

DENÚNCIA N. 1040740

Denunciante: Labclim Diagnósticos Laboratoriais Ltda.
Denunciada: Prefeitura Municipal de Ribeirão das Neves
Partes: Elcilene Lopes Correa Matos, Moacir Martins da Costa Júnior
Procurador: Philipe Schimidt Fialho Botelho, OAB/MG 83.734
MPTC: Maria Cecília Borges
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO

EMENTA

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA SERVIÇOS DE EXAMES LABORATORIAIS. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA COM CAPITAL ESTRANGEIRO. POSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS EM CERTAMES PÚBLICOS. DESDE QUE HAJA RELAÇÃO ENTRE O OBJETO LICITADO E O CONTRATO DE GESTÃO. PARTICIPAÇÃO DE OSCIP. VEDAÇÃO. PRECEDENTES TCU. PENA DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR LIMITA-SE AOS CERTAMES PROMOVIDOS PELO ÓRGÃO OU ENTIDADE SANCIONADOR. DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTO. NÃO APLICAÇÃO DE PENALIDADE. RECOMENDAÇÃO. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL DE TRIBUTOS IMOBILIÁRIOS. ALVARÁ SANITÁRIO E DE LOCALIZAÇÃO. REGULARIDADE. EXIGÊNCIA DE SEGURO VEICULAR PARA EXECUÇÃO DO CONTRATO. REGULARIDADE. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. INDICAÇÃO DAS PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA. INVIABILIDADE DIANTE DA HOMOGENEIDADE DO OBJETO. REGULARIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ARQUIVAMENTO.

1. A possibilidade de participação de empresa de capital estrangeiro, em certames públicos, decorre da autorização prevista no art. 23 da Lei n. 8.080/1990, com a redação dada pela Lei n. 13.097/2015, que admite a atuação dessas entidades em ações e serviços públicos de saúde, em que se inserem as atividades laboratoriais de análises clínicas, consoante os termos da Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – RDC n. 302, de 15 de outubro de 2005, bem como do art. 53-A da Lei n. 8.080/1990, incluído pela Lei n. 13.097/2015. Em razão da ausência de flagrante inconstitucionalidade, deve ser adotada interpretação que legitima o mencionado preceito legal em vigor, em consonância com o princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

2. Com base na jurisprudência do TCU, é legítima a participação de Organizações Sociais em procedimentos licitatórios. Sua participação está condicionada, no entanto, à existência de correlação entre os objetivos estabelecidos nos contratos de gestão e o objeto licitado. Por outro lado, a admissão de OSCIPs em certames licitatórios não deve ser permitida, pois viola o princípio da isonomia.

3. A penalidade prevista no art. 87, inciso III, da Lei n. 8.666/1993 deve-se restringir à participação em licitação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com o órgão ou entidade que aplicou a penalidade, e não com a Administração Pública em geral.

4. A exigência de comprovação de regularidade fiscal junto à Fazenda Municipal, inclusive quanto aos tributos imobiliários, está em conformidade com o dever geral de pagar tributos, e

também se compatibiliza com os princípios da legalidade, da isonomia e da moralidade, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Contas.

5. A exigência de alvará sanitário, para laboratórios clínicos participantes de licitação, tem respaldo na Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 302, de 13 de outubro de 2005, e pode ser exigida na fase de habilitação.

6. A exigência de alvará de localização pode não restringir a competitividade da licitação, nos termos da jurisprudência da Corte. A fim de evitar distinções em razão do domicílio da licitante, o instrumento convocatório deve admitir alvará expedido por qualquer município do país.

7. O seguro veicular não pode ser exigido como documento de habilitação. Porém, é possível exigência de declaração do licitante que disponibilizaria veículos com cobertura securitária para transporte de amostras de exames na execução do contrato, na esteira da jurisprudência desta Casa.

8. Características de homogeneidade peculiares aos serviços objeto da licitação podem revelar ser inviáveis, se estabelecerem item ou parcela de maior relevância ou complexidade técnica para fins de comprovação da qualificação técnica da licitação, a despeito do disposto no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993.

Segunda Câmara
32ª Sessão Ordinária – 24/10/2019

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada por Labclim Diagnósticos Laboratoriais Ltda., às fls. 1/14, instruída com os documentos de fls. 14/83, em face do Procedimento Administrativo n. 27/2018, Pregão Presencial n. 9/2018, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Ribeirão das Neves, com o objetivo de contratar empresa especializada na prestação de serviços de exames laboratoriais.

A denunciante, em apertada síntese, alegou que:

- a) o instrumento convocatório permite a participação de empresas de capital estrangeiro, contrariando a Constituição da República;
- b) o art. 23 da Lei n. 8.080/1990, alterado pela Lei n. 13.097/2015, que permite a participação de empresas de capital estrangeiro, teve sua constitucionalidade contestada na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 5435;
- c) a cláusula que permite a participação de empresas do Terceiro Setor viola o princípio da isonomia;
- d) a vedação à participação de empresa penalizada com a suspensão do direito de licitar somente pode impedir a participação da licitante punida nos certames realizados pelo órgão sancionador;
- e) não possui amparo legal a exigência de comprovação de regularidade fiscal sobre todos os tributos, notadamente acerca daqueles que não são inerentes à atividade do licitante;
- f) a exigência de alvará sanitário vigente, expedido pelo município em que estiver sediado o estabelecimento prestador do serviço, e de alvará de localização, fornecido pelo município do estabelecimento, contraria o art. 30 da Lei n. 8.666/1993 e a Súmula n. 17 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo;
- h) o requisito previsto no item e.1 do edital não especifica o local e os custos para instalação da estrutura exigida;

- i) o item e.2, que impõe a disponibilização de veículos para transporte de amostras biológicas, com seguro, não possui liame lógico com o objeto contratado, onera o custo do serviço e limita o universo dos participantes;
- j) faltam as informações para compor a proposta de preço e a manutenção da viabilidade do equilíbrio econômico-financeiro.

Ao final, a denunciante requereu a suspensão liminar do certame.

No despacho de fl. 86, o Conselheiro-Presidente recebeu a documentação como denúncia e determinou sua autuação e distribuição.

Em seguida, o então Relator encaminhou, às fls. 88/88v, a documentação para a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – Cfel para análise prévia.

Às fls. 89/107, a Cfel analisou a denúncia e concluiu, em síntese, que:

- a) a participação de empresa de capital estrangeiro encontra respaldo na Lei n. 13.097/2015, que ainda não teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal – STF;
- b) de acordo com entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, não há vedação à participação de entidades sem fins lucrativos em certames públicos, desde que exista nexo entre as finalidades da associação/organização com o objeto licitado;
- c) não há irregularidade na restrição imposta na letra “a” do item 3.1 do edital, atinente à suspensão ao direito de licitar, uma vez que a cláusula do instrumento convocatório encontra fundamento em entendimento doutrinário e jurisprudencial;
- d) a Lei de Licitações exige comprovação de regularidade da Fazenda Municipal, sem especificar os créditos. Daí se conclui que o licitante deve apresentar certidões que comprovem a regularidade de todos os créditos atinentes ao município;
- e) a exigência de alvará de localização, como documento habilitatório, é irregular, por falta de previsão na Lei n. 8.666/1993 e na Lei 10.520/2002, conforme entendimento proferido por este Tribunal nos autos n. 912357;
- f) é regular a exigência de alvará sanitário, uma vez que há previsão na legislação específica, conforme enquadramento do inciso IV do art. 30 da Lei n. 8.666/1993 e entendimento exarado por esta Corte de Contas na Denúncia n. 884787;
- g) o anexo II do edital, que indica a quantidade e os tipos de exames a serem feitos, e o item 6.17.43 da minuta do contrato e o parágrafo único do item 5 do termo de referência, que indicam os locais e dias em que os exames devem ser feitos, afasta a irregularidade relativa à falta de elementos para formulação das propostas;
- h) no que se refere à exigência de seguros, o transporte de amostra biológica constitui objeto do certame.

Em 25/5/2018, o Relator indeferiu o pedido liminar, às fls. 108/115v, por considerar que a suspensão do certame configuraria ato antieconômico, em razão de já ter sido proferido o resultado do procedimento. Também foi levado em conta o fato de se tratar de licitação de serviço de saúde e o risco do atraso em sua disponibilização.

Na manifestação preliminar de fls. 120/121v, o Ministério Público de Contas apresentou apontamento complementar e considerou irregular a exigência de comprovação de aptidão técnica, prevista no item 12.6.4 do edital. Esclareceu que o citado dispositivo carece de precisão, pois não teria especificado as parcelas de maior relevância e de valor significativo que exigiriam a demonstração de qualificação, nos termos do que determina o art. 30, § 1º, da Lei n. 8.666/1993.

Após o despacho de fls. 122/122v, que determinou a citação do Sr. Moacir Martins da Costa Júnior, Prefeito de Ribeirão das Neves, e da Sra. Elcilene Lopes Correa Matos, Presidente da

Comissão Permanente de Licitação e subscritora do edital, a Procuradoria-Geral do Município encaminhou a defesa de fls. 127/143, na qual rebate os argumentos da denúncia e pede a improcedência dos seus apontamentos de irregularidade.

Apesar de reconhecer falhas nas exigências de alvará de localização e de qualificação técnica, a Cfel, em seu reexame, fls. 148 a 161, não considerou razoável penalizar os responsáveis, tendo em vista a ausência de prejuízo ao certame. Propôs, contudo, a emissão de recomendação aos agentes públicos para que observem a Lei n. 8.666/1993, especialmente quanto à exigência de documentos de habilitação e à definição das parcelas de maior relevância e valor significativo da licitação.

Em seu parecer de fls. 163/164, o Ministério Público de Contas opinou pela procedência parcial dos apontamentos, com a consequente aplicação de multa, emissão de determinação ao responsável para que não mais pratique as condutas consideradas irregulares e realização de monitoramento do cumprimento da determinação pela Unidade Técnica competente.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Participação de empresas com capital estrangeiro

A denunciante sustentou que a admissão de empresa de capital estrangeiro no certame violou o art. 199, § 3º, da Constituição da República. De acordo com o exposto na peça inicial, o instrumento convocatório não deveria permitir que tais sociedades empresárias concorressem no procedimento licitatório, uma vez que tal possibilidade tem fundamento no art. 23 da Lei n. 8.080/1990, alterada pela Lei n. 13.097/2015, que teve sua constitucionalidade contestada na ADI n. 5435, promovida perante o Supremo Tribunal Federal – STF.

Em sua análise preliminar, às fls. 89/90v, a Cfel considerou regular a admissão de empresa de capital estrangeiro no certame, uma vez que não houve declaração de inconstitucionalidade do art. 23 da Lei n. 8.080/1990, utilizada como fundamento legal para estipular a condição de participação no certame.

Às fls. 127/143, os defendentes, representados pelo Procurador do Município, resumiram o apontamento apresentado na denúncia à manifestação do município formulada quando da resposta à impugnação do edital e fez referências ao relatório técnico elaborado pela Cfel.

Em seguida, a Unidade Técnica competente, às fls. 149/149v, reiterou o entendimento exarado no estudo anterior, que pugnou pela regularidade do item que garante a participação de empresa de capital estrangeiro no certame, nos seguintes termos:

Isso posto, entende-se que cabe razão à Administração quanto à alegação de que é regular a participação de capital estrangeiro com amparo na Lei Federal n. 13.097/2015, vez que não há manifestação final do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade dessa lei, portanto, encontra-se em vigência a Lei Federal n.º 13.097/2015, até a presente data, não tendo sido ainda declarada inconstitucional.

Por sua vez, o Ministério Público de Contas, às fls. 163/164, opinou pela procedência parcial da denúncia, tendo ratificado o estudo da Cfel.

A respeito do assunto, registro que a participação de empresa estrangeira, em processos licitatórios, que tenham como objeto ações e serviços de saúde, tem sido franqueada pela Administração Pública com fundamento no disposto no mencionado art. 23 da Lei n. 8.080/1990, com a redação dada pela Lei n. 13.097/2015, *in verbis*:

Art. 23. É permitida a participação direta ou indireta, inclusive controle, de empresas ou de capital estrangeiro na assistência à saúde nos seguintes casos: (Redação dada pela Lei n. 13.097, de 2015)

I - doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos; (Incluído pela Lei n. 13.097, de 2015)

II - pessoas jurídicas destinadas a instalar, operacionalizar ou explorar: (Incluído pela Lei n. 13.097, de 2015)

a) hospital geral, inclusive filantrópico, hospital especializado, policlínica, clínica geral e clínica especializada; e (Incluído pela Lei n. 13.097, de 2015)

b) ações e pesquisas de planejamento familiar; (Incluído pela Lei n. 13.097, de 2015)

III - serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social; e (Incluído pela Lei n. 13.097, de 2015)

IV - demais casos previstos em legislação específica. (Incluído pela Lei n. 13.097, de 2015)

Como pode ser observado, o preceito legal em análise admite a atuação de empresa ou capital estrangeiro em serviços de assistência à saúde. Ao consentir que tais entidades operem nesse setor, o mencionado dispositivo legal autoriza, implicitamente, que o procedimento licitatório destinado à contratação de serviços relacionados à saúde seja disputado por empresas de capital estrangeiro, embora não exista referência literal sobre a participação dessas entidades em certames públicos.

Ademais, no diploma normativo que institui as regras gerais para licitações e contratos no âmbito da Administração Pública, não há vedação à participação de empresa estrangeira. Aliás, o art. 3º, § 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.666/1993, proíbe a instituição de tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras, ressalvados os casos previstos em lei.

No caso em análise, a licitação tem como objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de exames laboratoriais. Segundo o Termo de Referência, juntado às fls. 56/64, o objeto licitado contempla a realização de exames bioquímicos, hematológicos, hemostas, sorológicos, corpológicos, uroanálise, hormonais, toxicológicos, microbiológicos, genética, triagem neonatal e imuno-hematológicos.

Nesse sentido, o regramento sobre a atividade dos laboratórios clínicos se encontra na Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – RDC n. 302, de 15 de outubro de 2005. Ademais, conforme disposto no art. 53-A da Lei n. 8.080/1990, incluído pela Lei n. 13.097/2015, as ações e serviços de saúde abarcam as atividades laboratoriais de análises clínicas, *in verbis*:

Art. 53-A. Na qualidade de ações e serviços de saúde, as atividades de apoio à assistência à saúde são aquelas desenvolvidas pelos laboratórios de genética humana, produção e fornecimento de medicamentos e produtos para saúde, laboratórios de análises clínicas, anatomia patológica e de diagnóstico por imagem e são livres à participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros. (Incluído pela Lei n. 13.097, de 2015).

A seu turno, sob o argumento de que a citada norma viola o art. 199, § 3º, da Constituição da República¹, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL propôs a ADI n. 5435/DF. Conforme informação disponível no sítio eletrônico do STF, o processo atinente ao controle de constitucionalidade encontra-se na fase instrutória, aguardando julgamento, tendo sido emitido

¹ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

[...]

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

parecer da Procuradoria-Geral da República, que opinou pela improcedência do pedido², que destaco, pela clareza do entendimento, os seguintes trechos:

A conformação da ordem constitucional de 1988 impõe ao estado o dever de buscar garantir o direito à saúde a todos. Concomitantemente, estabelece como princípio a livre iniciativa na exploração de atividades econômicas. Desse modo, cabe ao estado promover a saúde e a assistência a ela em atuação conjunta com o setor privado.

O art. 197 da CR é suficientemente claro ao estabelecer que serviços de saúde cabem ao poder público. A execução destes, contudo, pode ser realizada por pessoa física ou jurídica de direito privado: “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, em diversas oportunidades, ser necessário que setor público e privado desempenhem conjuntamente atividades de promoção de saúde, como direito de todos. Vejam-se julgados que espelham o entendimento:

CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. ARTS. 196 E 199 DA CONSTITUIÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS PELO SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICA COM AQUELES PRESTADOS PELA INICIATIVA PRIVADA. PAGAMENTO DA DIFERENÇA PELO PACIENTE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ÔNUS ADICIONAL PARA O SISTEMA PÚBLICO. I – O indivíduo tem liberdade para se utilizar, conjunta ou exclusivamente, do atendimento prestado pelo serviço público de saúde ou daquele disponibilizado por entidades particulares. II – Inexiste ofensa à Constituição no fato de o paciente, à custa de recursos próprios, complementar com o serviço privado o atendimento arcado pelo SUS. III – Agravo regimental improvido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – CUSTEIO, PELO ESTADO, DE SERVIÇOS HOSPITALARES PRESTADOS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS EM BENEFÍCIO DE PACIENTES DO SUS ATENDIDOS PELO SAMU NOS CASOS DE URGÊNCIA E DE INEXISTÊNCIA DE LEITOS NA REDE PÚBLICA – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E DE PROTEÇÃO À VIDA RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) [...].

A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6o, 196 E 197)[...].

O Min. AYRES BRITTO, no recurso extraordinário 580.264/RS, bem evidenciou a essencialidade dos serviços de saúde e a possibilidade de que sejam desempenhados por empresas privadas:

² <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4904582>, consulta realizada em 14/10/2019.

Para tanto, anoto que os serviços de saúde são primários e essenciais, nos termos dos arts. 6º, caput, 23, II, 24, XII, 30, VII, 34 VII, e, 35 III (possibilidade de intervenção em ente federado que descumpra a aplicação obrigatória de recursos em saúde), 167, IV, e 196 da Constituição. A atuação privada na área de saúde, de forma complementar, não altera a relevância e o status constitucional da atividade.

[...]

Tampouco procede a alegação de que a introdução de capital externo na assistência à saúde, por si, reduziria a participação do estado e os investimentos públicos na seara, em afronta aos arts. 196 e 197 da Constituição da República.

Cumprido ao estado promoção de mecanismos que possibilitem acesso à assistência à saúde a todos os cidadãos. Autorizar inserção de empresa estrangeira ou de capital estrangeiro na assistência à saúde, por lei, como prevê o art. 199, § 3º, da CR, materializa o cumprimento da determinação de seu art. 196 e guarda pertinência com a ideologia constitucional alicerçada, entre outros, no direito à saúde e na livre iniciativa econômica.

Não necessariamente o acesso agora autorizado a empresas e a capital estrangeiro significa a subversão do SUS. As mudanças da lei não parecem ser contrárias aos preceitos constitucionais, exatamente porque a Constituição admite participação estrangeira, “salvo nos casos previstos em lei”.

O poder fiscalizatório do estado permanece e deve ser exercido. Se há deficiências na regulação das agências e órgãos estatais e na própria fiscalização, isso não atinge, em abstrato, a compatibilidade das normas impugnadas com a Constituição da República, que é o objeto desta ação direta.

[...]

Desse modo, o art. 142 da Lei 13.097, de 19 janeiro de 2015, que altera o art. 23 e insere o art. 53-A na Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, e permite participação direta ou indireta de empresas ou de capital estrangeiros na assistência à saúde, em hipóteses específicas, não afronta os arts. 196, 197 e 199, § 3º, da Constituição da República. [...]

Por outro lado, saliento que, para a corrente contrária à participação de capital estrangeiro nos serviços de saúde, a medida inviabilizaria a estratégia de segurança sanitária, impediria a universalização do Sistema Único de Saúde e prejudicaria o próprio direito à saúde que somente se tornaria acessível mediante contrapartida financeira do usuário do serviço³.

Nesse contexto, é essencial ter em vista que a matéria em destaque envolve conflito, pelo menos em tese, entre o mencionado § 3º do art. 199 da Constituição da República e o direito universal à saúde e demais valores também consagrados na ordem constitucional, tais como os princípios da isonomia e da livre iniciativa e da concorrência.

Em termos práticos, contudo, a questão relacionada à admissão de empresa de capital estrangeiro em certames licitatórios, realizados com o objetivo de contratar serviços de saúde, *in casu*, resolve-se pela observância do princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Desse modo, a condição de participação, prevista no instrumento convocatório, tem fundamento em lei vigente, cuja validade, embora questionada, não foi afastada pelo órgão constitucional competente. Outro aspecto relevante se traduz na inexistência de flagrante inconstitucionalidade da norma, situação que poderia, em tese, justificar que o Chefe do Executivo recusasse sua aplicabilidade, em razão do exercício de prerrogativa reconhecida pela

³ <http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2015/01/Por-que-somos-contr%C3%A1rios-ao-capital-estrangeiro-na-aten%C3%A7%C3%A3o-sa%C3%BAde1.pdf>. Acesso em 14/10/2019.

jurisprudência pátria⁴. Tal assertiva se confirma pelo despacho do Relator da ADI, que submeteu o processo ao julgamento definitivo, quando da apreciação do pedido cautelar de suspensão de eficácia da Lei, e do parecer da Procuradoria-Geral da República que opinou pela improcedência do pedido.

Assim, considerando a pendência de julgamento da ADI n. 5435/DF, e, ainda, verificando, por meio da ata da sessão pública registrada em 25/4/2018, disponível no *site* da Prefeitura⁵, que não houve participação de empresa de capital estrangeiro no certame, considero regular a previsão da possibilidade, tendo em vista que o edital resultou de interpretação que legitima o preceito em vigor, qual seja, o art. 23 da Lei n. 8.080/1990, em conformidade com o já citado princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Ante o exposto, proponho que o apontamento de irregularidade da denúncia seja julgado improcedente.

2. Participação de entidades do Terceiro Setor

Segundo a denunciante, a possibilidade de participação de entidades do Terceiro Setor violou o princípio da isonomia. Com a finalidade de reforçar a alegada irregularidade, a denunciante, às fls. 3/5, colacionou julgados.

Depois de analisar a denúncia, a Cfel, em sua análise inicial, às fls. 90v/93, afastou a irregularidade atinente à participação de entidades do Terceiro Setor no certame, reconhecendo a inexistência de vedação à presença dessas entidades em certames públicos. Ademais, quanto à alegação da denunciante de quebra da isonomia entre os licitantes, em função da possibilidade de isenção de impostos pelas entidades do Terceiro Setor, registrou que:

[...] este Tribunal, em caso análogo, posicionou-se sobre o momento da aplicação de isenção de ICMS nos procedimentos licitatórios aos fornecedores de bens e serviços sediados no Estado de Minas Gerais, na Consulta n. 888173, respondida na sessão do Tribunal Pleno do dia 11/12/13, da seguinte forma:

Consequentemente, a referida isenção já foi formalmente incorporada à legislação tributária interna de quase todos os Estados-Membros, bem como adotada nos procedimentos licitatórios realizados em seu território, conforme se depreende de levantamento perfunctório a que procedi.

Dentre os demais Estados-Membros, integrantes da maioria maciça que o fizeram, apenas o Estado de Santa Catarina manifestou-se no sentido de que o contribuinte beneficiado pela isenção deveria incluir o valor do ICMS que seria devido, não fosse a norma isencional, quando da apresentação das propostas no certame licitatório. Pelo contrário, a grande maioria dos Estados-Membros faz constar expressamente, em seus editais de licitação, que os preços apresentados pelos fornecedores lá situados – beneficiários, portanto, da isenção – estejam líquidos do valor do ICMS. (...) Desta forma, aceitar que o Tribunal de Contas imponha a desconsideração de isenção de ICMS, quando da formação do preço formulado pelo contribuinte-licitante, implicaria aceitar a revisibilidade, por esta Corte, de qualquer benefício tributário apto a reduzir o preço apresentado pelo fornecedor licitante, na fase de apresentação de propostas e de seu respectivo julgamento, que, além de violar o princípio da separação dos poderes, potencialmente viola o princípio da proposta mais vantajosa, finalidade última dos procedimentos licitatórios, bem como viola o princípio da economicidade, cuja guarda, por imperativo constitucional, caberia ao

⁴Supremo Tribunal Federal. ADI n. 221/DF. Relator: Moreira Alves. Tribunal Pleno. Data da Sessão: 29/3/1990. Acesso em 14/10/2019.

⁵http://www.ribeiraodasneves.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Pregao_Presencial_9_2018_1_Atata_de_Sessao?cdLocal=3&arquivo={2E8CCA78-C8E8-42E8-BC46-1C8EA05ABCEB}.pdf&cdLicitacaoArquivo=10367. Acesso em 14/10/2019.

próprio Tribunal de Contas. Assim, entende-se como improcedente as alegações da denunciante quanto a este apontamento, inexistindo, portanto, a irregularidade.

Às fls. 127/143, os defendentes resumiram o apontamento apresentado na denúncia à manifestação do município formulada quando da resposta à impugnação do edital e fez referências ao relatório técnico elaborado pela Cfel.

Em seguida, a Unidade Técnica competente, às fls. 149v/150v, reiterou o entendimento exarado no estudo anterior, que pugnou pela regularidade do item que admite a participação de entidades do Terceiro Setor no certame.

Por sua vez, o Ministério Público de Contas, às fls. 163/164, opinou pela procedência parcial da denúncia, tendo ratificado o estudo da Cfel.

Sobre o apontamento, destaco que a admissão de Organizações Sociais, em processos licitatórios, encontra amparo em decisões do TCU. Por ser bastante elucidativo, cito o acórdão abaixo:

CONSULTA FORMULADA PELO MINISTRO DA EDUCAÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS EM LICITAÇÕES REALIZADAS SOB A ÉGIDE DA LEI 8.666/1993. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO. DESDE QUE O OBJETO DA LICITAÇÃO CORRESPONDA AOS OBJETIVOS ESTABELECIDOS NO CONTRATO DE GESTÃO.

[...]

Licitantes não participam de licitações públicas em condições de **absoluta igualdade**. Não raro, a legislação confere privilégios a determinados setores, como o faz, por exemplo, com relação a microempresas, empresas de pequeno porte, cooperativas e empreendimentos situados em regiões geográficas que se pretende fomentar, na forma de tratamento tributário, previdenciário e crédito diferenciados, entre outros. No caso das duas primeiras, além de não estipular a equalização de suas propostas, nem medidas compensatórias, o legislador ainda lhes atribuiu prerrogativas na participação em certames licitatórios (art. 44 da Lei 8.666/1993).

Ao criar normas que privilegiam determinado segmento da sociedade, o legislador busca reduzir desigualdade preexistente ou fomentar setor econômico prioritário, com o objetivo de satisfazer, de forma mais eficiente, o interesse público. Tal tratamento diferenciado não ofende a isonomia pretendida pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, mas a cumpre, porquanto privilegia quem merece ser privilegiado.

[...]

Assim, não obstante haja possibilidade de competição entre interessados em prestar o serviço ao Estado, a esfera do governo que qualificou a OS tem a faculdade de contratá-la para executá-lo sem submeter a contratação à competição com demais interessados. Trata-se de faculdade conferida ao administrador a quem caberá analisar o caso concreto para verificar qual a melhor alternativa, à luz do interesse público. Não se trata de livre escolha entre licitar ou não, mas de adotar a solução que melhor atenda ao interesse público, justificadamente, em respeito aos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e motivação.

[...]

Ora, se é lícito contratar OS para prestar serviços de natureza mercantil, sem que sua proposta tenha sido submetida à disputa com os demais interessados, quanto mais legítimo seria como resultado de um procedimento competitivo público, ao final do qual se possa afirmar que a proposta de trabalho da OS é a que apresenta menor custo e/ou é a mais adequada às necessidades da Administração.

[...]

Ademais, como mencionado alhures, licitantes não participam de licitações públicas em condições de absoluta igualdade. Cada um comparece à licitação ostentando suas

assimetrias competitivas, incluindo regimes de tributação e previdenciário, perfil de mão de obra, despesas administrativas etc., muitas delas provocadas propositadamente pelo Poder Público como forma de estímulo a setores econômicos prioritários. **Ainda assim, a legislação não exige que o órgão licitante adote medidas para equipará-los, salvo nos casos em que a assimetria possa prejudicar o interesse público, como no caso da competição entre empresa estrangeira e nacional.**

Se o que se pretende com a concessão de privilégios é fomentar a atuação de organizações sociais como parceira do Estado, não há que se estabelecer fatores compensatórios. A distinção que favorece a OS é da sua natureza e, tendo assento legal, não pode ser suprimida por edital.

A suposta posição de vantagem, ostentada pela OS, nos certames licitatórios, em decorrência dos privilégios conferidos, não desvirtua os objetivos da qualificação, do contrato de gestão, nem da própria concessão de privilégios. Pelo contrário, reforça-os e lhes dá sequência. Eles desequiparam a OS dos demais licitantes, para favorecer sua atuação, como parceira do Estado, na prestação dos serviços que se pretendia fomentar por ocasião da sua qualificação, da celebração do contrato de gestão e da concessão de benefícios. (TCU. Acórdão n. 1406/2017. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da sessão: 5/7/2017).

No julgado acima transcrito, o TCU enfrentou a questão arguida na presente denúncia. Apesar de reconhecer as peculiaridades jurídicas que envolvem as Organizações Sociais, aquela Corte admitiu a participação delas em certames licitatórios. De acordo com a decisão, os privilégios usufruídos por tais entidades não podem ser prejudicados pela adoção de medidas que supostamente restabeleçam a isonomia violada.

Nessa ordem de ideias, a hipótese de dispensa de licitação, prevista no art. 24, inciso XXIV, da Lei n. 8.666/1993, retomada na citada decisão, reforça a legitimidade que tais entidades possuem de contratar com a Administração Pública, inclusive de forma direta.

Ressalvo, contudo, que, tal como decidido pelo TCU, para que seja legítima a participação de Organizações Sociais, os objetivos estabelecidos nos contratos de gestão devem guardar relação com o objeto licitado.

No tocante às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscip, o tratamento dispensado pelo TCU foi diverso. Segundo o Acórdão n. 746/2014, a participação dessas entidades em licitações desvirtuaria o objetivo primordial para o qual foram criadas, qual seja, firmar cooperação com o ente público. Nesse caso, a relação estabelecida tem natureza de colaboração e não de comércio, atividade que caracteriza a atuação daquelas que licitam com o poder público. Além disso, a mencionada Corte de Contas entende que o privilégio, referente à isenção de impostos, viola o princípio da isonomia:

É vedado às entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), atuando nessa condição, participar de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública Federal.

Resumo

Representação formulada por sociedade empresária apontara possível irregularidade ocorrida em concorrência lançada pelo [...]. O cerne da reclamação consistira na participação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) no procedimento licitatório. O relator, ao apreciar relatório produzido por grupo de trabalho constituído para o exame da matéria de fundo, efetuou um breve histórico da origem das Oscips e destacou a presença de decisões esparsas no TCU envolvendo essas entidades, mas que não trataram especificamente da possibilidade ou não de elas licitarem com a Administração Pública. Analisando a legislação sobre o assunto, o relator mencionou que as Oscips, associações civis reguladas pelo art. 53 do Código Civil, são qualificadas como tal pelo Ministério da Justiça e atuam, por meio de termo de parceria e após seleção em concurso de projetos feito pelo órgão estatal parceiro, na obtenção de bens e serviços e no desenvolvimento de atividades em prol do interesse público. Aduziu que a Lei 9.790/99

permitiu que o Estado, ao qualificar uma pessoa jurídica como Oscip, concedesse “a entidades privadas benesses fiscais e a possibilidade de receberem verba pública para buscarem o atingimento das finalidades elencadas no art. 3º daquele diploma legal”, razão por que admitir “que as OSCIP participem de licitações desvirtuaria o objetivo primordial para o qual foram criadas, qual seja, estabelecer cooperação com o Poder Público mediante a celebração do Termo de Parceria”. Assim, embora a legislação não tenha vedado explicitamente a participação das Oscips em certame licitatório, a relação entre o Estado e essas entidades, na ótica do condutor do processo, “possui natureza de colaboração, diversa, portanto, do caráter comercial que existe na atuação de uma entidade que licita com o Poder Público”. Além disso, ao serem qualificadas como Oscip, as entidades adquirem o privilégio de isenção de impostos, “o que, em tese, as coloca em posição de vantagem com as demais empresas na participação de licitações”, pois “teriam condições de ofertar um preço menor que o de seus concorrentes, beneficiando-se de uma isenção não concedida para que elas atuassem em regime de contratação com o Poder Público”. Do que expôs o relator, anuindo com as conclusões da unidade técnica, o Tribunal firmou entendimento pela impossibilidade das Oscips participarem de licitações promovidas pela Administração Pública Federal quando atuarem nessa condição. (Acórdão n. 746/2014. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Plenário. Data da Sessão: 26/3/2014).

A princípio, a distinção se dá em função das atividades exercidas por OS e Oscip. Nessa esteira, a primeira entidade pode receber delegação para gerir serviços públicos, enquanto o outro instituto exerce atividade de natureza privada, com ajuda do Estado⁶. Sendo assim, ao contrário das Oscips, a participação de Organizações Sociais tem respaldo na jurisprudência do TCU.

De todo modo, no caso em exame, verifiquei, da leitura da ata da sessão pública do Pregão Presencial n. 9/2018 do dia 25/4/2018, disponibilizada no *site* da Prefeitura Municipal⁷, que não foram registradas as presenças de entidades do Terceiro Setor.

De qualquer forma, diante da ausência de anotação expressa no edital, entendo parcialmente procedente o apontamento em exame, alinhando-me à jurisprudência do TCU que veda a participação de Oscips em certames públicos.

Contudo, em que pese o entendimento pela irregularidade do certame neste ponto, afasto a aplicação de sanção pecuniária aos responsáveis, sendo razoável e suficiente expedição de recomendação aos atuais gestores da Prefeitura Municipal de Ribeirão das Neves quanto à impossibilidade de admissão de Oscips em certames realizados pelo ente municipal, bem como quanto à necessidade de existência de correlação entre o objeto a ser contratado e a finalidade da cooperação celebrada com as Organizações Sociais.

3. Vedação da participação de empresas com direito de licitar suspenso

A denunciante informou, à fls. 5/6, que há inconsistências na utilização do termo “Administração”, previsto no edital. De acordo com a denúncia, a interpretação que se extrai da mencionada expressão não se coaduna com o argumento de que a pena de suspensão de licitar limita-se aos certames promovidos pelo órgão sancionador.

Às fls. 93/100v, a Cfel destacou que não há entendimento pacífico na jurisprudência sobre a abrangência da pena prevista no inciso III do art. 87 da Lei n. 8.666/1993, relativa à suspensão temporária do direito de participação em certames e de impedimento de contratar com a Administração. Assinalou, contudo, que se filia à corrente que defende a aplicação da sanção menos lesiva aos licitantes, o que resultaria em impedir a participação da condenada apenas nos

⁶ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10 ed. – São Paulo: Atlas, 2015, pág. 290.

⁷http://www.ribeiraodasneves.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Pregao_Presencial_9_2018_1_AtadeSessao?cdLocal=3&arquivo={2E8CCA78-C8E8-42E8-BC46-1C8EA05ABCEB}.pdf&cdLicitacaoArquivo=10367. Acesso em 14/10/2019.

certames realizados pelo órgão que aplicou a pena. A despeito de reconhecer equívocos nos Termos “Administração” e “Administração Pública”, utilizados no edital, concluiu que o instrumento convocatório não poderia ser considerado irregular, tendo em vista a divergência sobre a matéria.

Às fls. 127/143, os defendentes pleitearam a interpretação mais abrangente, mantendo o entendimento do município formulado quando da resposta à impugnação do edital.

Em seguida, a Unidade Técnica competente, às fls. 150v/151v, reiterou o entendimento exarado no estudo anterior, que pugnou pela improcedência da denúncia, tendo em vista a existência de divergência sobre o assunto.

Por sua vez, o Ministério Público de Contas, às fls. 163/164, opinou pela procedência parcial da denúncia, tendo ratificado o estudo da Cfel.

Conforme pode ser observado, a questão controvertida cinge-se à abrangência do termo “Administração” contido no art. 87, III e IV, da Lei 8.666/93.

Acerca do tema, o TCU possui o entendimento de que sobre o “[...] alcance da penalidade de suspensão temporária/impedimento de contratar, o inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93 prescreve expressamente que a referida penalidade incide sobre a Administração, isto é, somente em relação ao órgão ou à entidade contratante”. Cite-se, aqui, os Acórdãos de n. 2355/2018 – Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler; Acórdão n. 9793/2018 - Segunda Câmara, Relator Min. Aroldo Cedraz; Acórdão n. 2962/2015 – Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler; Acórdão n. 2530/2015 – Plenário, Relator Min. Bruno Dantas, todos nesse mesmo sentido.

Ademais, esta Corte também já conferiu interpretação restrita ao termo “Administração” contido no art. 87, inciso III, da Lei n. 8.666/93, a exemplo do julgamento da Denúncia n. 924168, sessão da Primeira Câmara do dia 25/9/2018, de Relatoria do Conselheiro Durval Ângelo, conforme ementa a seguir:

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. (Grifei).

Corroborando este mesmo entendimento, a Primeira Câmara desta Corte, na Denúncia n. 837141, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio, apreciada na sessão do dia 17/12/2013, também decidiu que a suspensão temporária deve ser aplicada somente ao ente que promoveu a penalidade. Colaciona-se, abaixo, trecho da referida decisão:

1) Vedação da participação de empresas que estejam com direito de licitar e contratar com a Administração suspensas, ou que por esta tenham sido declaradas inidôneas

O item 4.4.2 do edital, fl. 12, estabelece como condição para a participação na licitação a inadmissão das empresas “que estejam com o direito de licitar e contratar com a Administração Pública suspensas, ou por esta tenham sido declaradas inidôneas.” De acordo com as sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87, da Lei n. 8.666/93, cabe aqui distinguir a figura da suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração da declaração de inidoneidade. Pela interpretação literal dos dispositivos, como bem registrou a Unidade Técnica, tem-se que a suspensão do direito de licitar produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse, enquanto a

declaração de inidoneidade alcançaria todos os órgãos da Administração Pública, eis que o inciso III utiliza apenas o vocábulo “Administração”, e o inciso IV a expressão “Administração Pública”. Quanto a esse tema, o Tribunal de Contas da União possui entendimento misto. No que é pertinente à suspensão do direito de licitar a jurisprudência majoritária do TCU se assenta na idéia de que ela se restringe apenas ao órgão/ente administrativo que aplica a sanção, senão vejamos: Se é defensável que alguém considerado inidôneo em determinada esfera administrativa não o seja em outra, muito mais razoável é admitir-se que a suspensão temporária do direito de licitar seja válida apenas no âmbito do órgão ou entidade que aplicou a penalidade, (...) (TCU, Decisão n. 352/1998, Plenário, Rel. Min. Bento José Bugarin, DOU de 22.06.1998) Filio-me a este entendimento de que a suspensão temporária deva-se aplicar ao ente que promoveu a penalidade e de que a declaração de inidoneidade deva abranger todos os entes, em todos os entes da federação. Por esse motivo, peço vênias para parcialmente divergir do entendimento traçado pelo Órgão Técnico e considerar parcialmente procedente a irregularidade apontada.

Menciono, ademais, nessa esteira, a decisão proferida pela Segunda Câmara desta Egrégia Corte na Denúncia n. 835922, de relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, apreciada na sessão do dia 1/10/2015⁸

Diante do exposto, entendo que a interpretação adotada pela Prefeitura Municipal de Ribeirão das Neves não foi a adequada, pois a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 deveria se restringir à participação em licitação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com o órgão ou entidade que aplicou a penalidade, e não com a Administração Pública em geral.

Entretanto, mesmo que procedente a denúncia, reconheço a existência de decisões divergentes quanto à abrangência e à aplicabilidade das sanções relacionadas à suspensão temporária de participação em licitação e ao impedimento de contratar com um órgão ou entidade da Administração.

Cito, como exemplo, as decisões proferidas pelo STJ que corroboram o entendimento no sentido de que a referida penalidade de “suspensão temporária de participação em licitação e

⁸ EMENTA: DENÚNCIA. APONTAMENTOS. AUSÊNCIA DO TERMO DE REFERÊNCIA. ÍNDICES DE SOLIDEZ FINANCEIRA DOS PARTICIPANTES. IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS DECLARADAS INIDÔNEAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA. CONTROVÉRSIA ACERCA DO TEMA. NÃO APLICAÇÃO DE PENALIDADES AOS RESPONSÁVEIS. ARQUIVAMENTO. 1) A descrição dos elementos fundamentais do objeto licitado e dos termos da contratação, no termo de referência, pelo órgão requisitante, tem como propósito final assegurar que a Administração possa elaborar o ato convocatório de modo a informar aos licitantes as condições para o oferecimento de suas propostas de acordo com sua real necessidade, dando ciência, de forma inequívoca, acerca das exigências que serão impostas tanto à contratante quanto ao possível contratado. 2) Cabe à Administração determinar os índices financeiros que comprovem a real situação do licitante, em seu ramo de atividade, devendo sua escolha ser devidamente justificada no processo licitatório, considerando os compromissos que o licitante terá que assumir para a execução do contrato, entendendo-se que os índices estipulados não ferem as exigências do §5º do art. 31 da Lei n. 8.666/1993, pois estão de acordo com a natureza do objeto licitado. 3) A sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei n. 8.666/1993 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo superior a 2 anos), diante de exegese sistêmica desse diploma legal e de princípios que regem o direito sancionador, tem caráter menos gravoso do que a tipificada no inciso IV desse mesmo dispositivo legal (impedimento de contratar com a Administração), a qual, diferentemente daquela inscrita no inciso III, se estende a toda Administração Pública, tanto que essa última sanção pode ser aplicada, cumulativamente com a do inciso III, nas hipóteses em que há prejuízo ao erário. É dizer, havendo dano ao erário, o contratado declarado inidôneo para licitar ou contratar com a Administração Pública somente será reabilitado quando satisfeitos estes dois requisitos, cumulativamente: ressarcimento dos prejuízos que causou ao contratante e transcurso do prazo estipulado na sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração. (Grifei)

impedimento de contratar com a Administração” abrange toda a administração direta e indireta da União, ou seja, que “é irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração”⁹

Note-se, aqui, que a suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a administração pública não se restringiria ao ente federado que aplicou a sanção, mas se estenderia a todos os órgãos e entidades públicos. Cite-se, nesse mesmo sentido, as decisões no Mandado de Segurança n. 23600/DF, de 2017, Publicação DJ 15/05/2018, de Relatoria do Ministro Sérgio Kukina; o REsp 1.619.418/DF, Relator Ministro Og Fernandes, DJe 26/3/2018; o AREsp 1.179.351/SP, de Relatoria do Ministro Sérgio Kukina, DJe 22/2/2018; MS 20.893/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 6/10/2017; MS 19.657/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 14/8/2013, DJe 23/8/2013; e REsp 151.567/RJ, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 25/2/2003, DJ 14/4/2003, p. 208, todas proferidas pelo STJ.

Inclusive, esta Corte já conferiu exegese ampla ao termo “Administração”, contido no art. 87, III, da Lei n. 8666/93, tendo reputado que a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração se estende a toda a Administração Pública. Menciona-se, aqui, a Denúncia n. 859044, julgada na sessão da Segunda Câmara do dia 22/10/2013, de Relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão. Colaciono, ainda, a decisão do Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, em proposta de voto aprovada por unanimidade pela Primeira Câmara, no âmbito da Denúncia n. 952322, na sessão do dia 8/8/2017.

Nesse cenário, diante das particularidades do caso concreto, e tendo em vista a existência de relevante divergência na jurisprudência e a diversidade de abalizados entendimentos quanto à abrangência e à aplicabilidade das sanções relacionadas à suspensão temporária de participação em licitação, bem como em face dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, deixo de aplicar multa aos Srs. Moacir Martins da Costa Júnior e Elcilene Lopes Correa Matos, Prefeito Municipal e Presidente da Comissão Permanente de Licitação e subscritora do edital.

Não obstante, recomendo aos responsáveis que, nos próximos procedimentos licitatórios, observem o entendimento do Tribunal de Contas da União, no sentido de que as sanções dispostas no art. 87, III, da Lei n. 8.666/93, restringem-se, tão-somente, ao órgão ou entidade que promoveu a penalidade e não à Administração Pública em geral.

4. Exigência de regularidade fiscal

A denunciante defendeu, às fls. 6/10, que a comprovação de regularidade fiscal deve ser exigida somente em relação ao ramo de atividade do fornecedor. Por esse motivo, considerou ilegal o subitem c.4 do item 12.6.3 do instrumento convocatório, que dispôs sobre as condições de habilitação. Alegou, ainda, que a Comissão de Licitação não é detentora de poder de polícia tributário e por isso não poderia, por via indireta, arrecadar tributos dos diversos entes federados, sob pena de usurpação de atribuições e caracterização de abuso de poder, em razão de prática de desvio de finalidade. Concluiu, por fim, que a exigência de regularidade quanto aos tributos imobiliários violou os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e da ampla participação no certame.

Preliminarmente, a Cfel, às fls. 100v/102v, entendeu que os tributos, listados no subitem c.4 do item 12.6.3, constituem créditos municipais. Nessa linha, aduziu que a Lei de Licitações exige a comprovação de regularidade com a Fazenda Municipal, sem especificar quaisquer espécies tributárias. Com efeito, concluiu que o edital deve exigir a apresentação de certidões que comprovem a regularidade atinente a todos os créditos da mencionada Fazenda.

⁹ REsp 151.567/RJ e RMS 9.707/PR.

Às fls. 127/143, os defendentes sustentam a manutenção da exigência e, em seguida, a Unidade Técnica, às fls. 151v/152v, reiterou o entendimento exarado no estudo anterior, que pugnou pela regularidade do item questionado. Por sua vez, o Ministério Público de Contas, às fls. 163/164, opinou pela procedência parcial da denúncia.

Nos termos da denúncia apresentada, a exigência contestada diz respeito ao disposto na cláusula c.4 do subitem 12.6.3 do item 12 que assim dispõe:

12. Da habilitação

12.6.3. Regularidade Fiscal e Trabalhista:

[...]

c) prova de Regularidade com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, pela apresentação dos seguintes documentos:

[...]

c.4) Certidão de Regularidade para com a Fazenda Municipal (Tributos Mobiliários e Imobiliários) do domicílio ou sede do licitante.

A questão controvertida diz respeito aos limites da comprovação de regularidade fiscal em processos licitatórios, precisamente sobre a possibilidade de se exigir de eventual licitante que demonstre sua situação fiscal em relação a tributos que não estejam diretamente vinculados ao objeto contratado. Nesse aspecto, questiona-se a razoabilidade de se inabilitar participante que apresenta proposta mais vantajosa para prestação de serviços de exames laboratoriais, em razão da existência de débito em seu nome relativo a tributos imobiliários.

Evidentemente que a exigência não pode limitar indevidamente a participação no certame, sob pena de ofensa ao princípio da razoabilidade. Seguindo esse norte, os responsáveis devem evitar exigências excessivas que limitem a disputa e impeçam a contratação mais vantajosa para a Administração Pública.

A finalidade de selecionar a proposta mais vantajosa, contudo, deve se conformar com os princípios que norteiam as licitações públicas, em especial os princípios da isonomia, da legalidade e da moralidade. Desse modo, não se pode perder de vista que a evasão fiscal potencialmente desequilibra a concorrência, já que favorece os participantes em débito com a Fazenda Pública. Assim, por não assumirem os encargos fiscais, poderão ter condições de apresentar proposta com menor valor, em detrimento daqueles licitantes que estão em situação de regularidade tributária.

Sendo assim, a garantia de ampla participação e contratação mais vantajosa não pode significar desprestígio aos demais princípios que orientam os certames públicos. Desse modo, a conduta eticamente reprovável, consistente em dever tributos, não pode ser admitida pela Administração, porque fomenta o descumprimento da obrigação fundamental de pagar encargos fiscais¹⁰ e viola frontalmente lei expressa e princípios de estatutura constitucional.

Destaco, ademais, que haveria violação ao princípio da isonomia, pois a não exigência da regularidade fiscal, de fato, poderia provocar concorrência desleal por parte daquele que não efetua os pagamentos de diversos tributos. Colaciono, neste ponto, trecho da Consulta de n. 836952, respondida por este Tribunal, que adoto pela transparência dos argumentos ali lançados:

“[...] em um contexto nacional de heterogeneidade regional, de elevado peso tributário, com graves deficiências do Estado no fornecimento de serviços e de infraestrutura, além de altos índices de sonegação fiscal e de evaporação de empresas, não me parece adequado prescindir de uma regra tendente a promover maior igualdade competitiva no mercado e

¹⁰ STF. ADI n. 173/DF. Relator: Joaquim Barbosa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da sessão: 25/9/2008.

mais justiça fiscal e social”. (Consulta n. 836952, Pleno, sessão do dia 6/10/2010, Relator Sebastião Helvecio).

Assim:

O afastamento da exigência de comprovação de regularidade fiscal nos casos de dispensa de licitação por valores considerados baixos pela lei, em termos pragmáticos, significa a admissão para que o Poder Público contrate com devedores da Fazenda Pública, o que encontra vedação expressa no Código Tributário Nacional (CTN), art. 193, na própria Constituição Cidadã, art. 195, §3º, e, por fim, no art. 29, III e IV, da Lei n. 8.666/93, dentre outros dispositivos, ou seja, maculado estaria o princípio da legalidade.

Nesse mesmo sentido, este Tribunal reconheceu a necessidade de comprovação de regularidade fiscal como instrumento de garantia da legalidade, isonomia e moralidade, mesmo nos casos da dispensa de licitação fundada no art. 24, I e II, da Lei n. 8.666/1993, que entendo, *mutatis mutandis*, aplicável ao presente caso:

REPRESENTAÇÃO. CÂMARA MUNICIPAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. BAIXO VALOR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PERÍCIA CONTÁBIL. IRREGULARIDADES. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS RELATIVOS À HABILITAÇÃO DO CONTRATADO. EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO EM MOMENTO ANTERIOR AO DA COTAÇÃO DE PREÇOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A CITAÇÃO DO RESPONSÁVEL. DETERMINAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

1. Na dispensa de licitação fundada nos incisos I ou II do art. 24 da Lei n. 8.666/1993, a administração pública deverá exigir do futuro contratado a comprovação de sua regularidade fiscal, para que sejam resguardados os princípios da legalidade, isonomia e moralidade. (Representação n. 1054021. Relator: Conselheiro Durval Ângelo. 7ª Sessão Ordinária da Ordinária realizada em 12/3/2019.

Colaciono, por fim, entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SERVIÇO DE CONSULTORIA. ARTIGOS 29 E 30, DA LEI 8.666/93. CERTIFICAÇÃO DOS ATESTADOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROVA DE **REGULARIDADE FISCAL** JUNTO À FAZENDA ESTADUAL.

[...]

A Lei n. 8.666/93 exige prova de **regularidade fiscal** perante as todas as fazendas. Federal, Estadual e Municipal, independentemente da **atividade** do licitante. Recurso especial provido. Decisão por unanimidade.

(Processo REsp 138745/RS, RECURSO ESPECIAL n. 1997/0046039-8, Relator(a) Ministro Franciulli Netto, Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 5/4/2001)

Nesse cenário, concluo que a exigência de comprovação de regularidade fiscal junto à Fazenda Municipal (tributos mobiliários e imobiliários) da sede do licitante, prevista no item c.4, está em conformidade com o dever geral de pagar tributos, conforme decisão proferida na ADI n. 1.055¹¹, e também se coaduna com os princípios da legalidade, da isonomia e da moralidade.

Ante o exposto, na esteira das manifestações da Unidade Técnica, proponho que o apontamento da denúncia seja julgado improcedente, por considerar razoável a exigência de regularidade

¹¹ Considera-se, portanto, a existência de um dever fundamental de pagar impostos, tal como proposto por Nabais (NABAIS José Casalta, O dever fundamental de pagar impostos, Coimbra: Almedina, 1998). No caso da Constituição Federal de 1988, tal dever viria expresso no § 1º do art. 145 da Constituição, em que se lê: (ADI n. 1.055. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Decisão transitada em julgado em 9/8/2017).

fiscal, prevista no instrumento convocatório, uma vez que o requisito estimula o adimplemento da obrigação legal de pagar tributos e elimina vantagens indevidas daqueles em situação irregular perante o fisco.

5. Exigência de alvará sanitário e alvará de localização

Nos termos da denúncia, às fls. 10/11, as exigências de alvará sanitário e de localização, previstas nas letras “b” e “c” do item 12.6.4 do edital, contrariariam o regramento legal.

No exame inicial, a Cfel entendeu, às fls. 102v/104, que o requisito relativo ao alvará de localização é irregular, uma vez que não encontra esteio nas Leis n. 8.666/1993 e 10.520/2002.

De outro modo, concluiu que a exigência de alvará sanitário tem amparo na necessidade de comprovação de idoneidade higiênico-sanitária dos licitantes, sob os quais recai o dever de demonstrar que possui condições de executar satisfatoriamente o contrato. Destacou, ainda, que esse requisito se enquadra no inciso V do art. 30 da Lei n. 8.666/1993, conforme entendimento exarado por este Tribunal nos autos da Denúncia n. 884787.

Por ocasião da defesa, o Prefeito de Ribeirão das Neves e a Presidente da Comissão de Licitação, representados pelo Procurador do Município, às fls. 131/136, reconheceram que inexistente fundamento jurídico para exigência de alvará de localização e funcionamento. Alegaram, contudo, que há interpretações e julgados deste Tribunal que admitem tal exigência, motivo pelo qual a denúncia deve ser considerada improcedente. Informaram, ainda, que o Setor de Licitações do Município foi instruído a excluir esse requisito dos editais de licitações realizados pelo ente e que a exigência não acarretou prejuízo ao certame, uma vez que todos os participantes apresentaram o referido alvará de localização e funcionamento. Concluíram, enfim, que a procedência da denúncia não trará qualquer benefício, nem mesmo para a denunciante, e por essa razão requer o arquivamento do feito.

Depois de analisar a defesa, a Cfel, às fls. 152v/156v, ratificou seu entendimento anterior que considerou regular a exigência de alvará sanitário, com fulcro no art. 30, IV, da Lei n. 8.666/1993. No que se refere ao alvará de localização, a Unidade Técnica competente reafirmou que o requisito não encontra amparo legal e confronta com os princípios da legalidade e da competitividade e por isso deve ser excluído do edital.

O Ministério Público de Contas, às fls. 163/164, opinou pela procedência parcial da denúncia, tendo ratificado o estudo da Cfel.

De início, destaco que o item questionado tem a seguinte redação:

12.6.4. Qualificação Técnica:

[...]

b) Alvará sanitário vigente, expedido pelo Município em que estiver localizado a sede do estabelecimento prestador do serviço, objeto deste certame;

c) alvará de localização fornecido pelo Município do estabelecimento;

Especificamente sobre a exigência contida na letra “b” do item 12.6.4 do edital, a Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – RDC/Anvisa n. 302, de 13 de outubro de 2005, impõe que os laboratórios clínicos e postos de coleta possuam alvará atualizado e expedido pelo órgão sanitário competente.

Com efeito, destaco que o art. 30, IV, da Lei n. 8.666/93, permite que seja exigido, como documentação relativa à qualificação técnica, prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso. Ademais, a exigência prevista no instrumento convocatório está

em conformidade com a norma infralegal¹², elaborada pelo órgão responsável pelas atividades de regulação, normatização, controle e fiscalização na área de vigilância sanitária¹³, e compatível com a atividade objeto da licitação.

Nesse mesmo sentido, cito as decisões proferidas por este Tribunal de Contas a seguir reproduzidas:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ SANITÁRIO. PERTINÊNCIA COMO OBJETO A SER CONTRATADO. LICITUDE. PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO DA SITUAÇÃO FISCAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. ART. 43, §1º, DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/06. INOBSERVÂNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO. **1. Não configura irregularidade a exigência de apresentação, pelos licitantes, de alvará sanitário na fase de habilitação, quando pertinente ao objeto do certame.** [...] (Denúncia n. 932820. Relator: Conselheiro Substituto Hamilton Coelho. 5ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara realizada em 19/2/2019). (Destaquei).

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. SUPOSTAS IRREGULARIDADES. AUSÊNCIA DE PRAZO PARA A APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE UM ATESTADO PARA A COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA. ALVARÁ OU LICENÇA DE FUNCIONAMENTO. ALVARÁ SANITÁRIO. DECLARAÇÃO DE SUPERVENIÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO À HABILITAÇÃO. DECLARAÇÃO DE QUE POSSUI ESTRUTURA COMERCIAL PARA O FORNECIMENTO DOS PRODUTOS. IMPROCEDÊNCIA. REGULARIDADE. ARQUIVAMENTO. [...] 4. **A exigência do Alvará Sanitário, na fase de habilitação, visa comprovar a idoneidade higiênico-sanitária dos licitantes, que devem demonstrar possuir condições de executar satisfatoriamente o contrato, podendo ser exigido com fundamento no inciso IV do art. 30 da Lei n. 8.666/93.** [...] (Denúncia n. 884787. Relator: Conselheiro Mauri Torres. 33ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara realizada em 31/10/2017). (Destaquei).

Portanto, entendo que a exigência do alvará sanitário, na fase de habilitação, visa comprovar a idoneidade higiênico-sanitária dos licitantes, que devem demonstrar que possuem condições de executar satisfatoriamente o contrato, sendo requisito previsto em legislação específica, nos termos do disposto no art. 30, IV, da Lei n. 8.666/93, razão pela qual afasto a irregularidade.

Quanto à exigência de alvará de localização, prevista na letra “c” do item 12.6.4 do Edital, tal questão, entretanto, mereceu tratamento diverso por parte deste Tribunal. Nesse aspecto, a falta de referência legal sobre o requisito, em pregão presencial, fundamentou a decisão a seguir transcrita, que considerou irregular a apresentação do documento como condição para participação no certame:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. RECARGA DE OXIGÊNIO. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. REJEIÇÃO. MÉRITO. DESCUMPRIMENTO DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO. IRREGULARIDADE DA AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DO INTEIRO TEOR DE EDITAIS NO SÍTIO ELETRÔNICO DA PREFEITURA. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. PESQUISA DE PREÇOS MAL FEITA. ATUAÇÃO DE MESMA PESSOA JUNTO A DIFERENTES LICITANTES. JULGAMENTO NEGLIGENTE. APLICAÇÃO DE MULTA.

¹² 5 CONDIÇÕES GERAIS 51 Organização 51.1 O laboratório clínico e o posto de coleta laboratorial devem possuir alvará atualizado, expedido pelo órgão sanitário competente.

¹³ Art. 1º O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária compreende o conjunto de ações definido pelo § 1º do art. 6º e pelos arts. 15 a 18 da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, executado por instituições da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que exerçam atividades de regulação, normatização, controle e fiscalização na área de vigilância sanitária

[...] 4. A exigência de apresentação de alvará de funcionamento para fins de habilitação é excessiva, uma vez que esta não está prevista no rol dos documentos discriminados no inciso XIII do art. 4º da Lei n. 10.520/02, afastando a participação de potenciais interessados que não possuam de antemão a licença, mas tenham condições de providenciá-la na hipótese de serem declaradas vencedoras da licitação. (Denúncia n. 1013201. Relator Conselheiro Cláudio Terrão. 20ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara realizada em 18/6/2019).

Sob o fundamento de que a exigência de alvará de localização afronta os princípios da isonomia e da competitividade, este Tribunal suspendeu o certame cujo instrumento convocatório contemplava tal exigência, nos seguintes termos:

Diante do exposto, deve ser negado provimento ao presente agravo, mantendo-se a decisão recorrida, que determinou a suspensão do Pregão Presencial n. 089/2013, promovido pela Prefeitura Municipal de Ouro Preto, tendo em vista a afronta ao caráter competitivo do certame e à isonomia, em violação ao art. 5º da CR/88, ao art. 3º da Lei n. 8.666/93 e ao art. 4º, XIII, da Lei n. 10.520/02, em virtude da exigência de apresentação de alvará de licença para localização e funcionamento para fins de habilitação. (Agravo n. 912165. Relator Conselheiro Substituto Licurgo Mourão. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da Sessão: 2/4/2014).

Desse modo, esta Corte possui, de fato, entendimentos que consideram irregular a apresentação do alvará de localização na fase de habilitação.

No entanto, ponto que seria um excesso concluir que a exigência de alvará de localização contraria norma legal e princípio constitucional, e que por isso deveria ser, sumariamente, excluída dos editais de licitação. Nesse aspecto, creio que deve ser reconhecida a importância do documento em análise, dada a sua finalidade de atestar a aptidão do estabelecimento para realizar suas atividades em determinada localidade.

Exatamente por isso, a solução, no caso concreto, deve resultar da conformação dos objetivos e valores que o administrador público visa assegurar com a exigência e os princípios da competitividade e da isonomia, supostamente violados.

Seguindo essa lógica, este Tribunal, conforme julgado a seguir, considerou regular a exigência de alvará de localização, ressaltando, contudo, que não poderia haver restrição à competitividade da licitação. A fim de evitar distinções em razão do domicílio da licitante, a mencionada decisão destacou que o edital deveria admitir alvará expedido por qualquer município do país:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. TRANSPORTE ESCOLAR. PRELIMINAR. VÍCIO NO ATO DE CITAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO DA SUGESTÃO DO ÓRGÃO TÉCNICO E DO QUESTIONAMENTO SUSCITADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL. MÉRITO. REGULARIDADE NA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE APRESENTAÇÃO DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO. PREVISÃO DE RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO SEM NOTIFICAÇÃO DO CONTRATADO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. RECOMENDAÇÃO.

[..] 2. O alvará de localização e funcionamento constitui documento expedido pela Prefeitura Municipal ou por outro órgão competente do Município que autoriza a prática de determinada atividade num estabelecimento empresarial, levando-se em conta o horário de funcionamento do estabelecimento, o local em que será exercida a atividade, o tipo de atividade, o meio ambiente, a segurança, a moralidade, o sossego público e a higiene sanitária, dentre outros critérios. Desse modo, independentemente da natureza das atividades exercidas (podendo, ou não, terem impacto sanitário ou ambiental), o estabelecimento empresarial somente funcionará de forma regular se o empresário ou sociedade empresária estiver munida do alvará de localização e funcionamento, cuja obtenção encontra-se submetida à legislação do Município em que for instalado o

estabelecimento. 3. Nos termos do art. 28, V, da Lei n. 8.666/1993 e do art. 4º, XIII, da Lei n. 10.520/2002, a Administração Pública está autorizada a exigir, como requisito de habilitação jurídica, a apresentação de alvará de localização e funcionamento. Acrescenta-se que, para não haver restrição à competitividade da licitação, a Administração Pública deve aceitar alvará expedido por qualquer Município do País, sem criar discriminações acerca do domicílio do estabelecimento empresarial da licitante. 4. Viola os princípios do contraditório e da ampla defesa a previsão de cláusula que prevê a hipótese de rescisão unilateral do contrato sem notificação do contratado. (Denúncia n. 1031622. Relator Conselheiro Mauri Torres. 28ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara realizada em 25/9/2018).

Abaixo cito outros julgados que reconhecem a regularidade da exigência:

PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS NOVOS E CÂMARAS DE AR. EXIGÊNCIA DE PRODUTO FABRICADO HÁ NO MÁXIMO 12 MESES. APRESENTAÇÃO DO CERTIFICADO DE GARANTIA EXPEDIDO PELO FABRICANTE DO PRODUTO. EXIGÊNCIAS QUE SÓ ALCANÇAM OS LICITANTES VENCEDORES. REGULARIDADE. COMPROVAÇÃO DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO E LOCALIZAÇÃO. REGULARIDADE. EXIGÊNCIA DA PRESENÇA FÍSICA DO LICITANTE. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA PARA COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. IMPROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÕES. 1. A EXIGÊNCIA DE PNEUS FABRICADOS NO MÁXIMO HÁ 12 (DOZE) MESES NÃO RESTRINGE A COMPETITIVIDADE, UMA VEZ QUE SE TRATA DE PRODUTO QUE NÃO DEMANDA MAIORES PROCEDIMENTOS BUROCRÁTICOS PARA A ENTREGA E, NO CASO DE PRODUTO IMPORTADO, DESEMBARÇO ADUANEIRO. 2. **O ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO FAZ PARTE DO ROL DE DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA A HABILITAÇÃO JURÍDICA DO LICITANTE E ENCONTRA AUTORIZAÇÃO EXPRESSA NO ART. 28, V, DA LEI N. 8.666/93.** 3. O EDITAL DEVE PREVER A POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÕES UTILIZANDO-SE RECURSOS TECNOLÓGICOS DISPONÍVEIS QUE PERMITAM O REGISTRO DO HORÁRIO PARA CONTAGEM DO PRAZO LEGAL, DE FORMA A GARANTIR EFETIVIDADE NO CONTROLE DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. 4. NOS TERMOS DA LEI N. 10.520/2002, O ORÇAMENTO DETALHADO EM PLANILHAS DE QUANTITATIVOS E PREÇOS UNITÁRIOS DEVE INSTRUIR A FASE INTERNA DO PREGÃO, NÃO HAVENDO EXIGÊNCIA DE QUE ESSE DOCUMENTO INTEGRE O EDITAL. (Denúncia n. 876812. Relatora: Conselheira Adriene Andrade. 20ª Sessão ordinária da Primeira Câmara realizada em 11/7/2017). (Destaquei).

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. PREFEITURA MUNICIPAL. RESTRIÇÃO QUANTO À FORMA DE APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL E OFERECIMENTO DE RECURSOS. PREJUÍZO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO VERIFICADO NO CASO CONCRETO. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO PARA HABILITAÇÃO. IRREGULARIDADES AFASTADAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO AO ATUAL GESTOR. [...] 3. **É regular a exigência de apresentação de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação quando demonstrada a pertinência desta exigência, diretamente relacionada à atividade de fornecimento de alimentos, sujeita a fiscalização, licenciamento e controle por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.** (Denúncia n. 932541. Relator: Conselheiro Sebastião Helvécio. 37ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara realizada em 28/11/2017). (Destaquei).

No caso dos autos, o instrumento convocatório exigiu dos licitantes a apresentação de “*alvará de localização fornecido pelo município do estabelecimento*”. Nesses termos, o edital requisitou do participante a apresentação de autorização emitida pelo Município em que estiver sediado o estabelecimento. Não há, portanto, no item questionado, restrição relacionada ao ente que deveria expedir o documento. Desse modo, por não existir designação expressa do órgão emissor do alvará, concluo que seriam admitidos comprovantes expedidos por quaisquer Municípios, exatamente como decidiu este Tribunal no julgamento da Denúncia n. 1031622.

Desse modo, concluo que a condição imposta no edital visou assegurar, de forma genérica, que os participantes estivessem autorizados a exercer as atividades atinentes à prestação de serviços de exames laboratoriais no município em que seu estabelecimento estiver sediado. Com efeito, por não vislumbrar propósito de direcionar o certame ou limitar a competitividade, ao contrário da conclusão da Unidade Técnica, considero regular a exigência de alvará de localização, tal como prevista no instrumento convocatório.

Ante o exposto, proponho o julgamento pela improcedência do apontamento, por considerar regulares as exigências de alvará sanitário e de localização, previstas nas letras “b” e “c” do item 12.6.4 do edital, na esteira da jurisprudência desta Corte.

6. Exigência de infraestrutura sem indicação dos elementos necessários para o cálculo dos custos desse suporte

A denunciante alegou que a exigência de declaração, a ser firmada pela licitante, de que disponibilizará toda a infraestrutura necessária à execução do contrato não está acompanhada da necessária indicação do local e dos elementos para calcular os custos dessa operação. Esclareceu, mais adiante, que o edital não fornece aos interessados os dados necessários para medir as despesas dos serviços e formular a proposta de preço.

Em sua análise preliminar, a Cfel, às fls. 104/106, entendeu que as informações disponibilizadas no anexo II do edital, contendo a quantidade e os tipos de exames que deverão ser realizados, e as disposições previstas no item 6.17.43 da minuta do contrato e parágrafo único do item 5 do termo de referência, indicando os locais e os dias de efetivação dos exames, tornam improcedente a denúncia.

Às fls. 127/143, os defendentes, representados pelo Procurador do Município, resumiram o apontamento apresentado na denúncia à manifestação do município formulada quando da resposta à impugnação do edital e fez referências ao relatório técnico elaborado pela Cfel.

Em seguida, a Cfel, às fls. 156v/157, entendeu que o referido apontamento da denúncia seria improcedente. Por sua vez, o Ministério Público de Contas, às fls. 163/164, opinou pela procedência parcial da denúncia, tendo ratificado o estudo da Cfel.

Compulsando os autos, verifiquei que a Cfel indicou com precisão os dispositivos do instrumento convocatório e seus anexos que colacionaram as informações necessárias para a realização do cálculo dos custos do serviço e formulação das propostas. Conforme asseverou a Unidade Técnica competente, o anexo II do edital descreveu os exames a serem realizados e sua quantidade, sendo que o item 6.17.43 da minuta do contrato indica os locais de instalação dos laboratórios e o item 5 do termo de referência detalha as unidades de saúde e os dias de coleta das amostras.

Entendo, desse modo, que o instrumento convocatório forneceu todos os elementos necessários para a correta caracterização dos serviços licitados e, por conseguinte, para elaboração da proposta. Por esse motivo, concluo que não ficou evidenciada a inexatidão alegada pela denunciante. De todo modo, eventuais dúvidas sobre os contornos do objeto licitado poderiam

ser dirimidas pelo interessado, por meio do exercício da prerrogativa prevista no art. 12 do Decreto Federal n. 3.555/2000¹⁴, que regulamenta a licitação realizada na modalidade pregão.

Ante o exposto, proponho o julgamento pela improcedência do apontamento da denúncia, tendo em vista que o instrumento detalhou suficientemente o objeto licitado, inexistindo aludida imprecisão quanto aos elementos necessários à quantificação do custo e à formulação da proposta.

7. Exigência de seguros

A denunciante alegou que a exigência de seguro, prevista no subitem e.2 do item 12.6.4, extrapola a legislação vigente e não guardaria liame lógico, causal ou pertinência com o objeto da licitação. Aduziu que esse requisito onera o certame, limita o universo de participantes e sua inobservância não compromete o desenvolvimento do serviço contratado.

Às fls. 104/105v, a Cfel entendeu que a denúncia é improcedente, já que o item e.2 define que haverá transporte de amostras biológicas, o que demonstra a pertinência da exigência com o objeto licitado.

Os gestores reiteraram a cláusula com base na manifestação do município formulada quando da resposta à impugnação do edital e fez referências ao relatório técnico elaborado pela Cfel. Em seguida, a Cfel entendeu, às fls. 156v/157, que a denúncia é improcedente. Por sua vez, o Ministério Público de Contas, às fls. 163/164, opinou pela procedência parcial da denúncia, tendo ratificado o estudo da Cfel.

Sobre o apontamento, este Tribunal de Contas se manifestou sobre a impossibilidade de exigência de seguro dos veículos pertencentes à contratada, e afetados à prestação do serviço público, como condição para habilitação em licitações, *in verbis*:

DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. ESTIPULAÇÃO DE DISTÂNCIA ENTRE AS OFICINAS E O MUNICÍPIO LICITANTE. NÃO PARCELAMENTO DO OBJETO. PREVISÃO RESTRITIVA DE SUBCONTRATAÇÃO. SEGURO PARA HABILITAÇÃO. PRAZO EXÍGUO PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ESTIPULAÇÃO DE PRAZO DE VALIDADE DA ATA DE REGISTRO DE PREÇO ACIMA DO PREVISTO EM LEI. PARCIAL PROCEDÊNCIA. MULTA.

[...] 4. As exigências de habilitação devem obedecer à regra prevista nos arts. 27 a 31 da Lei n. 8.666/93, e não devem ser demasiadas e impertinentes, uma vez que podem afetar os princípios da competitividade, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo irregular a exigência de apresentação de apólice de seguro para habilitação técnica em edital de licitação.

[...]

De fato, a exigência de apresentação de apólice de seguro-empresa contra sinistros eventuais, possuindo cobertura contra furto e roubo, incêndio, avarias resultantes de manobras no pátio e outros danos que porventura ocorram aos veículos sob guarda da oficina mecânica é excessiva, uma vez que esta não está prevista no rol dos documentos discriminados no art. 4º, XIII, Lei n. 10.520/02, afastando a participação de potenciais interessados que não possam de antemão apresentar o referido seguro, mas tenham condições de providenciá-la na hipótese de serem declaradas vencedoras da licitação. (Denúncia n. 932607. Relator: Conselheiro Cláudio Terrão. Primeira Sessão Ordinária da Primeira Câmara realizada em 7/2/2017).

¹⁴ Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

No entanto, verifiquei que o edital não exigiu a comprovação de seguro veicular como documento de habilitação, tal como sugere o denunciante. Conforme exposto no mencionado item e.2, o licitante precisava apresentar, na fase de habilitação, apenas declaração afirmando que disponibilizaria veículos com cobertura securitária para transporte de amostras de exames, quando da execução contratual.

A partir da leitura do mencionado dispositivo, infere-se que o propósito do instrumento convocatório era evitar dano ao erário decorrente de sinistros eventuais no transporte de amostras de exames, exigindo-se que eventuais participantes “[...] tenham condições de providenciá-la na hipótese de serem declaradas vencedoras da licitação”, após a assinatura do contrato, nos termos da jurisprudência acima colacionada.

Nesse contexto, em consonância com a Unidade Técnica, proponho que o apontamento da denúncia seja julgado improcedente, pois o edital em exame não exigiu a comprovação de seguro veicular como documento de habilitação, mas apenas declaração afirmando que disponibilizaria veículos com cobertura securitária para transporte de amostras de exames na execução do contrato, que possui, aliás, pertinência com o objeto do certame e visa evitar dano ao erário decorrente de eventuais sinistros.

8. Exigência de qualificação técnica sem indicação das parcelas de maior relevância

No exercício da competência prevista no art. 60, § 3º, do Regimento Interno, o Ministério Público de Contas apresentou apontamento complementar às irregularidades indicadas na denúncia. Em sua manifestação preliminar, o *Parquet* entendeu que a exigência de qualificação técnica, prevista no item 12.6.4, letra “a”, ofenderia o disposto no art. 30, § 5º, da Lei n. 8.666/1993 e o princípio da proporcionalidade. Desse modo, a redação do referido item careceria da precisão necessária para efetivação do julgamento objetivo, previsto no art. 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/1993. Assim, a exigência de comprovação de experiência anterior na realização de serviços compatíveis com o objeto da licitação deve ser exigida apenas com relação às parcelas de maior relevância e valor significativo.

Às fls. 136/147, os defendentes alegaram que a lista de documentos, prevista no art. 30 da Lei n. 8.666/1993, constitui rol máximo e não listagem mínima, a ser obrigatoriamente requisitada em toda e qualquer situação. Argumentaram que a identificação das parcelas de maior relevância dependerá das peculiaridades de cada objeto e que a exigência de qualificação técnica não pode ser desarrazoada a ponto de frustrar o caráter competitivo do certame. Ao final, os defendentes citaram páginas da *internet* de órgãos públicos contendo editais com a exigência de comprovação de qualificação técnica, nos mesmos termos do instrumento convocatório ora questionado.

Em seu reexame, a Cfel considerou procedente o aditamento do Ministério Público de Contas, por entender que a exigência de atestado de qualificação técnica, sem indicação das parcelas de maior relevância, restringiu a competitividade do certame. No parecer de fls. 163/164, o Ministério Público de Contas opinou pela procedência parcial da denúncia, tendo ratificado o estudo da Cfel.

Como pode ser observado, a irregularidade suscitada pelo Ministério Público de Contas diz respeito à exigência de qualificação técnica expressa na letra “a” do item 12.6.4, que tem a seguinte redação:

12.6.4 Qualificação Técnica

- a) Apresentação de comprovante de aptidão para fornecimento pertinente e compatível com o objeto da licitação, por intermédio de atestado expedido por pessoa jurídica de Direito Público ou Privado, que comprove que a licitante executou ou está executando, de maneira satisfatória e a contendo, serviços de natureza similar com o objeto da presente licitação.

Importante destacar, nesse ponto, que a necessidade de comprovação de aptidão técnica tem previsão legal no inciso I do § 1º do art. 30 da Lei n. 8.666/1993, que dispõe:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei n. 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei n. 8.883, de 1994)

Nesse aspecto, a exigência de comprovação de capacidade técnica deve se conformar com os princípios da isonomia e da razoabilidade, em consonância com o que determina o inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, que assim determina:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Desse modo, a exigência de atestado de experiência progressiva deve ser proporcional à dimensão e à complexidade do objeto. Com o objetivo de evitar que exigências excessivas e inadequadas restrinjam a competitividade do certame, a demonstração de aptidão deve ficar adstrita às parcelas de maior relevância técnica e valor significativo. Nesse sentido, a Súmula n. 263 do TCU, *in verbis*:

SÚMULA TCU 263: Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

O enunciado da mencionada Súmula n. 263 do TCU foi confirmado no julgado a seguir:

REPRESENTAÇÃO. RESTRIÇÃO À COMPETIVIDADE. CLÁUSULAS EXCESSIVAS PARA AFERIÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA. ANULAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. MONITORAMENTO.

[...]

Como já expus em despacho proferido nestes autos, o entendimento desta Corte pacificado no enunciado da Súmula 263 é no sentido de que a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para fins de atestar a capacidade técnico-operacional, deve guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto e recair, simultaneamente, sobre parcelas de maior relevância e de

valor significativo. [...] (Acórdão n. 244/2015. Relator: Ministro Bruno Dantas. Órgão Julgador: Plenário. Data da sessão: 11/2/2015).

Nesse passo, caracterizam-se como parcelas de maior relevância os serviços de vasta complexidade técnica e vulto econômico, cuja inexecução importe em risco mais elevado para a Administração¹⁵.

No mesmo sentido manifestou-se o TCU:

REPRESENTAÇÃO. PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. EXIGÊNCIAS DESARRAZOADAS. OUTRAS IRREGULARIDADES. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. OITIVA. CONFIRMAÇÃO DAS FALHAS DETECTADAS. DETERMINAÇÃO COM VISTA À ANULAÇÃO DOS CERTAMES OU, ALTERNATIVAMENTE, AO SANEAMENTO DAS IRREGULARIDADES (ACÓRDÃO 2.253/2011-PLENÁRIO). AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. APLICAÇÃO DE MULTA. CIÊNCIA ÀS ENTIDADES INTERESSADAS.

[...]

8. Com efeito, conforme já suscitado nestes autos, a jurisprudência do TCU é pacífica e inequívoca no sentido de que a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes deve se restringir às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, o que não restou comprovado nesta representação, eis que os serviços denominados “Steel Deck MF-50” e “Gradil – fornecimento e assentamento de gradil” contemplam valores inexpressivos perante o custo total das obras, fato este, inclusive, reconhecido pelos próprios gestores. (Acórdão 31/2013. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Órgão Julgador: Plenário. Data da sessão: 23/1/2013).

Em outro julgado, o TCU destacou que as exigências de qualificação técnica devem ser indispensáveis à execução do contrato, *in verbis*:

REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES NA CONCORRÊNCIA N. 01/2000 REALIZADA PELA PREFEITURA DE SIMÕES FILHO (BA). CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE REPASSE COM A CEF COM OBJETOS SIMILARES AO DA LICITAÇÃO REALIZADA PELA PREFEITURA. PRESUNÇÃO DA UTILIZAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS NAS OBRAS REFERENTES À LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA DEMONSTRANDO A EXECUÇÃO DE SERVIÇO NÃO PREVISTO NA OBRA EM QUESTÃO. ENCERRADO O PRAZO INICIALMENTE PREVISTO PARA A EXECUÇÃO DO CONTRATO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS. POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE QUANTIDADES MÍNIMAS EM ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL. VERIFICAÇÃO DE OUTRAS FALHAS NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. REPRESENTAÇÃO CONHECIDA. PROVIMENTO PARCIAL. DETERMINAÇÕES À PREFEITURA.

[...]

Ainda que, a meu ver, esteja autorizada a fixação de parâmetros quantitativos quando se tratar de comprovação de capacitação técnico-operacional, a exigência da Administração encontrará limites no princípio da razoabilidade, *ex vi* do disposto no art. 37, inciso XXI, da Lei Maior, que somente admite exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Exigências desarrazoadas não podem ser legitimadas sob o argumento de que a Administração necessita de segurança maior do que a efetivamente necessária à execução do objeto a ser contratado, sob pena de ofensa ao texto constitucional, que, como frisei, autoriza apenas o mínimo de exigências, sempre

¹⁵<https://www.zenite.blog.br/como-identificar-a-parcela-de-maior-relevancia-e-valor-significativo-do-objeto-da-licitacao/>. Acesso em 14/10/2019.

alicerçadas em critérios razoáveis. Acórdão n. 1618/2002. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Órgão Julgador: Plenário. Data da Sessão: 27/11/2002).

No entanto, não haverá possibilidade de destacar as parcelas de maior relevância quando o objeto licitado não comportar divisão ou repartição em obrigações contratuais diferentes, as quais admitam a execução isolada do licitante. Essa peculiaridade do objeto foi destaque no Acórdão n. 3257/2013 do TCU, *in verbis*:

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CAUTELAR. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE LICENÇAS DE SOFTWARES. LICITAÇÃO POR ITEM. COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA ADEQUADA AO OBJETO LICITADO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE CAUTELAR. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

[...]

11. Por não se tratar de desenvolvimento de *software*, mas da aquisição de licenças já prontas, **não há, no caso concreto, como indicar item de maior relevância para o produto em questão, que é uno e indivisível.**

12. Dessa forma, com as vênias de estilo, não vislumbro a irregularidade apontada. (Acórdão n. 3257. Relator: Ministra Ana Arraes. Órgão Julgador: Plenário. Data da Sessão: 27/11/2013). (Destaquei).

Com base nas características do objeto a ser contratado, entendo que a exigência de apresentação de atestado que comprove sua experiência anterior na execução de serviços semelhantes ao licitado, sem especificação das parcelas de maior relevância, mostra-se adequada, já que, a meu ver, não implicaria, *in casu*, restrição à competitividade.

Cito, nesse sentido, entendimento exarado na Denúncia n. 1015596, relator Conselheiro Gilberto Diniz, sessão do dia 15/3/2018, da Segunda Câmara, *in verbis*:

[...]

6. Irregular exigência de comprovação de aptidão de desempenho compatível (idêntico) ao objeto desta licitação

[...]

***In casu*, não é possível definir qual parcela do *software* terá relevância maior, porquanto o objeto da licitado não apresenta características peculiares, que atenderiam exclusivamente ao município de Contagem. Isso significa que, nesse caso específico, a comprovação de que a licitante já teria fornecido produtos similares ao objeto da licitação, guarda respaldo nos termos do inciso II do art. 30 da Lei n. 8.666, de 1993.**

Não há dúvida de que pode a Administração exigir do licitante a comprovação de experiência anterior, conquanto essa experiência não esteja condicionada à execução de objeto idêntico àquele licitado, salvo se devidamente justificado e se não comprometer a competitividade. Em realidade, basta que exista vínculo de pertinência entre o requisito de experiência anterior e o objeto licitado.

Deveras, como anteriormente exposto, o instrumento expressamente previu que os atestados de capacidade técnica, emitidos por órgãos públicos ou privados, deveriam comprovar o fornecimento de produto similar àqueles descritos no objeto. Portanto, não vislumbro irregularidade nesse ponto. (Destaquei)

Referido entendimento foi também utilizado na análise de apontamento semelhante ao que se discute nestes autos na Denúncia n. 932917, de relatoria da Conselheira Adriene Andrade, sessão do dia 27/9/2016, Primeira Câmara, cujo trecho da decisão transcrevo abaixo:

3) exigência de qualificação técnica sem ser para as parcelas de maior relevância

[...]

Por outro lado, **é de se reconhecer que o edital não especificou as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, não obstante, conforme apontou a Unidade Técnica, o entendimento corrente, no que toca a serviços de implantação de softwares, é o de que a exigência de atestados de forma geral, não especificada, se mostra a mais adequada, na medida em que, pelas características do objeto, não implica restrição à competitividade**, tese que se coaduna com a doutrina de Marçal Justen Filho, quando discorre sobre a invalidade de requisitos impertinentes ou irrelevantes para a qualificação técnica:

Também não se admitem requisitos que, restritivos à participação no certame, sejam irrelevantes para a execução do objeto licitado. Deve-se considerar a atividade principal e essencial a ser executada, sem maiores referências a especificações ou detalhamentos. Isso não significa afirmar que tais peculiaridades sejam irrelevantes. São significativas para a execução do objeto, mas não para a habilitação. Não se aplica o raciocínio quando a especificação envolver conhecimento e capacitação técnicos diferenciados, não usuais, infungíveis.

[...]

A parcela de maior relevância deve ser definida quando identificada importância técnica que torne imprescindível a comprovação de que o licitante será capaz de executar o objeto e, mesmo assim, deverá se referir a um valor significativo do objeto. Não se encontrando presentes esses requisitos, deve o edital limitar-se a exigir que o licitante comprove experiência na execução de serviços de características semelhantes ao licitado, de forma geral, sem especificações.

[...]

Evidentemente, a razoabilidade na aplicação da lei irá pesar na análise dos atestados, que deverá se ater ao binômio pertinência e compatibilidade, jamais à exigência de igualdade e perfeita identidade entre a atividade pretérita e o objeto licitado. Nesse ponto, também não se verificou nenhum excesso por parte do pregoeiro.

[...] (Destaquei)

No caso dos autos, o objeto licitado, qual seja, serviços de exames laboratoriais, relacionados à fl. 64, caracteriza-se, à primeira vista, pela homogeneidade técnica, o que torna inviável a definição precisa de quais as parcelas poderiam ser consideradas as de maior relevância e valor significativo. Noutras palavras, não vislumbro, pelas próprias características dos serviços a serem contratados, como se destacariam aqueles itens que apresentariam complexidade técnica especial, mais acentuada ou de maior dificuldade de execução. Entendo que, frente às características peculiares do objeto contratado, não haveria como se estabelecer item ou parcela de maior relevância para fins de comprovação da qualificação. Por esse motivo, com a devida vênia, considero improcedente o aditamento apresentado pelo Ministério Público de Contas.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, proponho que sejam julgados parcialmente procedentes, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, sem a aplicação de penalidades aos agentes públicos responsáveis, os apontamentos relativos à restrição a participação de licitantes com direito de licitar suspenso, tendo em vista a existência de relevante divergência na jurisprudência e a diversidade de abalizados entendimentos, bem como em face dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, e à admissão de Oscips no certame, diante das particularidades do caso concreto.

Proponho recomendar, assim, aos atuais gestores da Prefeitura de Ribeirão das Neves que, nos próximos procedimentos licitatórios, observem o entendimento do Tribunal de Contas da União, no sentido de que a sanção disposta no art. 87, inciso III, da Lei n. 8.666/1993, restringe-se tão-somente ao órgão ou entidade que promoveu a penalidade e não à Administração Pública em geral.

Proponho afastar os apontamentos de irregularidades constantes da denúncia, assim como o apontamento complementar apresentado pelo Ministério Público de Contas, lançados contra o Pregão Presencial n. 9/2018, por entender, na esteira das manifestações da Unidade Técnica, que: a) a participação de empresas de capital de estrangeiro em processos licitatórios possui amparo em lei vigente, notadamente consoante o princípio da presunção de constitucionalidade das leis; b) não há vedação legal à participação de entidades do Terceiro Setor em certames públicos, nos termos da jurisprudência do TCU, com exceção das Oscips; c) a exigência de regularidade fiscal, inclusive quanto aos tributos imobiliários, conforma-se com os princípios da legalidade, da isonomia e da moralidade, uma vez que o requisito estimula o adimplemento da obrigação legal de pagar tributos e elimina vantagens indevidas daqueles em situação irregular perante o fisco; d) a exigência de alvará sanitário tem previsão na Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa – RDC n. 302, de 13 de outubro de 2005; e) a exigência de alvará de localização, nos termos estabelecidos, não direcionou o certame, nem restringiu a competitividade, consoante jurisprudência desta Casa; f) o edital forneceu todos os elementos necessários para a caracterização do serviço licitado e formulação da proposta; g) o edital em exame não exigiu a comprovação de seguro veicular como documento de habilitação, mas apenas declaração afirmando que disponibilizaria veículos com cobertura securitária para transporte de amostras de exames na execução do contrato, que possui, aliás, pertinência com o objeto do certame e visa evitar dano ao erário decorrente de eventuais sinistros; por fim, com a devida vênia ao Ministério Público de Contas, que não há como, no caso concreto, se estabelecer item ou parcela de maior relevância para fins de comprovação da qualificação técnica no caso em exame.

Proponho, ademais, recomendar aos atuais gestores da Prefeitura de Ribeirão das Neves que, nos próximos procedimentos licitatórios, atentem-se quanto à impossibilidade de admissão de Oscips em certames realizados pelo ente municipal, bem como quanto à necessidade de existência de correlação entre o objeto a ser contratado e a finalidade da cooperação celebrada com as Organizações Sociais.

Intimem-se as partes pelo DOC e o Ministério Público de Contas, na forma regimental.

Após o trânsito em julgado e promovidas as medidas cabíveis à espécie, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, inciso I, do Regimento Interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em: **I)** julgar parcialmente procedentes, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, sem a aplicação de penalidades aos agentes públicos responsáveis, os apontamentos relativos à restrição a participação de licitantes com direito de licitar suspenso, tendo em vista a existência de relevante divergência na jurisprudência e a diversidade de abalizados entendimentos, bem como em face dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, e à admissão de Oscips no certame, diante das particularidades do caso concreto; **II)** recomendar aos atuais gestores da Prefeitura de Ribeirão das Neves que, nos próximos procedimentos licitatórios, observem o entendimento do Tribunal de Contas da União, no sentido de que a sanção disposta no art. 87, inciso III, da Lei n. 8.666/1993, restringe-se tão-somente ao órgão ou entidade que promoveu a penalidade e não à Administração Pública em geral; **III)** afastar os apontamentos de irregularidades constantes da denúncia, assim como o apontamento complementar apresentado pelo Ministério Público de Contas, lançados contra o Pregão Presencial n. 9/2018, por entender, na esteira das manifestações da Unidade Técnica, que: **a)** a participação de empresas de capital de estrangeiro em processos licitatórios possui amparo em lei vigente, notadamente consoante o princípio da presunção de constitucionalidade das leis;

b) não há vedação legal à participação de entidades do Terceiro Setor em certames públicos, nos termos da jurisprudência do TCU, com exceção das Oscips; c) a exigência de regularidade fiscal, inclusive quanto aos tributos imobiliários, conforma-se com os princípios da legalidade, da isonomia e da moralidade, uma vez que o requisito estimula o adimplemento da obrigação legal de pagar tributos e elimina vantagens indevidas daqueles em situação irregular perante o fisco; d) a exigência de alvará sanitário tem previsão na Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa – RDC n. 302, de 13 de outubro de 2005; e) a exigência de alvará de localização, nos termos estabelecidos, não direcionou o certame, nem restringiu a competitividade, consoante jurisprudência desta Casa; f) o edital forneceu todos os elementos necessários para a caracterização do serviço licitado e formulação da proposta; g) o edital em exame não exigiu a comprovação de seguro veicular como documento de habilitação, mas apenas declaração afirmando que disponibilizaria veículos com cobertura securitária para transporte de amostras de exames na execução do contrato, que possui, aliás, pertinência com o objeto do certame e visa evitar dano ao erário decorrente de eventuais sinistros; por fim, com a devida vênua ao Ministério Público de Contas, que não há como, no caso concreto, se estabelecer item ou parcela de maior relevância para fins de comprovação da qualificação técnica no caso em exame; IV) recomendar aos atuais gestores da Prefeitura de Ribeirão das Neves que, nos próximos procedimentos licitatórios, atentem-se quanto à impossibilidade de admissão de Oscips em certames realizados pelo ente municipal, bem como quanto à necessidade de existência de correlação entre o objeto a ser contratado e a finalidade da cooperação celebrada com as Organizações Sociais; V) determinar a intimação das partes pelo DOC e do Ministério Público de Contas, na forma regimental; VI) determinar, após o trânsito em julgado e promovidas as medidas cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, inciso I, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Substituto Victor Meyer, o Conselheiro Substituto Licurgo Mourão e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria.

Plenário Governador Milton Campos, 24 de outubro de 2019.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

ADONIAS MONTEIRO
Relator

jc/kl

(assinado digitalmente)

CERTIDÃO

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

Tribunal de Contas, ___/___/____.

**Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência**