ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO SETOR DE LICITAÇÕES DA COMPANHIA DO METROPOLITANO DO DISTRITO FEDERAL

Processo Administrativo nº: 097.000.647/2017

FERNANDA MACHADO MENDES, brasileira, solteira, advogada, inscrita na OAB/SC sob o nº 46.544, portadora da Carteira de Identidade RG nº 5310545 – SSP/SC e CPF nº 082.549.119-32, vêm, respeitosamente, com fundamento no Artigo 18 do Decreto Federal nº 5.450/2005, e Art. 11 do Decreto do Distrito Federal nº 23.460/2002, interpor, **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO Nº 41/2017,** pelas razões de fato e direito abaixo aduzidas:

DO CABIMENTO E TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

O art. 11 do Decreto DF nº 23.460/02 estabelece o prazo de até 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, para que qualquer pessoa solicite esclarecimentos ou impugne o instrumento convocatório do Pregão.

Ou seja, de acordo com a normativa legal as eventuais impugnações poderão ser apresentadas até o segundo dia útil anterior a data fixada para recebimento das propostas, razão pela qual, considerando que a abertura da sessão está prevista para o dia 23/01/2018 (terça-feira), o prazo final para protocolo é dia 19/01/2017 (sexta-feira).

Outrossim, considerando que o edital resta silente quanto a forma de interposição e envio das impugnações e esclarecimentos, e ainda que o presente se trata de pregão realizado em sua forma ELETRÔNICA, encaminho a presente através de e-mail fornecido pela Comissão de Licitação.

Em sendo tempestiva a Impugnação enviada na presente data, requer-se pelo seu recebimento com ulterior análise e publicação de decisão devidamente fundamentada.

DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

Impugna-se o disposto no item 3.3.5 e 3.3.6 do instrumento convocatório que assim dispõe:

> *"3.3.5 - Empresas declaradas inidôneas pela Administração Pública, direta ou indireta, Federal, Estadual, Municipal e Distrital;* ***empresas suspensas de licitar ou contratar com esses mesmos entes federativos*** *(Parecer nº 202/2011 – PROCAD/PGDF e Parecer n.º 1.506/2012-PROCAD/PGDF).*

3.3.6 - Empresas que estejam temporariamente suspensas de participar de licitação ou de contratar com a Administração, em qualquer órgão ou entidade, seja federal, estadual, distrital ou municipal, da Administração Pública direta ou indireta. (Parecer nº 202/2011 – PROCAD/PGDF).”

Denota-se que o posicionamento adotado por este Órgão com base em parecer de 2012, vai de encontro as mais recentes decisões do Tribunal de Contas da União, no que tange ao âmbito de aplicação da penalidade prevista no art. 87, inciso III da Lei 8.666/93 – suspensão temporária de participar de licitação e impedimento de contratar com a administração.

A controvérsia em questão se dá quanto a abrangência da penalidade de Suspensão Temporária de Participar de Licitação e Impedimento de Contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III da Lei 8.666/93.

Isto porque, o vocábulo “administração” na redação do art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93, porquanto o art. 6º do mesmo diploma legal estabelece conceitos distintos para “Administração Pública” e “Administração”:

“Art. 6º 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;*
[...]” (grifo nosso)

Por sua vez, cumpre transcrever o disposto no art. 87, inciso III e IV da Lei 8.666/93:

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
[...]
*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.” (grifo nosso)*

Observa-se que os incisos supracitados não deixam dúvidas quanto a expressa distinção entre Administração Pública e Administração, portanto, considerando que na lei não há palavras inúteis, o legislador não procurou distinguir estes termos ao acaso, pois se assim o fosse, bastaria ter conceituado o termo mais abrangente.

Neste sentido já decidiu o Tribunal de Contas da União ao reproduzir entendimento do Representante do Ministério Público junto aquele Tribunal:

> *"16. No conceito hermenêutico da inexistência de letra morta na lei, a mera interpretação literal seria suficiente. Em análise holística da legislação, a única interpretação sustentável é a de que a diferença entre as penalidades vai além da duração de cada uma, abrangendo também a esfera administrativa de poder: a Administração ou a Administração Pública.*
> *17.* ***Tendo em vista o princípio da legalidade****, estabelecido no art. 37, caput, da Constituição Federal, e considerando que a própria Lei 8.666/93, para os seus fins específicos,* ***expressamente fez distinção*** *entre Administração e Administração Pública no art. 6º, peço vênia para discordar de alguns argumentos dos julgados da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em especial do que diz ser 'irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração', pois carece de amparo legal.*
> *18. A aplicação dos dispositivos da Lei 8.666/93 na forma proposta neste voto em nada contraria os princípios da legalidade e da moralidade administrativa e não conflita com o argumento de que a 'Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum'.*
> *19.* ***Demonstrada a existência de distinção entre as penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade elencadas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei 8.666/93, no que tange à extensão de seus efeitos (Administração ou Administração Pública), creio ser contrária à lei a deliberação que venha a vedar a participação em procedimento licitatório de proponente suspensa em Administração diversa daquela que lhe tenha aplicado a pena de suspensão****.'" (Acórdão 1457/2014 – Plenário)*

Bem por isso, chega-se a conclusão de que enquanto a suspensão impede a contratação com a Administração que aplicou a penalidade, a declaração de inidoneidade impede a contratação com todos os Órgãos da Administração Pública.

Ainda, há que salientar que a Lei n. 8.666/93 não traz definição sobre os pressupostos da aplicação da "*suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar*" (Art. 87, III) e da "*declaração de inidoneidade*" (Art. 87, IV), conferindo ao Administrador Público a discricionariedade para aplicação dessas penalidades.

Portanto, tem-se que ambas as penalidades restringem o direito de licitar e contratar com o poder público, razão pela qual depreende-se que a intenção do legislador foi de instituir penalidades diversas, com características distintas.

Até porque, ao analisarmos as sanções previstas no art. 87 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, verifica-se que estas obedecem certa gradação, cabendo a Autoridade competente proceder a dosimetria da penalidade de acordo com a gravidade da falta praticada.

Assim, a sanção de suspensão temporária não se confunde com a de declaração de inidoneidade para licitar, sob pena de se punir desproporcionalmente aqueles que não deram azo para tanto. Desconsiderar esta distinção significa tornar inócua a sanção de declaração de inidoneidade para licitar, a qual restaria diferenciada apenas com relação ao prazo da penalidade.

O Acórdão 2530/2015 – Plenário do Tribunal de Contas da União, resume este entendimento:

> *"8. No meu entender, a Lei 10.520/2002 criou mais uma sanção que pode integrar-se às previstas na Lei 8.666/1993. Se pode haver integração, não há antinomia. A meu ver, o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei 10.520/2002) seria pena mais rígida que a mera suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com* ***um órgão da Administração*** *(art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993) e mais branda que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar* ***com toda a Administração Pública*** *(art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993).*
> *9. Tal entendimento possui amparo em diversas deliberações apontadas pelo Acórdão 2.081/2014-TCU-Plenário e pela unidade instrutiva, como, por exemplo, os Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012, 3.465/2012, 408/2013, 739/2013, 842/2013, 1.006/2013, 1.017/2013, 2.073/2013, 2.242/2013, 2.556/2013 e 1.457/2014, todos do Plenário."*

Ainda, em voto de lavra do Ministro José Múcio Monteiro (Acórdão 2242/2013 – Plenário) deixa consignado expressamente todas as razões daquela Corte para aplicação restritiva da penalidade disposta no art. 87, inciso III da Lei 8.666/93, *in verbis*:

> *"12.* ***Com relação à doutrina e julgados da 2ª Turma do STJ mencionados pelo Serpro****, frise-se que seus argumentos foram devidamente ponderados nas decisões do TCU, não tendo sido suficientes, no entanto, para suplantar as razões que alicerçam a convicção do Plenário desta Casa,* ***valendo assinalar que as sentenças do STJ, proferidas em 2003 e 2004, não conformam um entendimento firme e pacífico daquela Corte sobre o tema.***
> *13. A propósito, no voto condutor do Acórdão 3.439/2012-Plenário foram apresentados, de forma resumida, os elementos nos quais se funda a posição do TCU acerca do assunto, que são os seguinetes:* ***a)*** *as sanções do art. 87 da Lei 8.666/93 estão organizadas em ordem crescente de gravidade e, ao diferenciar aspectos como duração, abrangência e autoridade competente para aplicá-las, o legislador pretendia distinguir as penalidades dos incisos III e IV;* ***b)*** *em se tratando de norma que reduz o direito de eventuais licitantes, cabe interpretação restritiva;* ***c)*** *o art. 97 da Lei de Licitações, ao definir que é crime admitir licitação ou contratar empresa declarada inidônea, reforça a diferenciação entre as penalidades de inidoneidade e suspensão temporária/impedimento de contratar, atribuindo àquela maior gravidade.*
> *14. No que concerne ao parecer da AGU mencionado, sabe-se que não reflete as diretrizes definidas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão na Instrução Normativa 2/2010, cujo § 1º do art. 40 estabelece expressamente que a sanção do inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 "impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção".*
> *15.* ***Cabe, portanto, nos termos propostos pela unidade técnica, dar ciência ao Serpro/SP de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador****."*

Outrossim, no que tange ao posicionamento adotado pelo STJ, o **Tribunal de Contas do Espírito Santo**, por exemplo, assim se manifestou:

> *"[...]*
> *Analisando o acórdão acima mencionado - que tem servido para reforçar a corrente que sustenta que a aplicação de penalidades por um ente ou órgão repercute seus efeitos sobre os demais – toma como premissa a ideia de administração una com funções descentralizadas, o que a meu ver, respeitosamente,* ***não se sustenta nem sustenta a tese defendida.***
>
> *A Administração Pública é uma estrutura sistematizada de órgão e entidades descentralizadas, com competências próprias e distintas e não se confunde, de modo algum com o Estado, este sim, uno.*
>
> *A ideia de unidade da administração não pode, de modo algum, ultrapassar o fato de que todos os órgãos se reportam a um centro de poder.*
>
> *A partir daí, surge o princípio federativo, impondo limites e estabelecendo um mecanismo de repartição de competências e receitas públicas cuja finalidade é manter a coesão da União Federal, com seus estados e municípios e o Distrito Federal.*
>
> *O pacto federativo se sustenta nesse mecanismo de repartições e em alguns princípios específicos, sobretudo o da não intervenção.*
>
> *Nesse contexto se encarta a autonomia de cada ente federativo:*
>
> *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.*
>
> *Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. A autonomia consiste na capacidade de se autodeterminar segundo suas próprias regras, de acordo com a competência outorgada pela Constituição Federal.*
>
> *Daí decorre o princípio da não intervenção, cujo conteúdo jurídico constitui o amálgama do pacto federativo.*
>
> ***Trazendo a discussão para o campo concreto, quando um órgão ou ente federativo aplica a um licitante ou contratado uma das penalidades previstas no art. 87 da Lei 8666/93, o faz de acordo com um processo administrativo, de cognição interna, com a manifestação de seus agentes e autoridades, baseados na lei e em seu livre convencimento, sempre, é claro, sujeito a revisão pelo Poder Judiciário.***
>
> ***O resultado desse processo é uma decisão interna, cujos fatos e fundamentos somente têm relevância e aplicabilidade para aquele órgão ou ente, em relação a um contratado ou licitante específico.***
>
> ***Pretender que essa decisão tenha efeitos para todos os órgãos e entidades da Administração Pública, indistintamente, em todos os níveis da federação é, no mínimo, violar os princípios da autonomia e da não intervenção.***
>
> ***A aplicação concreta de tal entendimento gera situações absurdas, eis que um órgão licitante ficaria impedido de aceitar uma proposta de um licitante sem sequer***

conhecer o conteúdo da decisão que suspendeu seu direito de contratar com outro órgão, muitas vezes até mesmo de outro estado da Federação.

Não é sem razão que a Lei 8666/93 estabeleceu no art. 6º conceitos distintos de Administração e Administração Pública e no art. 87 empregou os dois conceitos em incisos diferentes de um mesmo artigo, justamente para que fique delimitado o âmbito de aplicação de cada uma das penalidades."

(TCE- ES. Processo: 10496/2016-5. Decisão 00780/2017-4, de 14.03.2017)

Veja que, como restou consignado na decisão supracitada, a aplicação da penalidade disposta no art. 87, III da Lei 8.666/93 precede de processo administrativo, no qual é exarada decisão interna, levando-se em conta os fatos e fundamentos relevantes a aplicáveis aquele órgão específico. Assim, estender a aplicabilidade da sanção, indistintamente, a todos os órgãos da federação significa impedir que órgão diferente daquele sancionador contrate proposta mais vantajosa, sem sequer tomar conhecimento do conteúdo da decisão que suspendeu o direito de licitar e contratar de determinado Licitante.

Do mesmo modo, o Ministério Público da União emitiu PARECER SEORI/AUDIN–MPU Nº 1.696/2016, no qual deixa consignado que as decisões proferidas pelo STJ não possuem caráter vinculante, ratificando ao final o entendimento de que abrangência da penalidade prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 restringe-se ao órgão ou entidade que aplicou a sanção.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao tratar da matéria, ponderou que referida norma deve ser interpretada restritivamente, *contrario sensu*, seria impedir a melhor formação do universo de licitantes, prejudicando a competitividade e o alcance da melhor proposta para o Poder Público:

"Mandado Segurança pregão pretensão à inabilitação de empresa suspensa temporariamente de participar de licitação e impedida de contratar com a Administração Municipal limites da penalidade administrativa do art. 87, III, da Lei 8.666/93 segurança concedida em primeira instância;

- reexame necessário e recurso voluntário preliminar de nulidade do processo afastada para análise da ação mandamental não é necessário citar a empresa habilitada em litisconsórcio passivo necessário;

a penalidade administrativa do inciso III, do art. 87, do Estatuto de Licitações, deve ser interpretada restritivamente, para elevar o universo de competidores, que viabiliza a escolha da proposta mais vantajosa para o Poder Público outrossim, o ATO que impõe a penalidade é expressamente restritivo ao Município que lhe aplicou*;*

- sentença reformada para denegar a segurança. Reexame necessário e recurso voluntário providos."

(TJSP; Apelação / Reexame Necessário 0008405-84.2013.8.26.0126; Relator (a): Venicio Salles; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Caraguatatuba - 1° Vara Cível; Data do Julgamento: 30/04/2015; Data de Registro: 30/04/2015)

Nesta toada, data vênia o posicionamento adotado pelo STJ no ano de 2003/2004, bem como o Parecer de 2011/2012 citado nos autos do instrumento convocatório, o atual entendimento do Tribunal de Contas da União, bem como dos Órgãos da Administração em geral, é no sentido de conferir aplicação restritiva a penalidade de suspensão temporária de licitar (Art. 87, III, Lei 8.666/93).

Ademais, embora esta Administração não seja integrante do SISG, importante mencionar o estabelecido na Instrução Normativa nº 02/2010, por tratar-se de norma elaborada através de diversos estudos, a qual serve de paradigma para a Administração Pública, *in verbis*:

> *"Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever:*
> *I – advertência por escrito, conforme o inciso I do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;*
> *II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, conforme o inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;*
> *III – suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;*
> *IV – declaração de inidoneidade, conforme o inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993; e*
> *V – impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.*
> *§ 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)*

De igual forma, o caderno de logística elaborado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, apresenta quadro demonstrativo orientando acerca da abrangência das penalidades:

QUADRO DEMONSTRATIVO		
ABRANGÊNCIA	**SANÇÃO**	**DISPOSITIVO LEGAL**
ÓRGÃO SANCIONADOR Ex: Ministério do Planejamento	Suspensão temporária de participar de licitação com a Administração Pública	III, do Art. 87 da Lei 8.666/93
	Impedimento de contratar com a Administração Pública	III, do Art. 87 da Lei 8.666/93
ENTE DA FEDERAÇÃO: Ex: UNIÃO, ESTADO, DISTRITO FEDERAL OU MUNICÍPIO (de forma isolada)	Impedimento de licitar com o ente federativo sancionador	Art. 7º, do 10.520/2005
	Impedimento de contratar com o ente federativo sancionador	Art. 7º, do 10.520/2005
TODOS OS ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.	Declaração de Inidoneidade	IV, do Art. 87 da Lei 8.666/93

Portanto, vê-se que o posicionamento adotado, principalmente, pelos Órgãos Federais, confere a penalidade de suspensão temporária (art. 87, inc. III da Lei 8.666/93) abrangência restrita ao Órgão Sancionador.

Desta forma, considerando a Jurisprudência Pacífica do Tribunal de Contas da União, bem como orientação dos Órgãos federais, requer-se a adequação dos itens 3.3.5 e 3.3.6 para que passe a constar a proibição de participar da presente licitação, tão somente com relação as empresas "suspensas e impedidas de licitar e contratar com a Companhia do Metropolitano do Distrito Federal", consoante interpretação art. 87, III da Lei 8.666/93, possibilitando a ampla participação e seleção da proposta mais vantajosa para esta Administração.

DOS PEDIDOS

Por todo exposto, requer-se:

a) o recebimento da presente impugnação, em sua forma eletrônica, sendo autuada, processada e considerada na forma da lei;

b) a luz de todos os fundamentos apresentados, considerando a legislação pertinente a matéria e Jurisprudência Pacífica do Tribunal de Contas da União, requer-se seja efetuada as seguintes adequações ao instrumento convocatório:

- retificação dos itens 3.3.5 e 3.3.6 para que passe a constar a proibição de participar da presente licitação, tão somente relativa as empresas suspensas e impedidas de licitar e contratar com a Companhia do Metropolitano do Distrito Federal, consoante interpretação do art. 87, III da Lei 8.666/93;

c) seja a ora Impugnante devidamente informada sobre a decisão desta Administração, conforme determina a legislação vigente;

Termos em que,
Pede deferimento.

FERNANDA MACHADO MENDES

Assinado de forma digital por FERNANDA MACHADO MENDES
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=Autenticado por AR Instituto Fenacon, ou=Assinatura Tipo A3, ou=0013481154, ou=ADVOGADO, cn=FERNANDA MACHADO MENDES, email=soma.fernanda@hotmail.com
Dados: 2018.01.18 18:32:00 -02'00'

Fernanda Machado Mendes
CPF: 082.549.119-3
OAB/SC: 46.544