadas. Sim, porque ambas possuem uma consequência comum: impedem que o apenado participe de licitação ou firme

contrato administrativo. Se desconsiderarmos as diferenças de extensão que ora sustentamos, perderia o sentido existirem duas penalidades distintas. Afinal ambas teriam a mesma finalidade a mesma consequência e o mesmo âmbito de abrangência.” (DECISÃO Nº 352/98 - TCU – Plenário) (grifos nossos)

ACÓRDÃO Nº 3243/2012 – TCU – Plenário

“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, III, da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade contratante;” (grifo nosso)

ACÓRDÃO Nº 842/2013 – TCU – Plenário

“4. Não é demais lembrar que a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que 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 (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário). Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenadas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal.

5. Analisadas as razões de justificativas apresentadas pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal, restou esclarecido que em que pese o edital em tela não explicitar que o termo “Administração” constante do item 2.2, “c”, do edital referir-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal, os esclarecimentos prestados mostram que o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte.

(...)

9.3. recomendar, nos termos do artigo 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal 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 nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal;” (grifo nosso)

11. O E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais também compartilha do mesmo entendimento, de que a suspensão do direito de licitar se restringe ao ente da Administração que aplicou a penalidade, senão vejamos:

“ADMINISTRATIVO — MANDADO DE SEGURANÇA — PROCESSO LICITATÓRIO — SUSPENSÃO TEMPORÁRIA PARA LICITAR E DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE — ÂMBITO DE EFICÁCIA DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA.

A decisão imposta pela comissão julgadora consistente em punir a empresa com pena de suspensão temporária de participar em licitação e impedi-la de contratar com o Poder Público, limita-se ao âmbito da Administração correspondente. (TJMG. 6ª Câmara Cível. Comarca de Boa Esperança. Apelação Cível n. 1.0071.06.028499-0/001. Relator: Des. Edilson Fernandes. Data do julgamento: 10 jun. 2007).” (grifo nosso)

ADMINISTRATIVO — LICITAÇÃO — SUSPENSÃO TEMPORÁRIA PARA LICITAR E DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE — SECRETARIA DE SAÚDE DE BETIM — LICITAÇÃO PROMOVIDA PELA PREFEITURA DE LAGOA SANTA — PARTICIPAÇÃO — IMPEDIMENTO — IMPOSSIBILIDADE — INTELIGÊNCIA DO ART. 87, II E IV, DA LEI 8.666/93.

A suspensão temporária para licitar e a declaração de inidoneidade, para contratar com a Secretaria Municipal de Saúde de Betim, não é apta a impedir a participação da empresa suspensa em licitação promovida pela Prefeitura Municipal de Lagoa Santa, haja vista a ausência de regulamentação prevista em Lei, que permita a validade erga omnes dos efeitos impostos por aquelas punições.” (TJMG. 6ª Câmara Cível. Comarca de Lagoa Santa. Apelação Cível n. 000.236.399-2/00. Relator: Des. Dorival Guimarães Pereira. Data do julgamento: 13 maio 2002). (grifo nosso)

12. No mesmo sentido posicionou-se o E. Superior Tribunal de Justiça (STJ), acerca de Ato Administrativo exarado pelo Estado do Rio de Janeiro. Ressalte-se que o Egrégio traz nítida distinção entre a sanção prevista no Art. 87, III da Lei 8.666/93 – suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar com o Órgão da Administração que o sancionou – e o Art. 87, IV – declaração de inidoneidade – do mesmo diploma legal senão vejamos:

“Superior Tribunal de Justiça – 2ª Turma

REsp. 520553/RJ

Data: 03/11/2009

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE EXARADA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO A TODOS OS ENTES FEDERADOS

A definição do termo Administração Pública, adotado no Art. 87, IV da Lei 8.666 pode ser encontrada no próprio texto da citada Lei, que dispõe, em seu art. 6º, X, que ela corresponde à “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”. 5. Infere-se da leitura dos dispositivos que o legislador conferiu maior abrangência à declaração de inidoneidade ao utilizar a expressão Administração Pública, definida no art. 6º da Lei 8.666/1993. Dessa maneira, consequência lógica da amplitude do termo utilizado é que o contratado é inidôneo perante qualquer órgão público do País. A sanção de declaração de inidoneidade é aplicada em razão de fatos graves demonstradores da falta de idoneidade da empresa para licitar ou contratar com o Poder Público em geral, em razão dos princípios da moralidade e da razoabilidade. 8. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o termo utilizado pelo legislador - Administração Pública -, no dispositivo concernente à aplicação da sanção prevista no Art. 87, IV pelo ente contratante, deve se estender a todas as esferas da Administração, e não ficar restrito àquela que efetuou a punição. Diversa é a interpretação da sanção prevista no Art. 87, III. 9. Recurso Especial provido.”

13. Merece destaque, ainda, o que preconiza a Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão SLTI/MPOG na Instrução Normativa SLTI 02/2010, especificamente no § 1º do seu art. 40, que a suspensão temporária ficaria restrita ao órgão público que penalizou, a saber:

“Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever:

(...)

III – Suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

(...)

§ 1º A aplicação da sanção prevista no inciso III deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção.” (grifo nosso)

14. Cumpre-nos frisar que esse r. Pregoeiro encontrava-se diante de uma licitante – a Recorrida, com o lance mais vantajoso para a ANTAQ, sendo nítido o cumprimento do princípio da economicidade, expressamente insculpido no art. 70 da CF/88 e significa, em síntese, a promoção de resultados esperados com o menor custo possível. É a união da qualidade, celeridade e menor custo na prestação do serviço ou no trato com os bens públicos. Frise-se que além de princípio constitucional, a economicidade encontra-se em todo o ordenamento infraconstitucional e aqui citamos apenas alguns artigos da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – lei nº 8.443, de 16/07/1992, especialmente os artigos 1º § 1º, 16, I, 37, IV, 43, II e 90 § 2º, bem como o Art. 3º, caput, da Lei 8.666/93, que apresenta tal princípio de maneira implícita.

15. A respeito do Princípio da Economicidade, aliás, muito bem destaca o ilustre Jurista Marçal Justen Filho (in, Curso de Direito Administrativo, 2005), no sentido de que “a Administração Pública está obrigada a gerir os recursos financeiros do modo mais razoável. O princípio da economicidade pode reputar-se também como extensão do princípio da moralidade”. Isso significa que não basta o correto preenchimento dos criteriosos requisitos de habilitação e de classificação de proposta, não devendo estes esvaziar-se em si mesmos, mas a apresentação de um valor final bem abaixo do valor de referência disposto no Edital para que a licitação tenha atingido plenamente seu objetivo.

16. Destacamos ainda o que leciona o ilustre Mestre Antônio Roque Citadini sobre Economicidade: “partindo da definição dada pelo respeitado dicionário Aurélio, de que economicidade abrange a qualidade ou caráter do que é econômico, ou que consome pouco em relação aos serviços prestados, [...] a Ideia de economicidade ou do que é econômico envolve atos e comportamentos expressos como eficientes, produtivos, eficazes, rentáveis e outros, ou ainda, noutro sentido, o oposto do ‘desperdício’. [...] Os meios devem ser os mais econômicos, eficientes, práticos e eficazes, devendo a Administração verificar se está ocorrendo a otimização dos custos e a funcionalidade dos meios na consecução da meta estabelecida. [...] Ademais, não podemos esquecer que a inclusão da economicidade no texto constitucional vigente, embora novidade, está ligada a 2 princípios clássicos e informativos de nosso Direito Administrativo, quais sejam, o do interesse público e o da eficiência. Diríamos então que, se antes a economicidade era implícita, hoje, pela autonomia alcançada, ela é outro princípio constitucional a que todo administrador público fica obrigado a considerar.”

17. Em razão do valor ofertado pela Recorrida, portanto, é inegável a economicidade obtida neste certame em apreço, mormente por se tratar de uma empresa de ponta no mercado, com inquestionável histórico de boa prestação de serviços pelo País, restando certo que implantará e executará os serviços com total eficiência e com a mais alta eficácia requerida e esperada pelo Edital e excelência já conhecida.

18. Sendo assim, a manutenção da decisão que habilitou a Recorrida é a única alternativa viável à condução de um procedimento licitatório probo e justo, em consonância com os princípios da Legalidade, do Julgamento Objetivo, da Razoabilidade, da Competição e da Economicidade.

DO PEDIDO

19. Por fim, em atendimento ao disposto na legislação em vigor, na jurisprudência pátria, a CLARO S.A. (CLARO) requer a declaração de improcedência do Recurso Administrativo interposto pela empresa CIRION TECHNOLOGIES DO BRASIL LTDA. (CIRION), a fim de manter a habilitação desta Recorrida no presente certame, adjudicando-lhe seu objeto. Ressalte-se ser esta a única alternativa admissível à devida e regular continuidade deste certame, em estrita observância da legislação aplicável à matéria e por ser medida da mais lúdima justiça.

Termos em que,
Pede e espera deferimento.

Brasília, 26 de junho de 2023.

Fechar