



■ Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

RECURSO :

ILMA. SERVIDORA THAIS FERNANDES MACHADO, PREGOEIRA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS (TJAM).

REF.: PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº. 29715/2014 - MODALIDADE: PREGÃO ELETRÔNICO/SRP Nº. 024/2015-TJAM.

"É importante ressaltar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a que é dirigido escusar-se de pronunciar sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação."

(José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 8ª Edição, Ed. Malheiros, 1992, pg. 388)

A empresa FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA, inscrita sob CNPJ nº 09.316.105/0001-29, com sede na Avenida Talma Rodrigues Ribeiro, nº 137, Blocos 01, 02, 04, Portal do Jacaraípe, CE 29.173-795, Município de Serra, Estado do Espírito Santo, vem, por seu representante legal que a esta subscreve, conforme procuração em anexo (Anexo - Doc. 1), SR. FABRÍCIO ANTÔNIO ANTUNES, brasileiro, divorciado, empresário, portador de cédula de identidade nº M- 6.359.577 e inscrito no CPF sob o nº 838.493.606-44, com endereço profissional na Av. Nossa Senhora de Fátima, nº 2.576, no Bairro Carlos Prates, CEP: 30.710-020, Município de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, respeitosamente na presença de V.Sa, nos termos da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, do Decreto Federal nº 5.450, de 31 de maio de 2005, do Decreto Federal nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, do Decreto Federal nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, e, suas alterações posteriores, do Decreto Estadual nº 28.182, de 18 de dezembro de 2008, da Resolução nº 04, de 20 de julho de 2006, do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, aplicando-se, subsidiariamente, a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e as exigências estabelecidas neste Edital, a fim de interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra a decisão desta respeitável Pregoeira, ao RECUSAR A PROPOSTA da EMPRESA FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA, para fornecimento e instalação de aparelhos de ar condicionado, especificados no Grupo II, itens 08 (oito) a 14 (quatorze), pelos fatos e fundamentos a seguir especificados:

I - DOS FATOS

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS (TJAM), com sede na Avenida André Araújo, s/nº, Bairro Aleixo, Município de Manaus, Estado do Amazonas, tornou pública a realização de licitação, na modalidade Pregão Eletrônico, do tipo Menor Preço por Item, objetivando a implantação de "REGISTRO DE PREÇOS PARA EVENTUAL FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS DE AR-CONDICIONADO DO TIPO SPLIT PARA ATENDER AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS", conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Anexo V - Termo de Referência, que integra o Edital.

A abertura da Sessão do Pregão foi designada para ser realizada no dia 08 de julho de 2015, através do portal de compras do Governo Federal (<http://www.comprasgovernamentais.gov.br>), conforme estabelecido no preâmbulo do edital em referência.

Foram designados para atuar no presente certame, a Pregoeira Thaís Fernandes Machado, e sua equipe de apoio composta pelos membros Edivam de Lucena Nascimento Júnior e Guilherme Barbosa Fernandes, designados pela Portaria nº 1.658 - PTJ-DVEXPED-TJ/AM, de 03 de julho de 2014.

Participaram do certame, para o GRUPO II, 10 (dez) empresas conforme informações extraídas do portal www.comprasgovernamentais.gov.br.

A Empresa FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA ofertou os melhores lances para o fornecimento o fornecimento e instalação dos itens 08 (120 aparelhos de ar condicionado tipo Split 12.000 BTU/h), no valor unitário de R\$ 1.330,00; 09 (120 aparelhos de ar condicionado tipo Split 18.000 BTU/h), no valor unitário de R\$ 1.789,99; 10 (120 aparelhos de ar condicionado tipo Split 24.000 BTU/h), no valor unitário de R\$ 2.489,99; 11 (90 aparelhos de ar condicionado tipo Split 36.000 BTU/h), no valor unitário de R\$ 3.139,99; 12 (90 aparelhos de ar condicionado tipo Split 36.000 BTU/h), no valor unitário de R\$ 4.098,99; 13 (90

aparelhos de ar condicionado tipo Split 48.000 BTU/h), no valor unitário de R\$ 5.098,00 e 14 (20 aparelhos de ar condicionado tipo Split 58.000 BTU/h), no valor unitário de R\$ 4.399,00, todos do Grupo II, do Anexo V – Termo de Referência, do Edital, porém teve sua proposta RECUSADA, sob o argumento de que a empresa está impedida de licitar.

Ato contínuo a empresa COOL EMPREENDIMENTOS LTDA – EPP, inscrita no CNPJ sob o n.º 05.730.820/0001-52, foi aceita e habilitada para fornecimento e instalação de todos os itens que integram o Grupo II, ofertando os seguintes valores: item 08 (R\$ 1.550,00) correspondente ao 5º melhor lance; item 09 (R\$ 2.000,00), correspondente ao 4º melhor lance; item 10 (R\$ 3.500,00), correspondente ao 7º melhor lance; item 11 (R\$ 3.500,00), correspondente ao 4º melhor lance; item 12 (R\$ 4.098,99), correspondente ao 5º melhor lance; item 13 (R\$ 5.995,00), correspondente ao 5º melhor lance e item 14 (R\$ 6.600,00), também correspondente ao 5º melhor lance.

Tendo em vista a decisão desta respeitável Pregoeira, a empresa recorrente – FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA, manifestou via sistema intenção de interpor recurso, nos seguintes termos, resumidamente, sendo ACEITA pelo Pregoeiro, conforme informações extraídas da lista da ATA DA SESSÃO DE PROCESSAMENTO DO PREGÃO ELETRÔNICO, disponível no portal de compras governamentais:

Em razão das preliminares acima invocadas é que a empresa FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA, vem requerer o recebimento e a apreciação do presente recurso, como um direito de petição garantido constitucionalmente, bem como a revisão da decisão desta respeitável Pregoeira.

II – DA TEMPESTIVIDADE E DO CABIMENTO

Considerando que o prazo para apresentação das razões de recurso é de 03 (três) dias, conforme estabelecido na Cláusula Décima Sexta e respectivos subitens do Edital, transcritos a seguir, resta demonstrada a tempestividade do presente recurso.

Destaca-se, ainda, as informações extraídas na parte final da ATA DA SESSÃO DE PROCESSAMENTO DO PREGÃO:

Dispõe a LEI FEDERAL 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002, que “Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

“Art. 4º- A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
(...)”

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;
(...)”

Dispõe o DECRETO N.º 5.450, DE 31 DE MAIO DE 2005, que “Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.”

“ Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.
(...)”

Em relação a contagem dos prazos dispõe a LEI FEDERAL N.º 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, que “Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.”

“Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.”

Devidamente comprovada a tempestividade e o cabimento deste recurso requer o recebimento do presente para o seu devido processamento e apreciação legal.

III – DAS RAZÕES DE RECURSO

3.1 – Da Legitimidade para Recorrer

Preliminarmente, registra-se que a recorrente, como empresa especializada no ramo pertinente ao objeto licitado, detém total e irrestrita capacidade estrutural e tecnológica de oferecer os serviços necessários. E, em razão de sua solidificação no mercado público, possui plena capacidade técnica e financeira para oferecer os produtos licitados pelo órgão.

3.2. Dos Fundamentos

A fase recursal do procedimento licitatório tem como fundamento legal na CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, que dispõe:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)”

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
(...).”

É dessa garantia constitucional que decorrem as diversas formas de provocação da Administração Pública para o exercício do direito de petição, nesse sentido vejamos as palavras de Di Pietro:

“Dentro do direito de petição estão agasalhados inúmeras modalidades de recursos administrativos... É o caso da representação, da reclamação administrativa, do pedido de reconsideração, dos recursos hierárquicos próprios e impróprios da revisão.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, p 579. São Paulo: Atlas, 2000.)

Seguindo esse entendimento, Carvalho Filho afirma que:

“o direito de petição é um meio de controle administrativo e dá fundamento aos recursos administrativos por que tais recursos nada mais são do que meios de postulação a um órgão administrativo. O instrumento que propicia o exercício desse direito consagrado na CF é o recurso administrativo.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, p. 905. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009.)

Desta feita, temos que o recurso administrativo instrumentaliza o exercício do direito de petição junto ao poder público.

E ainda, nas disposições infraconstitucionais.

Vejamos o que dispõe a LEI FEDERAL N.º 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993:

“Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
(...)”

XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;”

Dispõe a LEI FEDERAL N.º 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002:

“Art. 5º - É vedada a exigência de:
(...)”

III - pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, (...).”

3.3. Da recusa da proposta da Empresa FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA, em virtude de aplicação da penalidade de impedimento de licitar com a Universidade Federal do Ceará.

O MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, através da UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, criada pela Lei Federal n.º 2.373, de 16 de dezembro de 1954, tornou pública a realização de licitação, na modalidade Pregão Eletrônico n.º 043/2011, Processo Principal n.º: 4574/11/22, do tipo Menor Preço por Item, objetivando a implantação de registro de preços, para “AQUISIÇÃO DE APARELHOS DE REFRIGERAÇÃO”.

A empresa FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA, sagrou-se vencedora do presente certame para fornecimento dos itens 06 (seis), 07 (sete) e 12 (doze), conforme demonstrado abaixo:

Em relação ao item 06 (seis) de um total de 200 (duzentos) aparelhos licitados, foram solicitados 140 (cento e quarenta), todos entregues, conforme demonstrado no relatório, documento em Anexo (Anexo II – Doc. 2).

Em relação ao item 07 (sete) de um total de 200 (duzentos) aparelhos licitados, foram solicitados 187 (cento e oitenta e sete), todos entregues, conforme demonstrado no relatório, documento em anexo (Anexo III – Doc. 3).

Em relação ao item 12 (doze) de um total de 250 (duzentos e cinquenta) aparelhos licitados, foram solicitados 130 (cento e trinta) e entregues 128 (cento e vinte e oito), conforme demonstrado no relatório, documento em anexo (Anexo IV – Doc. 4).

Portanto, de um total de 650 (seiscentos e cinquenta) aparelhos licitados, 457 (quatrocentos e cinquenta e sete) aparelhos foram objeto de empenho/solicitação pela Universidade Federal do Ceará, e 455 (quatrocentos e cinquenta e cinco) aparelhos foram efetivamente entregues.

Em razão desse quantitativo de 02 (dois) aparelhos de ar condicionado AIR SPLIT 36.000 BTU's, correspondente ao item 12 (doze), solicitados através da nota de empenho 2012NE800792, não entregues, providências foram adotadas no sentido de aplicar penalidades a empresa FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA, objeto do Processo Administrativo Punitivo n.º 23067.011827-2014.83, referente ao Processo de Licitação n.º 4574/11-22, modalidade Pregão Eletrônico n.º 043/2011.

Inicialmente foi emitida a NOTIFICAÇÃO N.º 008/2014, em data de 17 de março de 2014, e, tendo em vista que a notificação não foi entregue, em razão da mudança de endereço da sede da empresa notificada, a Assessoria Técnica Legislativa do órgão notificante, se manifestou pela ausência de oportunidade de defesa à empresa penalizada e, ofensa à garantia constitucional do direito de defesa, previsto na Constituição Federal/88, recomendando a anulação da aplicação da penalidade anteriormente aplicada (objeto da inexecução parcial do contratual referente a Nota de Empenho 2011NE801465) e, a publicação da notificação extrajudicial no Diário Oficial da União, que é procedimento anterior à aplicação de qualquer penalidade e registro no SICAF.

Por fim, após o trâmite interno do Processo Administrativo Punitivo n.º 23067.011827-2014.83, para delimitação das penalidades a serem aplicadas à empresa FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA, por inexecução parcial do contrato, desta feita, em decorrência da ausência da entrega de 02 (dois) aparelhos de ar condicionado AIR SPLIT 36.000 BTU's, e, após emissão da Notificação n.º 008/2014, sem êxito, foi providenciada a sua publicação no DOU em data de 13/05/2015.

Em que pese a publicação da notificação no DOU tenha se dado em data de 13/05/2015, o órgão notificante, já havia providenciado o registro das ocorrências de suspensão temporária (artigo 87, inciso III, da Lei Federal n.º 8.666/93) e impedimento de licitar de contratar com a UFCE (artigo 7º da Lei Federal n.º 10.520/02), no SICAF, pelo prazo de 2 (dois) anos, no período compreendido entre 22/04/2015 a 21/04/2017, cujo procedimento foi novamente objeto de cancelamento das ocorrências no SICAF.

Contudo em decorrência da limitação geográfica existente entre a empresa FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA e o órgão notificante, perfazendo uma distância de 2.161Km (dois mil e cento e sessenta e um quilômetros), houve atraso na elaboração da defesa, objetivando a revisão administrativa das sanções aplicadas, uma vez, que foi necessária a realização do diligência junto a escritórios de advocacia sediados no Estado do Ceará, para acesso e obtenção de cópias do Processo de Licitação n.º 4574/11-22, Modalidade Pregão Eletrônico n.º 43/2011, constituído de 1.694 folhas e do Processo Administrativo de Aplicação de Penalidade n.º 23067.011827/2014-83, constituído de 41 folhas, efetivamente disponibilizadas em datas de 02 e 05/06/2015, quando foram emitidas as Guias de Recolhimento da União – GRU, para pagamento das cópias requeridas.

Posteriormente à situação relatada acima, foi providenciada pelo correspondente desta empresa junto a Universidade Federal do Ceará, empresa Dias, Brasil e Silveira Advocacia, inscrita no CNPJ sob o n.º 17.667.100/0001-79 (contato@dbasadvocacia.com.br), que esteve presente junto àquele órgão por no mínimo 02 (duas) vezes, para adoção dos procedimentos informados pela Sra. Amanda, do Departamento de Licitações, através de contato telefônico (85) 3366.7365, quais sejam:

- a) Comparecimento pessoal ao setor de protocolo da Universidade Federal do Ceará, para solicitar através de requerimento próprio cópia integral do Processo de Licitação e do Processo Administrativo de Aplicação de Penalidade;
- b) Emissão e pagamento de guia para disponibilização dos processos.

Somente, após adoção dos procedimentos em referência, o Processo foi todo digitalizado e, encaminhado via e-mail a esta empresa, para providências quanto à elaboração da defesa contra aplicação das penalidades.

Ressalta-se que, no presente processo de licitação, a Empresa FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA ofertou o melhor lance para os itens 08 a 14, do Grupo II, porém teve sua proposta recusada, sob o argumento de que está impedida de licitar com a Universidade Federal do Ceará.

Sabemos que a aplicação das penalidades elencadas na Lei Federal n.º 8.666/93 pela Administração Pública,

em decorrência de falhas na execução dos contratos administrativos causadas pelos contratados, deve atender a compatibilização da sanção com a conduta, considerando-se que a inadequação entre a sanção e a conduta pode ofender diversos princípios administrativos e constitucionais, configurando ilegalidade em sentido amplo, suscetível de correção.

Dispõe a LEI FEDERAL N.º 8.666/93, acerca das sanções administrativas, objeto da presente defesa:

"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.

(...)

§ 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.

(...)"

Já a LEI FEDERAL N.º 10520/2002, assim dispõe:

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.

Destaca-se que referidos "tipos" sancionatórios estão arrolados no artigo 87, da Lei Federal n.º 8.666/93 intencionalmente na ordem acima destacada. Nota-se, portanto, a intenção do legislador em escalonar as sanções da menos severa (advertência) a mais grave (declaração de inidoneidade).

Ocorre que, verificadas os pontos acima destacados, não há como deixar de afirmar que existe uma enorme imprecisão legislativa quanto a qual sanção aplicar em cada hipótese específica.

Ou seja, a legislação não traz parâmetros claros acerca de quando o administrador público, obrigado a sancionar no caso de descumprimento do contrato pelo Contratado, deve aplicar a sanção de advertência, multa, suspensão temporária de licitar e contratar ou a de inidoneidade. Não vigora, neste caso, o princípio da pena específica, como ocorre no direito criminal, por exemplo.

Muito se discute na doutrina a respeito do tema. O que se encontra praticamente consolidado pelos tribunais pátrios é a evidente intenção do legislador em criar uma escala de sanções, da mais leve até a mais grave, devendo, o administrador público responsável pela sua aplicação, respeitado o devido processo legal e o direito do contraditório, aplicar o princípio da proporcionalidade da sanção em face da gravidade da infração cometida, motivando suas decisões.

Vale dizer, é absolutamente reprovável a conduta do administrador público, diante da imprecisão da legislação, aproveitar-se de sua margem de discricionariedade, para a prática de atos arbitrários que ferem os direitos dos Contratados de terem uma sanção proporcional à infração cometida. Tais atos são tidos como ilegais, uma vez que ferem a moralidade e configuram abuso de poder e desvio de finalidade da lei e, nesse sentido, passíveis de revisão pelo Poder Judiciário sem que ocorra a ingerência no mérito administrativo.

Isto posto, partindo da premissa de que a lei não contém palavras inúteis e não cabe ao interprete alargar o espectro do texto legal, sob pena de estar criando hipótese não prevista, podemos dizer que a suspensão temporária produz efeito na entidade administrativa que a aplicasse enquanto a declaração de inidoneidade produz efeito em todos os órgãos da Administração Pública, ou seja, em todos os entes federativos.

Acerca do assunto, o jurista Jessé Torres Pereira Junior versa:

"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)

Outrossim, o saudoso Hely Lopes Meirelles discorreu que "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"; (in Licitação e contrato administrativo, 15º ed. 2010, p. 337)

Ademais, existem julgados no sentido de que a pena de suspensão, fica restrita ao órgão aplicador da sanção. Vejamos:

Despacho Proferido

"Não vislumbro presentes os requisitos legais autorizadores da concessão da liminar, razão pela qual seu indeferimento é de rigor. Como se depreende da documentação encartada aos autos, o impedimento imposto à empresa diz respeito apenas e tão somente à contratação com a empresa ECT. Nada há nos autos a demonstrar que a empresa habilitada está impedida ou suspensa de contratar com a Administração Pública em geral. Diante do exposto, ausentes os requisitos legais, indefiro a liminar postulada. Cite-se a empresa ..., em litisconsorte passivo. Solicitem-se as informações e, após vista ao Ministério Público. Int" (3ª Vara Judicial de Embu, Estado de São Paulo, Processo nº 176.01.2011.004111-2)

Em recentíssima decisão do TCU, no plenário, através do Ministro José Jorge, decidiu que deve prevalecer a interpretação restritiva quanto a penalidade da suspensão:

"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 apenadas pela entidade que realiza o certame autoriza a classificação de proposta de empresa apenada por outro ente da Administração Pública federal com sanção do citado comando normativo, em face da inexistência de entendimento definitivo diverso desta 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". Ao instruir o feito, o auditor da unidade técnica advoga a extensão dos efeitos daquela sanção a outros órgãos da Administração. 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 estendidos a toda Administração Pública, consoante revela deliberação proferida pelo STJ, nos autos do Resp 151567/RJ. Informa também, que "a doutrina tende à tese que admite a extensão 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. (grifamos)

Vejamos outros entendimentos do Tribunal de Contas da União- TCU:

"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 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. (grifamos)

“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

Representação formulada por empresa apontou suposta ilegalidade no edital do Pregão Eletrônico 13/2013, conduzido pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal, com o objetivo de contratar empresa especializada em serviços de manutenção de instalações civis, hidrossanitárias e de gás e rede de distribuição do sistema de combate a incêndios. Constatou do edital disposição no sentido de que “2.2 – Não será permitida a participação de empresas: (...) c) suspensas temporariamente de participar em licitações e contratar com a Administração; d) declaradas inidôneas para licitar ou para contratar com a Administração Pública;”. O relator, por aparente restrição ao caráter competitivo do certame, suspendeu cautelarmente o andamento do certame e promoveu a oitiva do órgão, medidas essas que vieram a ser ratificadas pelo Tribunal. O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou 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)”.

E mais: “Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal”. Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo “Administração” constante do item 2.2, “c”, os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão “refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal” e que, portanto, “o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte”. Por esse motivo, considerou pertinente a revogação da referida cautelar e o julgamento pela improcedência da representação. A despeito disso e com o intuito de “evitar questionamentos semelhantes no futuro”, considerou pertinente a expedição de recomendação ao órgão para nortear a elaboração de futuros editais. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) “recomendar 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”. Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013. (grifamos)

A Advocacia Geral da União - AGU também se manifestou nesse sentido, em seu parecer nº 08/2013 /CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU:

A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 02, DE 11 DE OUTUBRO DE 2010, que

“Estabelece normas para o funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG”, com aplicabilidade em

âmbito federal, preconizou que o alcance da suspensão temporária fica 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. (grifamos)

Portanto, a penalidade aplicada à Recorrente, ocorre somente no âmbito da Universidade Federal do Ceará, não podendo estender a outros órgãos, nos termos do entendimento do TCU, bem como Instrução Normativa supracitada.

A empresa Recorrente foi penalizada nos seguintes termos, conforme Anexo de ocorrência registrada no SICAF:

UASG/Entidade Sancionadora: 153045 - UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARA
Tipo Ocorrência: Suspensão Temporária - Lei nº 8666/93, art. 87, inc. III
Motivo: Inexecução total ou parcial do contrato

A aplicação da sanção “suspensão temporária” acarreta a proibição de participar de licitações e de contratar com a Administração Pública pelo prazo de até 2 (dois) anos.

Deve ser utilizada quando apurada falta grave do contratado, assim entendidas por Jessé Torres:

“capaz de deixar pendente, total ou parcialmente, a prestação acordada, com prejuízo ao interesse do serviço”.

(PEREIRA JÚNIOR, Jesse Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6º Edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, P.87).

Em face da gravidade dos fatos que ensejam a aplicação desta sanção, normalmente, o contrato também é rescindido unilateralmente.

Ocorre que, em conformidade com as informações extraídas do Processo de Licitação, modalidade Pregão Eletrônico n.º 43/2011, realizado pela Universidade Federal do Ceará, e do Processo Administrativo de Aplicação de Penalidades n.º 23067.011827/2014-83, a empresa FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA, de um total de 650 (seiscentos e cinquenta) aparelhos licitados, 457 (quatrocentos e cinquenta e sete) aparelhos foram objeto de empenho/solicitação pela Universidade Federal do Ceará, e destes 455 (quatrocentos e cinquenta e cinco) aparelhos foram efetivamente entregues, e, em razão do quantitativo efetivamente entregue a Universidade Federal do Ceará, apenas 02 (dois) aparelhos de ar condicionado AIR SPLIT 36.000 BTU's, correspondente ao item 12 (doze), solicitados através da nota de empenho 2012NE800792, não foram entregues, o que gerou providências no sentido de aplicar penalidades a empresa FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA, o que salvo melhor juízo, configura inexecução parcial do contrato, que não justificaria a aplicação da penalidade de suspensão temporária, uma vez que, não restou demonstrada qualquer prejuízo ao interesse público.

Destarte, para os casos de inexecução parcial, que não tenha gerado prejuízos severos à prestação do objeto contratado, cabível seria, em um primeiro momento, a sanção de advertência, podendo a mesma ser posteriormente combinada com uma ou mais multas fundadas nos danos financeiros eventualmente apurados ao longo do contrato.

Caso a inexecução parcial persista de forma reiterada, apesar das multas aplicadas, restará configurada a inexecução total das obrigações ajustadas, hipótese em que a Administração deverá optar pela rescisão unilateral e aplicar sanções mais graves.

Portanto, a infração cometida pelo contratado, representada pela não entrega de 02 (dois) aparelhos de ar condicionado AIR SPLIT 36.000 BTU'S, num universo de 130 (cento e trinta) unidades pedidas através da emissão das respectivas Notas de Empenho, não justifica a aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação de licitação, que sem necessária motivação, bem como a demonstração de existência de prejuízo à Administração Pública, configura RIGOROSIDADE EXCESSIVA NA APLICAÇÃO DA PENALIDADE.

Sustentamos, pois, não ter havido inadimplemento absoluto, mas apenas relativo, porquanto o fornecedor teria efetuado a entrega de todos os outros aparelhos correspondente ao item 12 (doze), e que, sendo assim, a gradação da sanção foi desproporcional.

Quanto a sanção estabelecida da Lei do Pregão, a empresa em questão foi ainda penalizada nos seguintes

termos, conforme Anexo do SICAF:

UASG/Entidade Sancionadora: 153045 - UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARA
Tipo Ocorrência: Impedimento de Licitar e Contratar - Lei nº 10.520/02, art. 7º
Motivo: Retardamento da execução do objeto ou não manutenção da proposta

No caso das penalidades impostas no âmbito dos contratos administrativos celebrados em decorrência de licitações realizadas sob a modalidade Pregão, constata-se que a Lei Federal nº 10.520/2002 (artigo 7º) limitou-se a elencar diversas situações irregulares de responsabilidade do contratado.

Observa-se, ainda, que, ao contrário da Lei Federal nº 8.666/93, a mencionada norma do Pregão estabeleceu sanções que atingem não somente ao contratado, mas, também, ao licitante, elencando em seu texto condutas específicas praticadas no âmbito do procedimento licitatório que podem gerar a aplicação de sanções administrativas.

Todavia, apesar de especificar situações ensejadoras de sanções administrativas ao contratado/licitante, a legislação de regência do Pregão também foi bastante genérica e o mais grave: inseriu o mesmo tipo de penalidade (de consequências graves ao particular) para abranger a situações diversas e de gravidades variadas, abrindo caminho para a aplicação de penas desproporcionais e, por muitas vezes, não correspondentes ao fato ocorrido, sempre a depender da ação subjetiva do Administrador Público.

De fato, um pequeno inadimplemento ou falha por parte do particular no âmbito de um Pregão ou em um contrato dele decorrente ensejará nessa hipótese, a depender da vontade subjetiva do gestor público, uma penalidade gravíssima e de repercussão nacional, levando empresas sadias e idôneas ao encerramento de suas atividades ou à perda de oportunidades com a Administração Pública.

Considerando, por fim, que a sanção de impedimento de licitar e contratar é, simplesmente, uma das mais gravosas a qual o particular encontra-se submetido, não poderia, por bom senso, ser aplicada indiscriminadamente aos casos de menor potencial ofensivo ou àqueles que sequer feriram o interesse público ou trouxeram prejuízo financeiro concreto.

Enfim, se a falha cometida não prejudicou efetivamente a Administração Pública e o prosseguimento regular da licitação ou do contrato; ou então se o descumprimento constatado gerou efeito reduzido, incapaz de onerar os cofres públicos ou de inviabilizar os fins almejados, não há que se falar na imposição de pena tão restritiva e gravosa quanto a que impede de licitar e contratar e descredencia dos cadastros de fornecedores.

O impedimento de licitar e contratar, bem como o consequente registro nos cadastros de fornecedores, tratam de sanções com consequências devastadoras ao particular que licita e/ou contrata com a Administração Pública. Por isso, o julgador deve ter, obrigatoriamente, bastante prudência ao aplicar tal sanção, evitando, dessa forma, sua banalização.

Após estas breves considerações, alguns apontamentos se fazem necessários quanto à aplicação de penalidades de modo geral.

A falta de previsão em tipos específicos das infrações administrativas e das sanções em matéria de licitações e contratos na Lei Federal nº 8666/93, confere ao administrador, quando da aplicação das sanções, uma liberdade fundamentada.

Entretanto, tais omissões não impedem a aplicação de sanções, pois o administrador agirá pautado nos princípios da proporcionalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Todavia, a discricionariedade é regradada na lei e limitada pelos princípios da indisponibilidade do interesse público e da proporcionalidade.

Pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, as sanções administrativas devem ser aplicadas respeitando-se o interesse público, o qual é indisponível.

Ao passo que a Lei concede ao Gestor a competência para enquadrar a conduta do particular ao conceito de inexecução contratual e ponderar sua gravidade, reforça com outra o necessário controle do referido ato por meio de princípios insertos na Constituição e nas Leis.

Marcel Justem Filho considera:

"impossível aplicar qualquer das sanções previstas no art. 87 sem que as condições específicas de imposição estejam explicitadas". Assim é porque, segundo explica o professor, "a lei silenciou acerca dos pressupostos de aplicação de cada sanção" quando não poderia "remeter à Administração a faculdade de escolher quando e como aplicar cada sanção prevista no art. 87, pois isso ofenderia o princípio da legalidade" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª Edição, São Paulo: Dialética, 2003. P. 570 e 571).

Verificamos que há obrigatoriedade de aplicação de penalidades decorrentes de inexecução de contratos administrativos, é o que se desprende da leitura dos artigos 55, inciso VII, 66, 77, 86 e 87 da Lei Federal nº 8.666/93, contudo deve restar demonstrada que a penalidade deve guardar relação íntima com os princípios administrativos e constitucionais a fim de se evitar ofensa legal e constitucional.

Desse modo, resta pacífico que a aplicação de sanção é ato vinculado (princípio da legalidade), e, decorrente de disposição contratual, com força obrigatória entre as partes, onde deverá haver a especificação das sanções e das condutas que ensejam as medidas corretivas, ocasião em que restará completa e objetiva a descrição do comportamento a ser adotado pelo administrador em caso de inadimplemento do particular.

Nesse contexto, e, em conformidade com a melhor doutrina aplicável ao presente processo, salvo melhor juízo, não houve por parte do órgão sancionador – Universidade Federal do Ceará, observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação dessa sanção à empresa FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA, conforme adiante restará demonstrado e, considerando que:

- não restou demonstrado qualquer dano causado à Administração, aqui representada pela Universidade Federal do Ceará, pela ausência de entrega de 02 (dois) aparelhos de ar condicionado AIR SPLIT 36.000 BUT's;

- não restou demonstrada a reincidência no cometimento da infração ora penalizada;

- não restou demonstrada qualquer intenção por parte da Administração (Universidade Federal do Ceará), em rescindir o contrato, em razão da rigorosidade das penalidades aplicadas;

- não houve fraude praticada pelo contratado.

Em que pese a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, é certo que as penalidades não devem ser aplicadas de modo aleatório e desproporcional, devendo atender a finalidade da norma, evitar o prejuízo descabido dos licitantes e, muito menos, captar proveitos econômicos ao Poder Público. Neste mister renovamos que a aplicação e penalidades devem ser ponderadas, conforme os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Inúmeras vezes empresas fornecedoras de serviços para Administração Pública surpreendem-se com a aplicação de penalidades excessivas, que de acordo com a extensão podem gerar certa insegurança e risco financeiro incalculável para o prestador de serviço em relação à execução do contrato.

Ocorre que ao prever as penalidades contratuais não se avaliam correta e adequadamente os eventos e condições a serem penalizados contratualmente, especialmente quanto se insere em contratos (alguns decorrentes de edital de licitação) severos, sem estabelecer um limitador razoável.

Muito embora seja alegada a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, é certo que as penalidades têm o caráter implícito de reprimir condutas lesivas à administração e desestimular a inexecução contratual, além da compensação por perdas e danos diretos, por este motivo, as multas não devem ser aplicadas de modo desproporcional.

É cediço que a Administração Pública se beneficia das cláusulas exorbitantes em nome da concretização do interesse público consubstanciado na ideal prestação dos serviços por ela contratados.

Porém, mesmo que o administrador esteja em condição de superioridade frente ao particular, o interesse econômico-financeiro deste na formalização do contrato, qual seja, a obtenção da justa remuneração (lucro), não pode ser afetada.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Melo:

"...a tipologia do chamado contrato administrativo reclama de ambas as partes um comportamento ajustado a certas pautas. Delas procede que, pela via designada contratual, o Poder Público pode se orientar unicamente para satisfação do interesse público que ditou a formação do ajuste.

É por isso que lhe assistem os poderes adequados para alcançá-lo, o particular contratante procura a satisfação de uma pretensão econômica, cabendo-lhe, para fazer jus a ela, cumprir com rigor e inteira lealdade as obrigações assumidas.

Dês que atenda como deve, incube ao Poder Público respeitar às completas a equação econômico-financeira avençada, a ser atendida com significado real e não apenas nominal.

Descabe à Administração menosprezar este direito. Não lhe assiste, por intuítos meramente patrimoniais, subtrair densidade ou o verdadeiro alcance do equilíbrio econômico-financeiro".

(Curso de Direito Administrativo, 21ª edição, pág 620).

A Lei de Licitações (art. 58, incisos III e IV) possibilita a ampla fiscalização dos contratos administrativos e confirma a prerrogativa dos órgãos públicos de aplicar sanções sempre que observadas inexecuções contratuais.

Além dos diplomas legais citados acima, acrescenta-se as disposições contidas no Código Civil – Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que por força do art. 54 da Lei de Licitações se aplicam subsidiariamente aos contratos administrativos. Dentre elas, destaca-se o art. 413, cuja redação é clara no sentido de permitir a redução da penalidade caso seja excessiva ou a obrigação principal tiver sido cumprida em parte.

Assim, é preciso raciocinar com conceitos e princípios que nos conduzirão ao discernimento quando do

estabelecimento de sanções administrativas, devendo a administração sempre considerar o gravame provocado pelo atraso e o gravame provocado pela inexecução, bem como a natureza do objeto, relacionando-o com o prejuízo (material e moral) causado pela conduta lesiva, razão pela qual, requeremos a reconsideração deste ilustre Pregoeiro, uma vez que, a sanção aplicada alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou, no caso a Universidade Federal do Ceará, a fim de que proceda a aceitação da proposta da Empresa FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA para o fornecimento e instalação dos aparelhos de ar condicionado, correspondentes aos produtos especificados nos itens 08 (oito) a 14 (quatorze), do GRUPO II, do Anexo V – Termo de Referência, que integra o edital, que ofertou os melhores lances, segundo a ordem de classificação, tendo em vista argumentos demonstrados no presente tópico e ainda, a comprovação através de entendimentos do Tribunal de Contas da União, da Advocacia Geral da União, bem como a Instrução Normativa 02/2010, do MPGO.

Ademais, insta informar que apresentamos defesa junto a Universidade Federal do Ceará, sendo que a mesma ainda está sendo apreciada pelo órgão, em razão da incongruência lógica entre a conduta e a aplicação da sanção, bem como da violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, previstos, implicitamente, no artigo 128 da Lei Federal nº 8.112, de 11 e dezembro de 1990, a saber:

“Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”.

Destarte, a aplicação de penalidades administrativas ao particular deve ser implementada de forma objetiva, avaliando-se, especialmente, a proporcionalidade da sanção frente à falta cometida e aos prejuízos efetivamente por ela causados à Administração Pública.

Esse cenário, por óbvio, tem originado dezenas de penas desproporcionais e injustiças, levando empresas a fecharem literalmente suas portas ante a penalização recebida por falhas mínimas, mas julgadas ao sabor de subjetivismos que imperam nos casos em que a legislação se faz omissa ou genérica, como na hipótese em referência, tendo em vista que, a legislação de regência do Pregão foi bastante genérica e o mais grave: inseriu o mesmo tipo de penalidade (de consequências graves ao particular) para abranger situações diversas e de gravidades variadas, abrindo caminho para a aplicação de penas desproporcionais e, por muitas vezes, não correspondentes ao fato ocorrido, sempre a depender da ação subjetiva do Administrador Público.

De fato, o que se vê é uma enxurrada de decisões administrativas completamente equivocadas e na maior parte das vezes desproporcionais quando observadas com atenção as falhas dos particulares.

Atualmente, aplica-se, por exemplo, a pena de suspensão de licitar por qualquer motivo e de forma indistinta. Assim, é possível observar um rosário de julgados administrativos sem qualquer padrão, proporcionalidade ou equidade. Não há sequer uma gradação mínima entre a inexecução parcial ou total do ajuste administrativo e as penas a ela aplicáveis.

É o que se desprende da redação dada ao artigo 7º da Lei Federal n. 10.520/2002, que, em um único dispositivo legal relaciona um rol de nada menos que 08 (oito) condutas de gravidades e potenciais ofensivos totalmente diferentes, mas cujas penalidades são as mesmas: impedimento de licitar e contratar com a Administração e descredenciamento do SICAF por até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das demais penalidades previstas em edital.

Além disso, as condutas são descritas no dispositivo de forma bastante genérica, o que possibilita as mais diversas interpretações.

Neste campo, informamos que acionamos ainda o Poder Judiciário, ao qual caberá avaliar e julgar as ações como árbitro independente e sem qualquer proteção ao Poder Público do qual integra, de modo a se permitir rever conceitos de supremacia do poder público sobre o interesse privado, especialmente quando o particular assume obrigações e responsabilidades de elevadas complexidade e monta, decorrentes da execução de serviços que há muito já não são asseguradas e executadas pelo Estado, considerada às necessidades de melhorias e ampliação dos serviços por empresas com maior expertise/especialização, não sendo justo imputar desproporcionais sanções e responsabilidades ao particular, que poderá amargar elevados prejuízos muito além dos pressupostos legais vigentes.

IV – DO PEDIDO

Em face do exposto, com base nos argumentos apresentados, legislações, posicionamento doutrinários e jurisprudências citados REQUER na forma da Lei, o acolhimento e provimento do presente RECURSO ADMINISTRATIVO, NO SENTIDO DE QUE SEJA REFORMADA A DECISÃO DESTA RESPEITÁVEL PREGOEIRA E, POR CONSEQUINTE, SEJA ANULADO O ATO QUE DECLAROU DESCLASSIFICADA/RECUSADA A PROPOSTA DA EMPRESA FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA, BEM COMO DOS ATOS SUBSEQUENTES ÀQUELE, DEVENDO SER RETOMADA A SESSÃO DE PROCESSAMENTO DO PREGÃO ELETRÔNICO SRP N.º 24/2015 - TJM, PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 29715/2014, OBJETIVANDO ASSIM, QUE A EMPRESA EM REFERÊNCIA SEJA DECLARADA VENCEDORA E HABILITADA PARA O FORNECIMENTO DOS ITENS 08 (OITO) A 14 (QUATORZE) DO GRUPO II, CONFORME ESPECIFICAÇÕES E QUANTITATIVOS DO ANEXO V – TERMO DE REFERÊNCIA, QUE INTEGRA O EDITAL, POR TER OFERTADO O MELHOR LANCE.

Acaso seja mantida a decisão recorrida, sem o provimento do presente recurso, o que se admite apenas por cautela que seja remetido o processo devidamente instruído com o presente recurso, à autoridade hierárquica superior, conforme estabelece o artigo 109, § 4º, da Lei Federal n.º 8.666/93/93, em aplicação subsidiária.

Seja acolhido e provido, em todos os seus termos, o presente recurso, e em razão disso, sejam atendidos os seus pedidos, como forma de imposição e prevalência da lei, da doutrina e dos princípios da moralidade administrativa, a publicidade, a legalidade e a ampla defesa.

Ainda, alertamos que em caso de indeferimento definitivo na esfera administrativa, dada a inobservância dos preceitos legais vigentes e dos princípios gerais e específicos da administração pública, temos a intenção de recorrer por denúncia e representação aos órgãos fiscalizadores competentes, para que o mesmo se manifeste em relação aos argumentos consignados no presente recurso.

Por fim, seja devidamente motivada a decisão tomada, caso se entenda pela manutenção da decisão deste respeitável Pregoeiro, devendo o julgador apontar os fundamentos de direito e de fato, conforme determinado pelo Princípio da Motivação dos Atos e Decisões Administrativas.

Nestes Termos, pede e espera deferimento.

Belo Horizonte, em 10 de agosto de 2015.

FRIOVIX COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA
Fabrício Antônio Antunes - Representante Legal

- ANEXO I - DOC. 1 – PROCURAÇÃO –

- ANEXO II - DOC. 2 - RELAÇÃO EQUIPAMENTOS LICITADOS/EMPENHADOS/ENTREGUES - ITEM 06 (APARELHOS DE AR CONDICIONADOS AIR SPLIT 12.000 BTU's) - PE 043/2011, REALIZADO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ-

ITEM 06: 200 APARELHOS DE AR CONDICIONADO AIR SPLIT com capacidade de 12.000 BTU's - Valor adjudicado: R\$ 795,00

NOTA EMPENHO /DATA QUANTITATIVO NF CORRESPONDENTE

2011 NE 801470 de 23/08 (fls. 653/654) 02 49086 de 30/08/2011 (fls. 655)
2011 NE 801381 de 18/08 (fls. 688/689) 11 48561 de 23/08/2011 (fls.690)
2011 NE 801742 de 31/08 (fls.729/730) 08 49842 de 09/09/2011 (fls.731)
2011 NE 801472 de 23/08 (fls.1026/1027) 09 52704 de 19/10/2011 (fls.1022)
2011 NE 801467 de 23/08 (fls.1043/1044) 10 52706 de 19/10/2011 (fls. 1040)
2011 NE 801487 de 23/08 (fls.1053/1054) 20 52702 de 19/10/2011 (fls.1049)
2011 NE 802962 de 16/11 (fls.1095/1096) 01 58390 de 30/12/2011 (fls.1097)
2011 NE 801764 de 01/09 (fls. 1069/1070) 20 53836 de 01/01/2011 (fls.1171)
2011 NE 800045 de 27/12 (fls. 1179/1180) 23 62155/61194 de 15/12/2012 e 06/02/2012 (fls. 1181/1182)
2012 NE 800187 de 17/02 (fls.1292/1293) 08 64511 de 16/03/2012 (fls. 1290)
2011 NE 802722 de 18/11 (fls.1319/1320) 01 63235 de 02/03/2012 (fls.1317)
2012 NE 800397 de 27/03 (fls. 1503/1504) 08 67693 de 02/05/2012 (fls.1505)
2012 NE 800536 de 12/04 (fls. 1514/1515) 03 67708 de 02/05/2012 (fls. 1516)
2012 NE 800332 de 14/03 (fls. 1525/1526) 04 66415 de 12/04/2012 (fls. 1528)
2012 NE 800556 de 16/04/2012 (fls. 1537/1538) 03 67694 de 02/05/2012 (fls. 1539)
2012 NE 800641 de 27/04 (fls.1631/1632) 08 68541 de 15/05/2012 (fls. 1627)
2011 NE 801465 de 23/08 (fls. 1641/1642) 01 2775 de 11/11/2013 (fls. 1639)

TOTAL 140 Obs.: entregues em sua totalidade

- ANEXO III - DOC 3 - RELAÇÃO EQUIPAMENTOS LICITADOS/EMPENHADOS/ENTREGUES - ITEM 07 (APARELHOS DE AR CONDICIONADOS AIR SPLIT 18.000 BTU's) PE 043/2011, REALIZADO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ -

ITEM 07: 200 APARELHOS DE AR CONDICIONADO AIR SPLIT com capacidade de 18.000 BTU's -Valor adjudicado: R\$ 1.098,00

NOTA EMPENHO QUANTITATIVO NF CORRESPONDENTE

2011 NE 801469 de 23/08 (fls. 629/630) 03 49084 de 30/08/2011 (fls. 631)
2011 NE 801468 de 23/08 (fls. 637/638) 04 49087 de 30/08/2011 (fls. 639)
2011 NE 801471 de 23/08 (fls. 645/646) 01 49086 de 30/08/2011 (fls. 647)
2011 NE 801470 de 23/08 (fls. 653/654) 01 49086 de 30/08/2011 (fls. 655)
2011 NE 801381 de 18/08 (fls. 688/689) 05 48561 de 23/08/2011 (fls. 690)
2011 NE 801463 de 23/08 (fls. 697/698) 06 49817 de 09/09/2011 (fls. 699)
2011 NE 801822 de 05/09 (fls. 705/706) 02 49855 de 09/09/2011 (fls. 707)
2011 NE 801464 de 23/08 (fls. 713/714) 11 49818 de 09/09/2011 (fls. 715)
2011 NE 801744 de 31/08 (fls. 721/722) 08 49821 de 09/09/2011 (fls. 723)
2011 NE 801472 de 31/08 (fls. 729/730) 02 49842 de 09/09/2011 (fls. 731)
2011 NE 801948 de 22/09 (fls. 948/949) 01 53066 de 24/10/2011 (fls. 950)
2011 NE 801823 de 05/09 (fls. 972/973) 01 53838 de 19/10/2011 (fls. 975)
2011 NE 801466 de 23/08 (fls. 1008/1009) 03 52703 de 19/10/2011 (fls. 1004)
2011 NE 801467 de 23/08 (fls. 1043/1044) 08 52706 de 19/10/2011 (fls.1040)
2011 NE 801487 de 23/08 (fls. 1053/1054) 06 52702 de 19/10/2011 (fls. 1049)
2011 NE 802703 de 17/11 (fls. 1076/1077) 06 56471 de 05/12/2011 (fls. 1073)
2011 NE 802692 de 16/11 (fls. 1095/1096) 07 58390 de 30/12/2011 (fls. 1097)

2011 NE 802953 de 29/11 (fls. 1104/1105) 13 58391 de 30/12/2011 (fls.1106)
2011 NE 803197 de 02/02 (fls. 1114/1115) 02 58061 de 26/12/2011 (fls. 1116)
2011 NE 803478 de 04/12 (fls. 1134/1135) 01 58059 de 26/12/2011 (fls. 1136)
2011 NE 802952 de 29/11 (fls. 1142/1143) 01 58060 de 26/12/2011 (fls. 1144)
2011 NE 801764 de 01/09 (fls. 1169/1170) 25 62965 de 29/02/2012 (fls. 1172)
2012 NE 800045 de 27/01 (fls. 1179/1180) 23 62155/61194 de 15/02/2012 e 06/02/2012 (fls. 1181/1182)
2012 NE 800187 de 17/02 (fls. 1292/1293) 07 64511 de 16/03/2012 (fls.1290)
2012 NE 800332 de 14/03 (fls. 1525/1526) 12 65283 de 27/03/2012 (fls. 1527)
2012 NE 800556 de 16/04 (fls. 1537/1538) 03 67694 de 02/05/2012 (fls. 1539)
2012 NE 800641 de 27/04 (fls. 1631/1632) 08 6854 de 15/05/2012 (fls. 1627)
2012 NE 800792 de 25/05 (fls. 04/05), PA 011827/2014 17 2773 de 11/11/2013 (fls. 06), do Processo Administrativo de Aplicação de Penalidades
TOTAL 187 Obs.: entregues em sua totalidade

- ANEXO IV- DOC. 4 - RELAÇÃO EQUIPAMENTOS LICITADOS/EMPENHADOS/ENTREGUES - ITEM 12 (APARELHOS DE AR CONDICIONADOS AIR SPLIT 36.000 BTU's) PE 043/2011, REALIZADO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

ITEM 12: 200 APARELHOS DE AR CONDICIONADO AIR SPLIT com capacidade de 36.000 BTU's - Valor adjudicado: R\$ 2.620,00

NOTA EMPENHO QUANTITATIVO NF CORRESPONDENTE

2011 NE 801819 de 05/09 (fls. 956/957) 03 53844 de 01/01/2011 (fls. 958)

2011 NE 802336 de 19/10 (fls. 964/965) 04 55284 de 21/11/2011 (fls. 966)

2011 NE 801823 de 05/09 (fls. 972/973) 01 52705 de 19/10/2011 (fls. 974)

2011 NE 801766 de 01/09 (fls. 996/997) 02 53840 de 01/11/2011 (fls. 998)

2011 NE 801466 de 23/08 (fls. 1008/1009) 17 53839 de 01/11/2011 (fls. 1005)

2011 NE 801765 de 01/09 (fls. 1014/1015) 12 53842 de 01/11/2011 (fls. 1016)

2011 NE 801472 de 23/08 (fls. 1026/1027) 07 53837 de 01/11/2011 (fls. 1023)

2011 NE 801467 23/08 (fls. 1043/1044) 06 53843 de 01/11/2011 (fls. 1039)

2011 NE 801487 de 23/08 (fls. 1053/1054) 18 53841 de 01/11/2011 (fls. 1050)

2011 NE 802692 de 16/11 (fls. 1095/1096) 08 58390 de 30/12/2011 (fls. 1097)

2011 NE 802953 de 29/11 (fls. 1104/1105) 03 58391 de 30/12/2011 (fls. 1106)

2011 NE 801764 de 01/09 (fls. 1169/1170) 06 53836 de 01/11/2011 (fls. 1171)

2012 NE 800042 de 27/01 (fls. 1300/1301) 22 61210/65115 de 06/02/2012 e 23/03/2012 (fls. 1302/1303)

2012 NE 800332 de 14/03 (fls. 1525/1526) 08 65283 de 02/05/2012 (fls. 1527)

2012 NE 800556 de 16/04 (fls. 1537/1538) 06 69399 de 29/05/2012 (fls. 1540)

2012 NE 800537 de 12/04 (fls. 1552/1553) 03 69400 de 29/05/2012 (fls. 1554)

2012 NE 800641 de 27/04 (fls. 1631/1632) 02 80693 de 01/11/2012 (fls. 1628)

2012 NE 800792 de 25/05 (fls. 04/05), do PA 011827/2014 02 Não entregues

TOTAL 130 Obs.: restou faltosa a entrega de 02 aparelhos

Obs: devido à impossibilidade de se anexar o documento contendo imagens, tabelas, etc, o documento será remetido - na integra - ao órgão, também, por e-mail.

Voltar