

DENÚNCIA N. 924265

Denunciante: Trivale Administração Ltda.

Denunciada: Prefeitura Municipal de Pirajuba

Responsáveis: Rui Gomes Nogueira Ramos e Diogo Quintiliano de Oliveira

Procuradores: Marco Aurélio Rodrigues Ferreira - OAB/MG 52201, Cláudia Cristina Guerra Mendonça de Oliveira - OAB/MG 93074, Daniela Neves Henrique - OAB/MG 110063, Érika Lopes do Couto Donadel - OAB/MG 97700, Juliana Mendes Gomes - OAB/MG 109130, Laressa Lemos de Medeiros - OAB/MG 130131, Maria Luíza Silva Bittencourt - OAB/MG 116123, Wanderley Romano Donadel - OAB/MG 78870

MPTC: Sara Meinberg

RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO

EMENTA

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA EMITIDO POR CONSELHO PROFISSIONAL. LICITUDE. REPUBLICAÇÃO E REABERTURA DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS APÓS DECISÃO ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. EXIGÊNCIA DE INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL PARA HABILITAÇÃO. ILICITUDE.

1. É lícita a exigência de atestado de capacidade técnica por conselho profissional, que tem por fim assegurar a qualificação das licitantes para execução da prestação almejada.
2. A mera reinterpretação, em decisão de recurso administrativo, de requisito editalício pela autoridade competente, se não influencia a formulação das propostas nem acarreta prejuízo aos proponentes, não enseja a republicação do edital e a renovação de prazos.
3. A previsão no edital, como condição de habilitação, de integralização do capital social extrapola as disposições contidas no art. 31 da Lei Nacional de Licitações e Contratos.
4. As condições especiais para a participação das microempresas e empresas de pequeno porte em licitações não dependem de previsão editalícia expressa, uma vez que se encontram fixadas em lei e são autoaplicáveis.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

33ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara - 25/10/2016

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO TERRÃO:

Nos termos do § 2º do art. 85 regimental, promovo a inversão da ordem da pauta, iniciando a votação pelo Processo n. 924265, de relatoria do Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, em virtude de requerimento para sustentação oral e pedido de urgência do advogado Marco Aurélio Rodrigues Ferreira, OAB/MG 52201, a quem, desde já, convido a ocupar a sua posição no Plenário.

Com a palavra o Conselheiro Hamilton Coelho.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

I – RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de denúncia, com pedido liminar, realizada pela empresa Trivale Administração Ltda. em face do Pregão Presencial n.º 049/2014 – Processo Licitatório PMP/CPL/070/2014, da Prefeitura Municipal de Pirajuba, cujo objeto é a “prestação de serviços de gerenciamento, implementação e administração de benefício alimentação aos servidores da Prefeitura Municipal de Pirajuba, por meio de cartões alimentação, possibilitando a aquisição de gêneros alimentícios ‘in natura’ de acordo com as determinações do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador”, fl. 22.

Argumentou a denunciante que, no edital, reproduzido às fls. 21/51, consta irregularidade referente à exigência de averbação do atestado de capacidade técnica pelo Conselho Regional de Nutrição (item 7.5.1, “b”, editalício, fl. 27), o que restringiria a competitividade do certame. Assim, requereu a correção do edital no aspecto acima explicitado, pleiteando, liminarmente, a sua suspensão.

Recebida a denúncia, fl. 52, e distribuída a minha relatoria, fl. 53, indeferi o pedido de suspensão liminar, fls. 54/58, por não vislumbrar, em exame perfunctório, disposições editalícias restritivas à competitividade e ou prejudiciais aos interesses da Administração e dos particulares.

Após esta decisão, e já realizada a sessão do pregão, a denunciante protocolou petição arguindo nova impropriedade no certame, qual seja, a não republicação do aviso de licitação, com a consequente reabertura do prazo para apresentação de proposta, em decorrência da alteração havida no edital quanto à questão discutida nestes autos, fls. 63/66.

Em exame inicial, a unidade técnica, fls. 77/84, considerando prejudicada a análise do objeto inicial desta denúncia, entendeu irregular a ausência de republicação do aviso de licitação, e o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em manifestação preliminar, fls. 92/95, aditou a denúncia, opinando ambos pela citação dos responsáveis.

Determinada a realização da citação do Prefeito Rui Gomes Nogueira Ramos e do Pregoeiro Diogo Quintiliano de Oliveira, foi apresentada a defesa de fls. 103/107, acompanhada dos documentos de fls. 108/114.

O órgão técnico, fls. 116/119, concluiu pela existência de irregularidades passíveis de ensejar aplicação de multa aos responsáveis

No parecer conclusivo de fls. 121/124, o *Parquet* manifestou-se pela procedência parcial da denúncia, com multa ao Prefeito e ao Pregoeiro.

Posteriormente, o denunciado encaminhou documentação comprovando a revogação do Contrato Administrativo n.º 114/2014, por meio do Decreto Municipal n.º 367/2016, em razão da sua inexecução.

É o relatório no essencial, Excelências.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Concedo a palavra ao ilustre representante da parte.

ADVOGADO MARCO AURÉLIO RODRIGUES FERREIRA:

Excelentíssimo Senhor Conselheiro Presidente, Excelentíssimos Conselheiros e Conselheira, Procuradora, Serventuários.

Antes de mais nada, é a primeira vez que assomo a esta Tribuna e, desde já, peço desculpas por algum nervosismo.

Como bem esclareceu o ilustre Conselheiro Relator, antes de o município realizar esse Pregão de nº 049, foi realizado, meses antes, o de nº 044, que se tornou deserto. Não havendo, pois, quem acudisse a esse certame, foi inaugurado o certame nº 049, e a empresa denunciante destes autos reclamou, junto ao pregoeiro, do fato de que o atestado de capacidade técnica teria que estar registrado junto ao Conselho Regional de Nutrição, conforme previa o edital. Por isso ela ingressou com a denúncia neste Tribunal.

Posteriormente, embora não tenha havido nenhuma liminar, o processo continuou, e o pregoeiro entendeu em acatar o reclamo do denunciante e modificou o edital tão somente para que passasse a não ser exigido o registro dos atestados de capacidade técnica junto ao conselho regional.

Entendeu ele também que, por se tratar de uma reformulação do edital que não trazia grandes modificações, principalmente em relação à formulação das propostas, e também pelo fato de que o edital deveria ser retirado junto à Prefeitura e que nenhum outro interessado acudiu – a não ser aqueles que já haviam adquirido o edital –, foi comunicado a esses que se habilitaram ao certame que não mais seria exigido esse registro.

Pois bem. O Pregão foi adiante, foram abertas as propostas, a empresa que denunciou nem compareceu ao certame e passou a reclamar justamente do fato de se modificar o edital mantendo-se a exigência dos atestados de capacidade, porém não mais exigindo que esses atestados tivessem sido registrados no Conselho Regional de Nutrição.

Esse denunciante, então, passou a reclamar que o pregoeiro teria que reabrir todos os prazos, ampliar os prazos de proposta, o que não foi feito, de modo que se passou, então, à denúncia, houve uma mutação da denúncia nesta egrégia Corte, não mais pelo fato dessa exigência, mas, sim, porque dever-se-ia ampliar o prazo de abertura do Pregão.

Ocorre que, naqueles idos de 2014, o município já sentia o drama que muitos de nós, nossos municípios brasileiros, vêm passando, enfim, a nossa nação vem passando, com essa questão da dificuldade financeira. E, nesse sentido, o prefeito, embora tenha assinado o contrato, jamais expediu a ordem de serviço, porque entendeu, devido à situação financeira, não conceder esse benefício aos servidores daquele município, ou seja, o tíquete-alimentação. Pois bem. O contrato, então, teve a sua assinatura, teve o seu prazo de vigência até julho de 2015, mas jamais foi executado, jamais foi expedida a ordem de serviço e não provocou nenhuma despesa ao erário. E, ao revés, a empresa vencedora também jamais fez qualquer reclamação junto ao município ou moveu qualquer ato jurídico ou administrativo para que fosse dada essa ordem de serviço.

Foi um contrato, enfim, inócuo, sem ônus para nenhuma das partes, mas, dada a questão gerada aqui de que, mesmo não sendo executado, o contrato foi assinado, o Prefeito então houve por bem baixar um decreto e anulou esse contrato, com base no princípio de a Administração poder rever, a qualquer momento, seus próprios atos administrativos, por sua total inexecução, de modo que entendo que essa questão foi sanada, não houve nenhum dano, e jamais se cogitou ou se cogita de má-fé, até porque eu iniciei dizendo que houve um pregão dessa prestação de serviço, deserto. Se houvesse alguma intenção não republicana nisso,

poder-se-ia contratar, segundo a lei, sem o processo licitatório, mas não: o contrato sequer foi executado e, diante dessa celeuma criada, houve-se por bem anular o contrato através de um decreto juntado ao processo.

Dessa forma, rogo a Vossas Excelências que julguem a denúncia improcedente. Muito obrigado pela atenção.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Com a palavra o Conselheiro Hamilton Coelho.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

II – FUNDAMENTAÇÃO

A seguir, passo a apreciar as irregularidades apontadas na denúncia e no aditamento promovido pelo Órgão Ministerial, cotejando-as com as razões de defesa e o novo exame da unidade técnica.

Ressalta-se que o exame a seguir leva em conta também documentação apresentada posteriormente pelo Prefeito Municipal de Pirajuba, informando que o Contrato Administrativo n.º 114/2014, celebrado em decorrência do Pregão Presencial n.º 049/2014, não foi executado, em consequência do que foi anulado pela Administração, por meio do Decreto n.º 367/2016, com fundamento no art. 59 da Lei n.º 8.666/1993.

1. Da exigência de averbação do atestado de capacidade técnica no Conselho Regional de Nutrição (CRN)

A denunciante aduziu que, no item 7.5.1, “b” do edital objeto deste processo, consta irregularidade quanto à qualificação técnica prevista como condição de habilitação, nos seguintes termos:

“7.5.1. Para a qualificação técnica:

[...]

b) Comprovação de aptidão, mediante 01 (um) atestado de capacidade técnica fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, emitidos em papel timbrado, comprovando aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da presente licitação, devidamente averbados pelo Conselho Regional de Nutrição de sua jurisdição.”

Argumentou a denunciante que a necessidade de averbação do documento não é razoável e representa afronta aos princípios da competitividade e da isonomia, por reduzir o universo dos concorrentes.

O serviço a ser contratado engloba o exercício da profissão de nutricionista, cuja fiscalização compete aos Conselhos Federal e Regionais de Nutricionistas, nos termos da Lei n.º 8.234/91, *in verbis*:

“Art. 3º. São atividades privativas dos nutricionistas:

[...]

II - planejamento, organização, direção, supervisão e avaliação de serviços de alimentação e nutrição;

[...]

VI – auditoria, consultoria e assessoria em nutrição e dietética;

VII – assistência e educação nutricional a coletividades ou indivíduos, sadios ou enfermos, em instituições públicas e privadas e em consultório de nutrição e dietética;

[...]

Art. 4º. [...]

Parágrafo único. É obrigatória a participação de nutricionistas em equipes multidisciplinares, criadas por entidades públicas ou particulares e destinadas a planejar, coordenar, supervisionar, implementar, executar e avaliar políticas, programas, cursos nos diversos níveis, pesquisas ou eventos de qualquer natureza, direta ou indiretamente relacionados com alimentação e nutrição, bem como elaborar e revisar legislação e códigos próprios desta área.

Art. 5º A fiscalização do exercício da profissão de Nutricionista compete aos Conselhos Federal e Regionais de Nutricionistas, na forma da Lei n.º 6.583, de 20 de outubro de 1978, ressalvadas as atividades relacionadas ao ensino, adstritas à legislação educacional própria”.

Ademais, empresas cujas finalidades estejam ligadas à nutrição devem ser registradas nos Conselhos Federal e Regionais de Nutricionistas, como previsto na Lei n.º 6.583/78:

“Art. 15. [...]

Parágrafo único. É obrigatório o registro nos Conselhos Regionais das empresas cujas finalidades estejam ligadas à nutrição, na forma estabelecida em regulamento”.

Nesse sentido, no edital do certame, item 2.11 do Anexo I, exigia-se da empresa contratada a manutenção de profissional da área:

“2.11. Será exigida da empresa contratada, a manutenção de nutricionistas, devidamente registrada junto ao CRN, em seus quadros, com a finalidade de fiscalizar as condições dos estabelecimentos credenciados, de acordo com as determinações do Programa de Alimentação do Trabalhador”

Sendo obrigatória a fiscalização do Conselho Regional de Nutrição sobre os serviços a serem prestados, não poderia a Administração dispensar a averbação do registro profissional pertinente nos atestados de capacidade técnica.

Com efeito, a especificação em análise tem por fim assegurar a capacidade das empresas licitantes de executar corretamente as atividades descritas no objeto licitado, em conformidade com o padrão de qualidade e segurança almejado, nos termos do art. 30, inciso II, da Lei n.º 8.666/93, sem comprometer a competitividade do certame.

Sobre o tema, importante não olvidar também que a escolha da melhor forma de contratação cabe ao administrador, utilizando-se de critérios de conveniência e oportunidade, desde que seja preservada e demonstrada a vantajosidade para a Administração Pública e observadas as balizas da Lei.

A este respeito, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 361.736/SP, de relatoria do Ministro Franciulli Netto, manifestou-se da seguinte forma:

“É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.

Dessarte, inexistente violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência.

In casu, a exigência, prevista no edital, de apresentação de atestados que comprovem a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços objeto de licitação não é abusiva ou ilegal, pois é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico operacional segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a contento dos serviços.” (g.n.).”

Nesse sentido, em juízo inicial, indeferi o pedido liminar.

Ressalta-se que a Administração, posteriormente, em despacho do Pregoeiro (fl. 108), emitido em resposta a impugnações administrativas, dispensou os proponentes da averbação do atestado de capacidade técnica no Conselho Regional de Nutrição, mantendo, contudo, a exigência de apresentação do documento:

“Diante de impugnações apresentadas ao Edital relativo ao Processo Licitatório nº 070/2014 – Pregão Presencial nº 049/2014, deliberou que a com relação à exigência de Comprovação de aptidão, mediante 01 (um) atestado de capacidade técnica fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, emitidos em papel timbrado, comprovando aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da presente licitação, devidamente averbados pelo Conselho Regional de Nutrição de sua jurisdição, **não será exigido que o mesmo seja averbado pelo Conselho Regional de Nutrição de sua jurisdição.**”

Portanto, em face da hermenêutica adotada pelo Pregoeiro, que dispensou os proponentes da averbação inicialmente exigida, considero, acorde com o órgão técnico e com o *Parquet*, prejudicada a análise do apontamento.

2. Ausência de republicação da retificação do edital, sem reabertura do prazo para apresentação de propostas

A denunciante indicou a existência de irregularidade no item 7.5.1, “b” do edital, relativa à necessidade de averbação do atestado de capacidade técnica junto ao Conselho Regional de Nutricionistas, que foi posteriormente excluída pela própria Administração, em decorrência de impugnações apresentadas ao edital, conforme documento de fl. 108.

Na manifestação de fls. 63/66, a denunciante trouxe notícia da alteração, afirmando que não foi seguida da devida publicação e da reabertura do prazo para apresentação de propostas, havendo sido mantido o inicialmente estabelecido.

Em estudo preliminar, fls. 77/84, o órgão técnico concordou com a impropriedade arguida, alegando que, embora a Prefeitura Municipal de Pirajuba tenha promovido a referida modificação, não providenciou a republicação do instrumento convocatório.

Na defesa de fls. 103/107, confirmaram os responsáveis que não efetuaram a publicação e a reabertura do prazo, aduzindo “que a modificação operada em nada atrapalharia a formulação das propostas dos interessados, nem mesmo para a fase de habilitação, já que o documento continuou sendo exigido, com uma pequena diferença de não ser obrigado a estar averbado.”

Argumentaram, ainda, que todos os licitantes que obtiveram cópia do edital foram informados, por e-mail, das alterações ocorridas, e que não houve má fé ou prejuízo ao certame, uma vez que o contrato não foi executado.

A área técnica, na análise da defesa, e o Ministério Público, em seu parecer conclusivo, ratificaram a existência da irregularidade, por desrespeito aos mandamentos contidos no art. 21, § 4º, do Estatuto de Licitações e Contratos, e ao princípio da publicidade, insculpido no art. 3º do referido diploma legal, *verbis*:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do

desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

“Art. 21.

[...]

§ 4º. Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.”

Compulsando os autos, verifiquei que foi confirmada pelos responsáveis a dispensa da averbação do atestado de capacidade técnica no Conselho Regional de Nutrição, a teor do “Despacho do Pregoeiro”, fl. 108.

Ademais, a denunciante não comprovou ter sofrido prejuízo em decorrência da suposta restrição. Embora seu recurso junto à Administração Municipal tenha surtido efeito, provocando a dispensa da averbação, ela não apresentou proposta, restando injustificada a sua pretensão de suspensão do certame.

Ademais, não restou demonstrado se o instrumento convocatório foi efetivamente alterado. A partir do exame da documentação juntada aos autos pelas partes pode-se inferir tão somente que, por meio de uma decisão administrativa exarada pelo Pregoeiro, foi dispensada a averbação do atestado de capacidade técnica junto ao órgão de classe, mantendo-se a exigência de apresentação do documento.

Trata-se, portanto, de desobrigação de uma chancela formal, que não causaria o acréscimo de encargos ou a substituição de dados, não acarretando, via de consequência, a ampliação do universo de possíveis interessados ou a necessidade de adequação das propostas. A reinterpretação do requisito pelo Pregoeiro, em síntese, não é relevante a ponto de fazer o processo retroceder, configurando-se, neste caso, a exceção prevista no §4º do art. 21 da Lei n.º 8.666/93.

O administrativista Marçal Justen Filho segue esta linha de intelecção:

‘O que se entende por “não afetar a formulação da proposta”? O dispositivo tem de ser interpretado segundo o princípio da razoabilidade e em face de cada caso concreto. Em princípio, toda e qualquer alteração do edital afeta a formulação das propostas. Em princípio, as determinações do edital devem ser respeitadas pelos licitantes na elaboração das propostas. No entanto, é evidente que a relevância das regras contidas no edital é variável. Mais especificamente, a alteração de determinadas regras é absolutamente irrelevante em termos práticos para o licitante, eis que a nova disciplina pode ser atendida sem maior dificuldade. [...]

Para adotar interpretação razoável, deve ter-se em vista, então, o prejuízo sofrido pelo licitante em virtude da alteração.’ (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 288) [destaquei]

Assim, considerando que a dispensa da exigência de averbação do atestado de capacidade técnica não afetou a formulação das propostas, mostra-se despicienda a republicação do edital e a reabertura do prazo. Não restando, portanto, configurada restrição ao caráter competitivo do certame, afasto o apontamento de irregularidade.

3. Da exigência de capital social integralizado

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas procedeu ao aditamento da denúncia, apontando como irregular a exigência de capital social mínimo totalmente integralizado, prevista no item 7.5.2 “c” do edital, a saber:

“7.5.2. Para a qualificação econômico-financeira:

[...]

c) Comprovação de Capital Social registrado e totalmente integralizado correspondente ao valor de 10% do valor estimado para a contratação.”

Aduziu o *Parquet* que tal requisito seria indevido, pois extrapola os ditames da Lei de Licitações relativos à averiguação da qualificação econômico-financeira dos licitantes – *numerus clausus*, previstos nos §§ 2º e 3º do art. 31, dentre os quais não se encontra a comprovação de integralização do capital social:

“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

[...]

§ 2º. A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no §1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º. O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.”

Alegou, ainda, que a exigência de capital social integralizado, por ser excessiva e não estar prevista em lei, implicou em restrição ao caráter competitivo do certame, violando o disposto no inciso I do §1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União corrobora do entendimento esposado pelo Órgão Ministerial, conforme excerto retirado do Acórdão n.º 113/2009-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Sherman:

“Quanto à exigência de capital integralizado, o subitem 12.2 do Pregão 033/2008 contraria o art. 31, § 2º, da Lei de Licitações, uma vez não existir qualquer referência à expressão ‘integralização de capital’ na redação do texto legal.

(...)

83. Ainda, o recente Acórdão 2264/2008-Plenário afugenta qualquer hipótese em sentido contrário, como se depreende:

37. O entendimento desta Corte de que ‘é ilegal a exigência de comprovação de capital social devidamente integralizado, uma vez que esta exigência não consta da Lei 8.666/93’, explicitado, por exemplo, no Acórdão 170/2007-Plenário, refere-se a expressa exigência, em edital de licitação, de capital social integralizado mínimo como critério para aferição de qualificação econômico-financeira. Não é o que ocorre neste caso concreto, pois o que se exige comprovação não é do capital social, mas do patrimônio líquido, em consonância nos termos do § 3º do art. 31 da Lei 8.666/93. A Administração poderia optar por comprovação do capital social, não exigindo que esteja integralizado, ou por comprovação do patrimônio líquido, o que aqui se verifica.”

Ao estabelecer o legislador um rol taxativo de exigências para a qualificação econômico-financeira dos licitantes, dentre as quais não se encontra a integralização do capital social, afere-se não ser este dado imprescindível à verificação da situação financeira da empresa,

direcionada, neste contexto, a garantir que a vencedora do certame disponha de recursos para a execução integral do objeto contratado.

A obrigação de integralização de capital social mínimo, como condição de participação no certame, tem potencial para comprometer a competitividade, em razão do que acolho o apontamento de irregularidade formulado pelo Ministério Público.

No entanto, posteriormente, foi promovida a revogação, por conveniência e oportunidade, do Contrato Administrativo n.º 114/2014, celebrado em decorrência do Pregão Presencial n.º 049/2014, por meio do Decreto n.º 367/2016.

A teor do disposto nas Súmulas n.ºs 346 e 473, do Supremo Tribunal Federal – STF, cabe à Administração declarar a nulidade de seus atos, quando eivados de ilegalidade, a qualquer tempo, ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, *in verbis*:

“Súmula n.º 346 do STF: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”

“Súmula 473 do STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

O Executivo Municipal fundamentou a sua decisão no art. 59 da Lei n.º 8.666/93, em face da não execução do contrato durante todo o seu período de vigência, afirmando que não foi emitida ordem de serviço ou realizado empenho em razão da necessidade de reduzir gastos do órgão, não ocasionando, portanto, a realização de despesas.

De tal modo, em razão da revogação do contrato, cuja execução não se iniciou, circunstância que enseja a ausência de prejuízo, seja à Administração, que não realizou despesas, seja aos potenciais fornecedores, tendo em vista que eventual reconstrução deverá ser precedida de novo certame, invoco os princípios do formalismo moderado, da razoabilidade e proporcionalidade para não aplicar sanção aos gestores.

4. Do prazo para regularização da situação fiscal das microempresas (ME) e das empresas de pequeno porte (EPP)

Em seu parecer preliminar, fl. 95, o Órgão Ministerial apresentou apontamento complementar relativo ao prazo assegurado às microempresas e empresas de pequeno porte para regularização de sua situação fiscal, alegando que o edital fixa o período de dois dias úteis, inferior àquele estabelecido no §1º do art. 43 da Lei n.º 123/06 (cinco dias).

Posteriormente, na manifestação conclusiva de fls.121/124, alterou seu parecer, nos seguintes termos:

“Todavia, nesta oportunidade, verificamos que o instrumento convocatório em comento foi deflagrado em 24 de junho de 2014 (fl. 86), data em que ainda vigia a redação original do art. 43, §1º, da Lei Complementar n.º 123, de 2006, pela qual o prazo concedido para as empresas beneficiadas era, efetivamente, de 2 dias úteis, assim como previsto no edital.

A extensão do prazo para 5 dias úteis foi inovação trazida pela Lei Complementar n.º 147, cuja vigência se iniciou, para o art. 43, §1º, com a publicação em 08/08/2014, após, portanto, a deflagração da licitação.

Considerando, pois, que o item 9.1.2.2 apresentou adequação com a legislação contemporânea a ele, retificamos o apontamento e manifestamo-nos por sua regularidade.”

Andou bem o *Parquet* ao rever este ponto, já que as regras que norteiam a elaboração do ato convocatório são aquelas vigentes à época da sua publicação.

Cabe destacar que o fomento ao êxito dos pequenos empreendimentos, responsáveis pela maioria das vagas de trabalho disponibilizadas no País, encontra-se intimamente ligado ao dever difuso de preservação do equilíbrio ambiental. Isso porque a apuração do melhor preço, no procedimento licitatório, passa pela prática da licitação sustentável, que deve mostrar-se a um só tempo economicamente viável, ambientalmente correta e socialmente justa.

Nesse contexto, na Lei Complementar n.º 123/06, foram previstos diversos benefícios, denominados tratamento diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte, a serem observadas nas contratações públicas, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Referidos benefícios foram fortalecidos com a edição da Lei Complementar n.º 147/14 e devem ser observados, sob pena de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Compulsando o edital verifiquei a existência de disposições nesse sentido nos itens 8.3, 8.1.6, 9.1 e 9.2, fundamentados na Lei Complementar n.º 123/06, sem considerar as alterações inseridas pela Lei Complementar n.º 147/14, editada posteriormente à publicação do ato convocatório, conforme devidamente explicitado pelo *Parquet*.

Ressalto, ademais, que este Tribunal de Contas já se manifestou no sentido de que os benefícios para as microempresas e empresas de pequeno porte, em licitação, não dependem de previsão editalícia, uma vez que são autoaplicáveis.

Desse modo, considero o edital, neste ponto, em conformidade com o regramento vigente à época da sua publicação.

III – CONCLUSÃO

Em razão do exposto, julgo parcialmente procedente a denúncia em face da exigência de integralização de capital social mínimo no edital do Pregão Presencial n.º 049/2014 – Processo Licitatório PMP/CPL/070/2014, contrária ao disposto nos §§ 2º e 3º do art. 31 da Lei Nacional de Licitações e Contratos (item 3).

Considerando, contudo, a revogação do Contrato Administrativo n.º 114/2014, celebrado em decorrência do Pregão Presencial n.º 049/2014, por conveniência e oportunidade, em razão de sua inexecução até o esgotamento do prazo de vigência, deixo de aplicar multa aos responsáveis, recomendando, não obstante, à atual Administração Municipal, que não insira a referida exigência em futuros instrumentos convocatórios (item 3).

Juntem-se o Expediente n.º 680/2016, da Secretaria da Primeira Câmara, bem como a petição protocolizada sob o n.º 4799511/2016 e os documentos que a acompanham.

Transitado em julgado o *decisum* e esgotados os procedimentos pertinentes, archive-se o processo, nos termos do inciso I do art. 176, regimental.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Também de acordo com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA MARIA CECÍLIA BORGES.)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

39ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara – 13/12/2016

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos da denúncia oferecida pela Trivale Administração Ltda em face do Pregão Presencial nº 049/2014–Processo Licitatório PMP/CPL/070/2014, deflagrado pelo Município de Pirajuba, com vistas à contratação de serviços de gerenciamento, implementação e administração de benefício alimentação aos servidores da prefeitura municipal, por meio de cartões de alimentação, possibilitando a aquisição de gêneros alimentícios “in natura” de acordo com as determinações do PAT – Programa de Alimentação ao Trabalhador.

Na sessão de 25/10/16, o relator, conselheiro-substituto Hamilton Coelho, apresentou proposta de voto pela procedência parcial da denúncia em face da exigência de integralização de capital social mínimo no edital do Pregão Presencial nº 049/2014.

Após votarem a Conselheira Adriene Andrade e o Conselheiro Mauri Torres, os quais acompanharam o relator, pedi vista dos autos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Com o intuito de melhor analisar o apontamento atinente à alteração do requisito de habilitação referente ao atestado de capacidade técnica com ausência de republicação da retificação do edital, sem reabertura do prazo para a reapresentação de propostas, solicitei vista dos autos em 25/10/16.

O item 7.5.1, “b” do edital do Pregão Presencial nº 049/14 exigia, inicialmente, para habilitação das empresas participantes a comprovação de aptidão, a qual deveria ser demonstrada mediante apresentação de 01 (um) atestado de capacidade técnica devidamente averbado pelo Conselho Regional de Nutrição – CRN.

A denunciante questionou perante esse Tribunal a exigência de averbação do atestado de capacidade técnica no CRN, uma vez que se tratava cláusula restritiva que feria a competição.

Posteriormente, a denunciante informou à fl. 64 que a Administração Municipal acatara a sua impugnação ao edital, citando a decisão do pregoeiro a qual dispunha que não seria exigida a averbação do atestado de capacidade técnica pelo conselho de classe. Todavia, alegou que não obstante a exclusão do item considerado restritivo, não fora promovida a republicação do

edital, tampouco alterada a data para a realização do certame, o que poderia restringir a competição, uma vez que, com a alteração mais empresas poderiam ter interesse em participar da disputa (fl. 65).

Em sede de defesa, os responsáveis afirmaram que, em 02/06/14, atendendo à impugnação realizada nos autos do certame, fora determinado pelo pregoeiro que não seria mais exigido a averbação pelo CRN do atestado de capacidade técnica. Informaram, ainda, que tal decisão fora comunicada por e-mail a todas as empresas que obtiveram o edital, inclusive o denunciante, fl. 104.

Além disso, justificaram que a decisão era de ordem tão banal para efeitos de preparação das propostas que, nos termos da parte final do §4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93, entenderam desnecessária publicar a alteração, assim como reabrir o prazo inicialmente estabelecido, pois a alteração não afetava a formulação das propostas, fl. 105.

A Unidade Técnica apurou que depois da data de divulgação do edital, que ocorrera em 28/06/14, não fora publicada mais nenhuma retificação do instrumento convocatório. Assim, concluiu que modificação editalícia não fora devidamente divulgada, razão pela qual considerou procedente a denúncia (fls. 77/84 e 116v/177v).

O Ministério Público de Contas às fls. 121v/122v aderiu ao posicionamento da Unidade Técnica, apontando que a alteração do edital, para retirar cláusula restritiva da competição, restou inócua, ante a ausência de publicação e de reabertura do prazo para a formulação das propostas, motivo pelo qual opinou pela aplicação de multa aos responsáveis.

Em sua proposta de voto, o relator desconsiderou o apontamento de restrição ao caráter competitivo do certame, concluindo que a dispensa da exigência de averbação do atestado de capacidade técnica não afetara a formulação das propostas, sendo, portanto, despidiende a republicação do edital e a reabertura do prazo, fls. 139v/140.

Na visão do relator, a decisão administrativa do pregoeiro refere-se a uma desobrigação de chancela formal, não sendo a reinterpretação do requisito, em síntese, relevante a ponto de fazer o processo retroceder, configurando-se, neste caso a exceção prevista na parte final do §4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93.

Inicialmente, importante consignar que, segundo o art. 21, §4º, da Lei nº 8.666/93, as alterações porventura introduzidas no edital devem ser publicadas no mesmo meio em que se der o aviso da licitação, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido. Na parte final dispõe que somente não será necessária a republicação quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Frise-se que o intuito primeiro da exigência de publicação de qualquer modificação ocasionada no edital, bem como da reabertura dos prazos, é conferir a mais ampla divulgação deste ato, assegurando, assim, a participação do maior número possível de interessados, garantindo-lhes, com isso, tempo necessário e adequado para a elaboração de suas propostas.

Tal entendimento é perfilhado, ainda, pelo doutrinador Marçal Justen Filho, na obra intitulada Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ao discorrer sobre a temática da alteração nas condições do instrumento. Senão vejamos:

A questão é problemática, eis que poderá afetar-se indiretamente o interesse dos licitantes. Assim, por exemplo, imagine-se que a Administração delibere dispensar a exigência de apresentação de um certo documento. É óbvio que isso afeta a formulação das propostas: afinal, os licitantes teriam sua situação simplificada. Suponha-se, porém, que um potencial interessado não dispusesse daquele documento e, por decorrência, tivesse deliberado não participar da licitação. Ao suprimir a exigência, a Administração modificou radicalmente as condições da licitação e o sujeito passou a ter interesse

concreto e real de participar. Para tanto, deverá dispor do prazo necessário e adequado para elaborar sua proposta e obter os demais documentos exigidos. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2005. Dialética: São Paulo, P. 192)

No mesmo sentido aponta a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme exemplifica-se:

Licitação. Habilitação. Documentação. É necessária a republicação do edital de licitação e a consequente reabertura de prazo para apresentação de novas propostas mesmo na situação em que tenha sido excluída exigência de qualificação técnica e todos os licitantes tenham sido individualmente comunicados da modificação. (Acórdão 1608/2015 Plenário (Relatório de Auditoria, Relator Ministro Benjamin Zymler)

No caso, o Pregoeiro acolheu o pedido de impugnação contra o edital, retirando a exigência de averbação pelo CRN do atestado de capacidade técnica, sem contudo promover a devida retificação ao edital, com respectiva republicação e reabertura de data para a realização do certame.

Assim, a falta de ampla divulgação da alteração dos requisitos para habilitação pode ter afastado possíveis interessados, o que afronta o art. 3º da Lei nº 8.666/93, a seguir transcrito:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Diante das considerações tecidas, dirijo do posicionamento do relator neste ponto, por entender que a exigência de averbação do atestado de capacidade técnica no respectivo conselho, pode restringir a competição, em afronta ao disposto no §4º do art. 21º da Lei nº 8.666/93, motivo pelo qual deveria a Administração Municipal ter promovido a retificação do instrumento convocatório, republicado o edital e reaberto o prazo para a realização do certame.

Portanto, considero irregular a ausência de republicação do edital e de reabertura do prazo de realização do certame, motivo pelo qual voto pela aplicação de multa individual de R\$1.000,00 (mil reais) ao Senhor Rui Gomes Nogueira Ramo e Diogo Quintiliano de Oliveira, respectivamente, Prefeito de Pirajuba e pregoeiro.

No mais, quanto a exigência de capital social mínimo totalmente integralizado para a qualificação econômico-financeira, prevista no item 7.5.2, “c” do edital, acolho a proposta de voto do relator.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, acolho a proposta de voto do relator, abrindo divergência parcial, por considerar irregular, também, a ausência de republicação do edital e de reabertura de novo prazo para apresentação das propostas, ante a exclusão da exigência de averbação pelo CRN do atestado de capacidade técnica, motivo pelo qual, nos termos do inciso II do art. 85 da Lei Complementar nº 102/08, voto pela aplicação de multa individual de R\$1.000,00 (mil reais) ao Senhor Rui Gomes Nogueira Ramo e Diogo Quintiliano de Oliveira, respectivamente, Prefeito de Pirajuba e pregoeiro.

ACOLHIDA A PROPOSTA DE VOTO DO RELATOR, VENCIDO, EM PARTE, O CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA CRISTINA ANDRADE MELO).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por maioria de votos, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em julgar parcialmente procedente a denúncia em face da exigência de integralização de capital social mínimo no edital do Pregão Presencial n.º 049/2014 – Processo Licitatório PMP/CPL/070/2014, contrária ao disposto nos §§ 2º e 3º do art. 31 da Lei Nacional de Licitações e Contratos (item 3). Considerando, contudo, a revogação do Contrato Administrativo n.º 114/2014, celebrado em decorrência do Pregão Presencial n.º 049/2014, por conveniência e oportunidade, em razão de sua inexecução até o esgotamento do prazo de vigência, deixam de aplicar multa aos responsáveis, recomendando, não obstante, à atual Administração Municipal, que não insira a referida exigência em futuros instrumentos convocatórios. Juntem-se o Expediente n.º 680/2016, da Secretaria da Primeira Câmara, bem como a petição protocolizada sob o n.º 4799511/2016 e os documentos que a acompanham. Transitado em julgado o *decisum* e esgotados os procedimentos pertinentes, archive-se o processo, nos termos do inciso I do art. 176, regimental. Vencido, em parte, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

Plenário Governador Milton Campos, 13 de dezembro de 2016.

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Presidente

HAMILTON COELHO
Relator

(assinado eletronicamente)

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ____/____/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/____.

**Coord. Sistematização, Publicação das
Deliberações e Jurisprudência**