

Processo: 1015890
Natureza: DENÚNCIA
Denunciantes: Marcelo Laurindo Pedro, Edgar Nogueira Soares, General Goods Ltda. - ME
Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Uberaba
Apensos: 1031330 e 1031510, Denúncias
Partes: Paulo Piau Nogueira, Carlos Eduardo do Nascimento, Elis Regina de Oliveira, Mariana Pangoni Porto Ióca e Mônica Rodrigues do Nascimento
Procuradores: Carlos Magno Bracarense, OAB/MG 94.861; Luiz Fernando Pimenta Peixoto, OAB/MG 154.394; Mateus de Moura Lima Gomes, OAB/MG 105.880; Paulo Eduardo Salge, OAB/MG 35.387; Wederson Advíncula Siqueira, OAB/MG 102.533; Marcos Ezequiel de Moura Lima, OAB/MG 136.164; Aline Aguiar da Cruz, OAB/MG 166.758; Auack Natan Moreira de Oliveira Reis, OAB/MG 163.391; Gabriela Horta Bicalho Digênova, OAB/MG 86.048; Gabriela Santana Torga, OAB/MG 192.349; Izabella Bordini Catão, OAB/MG 168.364; Lorena Ribeiro de Carvalho Sousa, OAB/MG 168.242; Marcella Louro Laurenti, OAB/MG 159.278; Marcelo Augusto Pinto de Souza, OAB/MG 152.453; Marcus Vinícius Amaral Júnior, OAB/MG 172.048; Matheus Prates de Oliveira, OAB/MG 141.238; Natália Titon Murta Fortes, OAB/MG 168.726; Pedro Henrique Rocha Silva Fialho, OAB/MG 147.840; Silvia Lima Xavier, OAB/MG 155.960; Sidney Goduardo Campos Filho, OAB/MG 122.293
MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

SEGUNDA CÂMARA – 30/7/2020

DENÚNCIA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/93. SANÇÃO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR. ABRANGÊNCIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. IRREGULARIDADE. RECOMENDAÇÃO. PARCELAMENTO DO OBJETO DO CERTAME. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA ME E EPP. AUSÊNCIA DE PREVISÃO. REGULARIDADE. REAJUSTE CONTRATUAL. DATA DO TERMO DO CONTRATO. TERMO INICIAL. INCISO XI DO ART. 40 DA LEI Nº 8.666/93. REGULARIDADE. INSCRIÇÃO NA ENTIDADE PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DA CLASSE PROFISSIONAL. REGULARIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. AFASTADA A MULTA. RECOMENDAÇÃO.

1. A interpretação de que a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, abrange apenas o órgão, entidade ou unidade administrativa que aplicou a sanção é a mais condizente com a segurança jurídica e com o princípio hermenêutico segundo o qual se deve conferir interpretação restritiva a comandos normativos sancionadores. Além disso, esse é o entendimento que melhor garante efetividade ao texto normativo que contém expressões diferentes para definir o âmbito de aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei de Licitações (“Administração” e “Administração Pública”).
2. O Tribunal de Contas da União vem se manifestando no sentido de que o parcelamento do objeto deve ser a regra, excepcionada apenas quando for justificadamente prejudicial ao interesse público ou à Administração.

3. O art. 40, XI, da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 3º, §1º, da Lei nº 10.192/01, estabelecem que para haver o reajuste dos valores do contrato, deve ser obedecida a periodicidade anual, contada da data limite para a apresentação das propostas ou do orçamento a que esta se referir.
4. Quando o objeto do certame apresenta natureza complexa e conjugação de atividades variadas, é justificável que o edital não exija a inscrição ou registro em conselhos profissionais de classes específicas, uma vez que, além de restringir o livre exercício das profissões, poder-se-ia limitar, indevidamente, o caráter competitivo do certame, o que é expressamente vedado pelo art. 30, §5º, da Lei nº 8.666/93.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) julgar parcialmente procedente a presente denúncia e improcedentes as Denúncias ns. 1031510 e 1031330, em apenso, todas relativas à Concorrência Pública n. 02/17, deflagrada pelo Município de Uberaba, tendo em vista excessiva abrangência conferida pelo item subitem 5.3.3 do ato convocatório à sanção aplicada com fulcro no disposto no art. 87, III, da Lei n. 8.666/93;
- II) deixar de aplicar multa aos responsáveis, pelas razões expostas na fundamentação desta decisão;
- III) recomendar ao atual gestor municipal que oriente os gestores de órgãos e entidades municipais para que, em certames futuros, ao prever as condições necessárias à participação dos licitantes, adotem a interpretação mais favorável aos interessados em participar do processo licitatório; ou seja, a interpretação de que a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração abrange apenas o órgão, entidade ou unidade administrativa que aplicou a sanção;
- IV) recomendar também, ao atual gestor municipal que, em certames licitatórios futuros, envolvendo a aquisição de alimentação escolar, busque alternativas que permitam o parcelamento do objeto, com vistas ao aproveitamento de recursos locais e a aquisição dos produtos da agricultura familiar ou dos empreendedores familiares rurais;
- V) determinar a intimação dos responsáveis e dos denunciantes acerca do teor desta decisão;
- V) determinar, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, o arquivamento dos processos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Substituto Vitor Meyer e o Conselheiro Substituto Adonias Monteiro. Declarada a suspeição do Conselheiro Gilberto Diniz e do Conselheiro Presidente Wanderley Avila.

Presente à sessão o Procurador Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 30 de julho de 2020.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 30/7/2020

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada pelo Senhor Marcelo Laurindo Pedro, em face da Concorrência Pública nº 02/17, deflagrada pelo Município de Uberaba, visando à “contratação de empresa especializada para fornecimento de alimentação, executado através de serviços contínuos, incluindo o pré-preparo e preparo de alimentação escolar, com fornecimento de todos os gêneros e demais insumos, visando atender ao Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE nas unidades escolares da rede municipal de ensino”, com valor total estimado em R\$27.534.158,67 (vinte e sete milhões quinhentos e trinta e quatro mil cento e cinquenta e oito reais e sessenta e sete centavos) (fl. 22).

A documentação foi autuada como denúncia em 30/08/17 (fl. 98) e distribuída à relatoria do conselheiro Mauri Torres na mesma data (fl. 99).

À fl. 100, o então relator determinou o encaminhamento dos autos para a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL), a fim de que procedesse ao exame da denúncia, tendo em vista o pedido liminar de suspensão da Concorrência Pública nº 02/17, pleiteado pelo denunciante.

Às fls. 101/112, a Unidade Técnica opinou pela procedência parcial dos apontamentos, razão pela qual sugeriu a intimação dos Senhores Paulo Piau Nogueira e Carlos Eduardo do Nascimento, respectivamente, prefeito municipal e presidente da Comissão Permanente de Licitação (CPL), para que apresentassem os documentos e as justificativas que entendessem pertinentes.

O então relator, antes de se manifestar acerca da medida cautelar pleiteada, determinou a intimação dos responsáveis para prestarem justificativas e esclarecimentos (fls. 114/123v).

Às fls. 134/145, o controlador-geral do Município de Uberaba, Senhor Carlos Magno Bracarense, encaminhou a documentação solicitada.

Em 25/09/17, o conselheiro relator à época considerou prejudicada a análise da medida cautelar, uma vez que em consulta ao site da Prefeitura Municipal de Uberaba constatou a suspensão do certame para possíveis readequações (fls. 147/147v).

Às fls. 164/262, foi juntada aos autos a documentação enviada pelo controlador-geral do município, em atendimento ao despacho de fls. 147/147v, contendo cópia do Termo de Referência para elaboração de novo edital, em observância às sugestões desta Corte de Contas. Em seguida, às fls. 269/373, acostou-se documentação em complementação às justificativas e informações requeridas pelo despacho de fls. 114/123.

A Unidade Técnica, na análise do edital republicado da Concorrência Pública nº 02/17, entendeu pela permanência da irregularidade constante no subitem 5.3.3, o qual restringiria a participação de licitantes impedidas de contratar e suspensas de licitar para além do prazo e do alcance da sanção prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, uma vez que, na opinião da CFEL, a vedação deveria produzir efeitos apenas na esfera do órgão ou entidade da Administração Pública responsável por ter aplicado a penalidade (fls. 375/381).

Às fls. 387/392, o então relator, diante da continuidade do certame, indeferiu a medida cautelar formulada pelo denunciante e determinou o apensamento, aos presentes autos, da Denúncia nº 1.031.330, encaminhada pelo Senhor Edgar Nogueira Soares.

O Ministério Público de Contas, às fls. 400/404, opinou pela improcedência dos apontamentos, bem como pela emissão de recomendação ao gestor municipal, devendo ser extinto o feito com julgamento de mérito e, por conseguinte, arquivados os autos.

À fl. 413, a Denúncia nº 1.031.510, formulada pela empresa General Goods Ltda. – ME, foi apensada aos presentes autos, em cumprimento ao despacho nela exarado às fls. 92/99.

Em razão disso, o presente processo foi devolvido ao Ministério Público de Contas, o qual elaborou o parecer de fls. 418/420v, entendendo pela existência de indícios de irregularidade no que se refere à cláusula 4.1 e ao subitem 6.2.4.1, ambos do ato convocatório, motivo pelo qual opinou pela citação dos Senhores Paulo Piau Nogueira e Carlos Eduardo do Nascimento.

Os responsáveis, regularmente citados, apresentaram, por meio do controlador-geral do município, os esclarecimentos de fls. 426/437, acompanhados da documentação de fls. 438/538.

Em 18/02/19, os autos foram redistribuídos à minha relatoria, em conformidade com o art. 115 do Regimento Interno (fl. 541).

Às fls. 542/552, a CFEL verificou que o Contrato nº 83/18, originado da Concorrência Pública nº 02/17, já havia sido assinado, e entendeu pela procedência da irregularidade relativa ao item 4.1 do ato convocatório, que estabeleceu o reajuste contratual após 12 (doze) meses, contados da data do “Termo do Contrato”, não tendo indicado o critério para esse reajuste. Ademais, ao constatar que na citação dos responsáveis foi enviado somente a cópia do parecer ministerial (fls. 418/420v), sugeriu a citação dos Senhores Carlos Eduardo do Nascimento, presidente da CPL e subscritor do edital (fl. 472); Paulo Piau Nogueira, prefeito municipal; Mariana Pangoni Porto Ióca, chefe da Seção de Nutrição e Alimentação Escolar (fl. 213); Elis Regina de Oliveira, diretora de planejamento, gestão e finanças (fl. 213); e Mônica Rodrigues do Nascimento, secretária adjunta municipal de educação (fl. 213), para que apresentassem defesa acerca das falhas apontadas pelo Órgão Técnico, quais sejam, a ausência de justificativa para o não parcelamento do objeto e a indevida limitação da concorrência acarretada pelo disposto no subitem 5.3.3 do edital.

Regularmente citados (fls. 568/570), os Senhores Carlos Eduardo do Nascimento, Mariana Pangoni Porto Ióca e Elis Regina de Oliveira, apresentaram defesa conjunta às fls. 571/624, acompanhada da certidão de óbito da Senhora Mônica Rodrigues do Nascimento, secretária adjunta municipal de educação.

À fl. 628, com fulcro no disposto no art. 5º, XLV, da Constituição da República e no art. 107, I, do Código Penal, deixei de determinar a citação do espólio da Senhora Mônica Rodrigues do Nascimento.

Em 06/11/19, deu entrada nesta Corte a documentação encaminhada, por meio do procurador do Município de Uberaba, em representação ao prefeito municipal, com teor similar ao da defesa conjunta apresentada pelos demais responsáveis (fls. 632/661).

A 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios (4ª CFM), às fls. 663/675, após o exame das razões dos defendentes, concluiu pela procedência parcial da denúncia e pela aplicação de multa ao Senhor Carlos Eduardo do Nascimento, presidente da CPL e subscritor do edital, em razão da permanência da irregularidade constante no subitem 5.3.3 do ato convocatório.

Por sua vez, o Ministério Público de Contas, às fls. 677/680, opinou pela improcedência das denúncias e o consequente arquivamento do feito, bem como pela emissão de recomendação ao gestor municipal, nos termos da sugestão da Unidade Técnica (fl. 380v).

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme relatado, versa a denúncia principal sobre a ocorrência de supostas irregularidades no Processo Licitatório - Concorrência Pública nº 02/17, quais sejam: (i) exigência de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas como requisito de habilitação; (ii) exigência de prestação de garantia no ato da assinatura do contrato (correspondente a 1% sobre o valor contratado); (iii) vedação à participação de empresas suspensas temporariamente e impedidas de licitar com alcance em toda a Administração Pública Municipal; (iv) ausência de

tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme a legislação de regência.

Às fls. 375/381, a Unidade Técnica, após a realização de diligências e a análise do edital republicado, encaminhado pelos responsáveis, entendeu pela procedência parcial dos apontamentos, concluindo pela permanência da seguinte irregularidade:

IV - Conclusão

Diante do exposto, após análise do edital republicado da Concorrência Pública n. 002/2017, em face dos apontamentos anteriores, este Órgão Técnico entende pela manutenção de **irregularidade no item 5.3.3, por limitar a concorrência, vez que estende o impedimento de participação de licitantes para além do prazo da sanção prevista na lei a toda a Administração Pública Municipal, quando o correto seria sua circunscrição ao âmbito da Secretaria Municipal de Educação - SEMED.**

Quanto a não ter contemplado as microempresas e empresas de pequeno porte com o tratamento diferenciado previsto na Lei Complementar Federal n. 123/2006, em que pese não se poder afirmar a ocorrência de irregularidade, propõe-se a recomendação respeito de outras alternativas a permitir o parcelamento quanto ao fornecimento de gêneros alimentícios, com vistas ao aproveitamento de recursos locais.

Entende este Órgão Técnico, s.m.j., considerando que a retificação do edital já havia sido sugerida aos responsáveis, Sr. Paulo Piau Nogueira, Prefeito Municipal, e Sr. Carlos Eduardo do Nascimento, Presidente da Comissão Permanente de Licitações, mesmo que a abertura dos envelopes esteja prevista para ocorrer no dia 13/12/2017, entende-se que os autos podem ser enviados ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para apontamentos complementares, e posterior citação dos responsáveis para apresentar defesa. (Grifou-se)

O Ministério Público de Contas, às fls. 400/404, divergiu em parte do posicionamento do Órgão Técnico no que se refere ao subitem 5.3.3 do edital, uma vez que entendeu que na sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar, o termo “Administração” deve ser interpretado de maneira extensiva, produzindo efeitos no âmbito de toda a Administração Pública. Por esse motivo, opinou pela regularidade do item e pela improcedência da denúncia, bem como pela emissão de recomendação ao gestor quanto à possibilidade de parcelamento do objeto, visando a possibilidade de se contemplar o tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas.

Às fls. 387/392 e fl. 413, foram apensadas ao presente processo, respectivamente, as Denúncias nºs 1.031.330 e 1.031.510, sendo a primeira, considerada improcedente, de plano, pela Unidade Técnica (fls. 122/136v daquele processo) e a segunda considerada procedente quanto às seguintes irregularidades: (i) ausência de justificativa para o não parcelamento do objeto; (ii) previsão do reajuste contratual a contar da data do “Termo do Contrato”, item 4.1 do edital, em violação ao inciso XI do art. 40 da Lei nº 8.666/93; (iii) imprecisão do subitem 6.2.4.1 do edital, o qual previa a comprovação da inscrição na entidade profissional competente sem especificação da classe profissional (fls. 81/89v da Denúncia nº 1.031.510).

O *Parquet* de Contas, às fls. 418/420v, então, analisando as denúncias apensadas, apontou a existência de indícios de irregularidade no que se refere aos itens (ii) e (iii) supramencionados, razão pela qual opinou pela citação do prefeito municipal e do presidente da CPL.

Realizadas as citações, a Unidade Técnica apresentou nova análise do ato convocatório em cotejo com o alegado nos processos apensos e na defesa apresentada pelos responsáveis, concluindo, às fls. 542/552, pela permanência da irregularidade descrita no referido item (ii). Ademais, por ter constatado que a citação dos responsáveis fora feita apenas em relação aos apontamentos do Órgão Ministerial (fls. 418/420v), sugeriu que fosse aberto novo contraditório, a fim de incluir as irregularidades constantes das manifestações técnicas e outros responsáveis, quais sejam, a chefe da Seção de Nutrição e Alimentação Escolar, a diretora de planejamento, gestão e finanças e a secretária adjunta municipal de educação.

No exame conclusivo, após análise das razões dos defendentes, o Órgão Técnico entendeu pela permanência somente da irregularidade relativa à vedação da participação de licitantes que foram suspensas temporariamente e impedidas de licitar/contratar no âmbito de toda a Administração Pública Municipal (subitem 5.3.3 do edital). Deste modo, imputou ao Senhor Carlos Eduardo do Nascimento, presidente da CPL e subscritor do ato convocatório, a responsabilidade pela falha em apreço (fls. 663/675).

Por fim, o Ministério Público de Contas, em sede de manifestação conclusiva, ratificando o parecer de fls. 400/404, opinou pela improcedência das denúncias e pela emissão de recomendação ao gestor municipal quanto ao parcelamento do objeto do certame.

Diante disso, faz-se necessário analisar as irregularidades que persistiram após o apensamento das denúncias.

A) Abrangência da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, relativa à suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (subitem 5.3.3 do edital)

O subitem 5.3.3 do ato convocatório após a sua republicação passou a estabelecer o que se segue:

Edital original – fl. 25:

5.3 - Não poderá participar desta licitação pessoa:

[...]

5.3.3 - Impedida de licitar ou contratar com a **Administração Pública Municipal**.

Edital alterado – fl. 277 e 278:

5.3 - Não poderá participar desta licitação pessoa:

[...]

5.3.3 - Impedida de licitar ou contratar com a Administração Direta do Município de Uberaba/MG. (Grifou-se)

A Unidade Técnica asseverou que, apesar da alteração procedida, a redação do subitem 5.3.3 não estava em consonância com o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, uma vez que a cláusula editalícia considerou a abrangência da sanção em toda a esfera da Administração Direta Municipal e não somente no âmbito da Secretaria Municipal de Educação (fl. 136), o que tornaria correto o subitem.

Em sede de defesa os responsáveis ponderaram que é regular o subitem 5.3.3, “uma vez que há controvérsia quanto ao alcance da sanção administrativa de suspensão temporária de participação em licitação, bem como do impedimento de licitar, porque o TCU entende que tais penalidades se restringem ao órgão licitante e o STJ entende que alcança toda a Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (fls. 577/582 e 636/638-v).

A 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, por sua vez, ao analisar as alegações de defesa, enfatizou que, no exame de fls. 108/118v, a CFEL já havia se manifestado de forma detalhada acerca da divergência nos entendimentos do TCU e STJ, bem como desta Corte de Contas, motivo pelo qual ratificou a conclusão exarada naquela análise, considerando precedente tal apontamento (fls. 663/675).

O Ministério Público de Contas, tanto em manifestação preliminar quanto conclusiva, divergiu do entendimento técnico e opinou pela improcedência da denúncia e regularidade do subitem 5.3.3 do edital (fls. 400/404 e 677/680v).

O debate sobre a abrangência do termo “Administração”, presente no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, sempre oscilou na doutrina e na jurisprudência. Por esse motivo, faz-se necessário traçar a exposição dos diferentes entendimentos acerca da matéria e suas bases argumentativas.

Inicialmente, cumpre destacar a redação dada aos dispositivos que tratam do assunto, incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 e art. 7º da Lei nº 10.520/02, *in verbis*:

Art. 87 - **Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:**

(...)

III- suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 02 (dois) anos.

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, **ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos**, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. (Grifou-se)

Quanto à corrente que defende a interpretação restritiva do termo “Administração”, verifica-se que o entendimento é de que a sanção prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, qual seja, a suspensão temporária para licitar e o impedimento para contratar por no máximo 02 (dois) anos, deveria produzir efeitos apenas no âmbito do órgão ou da entidade sancionadora, ou seja, a vedação à participação e à contratação das empresas penalizadas valeria somente nas licitações deflagradas por aquele órgão ou entidade.

Por outro lado, a sanção prevista no inciso IV do mesmo artigo, qual seja a declaração de inidoneidade, deveria produzir efeitos no âmbito de toda a Administração Pública (União, estados, Distrito Federal e municípios), sendo vedada a participação da empresa penalizada, em licitações promovidas por qualquer esfera do Poder Público.

Já a sanção prevista para a modalidade pregão, constante no art. 7º da Lei nº 10.520/02, ainda no entendimento desta corrente, deveria ter alcance no âmbito interno do ente federativo que a aplicar (União, estados, Distrito Federal ou municípios).

Esse posicionamento já foi adotado por esta Corte, especificamente, nos processos de relatoria dos conselheiros Gilberto Diniz (Processo nº 835.922) e Durval Ângelo (Processos nºs 924.168 e 1.082.512), bem como dos conselheiros-substitutos Adonias Monteiro (Processo nº 1.031.323) e Victor Meyer (Processo nº 1.058.847), sob o argumento predominante de que a intenção do legislador ao utilizar, respectivamente, na redação dos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93, os termos “Administração” e “Administração Pública”, seria de restringir a aplicação das sanções que apresentam graus de intensidade de punição distintas. Logo, se a sanção fosse extensível a toda a Administração Pública, não haveria distinção entre os incisos III e IV, exceto quanto ao prazo de duração máximo, respectivamente, 02 (dois) e 05 (cinco) anos.

Sobre o tema, Jessé Torres Pereira Júnior entende de igual forma:

Segundo o art. 87, III, a empresa suspensa do direito de licitar e de contratar com a Administração está impedida de fazê-lo tão somente perante o órgão, a entidade ou a

unidade administrativa que aplicou a penalidade, posto que esta é a definição que a lei adota¹.

Ademais, esse foi por longa data o posicionamento majoritário adotado nas decisões do Tribunal de Contas da União – TCU, das quais destaco os principais argumentos. Vejamos:

[...]

5.21. Os argumentos da jurisprudência majoritária desta Casa e da doutrina correlata, encampados pela recorrente, são os seguintes:

a) A Lei 8.666/1993 diferenciou, no art. 6º, incisos XI e XII, os conceitos de “Administração” e “Administração Pública”, usados respectivamente nas sanções dos incisos III e IV do art. 87 do mesmo diploma;

b) **Como o conceito de “Administração”, usado na suspensão temporária descrita no inciso III do art. 87 do Estatuto corresponde ao órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente, a penalidade não poderia se estender;**

c) **A interpretação dos dispositivos deve ser restritiva, por se tratar de comandos sancionadores e configurarem tipos abertos;**

d) **As penalidades descritas nos incisos III e IV da Lei 8.666/1993 guardam graus de intensidade distintos;**

e) Caso se entenda que o âmbito de eficácia das sanções é o mesmo, não haverá distinção entre elas, subvertendo-se a intenção do legislador estatutário;

f) A sanção prevista no inciso IV do art. 87 é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso; enquanto a penalidade descrita no inciso III do mesmo dispositivo é aplicada pelo gestor do órgão contratante. **(Acórdão nº 1003/2015-Plenário, TC- 030.147/2013-1, rel. Min. Benjamin Zymler, 29.04.2015)** (Grifou-se)

[...]

6. **A questão da abrangência das penalidades previstas no art. 87 da Lei 8.666/1993 e no art. 7º da Lei 10.520/2002 está atualmente pacificada nesta Corte.** Questão idêntica foi recentemente discutida no *Acórdão* 2.081/2014-TCU-Plenário, relatado pelo Min. Augusto Sherman Cavalcanti.

7. Naquela ocasião, assim como nesta, restou assente que inexistente paralelismo de entendimento entre os dispositivos. Os dispositivos estão inseridos em leis diferentes e tratam do assunto dando tratamento diferenciado em cada situação.

8. No meu entender, a Lei 10.520/2002 criou mais uma sanção que pode integrar-se às previstas na Lei 8.666/1993. Se pode haver integração, não há antinomia. **A meu ver, o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei 10.520/2002) seria pena mais rígida que a mera suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com um órgão da Administração (art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993) e mais branda que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com toda a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993).**

9. Tal entendimento possui amparo em diversas deliberações apontadas pelo *Acórdão* 2.081/2014-TCU-Plenário e pela unidade instrutiva, como, por exemplo, os *Acórdãos* 3.243/2012, 3.439/2012, 3.465/2012, 408/2013, 739/2013, 842/2013, 1.006/2013, 1.017/2013, 2.073/2013, 2.242/2013, 2.556/2013 e 1.457/2014, todos do

¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública. 6ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003. P.799.

Plenário. (Acórdão n.º 2530/2015-Plenário, TC-016.312/2015-5, rel. Min. Bruno Dantas, 14.10.2015.) (Grifou-se)

Além disso, a Instrução Normativa nº 02, de 11 de outubro de 2010 – âmbito federal – preconizou no § 1º do artigo 40 que o alcance da suspensão temporária e impedimento de contratar fica restrito ao órgão público que penalizou, *in verbis*:

Art. 40. (...)

§ 1º A aplicação da sanção prevista no inciso III deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, **no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção.** (Grifou-se)

Por outro lado, no que se refere à corrente que dá interpretação intermediária ao termo “Administração”, constata-se que a ideia defendida é a de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, deveria produzir efeitos no âmbito da Administração de todo o ente federativo a que pertence o órgão ou a entidade sancionadora, valeria dizer que se a Secretaria de Saúde do Município X aplicou a referida sanção na empresa B, esta não poderia participar de licitações deflagradas no âmbito de todos os órgãos, entidades ou unidades administrativas que integrem a Administração Pública do Município X, pelo prazo estipulado, não superior a 02 (dois) anos. Já a sanção prevista no inciso IV do mesmo artigo, qual seja, declaração de inidoneidade, deveria produzir efeitos na esfera de toda a Administração Pública (União, estados, Distrito Federal e municípios).

Por seu turno, a sanção prevista no art. 7º da Lei do Pregão, deveria ter alcance em todo o domínio interno do ente federativo que a aplicou (União, estados, Distrito Federal ou municípios), que é a mesma interpretação dada à extensão da penalidade constante no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 mencionada supra.

Destarte, sobreleva notar que a Unidade Técnica desta Corte de Contas na manifestação constante nestes autos e também no Processo nº 1.082.522, adota a corrente intermediária, na qual defende que seria bem provável que a empresa considerada suspensa ou impedida de licitar não consiga desempenhar suas atividades com eficiência e presteza nas próximas contratações com os demais entes federativos e reincida na inadimplência contratual.

Além disso, sustenta que se consideradas as possíveis prorrogações contratuais, a teor do art. 57 da Lei nº 8.666/93, o objeto do contrato só iria ser licitado novamente, na maioria dos casos, após o prazo de suspensão temporária e impedimento, que não pode ser superior a dois anos. Nesse caso, a sanção aplicada, caso restrita ao órgão ou entidade administrativa pela qual a Administração atua concretamente, não surtiria qualquer efeito, tornando-se inócua.

Outrossim, defende que o argumento trazido pela corrente restritiva de que, se a sanção fosse extensível a toda a Administração Pública, não haveria distinção entre os incisos III e IV, do art. 87, da Lei nº 8.666/93, exceto quanto ao prazo de duração, não se sustenta, pois com a aplicação da corrente intermediária, as sanções continuariam com abrangência diversa, no entanto, contariam com maior eficácia, visto que a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração alcançaria todo o ente federativo a que pertence o órgão ou a entidade sancionadora.

Ao final, embasa o seu posicionamento na observância dos princípios constitucionais da moralidade, da eficiência dos serviços públicos e da supremacia do interesse público, pois igualmente dotados de eficácia direta e imediata.

O Tribunal de Contas da União, especialmente, no Acórdão nº 2.593/13, já defendeu a corrente intermediária, ora apresentada, conforme se verifica do excerto colacionado:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO, NA MODALIDADE PREGÃO, PROMOVIDA PELA VALEC S/A, PARA AQUISIÇÃO DE TRILHOS. [...] EXTENSÃO DA SANÇÃO APLICADA, COM FUNDAMENTO NO ART. 7º, DA LEI DO PREGÃO, PARA EMPRESA VINCULADA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO POR MÚLTIPLOS FUNDAMENTOS. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA.

- A sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 deixa explícita a vontade do legislador, no sentido de efetivamente punir as empresas que cometam ilícitos administrativos, não somente na restritíssima esfera da entidade que promoveu a licitação e sofreu os efeitos da conduta lesiva da licitante, mas de alijá-la de todas as licitações promovidas nas respectivas esferas federal, estadual, do DF ou municipal, por até 5 anos, sem prejuízo das multas e das demais cominações legais, constituindo sanção gravíssima que materializa a jurisprudência do STJ em relação a similar dispositivo da Lei 8.666, cuja interpretação, no TCU, mereceu do Plenário visão bem mais restritiva.

(...)

Aliás, a sanção própria, específica, imposta com base no art. 7º da Lei do Pregão aos participantes de certames dessa modalidade, constitui a verdadeira *ratio legis* do art. 87 da Lei nº 8.666/93, constituindo tão-somente melhora de redação relativamente à sanção nele prevista, na forma definida pelos portais da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), retratando a real vontade do legislador, cujo acatamento neste caso sempre defendi, na íntegra, no Plenário desta Casa.

O citado dispositivo da Lei do Pregão não deixa dúvida quanto à abrangência da penalidade que incide sobre todo o ente federativo a que pertence o aplicador da sanção, ou seja, sobre todos os órgãos e entidades da respectiva esfera. A redação do dispositivo legal não dá margem a interpretação diversa.

O restritivo entendimento do TCU, em relação ao art. 87 da Lei nº 8.666/93, discrepante da jurisprudência do STJ, hoje ostenta perceptível discrepância até mesmo em relação à lógica jurídica, senão vejamos: hoje, dentro da mesma lei 8.666, há previsão de diversas modalidades de licitação, com sanções diferentes. Se uma empresa fraudar uma concorrência pública, a modalidade mais especial de licitação, praticando atos que engendram a pena de suspensão, será punida, nos termos da jurisprudência do TCU, com o impedimento de contratar somente com a Administração licitante. Se, no pregão, cometer a mesma falta, será impedida de licitar com todas as entidades da Administração Pública. Ambas as modalidades de licitação, previstas na mesma lei, a licitação mais simples a ocasionar punição bem maior. (Acórdão nº 2.593/2013 do Tribunal de Contas da União, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues) (Grifou-se)

Por fim, ressalte-se que a Súmula nº 51 do TCE/SP pacificou o posicionamento defendido nesta corrente, uma vez que atribuiu a mesma abrangência para as sanções descritas nos arts. 87, III, da Lei nº 8.666/93 e 7º da Lei nº 10.520/02, a saber:

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

Em contrapartida, tem-se a corrente que dá interpretação extensiva ao termo “Administração”, a qual entende que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 deveria produzir efeitos na esfera de toda a Administração Pública (União, estados, Distrito Federal e municípios). Considera-se que a sanção prevista no inciso IV do art. 87 teria o mesmo alcance, contudo, com grau de intensidade distinto, de modo que o legislador previu tempos diferentes para a fixação máxima das penalidades, o que distingue o nível de punibilidade entre elas.

Esse foi o posicionamento adotado por mim, notadamente no Processo nº 859.044, bem como pelo conselheiro Sebastião Helvecio (Processo nº 1.024.625) e pelo conselheiro-substituto Hamilton Coelho (Processo nº 952.322). Em suma, a tese empregada nos mencionados acórdãos afirma que a suspensão temporária aplicada ao contratado abrange todos os órgãos/entes públicos, sejam eles federais, estaduais ou municipais, não se restringindo ao ente que aplicou a sanção, sob pena do referido comando normativo tornar-se ineficaz.

Além disso, defende que não faz o menor sentido restringir o âmbito de aplicação da sanção prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente ao órgão sancionador específico, uma vez que vivemos em uma federação, na qual se deve zelar primordialmente pela supremacia do interesse público em todas as suas esferas. Logo, se uma empresa não cumpriu suas obrigações contratuais é bem provável que ela não consiga desempenhar suas atividades com eficiência nas próximas contratações com os demais entes federativos e reincida na inadimplência contratual.

E ainda, sustenta que, caso a empresa suspensa, nos termos do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, contrate novamente com o Poder Público, poderia ocorrer verdadeira afronta aos princípios norteadores da Administração Pública, em especial, o da eficiência, o da economicidade e o da moralidade, além de impedir à seleção da proposta mais vantajosa pela Administração Pública.

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme se depreende de recentes julgados que colaciono a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. **DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO. JULGADO DA PRIMEIRA SEÇÃO (MS 13.964/DF, DJe DE 25.5.2009). AGRAVO INTERNO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

2. É certo que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça entende que a sanção prevista no art. 87, III da Lei 8.666/1993 produz efeitos não apenas no âmbito do ente que a aplicou, mas na Administração Pública como um todo (REsp. 520.553/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 10.2.2011).

(STJ, AgInt no REsp 1552078 / DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. em 30/09/2019, DJe de 08/10/2019).

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO ADMINISTRATIVO - SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO - **EFEITOS DA SANÇÃO DO INCISO III, ART. 87, DA LEI Nº 8.666/93 - ALCANCE - TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PENALIDADE SUSPENSA POR LIMINAR - SUSPENSÃO QUE NÃO RETROAGE PARA ALCANÇAR SITUAÇÕES JURÍDICAS CONSOLIDADAS - SEGURANÇA CONCEDIDA.**

- **Consoante pacífica jurisprudência do STJ, "a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública"** (STJ, AgInt no REsp 1382362/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. em 07/03/2017, DJe de 31/03/2017)

- A medida liminar concedida no curso da execução da pena para suspender o ato administrativo que implicou a punição administrativa não tem o condão de retroagir para alcançar situações jurídicas consolidadas no período em que a penalidade fora executada.

- Segurança que se concede para anular o ato que considerou habilitada e declarou vencedora de pregão eletrônico sociedade empresária que no momento da abertura da licitação se encontrava impedida de licitar.

(TJMG – Mandado de Segurança nº 1.0000.17.041658-0/000. Rel. Des. Belizário de Lacerda, Órgão Especial, j. em 11/10/2017, p. em 24/10/2017)

Nesse contexto, destaco a posição do TCU, especialmente no julgamento dos Acórdãos nº 2218/2011 e nº 1926/2019, nos quais se defendeu que a proibição de contratar com Administração, prevista no art. 87, III, da Lei Geral de Licitações, não ficaria restrita ao órgão sancionador, mas teria alcance em toda a Administração Pública, *in verbis*:

PEDIDO DE REEXAME. REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. EDITAL. CLÁUSULA IMPEDITIVA DE PARTICIPAÇÃO DE INTERESSADOS SUSPENSOS POR ENTE DISTINTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SANÇÕES APLICADAS A PESSOA JURÍDICA. ALCANCE DOS EFEITOS. DETERMINAÇÕES. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. CONHECIMENTO. NEGADO PROVIMENTO.

[...]

Voto do Ministro Revisor:

(...)

O procedimento licitatório tem como finalidade primordial selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, assim considerada aquela que melhor abrigar o interesse público, cujas principais diretrizes se consubstanciam na eficiência, na economicidade e na moralidade.

Com base nesse entendimento, depreende-se que as sanções previstas no art. 87 da Lei 8.666 buscam impelir o particular a executar o contrato administrativo em observância princípio da moralidade pública e ao interesse público, assim como proibir acesso ao certame licitatório de particulares cujas condutas tenham se revelado atentatórias a esses preceitos, como é o caso do particular punido com uma das sanções previstas nos incisos III e IV do artigo.

(...)

Em consonância com esse entendimento, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, o REsp 151.567 / RJ. Na ocasião, o Ministro Francisco Peçanha Martins, relator do voto que decidiu o recurso, reproduziu trecho do voto condutor do acórdão recorrido, do qual transcrevo o seguinte excerto:

“A premissa em que se fundamenta o julgado, ou seja, a diferença conceitual entre órgão da administração pública e órgão da administração, em que se assenta a conclusão de que a penalidade aplicada por este último tem a sua eficácia limitada à jurisdição administrativa do órgão sancionador, não se compadece com o sistema instituído pela lei de regência, até porque o princípio da moralidade administrativa, insculpido no art. 3º da Lei 8.666/93, não se harmoniza com a idéia de que a improbidade, decorrente da inadimplência do licitante no cumprimento do contrato, tenha por limite a jurisdição administrativa do órgão sancionador.”

(...)

Por essas razões, entendo que esta Corte deva rever seu posicionamento anterior, para considerar legal a inserção, pela Infraero, de cláusula editalícia impeditiva de participação daqueles incursos na sanção prevista nos incisos III da Lei 8.666/93.

(Acórdão nº 2218/11, TC- 025.430/2009-5, Rel. Min. José Múcio Monteiro, Revisor Min. Walton Alencar Rodrigues, 12.04.2011.)

REPRESENTAÇÃO. ALCANCE DA SANÇÃO PREVISTA NO INCISO III DO ART. 87 DA LEI 8.666/1993. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

Em relação ao fato de ser de longa data o entendimento desta Casa que limita o alcance da sanção disposta no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, ressalto que a administração pública não pode ser compelida a seguir apenas o entendimento jurídico firmado pelo TCU quando da aplicação do aludido artigo; poderá se valer, sim, da jurisprudência do STJ para o aludido caso, ainda mais quando se observa que, nos termos do art. 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça se constitui no guardião da lei federal. Mais ainda. Não se encontrou nenhuma decisão daquela corte que acompanhasse o posicionamento majoritário desta; por outro lado, o entendimento deste Tribunal oscilou ao longo do tempo, conforme transcrições abaixo:

“1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as

interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo *n.* 2) . 2. **De acordo com a jurisprudência do STJ, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública** (MS 19.657/DF, rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 23/08/2013). 3. Agravo desprovido.”

Adicionalmente, decisão do Supremo Tribunal Federal reconhece e consolida o entendimento exposto pelo STJ:

“[...] A doutrina e jurisprudência majoritárias são pacíficas quanto à extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade a todos os órgãos Públicos, não se limitando, portanto, ao âmbito do Ente que aplicou a referida medida, sendo que o Superior Tribunal de Justiça aplica esse entendimento até mesmo para a penalidade de suspensão

4. Considerando que ainda não há jurisprudência consolidada sobre a matéria em discussão, e tendo em vista que a linha defendida pelo Revisor carrega o nobre propósito de dar proteção à Administração Pública e, enfim, ao interesse público, não vejo óbice a que esta Corte reveja seu posicionamento anterior, para considerar legal a inserção, pela Infraero, de cláusula editalícia impeditiva de participação daqueles incursos na sanção prevista no inciso III da Lei 8.666/1993, na forma proposta pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, cujo voto passo a acompanhar.”

(Acórdão nº 1926/2019, TC- 021.329/2019-2, Rel. Min. Ana Arraes, 21.08.2019)

Na mesma linha, resalto o pensamento de Marçal Justen Filho:

(...) afigura-se ofender a lógica reconhecer que a conduta ilícita do sujeito acarretaria sanção restrita ao âmbito de um único e determinado sujeito administrativo. **Se o agente apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão.** Sob um prisma sistêmico, nenhum órgão da Administração Pública poderia contratar com aquele que teve seu direito de licitar "suspenso"². (Grifou-se)

Depreende-se de todo o exposto que não há uniformidade quanto ao alcance da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, havendo extensa controvérsia entre doutrinadores, órgãos judiciais e Tribunais de Contas e até dentro do Tribunal de Contas da União e desta Corte, conforme demonstrado.

Nesse cenário, alterando meu convencimento anterior, considero que deve prevalecer, com fundamento na segurança jurídica e no princípio hermenêutico segundo o qual se deve conferir interpretação restritiva a comandos normativos sancionadores, a interpretação de que a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração abrange apenas o órgão, entidade ou unidade administrativa que aplicou a sanção. A meu ver, essa é a corrente que melhor garante efetividade ao texto normativo que contém expressões diferentes para definir o âmbito de aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei de Licitações (“Administração” e “Administração Pública”).

No presente caso, o correto, portanto seria que só fossem impedidas de participar da licitação e, conseqüentemente, de contratar com a Secretaria Municipal de Educação do Município de Uberaba, as empresas que tenham sofrido a referida sanção em razão de irregularidades praticadas nos contratos celebrados com o citado órgão e não com toda a Administração Direta conforme passou a constar no ato convocatório após sua alteração.

No entanto, em face dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como considerando a existência de relevante divergência na jurisprudência e na doutrina

²JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei das licitações e contratos administrativos. 13ed. São Paulo: Dialética, 2009. P.856.

quanto à abrangência da punição prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, presente no subitem 5.3.3 do edital, o qual empregou o termo “Administração Direta do Município de Uberaba”, entendo que não há que se falar em imputação de responsabilidade aos gestores, sobretudo por terem retificado o edital na tentativa de sanar a falha.

Por todo o exposto, entendo ser suficiente a expedição de recomendação ao atual gestor municipal para que, em futuros certames, ao prever as condições necessárias à participação dos licitantes, adote a interpretação mais favorável aos interessados em participar do processo licitatório; ou seja, a interpretação restritiva a respeito da abrangência da sanção prevista no art. 87, III, da Lei de Licitações.

B) Ausência de justificativa para o não parcelamento do objeto do certame, de modo a contemplar as microempresas e empresas de pequeno porte com tratamento diferenciado

Em síntese, aduziu o denunciante Marcelo Laurindo Pedro que o tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar nº 123/06 não foi contemplado no edital, especialmente os pontos referentes a aspectos tributários, trabalhistas e previdenciários, bem como que tais omissões restaram injustificadas, desestimulando a participação das ME's e EPP's e ferindo os princípios da Administração Pública, sobretudo o da livre concorrência.

Por sua vez a empresa denunciante no Processo nº 1.031.510 em apenso (fls. 04/06), alegou que “o agrupamento de todas as escolas que pretendem contratar o presente serviço de fornecimento de alimentação escolar em lote único contraria preceito legal e a jurisprudência vigente”.

Em seus esclarecimentos, afirmaram os responsáveis (fls. 137/138):

Ainda sobre a aplicação das diretrizes da Lei Complementar nº 123/2006, foi identificado pela Secretaria Municipal de Educação, requisitante do objeto da Concorrência Pública nº 002/2017, a necessidade de adequação do objeto a constar que se pretende contratar, em suma, empresa especializada em pré-preparo, preparo e distribuição de refeições incluindo o fornecimento de gêneros alimentícios, insumos, bem como logística, manutenção preventiva e corretiva, limpeza e conservação de equipamentos, utensílios e mobiliários. Desta forma, entende-se não haver a divisibilidade do objeto, uma vez que a adequação em andamento resumirá em objeto cuja natureza é de prestação de serviços. **Esclarecemos ainda que anteriormente foram separados os itens de preparo/pré-preparo das refeições, e o fornecimento de gêneros alimentícios no intuito de utilizar recursos orçamentários e financeiros de fontes distintas. Porém em atual análise técnica foi identificada a inviabilidade prática envolvendo os futuros pagamentos e emissões de notas fiscais. Por isso em edital futuro, não haverá a aplicabilidade das reservas expressas do art. 48 da Lei Complementar 123/2006.** (Grifou-se)

Mais adiante, após o encaminhamento do novo edital republicado, asseveraram os defendentes que o objeto do certame se revestiu de complexidade singular, ao passo que cuidou do fornecimento de aproximadamente 52.277 (cinquenta e duas mil duzentas e setenta e sete) refeições diárias para atendimento das necessidades de alimentação dos estudantes da rede municipal de ensino. Ainda ressaltaram a inviabilidade da divisão do objeto, em decorrência do cumprimento sistemático das prestações, pois havendo a divisão, a produção e fornecimento das refeições diárias seriam realizados em padrões e circunstâncias distintas, o que violaria os critérios estabelecidos na Resolução/FNDE/nº 15, de 16/06/03 (fls. 574/577 e 634v/636).

Tanto a Unidade Técnica quanto o Ministério Público de Contas consideraram que as alegações dos defendentes merecem prosperar, razão pela qual opinaram pelo afastamento do apontamento, embora não tenham sido descritas no projeto básico as justificativas que levaram a opção pelo não parcelamento do objeto.

Quanto ao apontamento referente à ausência de justificativa para o não parcelamento do objeto do certame, o que ocasionou o alto valor da contratação e, conseqüentemente, a impossibilidade de previsão do tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de

pequeno porte, nos termos inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, cumpre salientar o posicionamento exposto pela Unidade Técnica, às fls. 375/381, *in verbis*:

Análise

Verifica-se uma alteração no objeto do edital republicado, a saber, na redação anterior (fl. 22):

1.1 Constitui objeto desta licitação a contratação de empresa especializada para fornecimento de alimentação, executado através de serviços contínuos, incluindo o pré-preparo e preparo da alimentação escolar, com fornecimento de todos os gêneros e demais insumos, visando atender ao Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE nas unidades escolares da rede municipal de ensino de Uberaba, conforme especificações constantes nos anexos que acompanham este Edital.

O critério de julgamento era o de Menor Preço (item 8.4, fl. 32) e o Anexo I, tratando de Especificações e Orçamento Estimado, dividia o objeto em dois itens, o primeiro relativo a serviços de preparo e distribuição da alimentação escolar e o segundo relativo ao fornecimento dos gêneros alimentícios (fl. 47).

Principalmente com relação ao segundo item do objeto, esta Coordenadoria entendeu que deveriam ter sido aplicados os dispositivos que estabelecem preferências a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Foi apontado que, se no item 1 do objeto poderia não caber a reserva de acordo com o comando legal (entretanto, necessária a competente justificativa), ao menos quanto ao item 2, que trata do fornecimento dos insumos, portanto, objeto de natureza divisível, deveria o edital ter previsto a hipótese do inciso III do art. 49 da LC n. 123/2006.

Foi alterada a redação do edital republicado da Concorrência Pública n. 002/2017 da Secretaria de Administração do Município de Uberaba (fl. 274):

1.1 Constitui objeto desta licitação a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de pré-preparo, preparo e distribuição de refeições incluindo gêneros alimentícios, insumos, bem como logística, manutenção preventiva e corretiva, limpeza e conservação de equipamentos, utensílios e mobiliário, visando atender ao Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE nas unidades escolares da rede municipal de ensino de Uberaba, conforme especificações constantes nos anexos que acompanham este Edital.

O critério de julgamento foi alterado para o de Menor Preço Global (item 8.4, fl. 285) e o Anexo I também foi alterado passando a compreender apenas um lote que englobou a totalidade do objeto (fl. 308).

Verifica-se que o preço estimado, na primeira versão do edital, era de R\$27.534.158,67 (vinte e sete milhões, quinhentos e trinta e quatro mil, cento e cinquenta e oito reais e sessenta e sete centavos), passando a R\$ 27.022.063,33 (vinte e sete milhões, vinte e dois mil, sessenta e três reais e trinta e três centavos), de acordo com a nova estimativa realizada pela Administração.

Assim, resta patente a impossibilidade de contemplar as microempresas e empresas de pequeno porte com tratamento diferenciado, com fulcro no inciso I do art. 48 da Lei Complementar 123/2006, uma vez que o valor estimado da contratação ultrapassa o valor de R\$80.000,00, e no inciso III do art. 48 do mesmo dispositivo legal, posto que, conforme justificativa apresentada nos autos, não é possível “haver a divisibilidade do objeto, uma vez que a adequação em andamento resumirá em objeto cuja natureza é de prestação de serviços”.

Em que pese o teor dos esclarecimentos apresentados, levando-se em conta o volume da contratação, acredita-se existirem outras soluções, considerando as especificidades locais, vislumbrando-se a adoção de ações pontuais visando a ampliação da competitividade em certames como este.

Registre-se que os responsáveis pelo Programa Nacional de Alimentação Escolar, no encontro da alimentação escolar com a agricultura familiar, e considerando a Lei Federal n. 11.947, de 16/06/2009³, destacam:

A Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, determina que no mínimo 30% do valor repassado a estados, municípios e Distrito Federal pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) para o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) deve ser utilizado na compra de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e as comunidades quilombolas. A aquisição dos produtos da Agricultura Familiar poderá ser realizada por meio da Chamada Pública, dispensando-se, nesse caso, o procedimento licitatório.

Assim, seria possível e recomendável a adoção de certa descentralização, afastando-se inclusive a atuação de cartéis neste segmento, e caminhando no sentido de uma maior participação e vantajosidade tanto para a Administração, como para a sociedade.

Outras soluções se apresentam tais como a que o Exército Brasileiro⁴ passa a adotar, começando a promover compras de uma outra forma, a saber:

Agricultores familiares do Rio Grande do Sul e de Rondônia podem participar das chamadas públicas abertas pelas unidades do Exército em Santiago (RS) e Porto Velho (RO). No total, mais de R\$ 1,7 milhão será investido na compra de alimentos da agricultura familiar graças à modalidade Compra Institucional do Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), coordenado pelo Ministério do Desenvolvimento Social (MDS).

Em Santiago, o edital prevê um investimento de R\$ 1,3 milhão na compra de 65 itens entre hortaliças, frutas, açúcar, açúcar mascavo, bolachas, carne suína, sucos, queijos e iogurte.

Essa é a segunda chamada pública do Exército na cidade. De acordo com o segundo tenente Elvio Cassemiro Doss, os alimentos da agricultura familiar foram bem aceitos por todas as unidades. “No começo, tivemos dúvidas sobre o funcionamento do programa, mas depois nos adaptamos. Foi muito bom. Os alimentos chegaram certinhos e todos com muita qualidade”, destacou.

Em Porto Velho, a expectativa é adquirir 35 itens entre frutas, legumes, verduras, pescados, polpas de frutas e farinha, somando mais de R\$ 470 mil em produtos. “Eles estão com uma proposta de aquisição de alimentos da Amazônia, como peixes regionais, leites e a farinha de mandioca. É uma grande oportunidade para os empreendimentos de Rondônia ofertarem para a 17ª Brigada de Infantaria de Selva de Porto Velho”, explicou a coordenadora-geral de Aquisição e Distribuição de Alimentos do MDS, Hetel Santos.

Os interessados devem encaminhar propostas de venda para a respectiva unidade do Exército. A chamada de Santiago ficará aberta até as 9h do dia 13 de junho. A de Porto Velho tem prazo até as 8h do dia 9 de junho.

O valor máximo de venda por unidade familiar será de R\$ 20 mil, independentemente de os beneficiários fornecedores participarem de outras modalidades do PAA.

Podem participar da chamada pública agricultores familiares e empreendimentos da agricultura familiar portadores da Declaração de Aptidão do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf), conhecida como DAP.

³ site <<http://www.fnde.gov.br/programas/alimentacaoescolar/agricultura-familiar>>

⁴ site <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/06/exercito-compra-r-1-7-milhao-emprodutos-da-agricultura-familiar>>

Assim, no entender desta Unidade Técnica, a opção da Secretaria Municipal de Administração de Uberaba, pela unificação em um só lote na Concorrência Pública n. 002/2017, não configura irregularidade.

Entretanto, em que pese a concentração em um só lote adotado para o procedimento, entende-se que pode ser recomendado aos gestores a reflexão a respeito de outras alternativas a permitir o parcelamento ao menos quanto ao fornecimento de gêneros alimentícios, o que poderia ampliar as ofertas - e consequentemente a participação - para a alimentação dos escolares do Município. (Grifou-se)

Sobreleva notar, também, a conclusão do exame realizado pela 4ª CFM em sede de manifestação conclusiva, acostado às fls. 670/670v, a saber:

Verificou-se, ainda, que junto à manifestação do Controlador-Geral do Município, protocolizada neste Tribunal em 03/10/2017, fl. 164 a 167 dos autos principais, foi anexada cópia da requisição de contratação dos serviços (contratação de empresa para prestação de serviços de pré-preparo, preparo e distribuição de refeições para atender ao PNAE), fl. 213, e do projeto básico para execução dos serviços, fl. 214 a 262.

Não obstante no citado projeto básico não tenham sido descritas justificativas pela não divisão do objeto, ao considerar a complexidade dos serviços licitados, estimados em 52.277 (cinquenta e dois mil duzentos e setenta e sete) refeições diárias, fl. 237, assim como as especificidades detalhadas naquele documento, referentes à forma de preparo, qualidade e distribuição das refeições, não seria razoável que a Administração dividisse aquelas atividades.

Cabe destacar que, caso tal divisão fosse realizada, seria dificultada a forma de controle e fiscalização do contrato, por parte da Administração, essencialmente quanto à qualidade dos serviços prestados (elaboração e fornecimento de refeições diárias), motivos pelos quais esta Unidade Técnica conclui no sentido de que o apontamento técnico seja desconsiderado. (Grifou-se)

Sobre a matéria, é importante destacar o art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que prevê o parcelamento do objeto da licitação como regra geral, e, via de consequência, a formação de lote único como exceção nos certames, *in verbis*:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. (Grifou-se)

É cediço que, usualmente, o parcelamento amplia a competitividade e contribui para a obtenção de um menor preço, ao possibilitar também a participação de pequenas e médias empresas nas licitações.

Acerca do tema, a Súmula nº 114 desta Corte estabelece que:

É obrigatória a realização de licitação por itens ou por lotes, com exigências de habilitação proporcionais à dimensão de cada parcela, quando o objeto da contratação for divisível e a medida propiciar melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampla participação de licitantes, sem perda da economia de escala, adotando-se, em cada certame, a modalidade licitatória compatível com o valor global das contratações.

O Tribunal de Contas da União vem se manifestando no sentido de que a regra do parcelamento do objeto apenas será excepcionada quando sua divisão em lotes for justificadamente prejudicial ao interesse público ou à Administração⁵:

491/2012 - e 3.155/2011 - ambos do Plenário, entre outros. (Grifou-se)

Nesse cenário, diante da escorreita análise realizada pela Unidade Técnica e tendo sido demonstrado que o parcelamento, além de desnaturar qualitativamente o objeto licitado, dificultaria o controle e a fiscalização contratual, não trazendo qualquer benefício à Administração Pública, conforme relatório técnico de fls. 670/670v, acolho o entendimento exposto, para considerar que as alegações das denunciantes não merecem prosperar, razão pela qual julgo regular, no presente caso concreto, a adoção do critério de menor preço global em lote único na Concorrência Pública nº 02/17 e improcedentes as denúncias quanto a este ponto.

Outrossim, recomenda-se ao gestor atual que, em certames licitatórios futuros, envolvendo a distribuição de gêneros alimentícios, avalie alternativas que permitam o parcelamento do objeto, com vistas ao aproveitamento de recursos locais, com a aquisição de produtos da agricultura familiar ou do empreendedor familiar rural.

C) Previsão do reajuste contratual a contar da data do “Termo do Contrato”, em inobservância ao inciso XI do art. 40 da Lei nº 8.666/93 (item 4.1 do edital)

Em suma, aduziu a denunciante General Goods Ltda. - ME que o item 4.1 do edital (fl. 27) previu o reajuste contratual, caso ultrapassados 12 (doze) meses da vigência do Termo do Contrato, o que no seu entendimento, afronta o disposto no inciso XI do art. 40 da Lei nº 8.666/93, o qual dispõe que o reajuste contratual deve ser realizado tendo em vista a data da proposta ou do orçamento (fls. 06/07 da Denúncia nº 1.031.510).

Os defendentes, por sua vez, alegaram que o Município buscou cumprir a legislação aplicável quando da redação do item 4.1 do ato convocatório, em observância ao disposto nos §§ 1º e 2º do art. 3º da Lei nº 10.192/01 e no inciso XI do art. 40 da Lei nº 8.666/93. Ademais, esclareceram que consideraram a data da proposta como o período inicial para efeito de reajuste, uma vez que a licitação foi realizada em 13/12/17 (data da proposta), o seu resultado foi homologado em 21/02/18, o Termo de Contrato foi firmado em 01/03/18 e o reajuste contratual concedido em 21/01/19, tomando-se como base a data da proposta (conforme se depreende dos documentos acostados aos autos, fls. 572/574 e 633-v/634-v).

Acerca do tema, faz-se relevante destacar a redação do item 4.1 do edital, do art. 40, XI, da Lei nº 8.666/93 e também dos arts. 2º e 3º da Lei nº 10.192/01, a saber:

Subitem 4.1 do edital

4.1 – O valor contratado só será reajustado caso ultrapasse 12 (doze) meses de vigência do Termo de Contrato, de acordo com as normas legais aplicáveis.

Lei Nacional nº 8.666/1993:

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

[...]

⁵ Acórdão AC-3009-48/15-P. Processo nº 003.377/2015-6, Representação. Relator: Ministro Bruno Dantas. Plenário, sessão de 25/11/15.

XI - **critério de reajuste**, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, **desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;**

Lei Nacional n. 10.192/2001

Art. 2º [...]

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano. [...]

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir. [...] (Grifou-se).

Quanto ao apontamento em questão, constante na Denúncia nº 1.031.510, referente à suposta irregularidade do item 4.1 do edital, em violação ao disposto no art. 40, XI, da Lei nº 8.666/93, cumpre salientar o posicionamento exarado pela Unidade Técnica, às fls. 663/675, *in verbis*:

1.3.3 – Do exame dos argumentos dos Defendentes

Observou-se, de início, que não foi adequada a interpretação dada pelo Órgão Técnico desta Casa e pelo MPC ao disposto no subitem 4.1 do edital da licitação, no qual foi estabelecido que “o valor contratado só será reajustado caso ultrapasse 12 (doze) meses de vigência do Termo de Contrato, de acordo com as normas legais aplicáveis”.

Nos apontamentos efetuados foi registrado que tal exigência editalícia contrariava o estabelecido no inciso XI do art. 40 da Lei de Licitações, que prevê que o reajuste contratual deve ser realizado “... desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela”.

Na forma do termo editalício, o que foi previsto foi que o reajuste dos preços pactuados somente seria realizado após doze meses do acordo firmado entre as partes, tendo sido extensiva a interpretação dada nos apontamentos efetuados, ao questionar o marco temporal para o cálculo do eventual reajuste.

Ademais, na própria regra do edital foi descrito que o valor seria reajustado “de acordo com as normas legais aplicáveis”.

Conforme demonstrado pelos Defendentes, fl. 587 e 588, quanto ao pedido de reajuste solicitado pela empresa contratada (Nutriplus Alimentação e Tecnologia Ltda.), em função da prorrogação da vigência do ajuste firmado entre ela e o Município, na manifestação da Secretaria da Fazenda daquele Órgão foi registrado que “... o INPC sofre variação de 1,035579 entre os meses de dezembro de 2017 (data da apresentação da proposta) e dezembro de 2018 (12 meses após)”.

Assim sendo, ficou evidenciado que o reajuste do acordo contratual atendeu às normas legais vigentes, especialmente ao disposto no inciso XI do art. 40 da Lei Nacional n. 8.666/1993 e o § 1º do at. 3º da Lei Nacional n. 10.192/2001.

Diante do exposto, embora a disposição editalícia em discussão não tenha sido elaborada de forma clara, diante da interpretação extensiva dada a ela, por parte do Órgão Técnico e pelo MPC, que resultaram no apontamento em exame, esta Coordenadoria se manifesta no sentido de que o questionamento deva ser desconsiderado. (Grifou-se)

O *Parquet* de Contas, em sede de parecer conclusivo, corroborando o entendimento do Órgão Técnico, opinou pela improcedência da denúncia quanto a este item, uma vez que o próprio

edital teria previsto o reajuste dos valores de acordo com as normas legais aplicáveis (fls. 677/680v).

Nesse cenário, diante da apurada análise realizada pela Unidade Técnica às fls. 663/675 e do parecer conclusivo do Órgão Ministerial, bem como da demonstração de que a aplicação do critério de reajuste obedeceu ao disposto na legislação de regência, encampo o posicionamento exposto, para considerar que as alegações da denunciante não merecem prosperar, razão pela qual reputo regular o item 4.1 do ato convocatório.

D) Exigência de comprovação da inscrição na entidade profissional competente sem especificação da classe profissional

A denunciante General Goods Ltda. – ME ao formular a Denúncia nº 1.031.510, alegou que o subitem 6.2.4.1 do edital, previa a inscrição na entidade profissional competente, mas não especificava qual a classe profissional.

Às fls. 81/89v do Processo nº 1.031.510, a Unidade Técnica manifestou-se pela irregularidade do referido subitem, conforme se verifica do trecho extraído daqueles autos:

O item 6.2.4.1 do edital prevê, fl.29:

6.2.4.1 – Registro ou inscrição na entidade profissional competente em nome da empresa.

Partindo do objeto do procedimento licitatório em tela, qual seja, a “contratação de empresa especializada para prestação de serviços de pré-preparo, preparo e distribuição de refeições incluindo gêneros alimentícios, insumos, bem como logística, manutenção preventiva e corretiva, limpeza e conservação de equipamentos, utensílios e mobiliário”, **depreende-se que há possibilidades de registros e inscrições em diversas classes profissionais, vez que o objeto envolve atividades desde a preparação dos alimentos até a distribuição de refeições e manutenções preventivas.** Sendo assim, esta Unidade Técnica entende que a exigência de registro em “entidade profissional competente” pode variar, podendo ser, ou não, restritiva ao certame. Um exemplo admissível é o registro no Conselho Regional de Nutricionistas para atividades ligadas à alimentação e nutrição humanas, conforme reza o art. 2º da Resolução CFN nº 378/05, a saber:

Art. 2º. A pessoa jurídica, de direito público ou privado, cujo objeto social ou atividades estejam ligados à alimentação e nutrição humanas, deverá registrar-se no Conselho Regional de Nutricionistas (CRN) com jurisdição no local de suas atividades.

§ 1º. Consideram-se pessoas jurídicas obrigadas ao registro no CRN:

I - as que fabricam alimentos destinados ao consumo humano, sejam eles: a) para fins especiais; b) com alegações de propriedades funcionais ou de saúde; II – as que exploram serviços de alimentação nas pessoas jurídicas de direito público ou privado, tais como: a) concessionárias de alimentação; b) restaurantes comerciais; III – as que produzem preparações, refeições ou dietas especiais, para indivíduos ou coletividades, qualquer que seja o processo de preparo, conservação e distribuição; IV – as prestadoras de serviços de informações de nutrição e dietética ao consumidor, que atuem: a) no atendimento nutricional; b) no desenvolvimento de atividade de orientação dietética; c) na importação, distribuição ou comercialização de alimentos para fins especiais ou alimentos com alegações de propriedades funcionais ou de saúde, mas que não os fabriquem; V – as que desenvolvem atividades de auditoria, assessoria, consultoria e planejamento nas áreas de alimentação e nutrição, de forma simultânea ou não; [...]

Portanto, este Órgão Técnico entende que a imprecisão do item 6.2.4.1 do edital é irregular. (Grifos originais)

O Ministério Público de Contas, às fls. 419/419v, entendeu que havia indício de irregularidade no subitem 6.2.4.1 do ato convocatório, uma vez que a redação era imprecisa, podendo levar a interpretação restritiva e prejudicial à competitividade do certame, motivo pelo qual opinou pela citação do prefeito municipal e presidente da CPL.

Contudo, após análise da defesa apresentada pelos responsáveis, a Unidade Técnica, nos autos do processo principal (fls. 542/552) apresentou estudo aprofundado acerca da matéria, em que considerou improcedente a alegação do denunciante. Vejamos:

Análise

O item dado por irregular pelo Ministério Público de Contas insere-se entre os requisitos de habilitação técnica do certame (fl. 446):

6 - DA HABILITAÇÃO

[...]

6.2.4 RELATIVA À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

6.2.4.1 - Registro ou inscrição na entidade profissional competente em nome da empresa.

Cabem duas interpretações quanto a esta disposição: quer pode significar que a Administração visa ampliar o leque de licitantes interessados, já que não determina, de antemão, qual a entidade competente; quer significar que poderá julgar subjetivamente, por uma licitante não se encontrar filiada a determinada entidade.

Um terceiro caminho que poderia ter sido adotado seria dispor, alternativamente, quais as entidades julgadas competentes pelos julgadores, por exemplo: o Conselho de Nutrologia, ou o Conselho Federal de Medicina, ou o Conselho Federal de Administração, ou o Conselho Federal de Nutricionistas, ou os Conselhos Regionais de Química, ou, tendo em vista a nova especialidade de Engenharia de Alimentos, até o CREA, todos afetos ao objeto desta licitação.

Afirma Marçal Justen Filho⁶ que o artigo 1º da Lei 6.839, de 30/10/1980, fornece solução para o impasse quando o objeto apresenta natureza complexa e envolve a conjugação de atividades de diferente ordem:

O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros. Ou seja, considera-se o objeto a ser executado e define-se sua natureza principal ou essencial. Deverá promover-se o registro exclusivamente em face do órgão competente relacionado ao fim principal da contratação. Lembre-se que controvérsias acerca do dispositivo desaguarão no Poder Judiciário. O STF teve oportunidade de decidir, em várias oportunidades, pela obrigatoriedade da inscrição no Crea quando o particular desenvolvesse atividade de engenharia (em acepção ampla). **De todo o modo, é aconselhável que o edital discrimine, de modo preciso, a entidade reputada competente para a inscrição dos interessados. Evitam-se, deste modo, batalhas posteriores entre os licitantes envolvendo inscrição nas mais diversas entidades** (Grifou-se)

Gizando que o fornecimento dos gêneros e seu preparo (alimentação e nutrição) são as atividades preponderantes no objeto que o Município de Uberaba pretende contratar com o particular, pois, como expresso no preâmbulo, visa à prestação de serviços “visando atender ao **Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE** nas unidades escolares da rede municipal de ensino de Uberaba e a Secretaria Municipal de Educação – SEMED” (fl. 440).

Depreende-se a importância, para este objeto, da profissão do nutricionista, veja-se o que dispõe a Resolução/FNDE/CD/nº 15, de 16/06/2003, que estabeleceu critérios para o

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.685/686.

repasso de recursos financeiros, à conta do PNAE, previstos na Medida Provisória n. 2.178-36, de 24/08/2001:

I - DOS OBJETIVOS E DA CLIENTELA DO PROGRAMA

Art. 2º. O PNAE tem como objetivo suprir parcialmente as necessidades nutricionais dos alunos, com vistas a garantir a implantação da política de Segurança Alimentar e contribuir para a formação de bons hábitos alimentares.

(...)

IV - DO CARDÁPIO DA ALIMENTAÇÃO ESCOLAR

Art.10. O cardápio da alimentação escolar, sob a responsabilidade dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, será elaborado por nutricionista habilitado, com a participação do CAE, e deverá ser programado de modo a suprir, no mínimo, por refeição, 15% (quinze por cento) das necessidades nutricionais diárias dos alunos beneficiados, durante sua permanência em sala de aula. (Grifos originais)

[...]

Alegam os defendentes que, entre correr o risco de restringir a disputa dado ao amplo espectro de profissões abarcadas no objeto do certame, e afrontar o princípio da legalidade, que limita as exigências ao mínimo aceitável para fins de habilitação técnica, optou-se por deixar em aberto a apresentação de “registro em entidade competente”.

Por isto, não se vislumbra como manter o apontamento do *Parquet*, por carecer de fundamentação. Os requisitos de habilitação técnica previstos em um edital de licitação devem guardar pertinência com o objeto licitado, não devendo contar com uma amplitude demasiada a ponto de permitir a habilitação de fornecedores que não sejam qualificados o suficiente para executar com êxito o objeto, bem como não devendo ser restritivos a ponto de inviabilizar a contratação ou mesmo a competição entre possíveis interessados.

No caso sob exame, seria possível que tais organizações contassem com responsáveis técnicos provenientes de áreas de conhecimento distintas. Tal diferenciação não se mostra arbitrária. Muito antes pelo contrário, funda-se na própria distinção que há entre as atividades básicas de uma organização fornecedora de gêneros alimentícios, e uma organização que trabalha com a manipulação de alimentos.

Registre-se que o artigo 5º, inciso XIII da Constituição da República assegura o livre exercício de qualquer profissão, ressalvadas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Assim sendo, caso uma entidade publique um edital de licitação contendo uma exigência de qualificação técnica restringindo a área de atuação, estaria, em última medida, estabelecendo um obstáculo ao livre exercício das atividades profissionais no país. Melhor dizendo, ao especificar um conselho profissional apto a emitir um documento de qualificação técnica em uma dada área do mercado produtivo.

[...]

Ade mais, caso os Contratantes optassem por restringir os conselhos de classe aptos a emitir a certidão determinada área de trabalho, estariam, além de restringindo o livre exercício das profissões, estabelecendo limitações indevidas ao caráter competitivo do certame, o que é expressamente vedado pelo artigo 30, § 5º da lei 8666/1993.

Acerca da necessidade de se especificar conselhos profissionais em editais de licitação, o Tribunal de Contas da União já se posicionou, em sentido semelhante ao que ora é proposto, no âmbito do Acórdão n. 5233/2017. Confirmam-se os trechos de maior pertinência:

ACÓRDÃO Nº 5233/2017 - TCU - 1ª Câmara

[...]

2 8. Análise. Verifica-se que a manifestação apresentada não se ateve ao questionamento do item 3.5 do Ofício de oitiva, e sim à alegação inicial da representante, analisada pela instrução de peça 4, nos parágrafos 24-26.

29. Entretanto, a irregularidade em questão é necessidade da exigência de registro da licitante nos conselhos profissionais de Serviço Social, Psicologia, Sociologia ou Pedagogia, tendo em vista que as atividades a serem desenvolvidas pelos profissionais vinculados a tais conselhos profissionais representam, em média, 0,35% das planilhas orçamentárias, e que tal exigência restringiriam a competitividade do certame em relação a outras empresas.

30. Dessa forma, ratifica-se o entendimento da instrução de peça 4, segundo o qual, ao considerar que a maior parte dos serviços atrelados ao objeto dos certames não possuem vinculação direta com tais atividades, não é razoável restringir a participação nos certames apenas às licitantes registradas em conselhos profissionais específicos, pois até mesmo uma sociedade empresária registrada no Conselho Regional de Administração teria condições de executar os serviços elencados no plano de trabalho dos editais.

31. Portanto, constata-se que essa exigência restringe a participação de licitantes potencialmente aptas à execução dos serviços, em ofensa ao disposto no art. 30, I c/c II, da Lei 8.666/1993. (Grifou-se)

Com vistas ainda a avaliar se o grau de competitividade no certame ficou prejudicado, como afirmado pelo *Parquet*, pelo fato da não indicação da entidade profissional competente para habilitação de licitantes, extrai-se da ata da Concorrência Pública n. 02/2017, publicada no *site* da Prefeitura de Uberaba (dado que a fase externa do certame não compõe os presentes autos):

- participaram do certame seis empresas;
- na fase da habilitação, nenhuma delas foi inabilitada;
- nenhum dos recursos apresentados na fase de habilitação e na fase de propostas dizia respeito à exigência de habilitação relativa à inscrição em entidade profissional competente;
- habilitadas todas as seis empresas participantes, venceu a que ofertou menor preço.

Conclui-se que a redação do item 6.2.4.1 do edital não se mostrou viciada, tendo em vista que a sua amplitude guarda congruência com as próprias condições fáticas que caracterizam a área na qual o objeto da licitação está inserida.

Ao contrário, caso se optasse pela especificação do conselho profissional emissor do documento sem que tal limitação encontrasse fundamento nas próprias características do mercado produtivo do objeto licitado, estar-se-ia realizando uma limitação arbitrária e violadora do caráter competitivo dos certames licitatórios. Ademais, a entidade licitante não poderia exigir a emissão de um dado documento por um conselho de classe específico sem que tal exigência esteja fundada em uma reserva de mercado prevista em lei, haja vista que, conforme disposição constitucional, a regra é a liberdade de atuação profissional e a exceção as restrições que devem, necessariamente, encontrar previsão legal. Improcedente, portanto, o apontamento do denunciante objeto deste exame.

Desta forma, inclusive por meio da verificação de ampla participação, e acatando os argumentos da defesa, entende-se pelo afastamento da irregularidade diante da divergência de entendimentos sobre a questão posta em tela, sendo esta Unidade Técnica pela adoção da corrente que entende que não é razoável restringir a participação nos certames apenas às licitantes registradas em conselhos profissionais específicos. (Grifou-se)

O Órgão Ministerial, em sede de parecer conclusivo, às fls. 677/680, não se manifestou acerca do apontamento em exame.

Assim, à vista da elaboração de estudo detalhado pela Unidade Técnica, adoto as motivações ali expostas, para considerar improcedente a alegação de que é irregular o subitem 6.2.4.1 do ato convocatório por não haver especificado o conselho de classe profissional em que deveriam estar inscritos os prestadores de serviço, uma vez que, tendo em vista a natureza complexa do objeto pretendido e a conjugação de atividades variadas, tal exigência

representaria óbice ao livre exercício das profissões, além de prejuízo à competitividade do certame.

Logo, considero regular o disposto no subitem 6.2.4.1 do edital da Concorrência Pública nº 02/17.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, julgo parcialmente procedente a presente denúncia e improcedentes as Denúncias nºs 1.031.510 e 1.031.330, em apenso, todas relativas à Concorrência Pública nº 02/17, deflagrada pelo Município de Uberaba, tendo em vista excessiva abrangência conferida pelo item subitem 5.3.3 do ato convocatório à sanção aplicada com fulcro no disposto no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93.

Deixo de aplicar multa aos responsáveis, pelas razões expostas na fundamentação, e recomendo ao atual gestor municipal que oriente os gestores de órgãos e entidades municipais para que, em certames futuros, ao prever as condições necessárias à participação dos licitantes, adotem a interpretação mais favorável aos interessados em participar do processo licitatório; ou seja, a interpretação de que a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração abrange apenas o órgão, entidade ou unidade administrativa que aplicou a sanção.

Recomendo, ainda, ao atual gestor municipal que, em certames licitatórios futuros, envolvendo a aquisição de alimentação escolar, busque alternativas que permitam o parcelamento do objeto, com vistas ao aproveitamento de recursos locais e a aquisição dos produtos da agricultura familiar ou de empreendedores familiares rurais.

Intimem-se os responsáveis e os denunciantes acerca do teor desta decisão.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os processos.

* * * * *