

AO JUÍZO ADMINISTRATIVO/COMISSÃO DE LICITAÇÕES/PREGOEIRO DO
MUNICÍPIO DE CAIBI – SC

Referente ao pregão presencial n. **54/2018**
Recorrente: **ACESSE CONCURSOS LTDA ME**
Recorrida: **NBS SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EIRELI ME**

NBS SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EIRELI ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ n. 18.398.197/0001-24, com sede na Rua Timbó, n. 301 – Sala 601 – Bairro Victor Konder, na cidade de Blumenau, estado de Santa Catarina, neste ato representada por sua administradora **GRACE JENNIFER TRAUTMANN RATZMANN**, inscrita no CPF n. 636.640.203-59, Contatos: (47) 3232-7302 e 9 9138-1101, e-mail: nbs@nbsprovas.com.br, vem perante Vossa Senhoria, apresentar **CONTRARRAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO**, no caso em epígrafe, pelos motivos que passa a expor:

RESUMO DO RECURSO

Nos termos registrados em ata, a recorrente, **ACESSE**, apresentou intenção de recurso, informando que a recorrida, **NBS**, com o seguinte fundamento: “**impedido de contratar com a administração pública da prefeitura de Estância Turística de Pereira Barreto, de acordo com o art. 87, inciso II e III da Lei 8.666/93**”.

Em sua minuta escrita, apresentada em 24/08/2018, basicamente: a) afirma que o impedimento se dá por sansão prevista n art. 87, inciso II e III da lei 8.666/93 e edital, item 2.2; b) aponta jurisprudência que supostamente seria favorável à sua compreensão; c) termina por requerer a desabilitação da recorrida.

Entretanto, o seu recurso não procede, e deve ser julgado extinto, sem resolução de mérito, ou ainda, ser julgado improcedente.

**PRELIMINARMENTE
DA INEXISTÊNCIA DE PUNIÇÃO NO EDITAL**

O recurso da parte recorrente se pauta em na suposta suspensão temporária do dever de licitar da empresa recorrida, por conta do Decreto Municipal n. 4.986/2018, de Pereira Barreto – SP.

Para elucidar a questão, antes de discutir a sua inépcia, cumpre colacionar o seu teor, cuja página inteira segue em anexo:

DECRETA

Art. 1º Determino a aplicação do disposto no art. 87, incisos II e III da Lei Federal 8.666/93, bem como a multa de 20% estabelecido no contrato.

Parágrafo único. Fica a empresa notificada a apresentar suas razões no prazo máximo de 05 dias da data do recebimento deste Decreto, ficando os autos franqueados para vistas.

Primeiramente, cumpre destacar que não há punição escrita, mas mera indicação do teor legal, sendo uma abertura de procedimento administrativo, tanto que na ocasião foi autorizada a apresentação de defesa, logo, não se pode presumir que já exista uma pena.

A Constituição Federal é clara ao estabelecer que não há pena sem prévia cominação legal, nos termos do artigo 5.º: “**XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;**” e “**XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;**”

Essa situação é ratificada, e aplicada também por analogia, o artigo 1.º do Código Penal, que assim define: “**Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.**”

Ou seja, se ainda não há uma prévia cominação, neste caso, do procedimento administrativo, não se pode aplicar uma penalidade; não bastasse, sequer se há notícia de que aquele procedimento de Pereira Barreto esteja terminado.

No mais, também não há indicação na página do Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) de que a recorrida, NBS, esteja suspensa, nos termos dos arquivos em anexo.

Desta forma, a empresa recorrida, NBS, não está suspensa, nem impedida de contratar com a administração pública de qualquer ente federativo, sendo que a suposta penalidade, suscitada por sua concorrente, ora recorrente, ACESSE, é carente de ação, inepta, sem fundamento, e desprovida de interesse de agir, motivo pelo qual se requer, preliminarmente, seja rejeitada de plano, e por via de consequência, seja mantida a habilitação, bem como, adjudicada e contratada a empresa NBS, vencedora do pregão.

**PRELIMINARMENTE
DA JURISPRUDÊNCIA APRESENTADA
DO FERIMENTO AO CONTRADITÓRIO**

No presente recurso houve ferimento ao contraditório, o que dificulta ao recorrido se defender corretamente, haja vista a inépcia da petição recursal, que deixou de indicar a citação bibliográfica da jurisprudência, não se podendo citar, com precisão, qual seria o caso concreto, e nem se a interpretação da lei, naquele caso paradigma, está correta.

Tendo em vista a falta de identificação da jurisprudência, descabe ao julgador apreciar, já que impossível compreender em que contexto foram exaradas pelo magistrado que as julgou.

Com isso, fica difícil à empresa NBS, recorrida, de se defender, e explicar os motivos pelos quais aquele julgamento é diferente deste.

É sabido por todos que o direito ao contraditório é princípio basilar do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 5.º da Constituição Federal: “**LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;**” – logo, quando se cria um obstáculo ao exercício do direito de defesa, que é o contraditório, surge uma invalidade que não pode ser sanada; ou seja, é um vício que não tem cura.

Desta forma, tendo em vista que o vício da petição partiu por culpa única e exclusiva da recorrente ACESSE, requer que o seu recurso não seja apreciado, bem como, seja mantida a habilitação, adjudicada e contratada a empresa NBS, vencedora do pregão.

**PRELIMINARMENTE
DA JURISPRUDÊNCIA APRESENTADA
E DAS PUNIÇÕES ESPECÍFICAS DA LEI N. 10.520/2002 AO PREGÃO**

Não bastasse o caso acima, é muito estranho o fato de se citar o artigo 87, incisos II e III da Lei 8.666/2002; isso porque, não é essa a lei que rege as punições da licitação na modalidade de pregão, mas sim, a lei 10.520/2002, em seu artigo 7.º, que é mais nova e mais específica, logo, prevalece sobre a lei geral.

Sobre a prevalência das regras específicas e/ou mais novas, leia-se o artigo 2.º do Decreto-lei n. 4.657/1942, que trata da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB, que antigamente se chamava LICC).

A jurisprudência citada, ainda que apreciada, também não tem validade, pois não versa, e nem cita a Lei 10.520/2002, que fala sobre o pregão, mas tão somente cita normas gerais, previstas na Lei 8.666/93.

Desta forma, a suposta jurisprudência apresentada pela recorrente ACESSE não serve de embasamento legal do presente caso, que versa especificamente sobre PREGÃO, devendo ser desconsiderada, e a petição recursal é inepta, por ausência de fundamentação, motivo pelo qual se requer que o seu recurso não seja apreciado, bem como, que seja mantida a habilitação, adjudicada e contratada a empresa NBS, vencedora do pregão.

DO MÉRITO
DO IMPEDIMENTO DE LICITAR
RESTRITO À CIRCUNSCRIÇÃO DO ENTE DECLARANTE

Caso as preliminares supramencionadas não sejam aceitas, passa-se ao mérito, de onde também se verifica a improcedência recursal:

Uma confusão muito comum que se faz, e algumas empresas perdedoras de licitações utilizam para tentar forçar um vencimento, é a de que a declaração de impedimento abrange todo o território nacional, o que é argumento falho.

Na realidade, a declaração de impedimento fica restrita à administração pública daquele ente federativo e seus agregados – daí a confusão de achar que é para todo e qualquer Poder Público, na realidade, fica restrito àquele Poder Público, o que é diferente.

Tome-se o exemplo de que a empresa XYZ foi punida e impedida de licitar com o Município de Blumenau – SC, assim, suas autarquias e empresas públicas, também não poderão licitar; ou seja, uma vez declarada impedida por Blumenau, a SAMAE (empresa de água e esgoto) também não poderá contratar a empresa XYZ; porém, o Município de Caibi – SC poderá licitar, porque não está dentro da esfera de Blumenau – SC.

Veja-se o que diz a Lei 10.520, que é mais nova, e mais específica para o caso do pregão, afastando as normas gerais da Lei 8.666, acerca do assunto:

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 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.

Veja-se que a punição fala o termo “OU”, que significa alternativa, ou seja, não vale sobre todos os entes federativos, mas tão somente àquele que aplicou a punição.

No mais, ainda que se compreenda aplicável o pertinente teor da Lei 8.666/93, conforme se verá adiante, não se fala em outras circunscrições:

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

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

Leia-se: **de contratar com “A ADMINISTRAÇÃO”**, e não com as administrações, ou, com qualquer administração, ou com qualquer ente federativo do Poder Público, e muito menos com o termo **“ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA”**, que para fins da Lei 8.666/93 **é diferente de “ADMINISTRAÇÃO”**:

Art. 6.º Para os fins desta Lei, considera-se:

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;

Ou seja, administração PÚBLICA (termo composto), sim, engloba a todos os entes federados (Municípios, Estados, Distrito Federal e União); já a administração (termo simples), é somente aquele ente federado, ímpar, único.

Como já dito, o artigo 87, inciso III, da Lei 8.666/83 referente à suspensão temporária e impedimento, usa o termo simples de “administração” – o que corrobora com a tese de que se restringe à circunscrição Municipal de Pereira Barreto.

Corrobora a tese, pois a punição mais severa, de declaração de inidoneidade, prevista no artigo 87, inciso IV da citada Lei, usa termo divergente, de “administração pública”, ou seja, o legislador pensou em ocasiões diferentes, de acordo com os conceitos legais de cada expressão do artigo 6.º: “administração” e “administração pública”.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, atualmente a maior doutrinadora sobre direito administrativo vivo, compreende exatamente nesse sentido:

Os incisos III e I do artigo 87 adotam terminologia diversa ao se referirem à Administração Pública, o que permite inferir que é diferente o alcance das duas penalidades. **O inciso III, ao prever a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos, refere-se à Administração, remetendo o intérprete ao conceito contido no artigo 6º, XII, da Lei, que a define como “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”**. O inciso IV do artigo 87, ao falar em inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, parece estar querendo dar maior amplitude a essa penalidade, já que remete o intérprete, automaticamente, ao artigo 6º, XI, que define Administração

Pública de forma a abranger “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”.

(“in”: Direito administrativo – 27. ed.- São Paulo: Atlas, 2014, p. 285)

Assim, a questão da limitação de contratar com todos os entes federados está prevista apenas para a declaração de inidoneidade, mas não para o impedimento de contratar, que é restrito àquele ente que declarou.

E o saudoso Hely Lopes Meirelles, defendia que:

Observe-se que a suspensão provisória pode **restringir-se ao órgão que a decretou ou até mesmo a uma determinada licitação ou a um tipo de contrato**, conforme a extensão da falta que a ensejou.

(“in”: Direito administrativo brasileiro – 33.^a ed. – São Paulo: Malheiros, 2007, p. 221)

Ou seja, não existe a opção de punir além das fronteiras do ente federativo que decretou a suspensão temporária e o impedimento de contratar.

As decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) seguem EXATAMENTE a mesma linha de raciocínio:

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

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 apenas 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. [...]”

(Acórdão nº 3243/2012-Plenário, TC-013.294/2011-3, redator Ministro Raimundo Carreiro, 28.11.2012.)

E mais:

A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou

(Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013.)

Vale lembrar que, como já exemplificado acima, Blumenau não possui gerência sobre Caibi, nem Pereira Barreto, nem qualquer outro município, e vice-versa, pois cada ente possui, dentro de si, sua própria administração. É o que diz a Constituição federal:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, **todos autônomos**, nos termos desta Constituição.

A recorrente, com a devida vênia e respeito, também faz leitura equivocada do edital, pois nada diz sobre a limitação de contratar com o Município de Caibi – SC por limitação inserida por outro município; leia-se:

2.2 – Não poderão participar da presente licitação as interessadas que se encontrarem sob falência, concurso de credores, dissolução, liquidação, punidas com suspensão

de licitar ou contratar com a Administração Municipal, ou tenham sido declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Veja-se que o edital é claro ao restringir à Administração MUNICIPAL, sendo esta certamente a de CAIBI, e nenhuma outra; veja que não consta do edital a limitação pela declaração de impedimento com outro município interfira nesta licitação.

Logo, vincular uma decisão de um outro município, de outro estado, a Caibi – SC, confronta a Constituição Federal, a legislação federal, bem como, o edital do pregão.

Ante o exposto, ainda que não acatadas as questões preliminares, requer em seu mérito seja julgado improcedente o recurso apresentado pela empresa ACESSE, para que se consolide a habilitação da recorrida, NBS, bem como, para que seja adjudicada e possa contratar para a finalidade do ato pretendido no edital de licitação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta parte final das contrarrazões, cumpre à recorrida suscitar ainda algumas questões que envolvem a esfera racional, além das questões legais, supracitadas:

No Decreto Municipal n. 4.986/2018, de Pereira Barreto – SP, ora publicado por edital do Diário Oficial do Município, vide artigo 1.º, parágrafo único, consta o prazo para defesa.

Veja-se que curiosa a situação, pois a oportunidade de defesa por meio editalício não é razoável, e nem mesmo tem validade jurídica, ferindo diversos princípios constitucionais, a citar contraditório e da ampla defesa (artigo 5.º, inciso LV da Constituição Federal), nem da publicidade (neste caso, do prazo de defesa ao interessado – artigo 37 da CF), nem da legalidade (artigo 37 da CF), por não ser o meio recomendado por legislações análogas, tal como o Código de Processo Civil (artigo 236 e seguintes), e nem na Lei de Processo Administrativo, artigo 26, § 3.º, cujos termos são incorporados por todos os entes federativos.

Logo, na pior das hipóteses, o procedimento administrativo adotado por aquela municipalidade não serve à finalidade, e sua ilicitude não pode, nem deve, ser chancelada por Caibi.

Aliás, a recorrida, NBS, somente veio a tomar conhecimento do teor daquele ato jurídico imperfeito e inválido, somente porque a sua concorrente apresentou-o no procedimento licitatório; como dito, com publicidade deficitária, nem se imagina como a concorrente ficou sabendo, pois certamente não tem o costume de ler diariamente a página do edital de Pereira Barreto, no interior de São Paulo.

Ademais, não seria nem mesmo razoável uma punição em âmbito nacional, por um assunto pertinente a um município dentre 5570 municípios que integram o país, além de 26 estados, 1 distrito federal e 1 União, bem como, todos os seus agregados (autarquias etc.).

Não é razoável, por que aplicar a norma desta forma tão abrangente fará com que a empresa simplesmente quebre, pois a organização de provas para concurso público, obviamente, envolvem apenas contratos com entes públicos, dos quais dependem de licitação.

Sobre a inexistência de razoabilidade, ocorre por notório saber de que as licitações, devem favorecer as micro e pequenas empresas, círculo no qual se está inserida a recorrida, NBS, a citar o artigo 3.º, § 14, artigo 5.º-A e 33 da Lei 8.666/93, além da Lei Complementar n. 123/2006.

Não bastasse, o afastamento da recorrida, NBS, tirará o caráter de competitividade, que é a razão de ser das licitações, sem a qual, tal procedimento seria desnecessário.

Por tabela, favorecerá a empresa recorrente, ACESSE, que se figura como perdedor inconformado, pois não teve proposta competitiva, e por isso não merece vencer a licitação. Por tabela, Caibi vai pagar mais caro pelo serviço.

Assim, faz-se essas considerações finais como sinal de boa-fé da NBS, empresa recorrida, certo de que será a opção para adjudicação e contratação com a Municipalidade de Caibi.

DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer sejam acatadas as preliminares, rejeitando de plano o recurso apresentado pela ACESSE; ou caso ultrapassadas as preliminares, seja o recurso julgado improcedente em seu mérito.

Em ambos os casos, requer, por via de consequência, seja mantida a habilitação, bem como, adjudicada e contratada a empresa recorrida, NBS, ora vencedora do pregão.

Requer a juntada das provas em anexo.

Nestes termos, pede deferimento.

Blumenau – SC, 27 de setembro de 2019.



GRACE JENNIFER TRAUTMANN RATZMANN
Titular Administradora – CPF: 636.640.203-59
NBS Serviços Especializados Eireli