

Ao Ilustríssimo Pregoeiro do Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo – CRF-SP.

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 026/2022

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 019/2022

Objeto: *CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA ODONTOLÓGICA COM ABRANGÊNCIA NACIONAL, AOS SERVIDORES DO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CRF-SP) E SEUS DEPENDENTES, CONFORME CONDIÇÕES, QUANTIDADES E EXIGÊNCIAS ESTABELECIDAS NESTE EDITAL E SEUS ANEXOS.*

Elisa Rafaella Pereira Lopes, brasileira, solteira, OAB/CE nº. 26.429, vem, , com fulcro no item 21.1 do instrumento convocatório, apresentar **Impugnação ao Edital**, o que faz alicerçada nos fundamentos de fato e de direito a seguir perfilados.

1. Da tempestividade.

Primeiramente, antes de adentrar nas razões que demonstram a necessidade de reforma do instrumento convocatório ora impugnado, cumpre destacar que o seu item 21.1 muito bem prevê que, em até 03 (três) dias úteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o Edital. Vejamos:

21. DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL E DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO

21.1. Até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital.

(Grifos acrescidos)

Dessa forma, uma vez que foi fixado o dia **08/08/2022 (segunda-feira)** para a abertura da sessão pública, o prazo fatal findar-se-á somente no dia **03/08/2022 (quarta-feira)**, restando, portanto, plenamente tempestivo o documento ora protocolado.

2. Dos fatos.

Trata-se do Edital de Pregão Eletrônico nº 019/2022, deflagrado pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo (CRF-SP), regido pela Lei nº 13.303/2016, pela Lei Complementar nº 123/2006, pela Lei nº 10.520/2002, esta, no que couber; e pelas demais legislações afetas ao tema, tencionando a contratação de uma Operadora para a prestação de Assistência Odontológica, nos moldes do item 1.1 do Termo de Referência que integra o presente Edital, *in verbis*:

1. DO OBJETO

1.1. Contratação de empresa para prestação de serviços de assistência odontológica com abrangência nacional, aos servidores do CRF-SP e seus dependentes, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste instrumento:

(Grifos acrescidos)

Acontece que, analisando-se minuciosamente os termos do Edital, tem-se que diversos itens ferem o princípio da competitividade com exigências desnecessárias, com cláusulas e condições que restringem indevidamente o possível universo de interessados e oneram as propostas dos participantes.

Logo, não restou alternativa a não ser a de impugnar tais itens do Instrumento Convocatório, conforme bem será demonstrado nas linhas vindouras.

3. Das razões de impugnação:

3.1. Da violação à competitividade em razão da exigência de rede excessiva.

O Edital em tela fere a ampla competitividade ao prever que as licitantes devem disponibilizar os serviços contratados em abrangência nacional, conforme consta no item 1.1 do Termo de Referência, apenas para 258 **beneficiários** estimados no **item 1.1** deste mesmo Termo, *ex vi*:

1.1. Contratação de empresa para prestação de serviços de assistência odontológica com abrangência nacional, aos servidores do CRF-SP e seus

dependentes, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste instrumento:

ITEM	CATMAT	DESCRIÇÃO	QUANTIDADE	VIGÊNCIA
1	Cód. 5908 Serviço Odontológico	Assistência odontológica com abrangência nacional para servidores do CRF-SP e seus dependentes	258 VIDAS 143 titulares 115 dependentes	12 (doze) meses (prorrogáveis por até 60 meses)

- 1.1.2. Os serviços de que trata o item 1.1 deste Anexo se destinam ao atendimento dos funcionários do CRF-SP, instalados na capital e interior, bem como a seus dependentes, com o universo de aproximadamente 258 (duzentos e cinquenta e oito vidas), sendo 143 titulares e 115 dependentes, com base no total de funcionários ativos mês de junho/2022. Tal quantidade refere-se ao número total de funcionários/dependentes ativos no plano atual, sendo que o plano é OPTATIVO, porém está sujeita a alteração, de acordo com as oscilações no quadro de empregados e dependentes, que serão comunicadas para as operações de exclusão ou inclusão.
- 1.1.3. A empresa contratada deverá garantir aos beneficiários, amplo acesso aos profissionais à rede de atendimento própria, credenciada, contratada e/ou cooperada, durante toda a execução contratual, atendimento das coberturas do tópico 3 deste anexo no Estado de São Paulo, nos municípios em que houver as seccionais do CRF-SP, conforme especificado neste instrumento e em cumprimento à legislação correlata após dimensionamento de rede assistencial e nacional para atendimentos de urgência e emergência.

(Grifos acrescidos)

Ora, é evidente que impor que a empresa contratada realize o **credenciamento de forma nacional, apenas para atender 258 beneficiários que residem na Capital São Paulo e em alguns municípios do interior de São Paulo, é medida que onera sobremaneira o contrato**, frise-se, sem qualquer justificativa, o que também fere a ampla competitividade por afastar empresas que são plenamente aptas e capazes de prestar o objeto licitado.

Ressalte-se, ainda, que a rede credenciada na Capital São Paulo e nas cidades próximas que possuem seccional do CRF-SP já seria suficiente para atender o quantitativo de funcionários estimado.

É fato, os itens supracitados do Termo de Referência necessitam de reforma, afinal, a discricionariedade não é privilégio conferido ao administrador para exercer os atos administrativos como lhe convém, mas, na verdade, é a liberdade de fazê-lo dentro dos limites da Legislação.

Destaque-se que a Lei nº. 10.520/02, por meio do artigo 3º, impõe a observância do princípio da competitividade:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

*II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, **limitem a competição**;*

(Grifos acrescidos)

Ademais, é cediço que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação, a qual se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração, conforme preveem também a Constituição e a Lei de Licitações.

Assim, **inexiste qualquer justificativa técnica ou legal para a fixação da cobertura da rede credenciada nos termos exorbitantes previstos no Edital**, fazendo-se imprescindível esclarecer, inclusive, que o próprio Tribunal de Contas da União já firmou entendimento de que a discricionariedade da Administração Pública não permite que as exigências de cobertura rede credenciada sejam exageradas, pois afastarão a participação do número máximo de licitantes. *In Litteris*:

*REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. PREGÃO PRESENCIAL PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE VALES REFEIÇÃO E ALIMENTAÇÃO. **EXIGÊNCIA DE QUANTIDADE MÍNIMA DE REDE CREDENCIADA. OITIVA PRÉVIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. INDEFERIMENTO DA CAUTELAR. EXPEDIÇÃO DE ORIENTAÇÃO AO CONSELHO FEDERAL.** Na licitação para contratação de empresa especializada no fornecimento de vale alimentação ou vale refeição, na forma de cartão eletrônico ou tecnologia similar, apesar de discricionária a fixação do número mínimo de estabelecimentos credenciados, **faz-se necessário que os critérios técnicos referentes à fixação do quantitativo mínimo estejam em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de claramente definidos e fundamentados no processo licitatório, devendo tais critérios ser oriundos de levantamentos estatísticos, parâmetros e de estudos previamente realizados,** consoante os precedentes Acórdãos 2.367/2011 e 1.071/2009, ambos do Plenário (TCU 02268220139, Relator: AUGUSTO SHERMAN, Data de Julgamento: 16/10/2013)*

(Grifos acrescidos)

É válido ressaltar que a restrição da competitividade pode indicar direcionamento da licitação, o que representa ato ímprobo capaz de trazer responsabilidades penais aos gestores.

Portanto, o direcionamento da licitação a um ou algum prestador é uma realidade possível, que precisa ser imediatamente afastada por meio da correção do Instrumento Convocatório.

A Jurisprudência, mais uma vez, é uníssona e a favor do apontamento desta Impugnação:

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA ADMINISTRAR O FORNECIMENTO, GERENCIAMENTO, CONTROLE E AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES, FILTROS, LAVAGEM DE VEÍCULOS, LUBRIFICAÇÕES, COM REDE CREDENCIADA DE POSTOS. OITIVA PRÉVIA. NEGATIVA DE CONCESSÃO DA CAUTELAR. INDÍCIOS DE RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE E DIRECIONAMENTO DO CERTAME. UNIDADE JURISDICIONADA DISPÕS-SE A EFETUAR AS ADEQUAÇÕES NO EDITAL SUSPENSO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ARQUIVAMENTO. (...) Item 8.1.b: exigência genérica contida no item 6.11 do TR, de possuir rede de postos credenciados em todo o Estado do Rio Grande do Sul, considerando que a jurisprudência do TCU é clara quanto à necessidade de realização de estudos técnicos prévios ao certame com a finalidade de fixar os requisitos a serem exigidos nos editais das licitações, a exemplo do quantitativo mínimo de postos credenciados, conforme Acórdão 922/2019-TCU-Plenário (relator Ministro Substituto Augusto Sherman Cavalcanti) ; Fundamento legal ou jurisprudencial: Acórdão 922/2019-TCU-Plenário (relator Ministro Substituto Augusto Sherman Cavalcanti). (ACÓRDÃO 3166/2021 - PLENÁRIO – Relator: Raimundo Carreiro – Data da sessão: 15/12/2021).

(Grifos acrescidos)

In casu, inexistente fundamento técnico para a manutenção do **item 1.1 e seguintes do Termo de Referência**, que preveem cobertura de todos os serviços que serão prestados com abrangência nacional. Assim, é de suma importância que o Instrumento Convocatório seja modificado para que não afaste de forma ilegal interessados em prestar o serviço.

Dessa forma, faz-se crucial que todos os itens que se refiram à exigência de cobertura excessiva sejam reformados, sob pena de ofensa da ampla competitividade e de abertura de margem para possível direcionamento da licitação, o que poderá ensejar a responsabilização não só da licitante vencedora e do Contratante, mas também dos gestores desta Administração.

3.2 Impedimento de participar da licitação. Limitação da penalidade de suspensão temporária de licitar imposta apenas pelo órgão sancionador.

Da análise das disposições do edital e de seus anexos, verificou-se que o item 4.3.1 traz proibição de participar desta licitação quando o interessado estiver cumprindo penalidade no artigo 87, inciso III e IV, da Lei nº 8.666/1993 e artigo 7º da Lei nº 10.520/2002. Além disso, o item 9.1, b), do edital também faz restrição ao exigir que na habilitação não conste nenhuma penalidade registrada no CEIS. *In verbis*:

4.3. Não poderão participar desta licitação os interessados:

4.3.1. Proibidos de participar de licitações e celebrar contratos administrativos, com fundamento no artigo 87, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/1993 e artigo 7º da Lei nº 10.520/2002.

9.1. Como condição prévia ao exame da documentação de habilitação do licitante detentor da proposta classificada em primeiro lugar, o Pregoeiro verificará o eventual descumprimento das condições de participação, especialmente quanto à existência de sanção que impeça a participação no certame ou a futura contratação, mediante a consulta aos seguintes cadastros:

b) Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), no endereço eletrônico

<http://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes/ceis?ordenarPor=nome&direcao=asc>;

O Edital exige que para participar da presente licitação, os licitantes não possuam nenhuma penalidade que constam no artigo 87, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/1993 e artigo 7º da Lei nº 10.520/2002 e nenhum registro no CEIS.

Todavia, o impedimento de participar do processo licitatório, para a pessoa jurídica que estiver cumprindo penalidade de impedimento de licitar e de contratar, deve se restringir **apenas à penalidade imposta pelo órgão sancionador CRF-SP, e não qualquer órgão ou entidade integrante da Administração Pública.**

Veja-se que, se uma empresa deixa de honrar com as obrigações estipuladas, poderá ser penalizada com as sanções previstas no Regulamento, seja pela inexecução parcial ou total do contrato. Agora, antecipar condições que não existem, tomando como exemplo

contratações que em nada se relacionam com qualquer penalidade imposta pelo órgão licitante, não merece prosperar, devendo-se, por isso, restringir a amplitude interpretativa dos itens impugnados.

Em corroboração ao que se afirma, lembra-se que **o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União é de que o alcance da suspensão temporária se circunscreve à esfera administrativa do órgão ou entidade que aplicou a penalidade prevista no artigo 87, inciso III, da Lei 8.666/93, bem como no artigo 7º da Lei 10.520/2002:**

Acórdão 266/2019 Plenário (Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz) Licitação. Sanção administrativa. Suspensão temporária. Abrangência. Contratação. Impedimento.

A suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993) possui efeitos restritos ao âmbito do órgão ou entidade que aplicou a penalidade.

Acórdão 269/2019 Plenário (Representação, Relator Ministro Bruno Dantas) Licitação. Pregão. Sanção administrativa. Suspensão temporária. Contratação. Impedimento. Abrangência. Ente da Federação.

Os efeitos da sanção de impedimento de licitar e contratar prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 restringem-se ao âmbito do ente federativo sancionador (União ou estado ou município ou Distrito Federal).

(Grifos acrescidos)

Em reforço a tudo o que se expõe, oportuno transcrever a **Súmula nº 51 do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo** relacionada ao assunto em questão:

SÚMULA Nº 51

*A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (artigo 87, IV da Lei nº 8.666/93) tem seus efeitos jurídicos estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, ao passo que, **nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar (artigo 87, III da Lei nº 8.666/93 e artigo 7º da Lei nº 10.520/02), a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador.***

(Grifos acrescidos)

Ademais, existem julgados no sentido de que a pena de suspensão amparada no artigo 87, inciso III, da Lei 8.666 **fica restrita ao órgão ou entidade aplicador da sanção**.
Vejam os:

“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 á 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)

Importa destacar, também, o posicionamento da **Advocacia-Geral da União (AGU)** sobre o assunto. Pontua-se que a Lei Complementar nº 73/1993, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, elenca como sua atribuição a de **unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias** entre os órgãos jurídicos da Administração Federal.

No exercício de tal competência, **a AGU formulou o Parecer nº 02/2013/GT/Portaria nº 11, de 10 de agosto de 2012, por meio do qual muito bem consignou entendimento em consonância com o TCU, nos seguintes termos:**

Os membros da Comissão de Atualização de Editais, durante as discussões para confecção e atualização das minutas, perceberam a necessidade de provocar a Consultoria-Geral da União sobre o tema relacionado à amplitude dos efeitos da sanção suspensão de licitar, prevista pela Lei ns 8.666/93.

É cediço que há divergência sobre o assunto, [...]

Nesta feita, a presente manifestação objetiva sugerir nova análise sobre o tema, pela Consultoria-Geral da União, através do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR), com análise dos argumentos abaixo transcritos e, se possível, revisão do entendimento outrora externado n Parecer NQ87/2011/DECOR/CGU/AGU.

[...] Realmente, o legislador, quando trata da sanção suspensão de licitar e contratar, remete seus efeitos à “Administração”; já quando discorre sobre a sanção declaração de inidoneidade, impõe seus efeitos em relação à “Administração Pública”. Tais conceitos, corriqueiramente usados como sinônimos, foram definidos de forma diversa pela Lei nº 8.666/93.

A diversidade, aparentemente de fundamentos singelos, coaduna-se com a própria diferenciação de conceitos estabelecida pelo artigo 6º do estatuto (incisos XI e XII), que estabelece “Administração Pública” como 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 (Inc. XI); diferenciando-a do conceito de “Administração”, que seria entendida como órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente (Inc XII).

[...] Não se trata de uma escolha livre, por parte do aplicador do direito, de acordo com suas convicções morais ou com sua percepção do que será melhor para o Poder Público, mas da escorreita interpretação sobre os ditames legais e constitucionais estabelecidos pelas instâncias legitimamente competentes, já que a limitação constitucional ao estabelecimento de restrições aos direitos das pessoas (físicas ou jurídicas), pelo Poder Público, é um direito fundamental que se impõe à atividade administrativa.”

(Grifos acrescidos)

Não é demais ressaltar, ainda, que **também é este o entendimento refletido pela doutrina majoritária sobre o assunto.** Pereira Júnior (2009, p. 561), por meio de sua obra, esclarece que:

*“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 licitações e contratações da Administração; aplicada a segunda, a empresa sancionada resulta impedida perante as licitações e contratações da Administração Pública.** Assim é porque, em seu art. 6º, a Lei nº 8.666/93 adota conceitos distintos para Administração e Administração Pública, *estatuindo que, para fins de sua aplicação, considera 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” (inciso XI), e Administração o “órgão, opera e atua concretamente” (inciso XII).* Por conseguinte, sempre que o artigo da Lei nº 8.666/93 referir-se a Administração,*

fá-lo-á no sentido do art. 6º, XII. E quando aludir Administração Pública, emprega a acepção do art. 6º, XI

(Grifos acrescidos)

Ademais, Furtado (2007, p. 217) ensina que:

*“(...) a suspensão temporária somente é válida e, portanto, somente impede a contratação da empresa ou profissional punido durante sua vigência **perante a unidade que aplicou a pena**; a declaração de inidoneidade impede a contratação da empresa ou profissional punido, enquanto não reabilitados, em toda a Administração Pública federal, estadual e municipal, direta e indireta”*

(Grifos acrescidos)

Assim, verifica-se que o termo “**Administração**” na **Lei de Licitações, artigo 87, inciso III, refere-se apenas ao órgão**, entidade ou unidade administrativa que **determinou a aplicação da sanção**, não sendo estendido aos demais entes da Administração Pública.

Para corroborar esse entendimento da interpretação restrita do impedimento de licitar, traz-se aqui decisão do TCE/MG:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. EMPRESA IMPEDIDA DE LICITAR E CONTRATAR. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. IMPEDIMENTO RESTRITO AO ENTE FEDERATIVO QUE APLICOU A PENALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. 1. Os efeitos do art. 7º da Lei n.º 10.520/2002, são produzidos apenas na esfera do ente federativo que aplicou a penalidade, não se estendendo a toda Administração Pública. 2. A penalidade disposta no art. 87, III, da Lei de licitações, de suspensão temporária, é a mais branda das sanções e seus efeitos somente impossibilitam o apenado de participar de licitações junto ao órgão ou entidade que a aplicou. 3. Constatada a improcedência da denúncia, os autos são arquivados, nos termos do art. 176, inciso IV, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Primeira Câmara 28ª Sessão Ordinária – 25/09/2018 (TCE-MG - DEN: 924168, Relator: CONS. DURVAL ANGELO, Data de Julgamento: 25/09/2018, Data de Publicação: 14/12/2018)

(Grifos acrescidos)

O Desembargador Haroldo Correia de Oliveira Maximo, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE), no Mandando de Segurança nº 0101691-85.2018.8.06.0001, entendeu por de conceder a liminar à Licitante Engevix Engenharia de Projetos S/A, no seguinte sentido:

“determinar que as autoridades coatoras se abstivessem de desclassificar as propostas da impetrante relativas às Concorrências Públicas Nacionais n. 20170001 e 20170002, com base nos requisitos do item 3.3 dos Editais n. 20170001/COGERH/CCC e 20170002/COGERH (fl. 231), visto que a penalidade de suspensão de licitar ocorrerá [...] unicamente com a Eletrosul Centrais Elétricas S/A (fl. 409), em harmonia com as orientações emanadas do Tribunal de Contas da União” (fl. 230).

(Grifos acrescidos)

Diante todo o exposto até aqui, é imprescindível a **retificação os itens 4.3.1 e 9.1 do Edital**, para constar que está impedida a empresa que estiver em cumprimento de penalidade de suspensão do direito de licitar e/ou de contratar **apenas com o órgão CRF-SP**, sob pena de incidir em ilegalidade e em desconformidade com o entendimento dos Tribunais de Contas e da jurisprudência pátria.

3. Dos pedidos.

Diante das razões expostas, venho, respeitosamente, à presença desta Ilustre autoridade, requerer a reforma do Edital e de seus anexos nos termos acima expostos, sob pena de que restem maculados os princípios da ampla competitividade e, sobretudo, da isonomia.

Continuadamente, requer a conseqüente e necessária republicação do Instrumento Convocatório e a devolução do prazo para a elaboração da proposta de preços para participação no Pregão Eletrônico em tela, como medida do mais lícito direito e necessária à justiça.

Sendo tudo para o momento e certos do atendimento, renovamos os votos de elevada estima e consideração.

Nestes Termos,
Pede Deferimento,
Fortaleza/CE, 03 de agosto de 2022.

Elisa Rafaella Pereira Lopes
OAB/CE 26.429