

AUTOS DO PROCESSO N. 1.015.890 - 2017

I - Relatório

Tratam os autos de **Denúncia** apresentada a esta Corte por **Marcelo Laurindo Pedro**, em face da **Concorrência Pública n. 002/2017** - deflagrado pela **Prefeitura Municipal de Uberaba**, do tipo menor preço, visando “a 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 de Uberaba e a Secretaria Municipal de Educação –SEMED”, no valor estimado 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).

O denunciante alegou que o edital (sessão prevista para o dia 11/09/2017) está irregular quando exige, para regularidade trabalhista, certidão negativa de débitos (item 6.2.2.6 do edital); garantia de 1% sobre o total do valor contratado, que é muito elevado, quando tal deveria incidir sobre o exercício (item 17.1); impedimento de participação de empresas que enfrentam penalidade perante a Administração Pública como um todo, ou perante o Município de Uberaba e não, tão somente, perante a SEMED - Secretaria Municipal de Educação de Uberaba, órgão promotor do certame (item 5.3.3); não aplicação ao certame da Lei Complementar n. 123/2006 e todo o tratamento diferenciado previsto para microempresas e empresas de pequeno porte. Por tais razões, requer a suspensão do procedimento e posterior anulação, caso não sejam dirimidas as irregularidades apontadas.

Protocolada a documentação em 24/08/2017 (fl. 1/19), juntamente com a identificação do denunciante (fl. 20/21), cópia do edital e 17 anexos (fl. 22/95), foi submetida à triagem e recebida pelo Conselheiro Presidente como Denúncia, teve determinada sua autuação e distribuição, nos termos do *caput* do artigo 305 do Regimento Interno, com a urgência requerida pelo caso (fl. 98).

Distribuída à Relatoria do Conselheiro Mauri Torres que determinou o encaminhamento dos autos a esta Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação em 31/08/2017, nos seguintes termos (fl. 100):

Considerando o pleito de suspensão da liminar da licitação formulado pelo denunciante e a fim de subsidiar minha atuação do feito, encaminho os autos a essa Unidade Técnica para análise dos fatos denunciados no prazo de 05 (cinco) dias. Ao final, retornem os autos conclusos.

Em cumprimento à determinação do Relator, passa-se à análise da documentação.

II - Das alegações da Denúncia:

2.1 - quanto à exigência de certidão negativa de débitos para regularidade trabalhista (item 6.2.2.6 do edital).

A respeito da exigência de que as licitantes apresentem Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, aponta o Denunciante (fl 3);

Sobre esse ponto, necessário mencionar que a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas também possibilita o titular a participar de licitações, conforme a seguir restará demonstrado.

Cita o disposto nos artigos 27 e 29 da Lei 12.440/2011 que alterou tanto a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, ao instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas a ser emitida por um Banco Nacional de Devedores Trabalhistas - BNDT, quanto a Lei Federal n. 8.666/93, ao incluir a regularidade trabalhista entre os requisitos de habilitação em licitações públicas. Neste diploma, o legislador previu a possibilidade da aceitação de certidões positivas com efeitos de negativas fiscais.

Deveria então ser adequado o item 6.2.2.6 do edital à norma legal.

Análise

Dispõe o citado item editalício (fl. 26):

6.2.2 - REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA:

...

6.2.2.6 - Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, expedida pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Quanto aos instrumentos utilizados para comprovar a regularidade fiscal, cumpre aqui destacar o art. 205 c/c art. 206, ambos do Código Tributário Nacional - CTN, que tratam das certidões negativas, a conferir:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

Pelo que se verifica dos dispositivos legais citados, é possível a expedição de certidão negativa de débito ou certidão positiva com efeitos de negativa nos seguintes casos: a) existência de créditos não vencidos; b) quando o processo de execução estiver garantido pela penhora; c) quando a exigibilidade do crédito estiver suspensa. A legislação tributária equiparou a certidão positiva com efeitos de negativa, quanto aos seus efeitos, à certidão negativa, sendo este dois instrumentos aptos para a comprovação da regularidade fiscal.

Nesse sentido, é o aresto do Superior Tribunal de Justiça, a conferir:

RECURSO ESPECIAL Nº 645.192 - SC (20040017910-9)
RELATORA MINISTRA DENISE ARRUDA
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR : PATRÍCIA VARGAS LOPES E OUTROS
RECORRIDO : MARCOS ALEXANDRE GREUL E OUTROS
ADVOGADO : EVANDRO LUIZ MAÇANEIRO E OUTRO
RELATÓRIO A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):
Trata-se de recurso especial interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo TRF da 4ª Região, assim ementado: "TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. INCORPORAÇÃO. ADQUIRENTES DE UNIDADES AUTÔNOMAS DE CONDOMÍNIO RESIDENCIAL. POSSIBILIDADE.

1. A legitimidade para postular em juízo decorre do direito de incorporação conferido pelo art. 43, VI, da Lei 4.591/64, aos adquirentes de unidades imobiliárias cuja incorporadora tenha sido destituída.
2. A legitimidade para pleitear CND resulta da expressa menção feita pelo art. 47, §7º, da Lei 8.212/91.

3. Se o processo de execução estiver garantido através de penhora, resta preenchido o suporte fático do art. 206, CTN, donde possível a expedição de CPD-EN.

4. Apelação parcialmente provida." (fl.1.048)

No presente recurso especial, a autarquia federal aponta violação dos arts. 47, § 7º, da Lei 8.212/91, e 206 do CTN, alegando, em síntese, que é descabida a emissão de certidão negativa de débitos, na medida em que não houve pagamento do débito ou qualquer outra hipótese de suspensão do crédito tributário. Afirmo, outrossim, que "o fato de já existir suposta garantia do juízo em ação de execução fiscal não supre o pagamento das contribuições relativas às unidades autônomas para fins de

suspensão do crédito tributário com vistas à expedição de certidão de regularidade fiscal" (fl. 1.055).
Contra-razões apresentadas às fls. 1.058/1.061.
Admitido o recurso na origem, subiram os autos.
É o relatório.
RECURSO ESPECIAL Nº 645.192 - SC (20040017910-9) VOTO
A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):
A respeito da certidão negativa de débito e da certidão positiva com efeitos de negativa, o Código Tributário Nacional, respectivamente em seus arts. 205 e 206, dispõe o seguinte:
"Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.
Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.
Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa."

Especificamente em relação à segunda hipótese legal, autorizadora da expedição de certidão positiva de débito com efeitos de negativa, a saber, a certidão de que conste a existência de créditos tributários em curso de cobrança executiva em que tenha sido "efetivada" a penhora, convém ressaltar que tanto o Código de Processo Civil quanto a Lei de Execuções Fiscais consideram realizada a penhora mediante a lavratura do respectivo auto ou termo, e não simplesmente com a nomeação dos bens sobre os quais o executado pretende recaia a constrição judicial.

Desse modo, havendo créditos tributários objeto de cobrança através da ação de execução no âmbito da qual já tenha sido efetivada a penhora, cabe ao Fisco fornecer ao executado a certidão negativa de débito ou a certidão positiva com efeitos de negativa.

Outra não é, a propósito, a orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, conforme consta do seguinte precedente:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. CPEN. ART. 206 DO CTN. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.
1. É necessária a suficiência da penhora para que possa ser autorizada a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa.
2. Recurso especial provido." (REsp 705.804/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 10.10.2005)
"TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA - CONDICIONAMENTO À PENHORA QUE SATISFAÇA O DÉBITO EXEQUENDO - LEGALIDADE - PROTEÇÃO AO INTERESSE E AO PATRIMÔNIO PÚBLICO.
1. Não se reveste de ilegalidade a determinação de que a expedição de certidão

positiva com efeito de negativa esteja condicionada à penhora de bens suficientes que garantam o débito exequendo, posto que a exegese do art. 206 do CTN conspira em prol do interesse público.

2. Para ser reconhecido o direito à Certidão Negativa de débito, não basta o oferecimento de bens à penhora. É necessário seja a mesma efetivada, garantindo o débito. Precedente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag 469.422/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 19.5.2003)

No caso dos autos, ficou consignado no acórdão proferido pelo Tribunal de origem que a penhora foi devidamente realizada, garantindo, portanto, o processo executivo (fls. 1.045/1.048). Assim, resta configurada uma das hipóteses previstas no art. 206 do CTN, para que seja expedida a certidão negativa de débitos, qual seja a efetivação da penhora, nos termos da orientação pacificada nesta Corte de Justiça, *in verbis*: "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MATÉRIA NÃO PACIFICADA PELA 1ª SEÇÃO. TRIBUTÁRIO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. COMPENSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA. RECURSO ADMINISTRATIVO PENDENTE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO.IMPOSSIBILIDADE.

1. Nos termos do art. 206 do CTN, pendente débito tributário, somente é viável a expedição de certidão positiva com efeito de negativa nos casos em que (a) o débito não está vencido, (b) a exigibilidade do crédito tributário está suspensa ou (c) o débito é objeto de 'cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora'.

(...)

3. Embargos de divergência a que se dá provimento." (EREsp 641.075/SC, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25.9.2006)

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação supra. É o voto.

Numa análise perfunctória do aresto citado, constata-se que o STJ faz referência à certidão negativa de débito e à certidão positiva com efeitos de negativa para um mesmo fato que desafia a expedição de uma ou de outra certidão, qual seja: créditos tributários objeto de cobrança através da ação de execução no âmbito da qual já tenha sido efetivada a penhora. Neste caso, segundo o STJ, cabe ao Fisco fornecer ao executado a certidão negativa de débito ou a certidão positiva com efeitos de negativa, nos termos dos art. 205 c/c art. 206, ambos do CTN.

A doutrina também atribui à certidão positiva com efeitos de negativa os mesmos efeitos da certidão negativa de débito, a conferir:

Certidão negativa de tributos. Aspectos práticos - por Kiyoshi Harada¹

Dispõe o art. 205 do CTN que a prova de quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa à vista do requerimento do interessado. O prazo para expedição dessa certidão é de dez dias, conforme preceituado no parágrafo único do citado dispositivo legal. As três esferas políticas adotaram a certidão negativa como única forma de comprovar a quitação de tributos, nas mais diversas situações em que se faz necessária a prova de inexistência de débitos tributários.

¹ Sítio eletrônico: <http://jusvi.com/pecas/2606>, consulta realizada em 03/10/2012.

Dessa forma, a certidão negativa de tributos passou a ser uma condição indispensável, em âmbito nacional, para a prática de inúmeros atos como concessão de concordata, extinção de obrigações do falido, desembaraço aduaneiro, participação em certame licitatório, transferência de domicílio para o exterior etc.

A certidão positiva em que constem créditos tributários vincendos ou com exigibilidade suspensa, ou, ainda, sob execução mas, com o juízo garantido pela penhora, surte o mesmo efeito de uma certidão negativa, nos termos do art. 206 do CTN.

[...]

Atualmente, a existência de débito sob o regime de parcelamento não mais impede a expedição de certidão, pois, a Lei Complementar nº 104/01 veio incluir o parcelamento e a moratória entre as hipóteses de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, previstas no art. 151 do CTN.

[...]

Positivamente, na fase administrativa de cobrança de crédito tributário, que se situa entre o trânsito em julgado da decisão administrativa e o ajuizamento da execução fiscal, é perfeitamente possível a obtenção de certidão positiva com efeito de negativa, mediante caução idônea por via de medida cautelar seguida de ação principal, ou por meio de ação ordinária, com pedido de tutela antecipatória.

Logo, considerando a legislação tributária e considerando os entendimentos jurisprudencial e doutrinário, entende-se que é razoável a exigência de certidão negativa de débito, sem indicação expressa da possibilidade de apresentação da certidão positiva de débito com efeitos de negativa, uma vez que o CTN equipara esta certidão, quanto aos seus efeitos, à certidão negativa de débito.

Diante do exposto, este Órgão Técnico, de forma fundamentada e justificada, conclui pela razoabilidade da exigência de certidão negativa de débito trabalhista apenas, ainda mais considerando que é de praxe a Administração Pública aceitar a certidão positiva de débito com efeitos de negativa, mesmo não constando expressamente do edital, concluindo pela inexistência da irregularidade.

Todavia, esta Unidade Técnica recomenda que a Administração inclua nos seus editais a possibilidade dos licitantes poderem apresentar na habilitação a certidão positiva com efeitos de negativa, de forma a dar mais transparência aos licitantes e evitar qualquer questionamento a respeito.

2.2 - quanto à exigência de garantia de 1% sobre o total do valor contratado, que é muito elevado, quando tal deveria incidir sobre o exercício (item 17.1).

Aponta o denunciante que a exigência de 1% sobre o total do valor contratado para efeito de garantia não foi justificada pela Administração, quando deveria incidir sobre o

exercício, sendo este um fator de inibição de participação de licitantes, e pede a alteração do edital (fl. 5).

Análise

A Lei Federal n. 8.666/93, estabelecendo os limites da documentação exigível para habilitação econômico-financeira em certames licitatórios, dispõe, quanto à garantia:

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

...

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no caput e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

...

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

Já o citado artigo 56, que também dispõe sobre modalidades de garantia, assim dispõe:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

O edital da Concorrência n. 002/2017 do Município de Uberaba estipula, como garantia do futuro contrato (fl. 44):

17.1 - O licitante vencedor deverá prestar garantia no ato da assinatura do instrumento contratual, correspondente a 1% (cinco por cento) do valor do Contrato mediante caução em dinheiro, em títulos da dívida pública, em fiança bancária ou seguro garantia.

No entendimento desta Coordenadoria, não procede a afirmação do Denunciante, dado que os termos da garantia constantes do instrumento convocatório enquadram-se nos limites da Lei Federal n. 8.666/93.

Ocorre que o artigo 32, § 5º da Lei diz que: “não se exigirá, para a habilitação de que trata este artigo, prévio recolhimento de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital...” e o item 17.1 do edital não está a exigir a garantia como condição de habilitação, mas “no ato da assinatura do instrumento contratual”.

Jessé Torres Pereira Júnior chega a admitir a exigência desta garantia no momento da habilitação, veja-se²:

..o depósito de garantia (as mesmas arroladas no art. 56, § 1º - caução em dinheiro, em títulos de dívida pública ou fidejussória, ou fiança bancária), em valor não superior a 1% daquele estimado para o objeto da licitação, será exigível já na fase de habilitação, como condição para participar do certame e indicio de saúde econômico-financeira, por isto que compatível com o disposto na parte final do art. 37, XXI, da CF/88; entre outras utilidades, o depósito liminar de garantia poderá servir à satisfação de multa que for imposta ao licitante que, no curso ainda da disputa, praticar ato ilícito “visando frustrar os objetivos da licitação” (aplicação extensiva do disposto nos arts. 87, II e § 1º, e 88, II).

No douto entendimento de Carlos Pinto Coelho Motta³:

A garantia de 1% do valor estimado do objeto da contratação, prevista no inciso III deste artigo como componente facultativo da qualificação econômico-financeira, é criticada por muitos. Cumpre fazer a devida distinção entre a garantia *de participação*, tratada no inciso III ora comentado, e a garantia *contratual*, prevista no art. 56 da Lei 8.666/93.

São, como se vê, garantias *diferenciadas*, apresentadas em momentos processuais diferentes, sendo a primeira no procedimento licitatório e a segunda na contratação.

Para Marçal Justen Filho, a exigência de garantia para *participação* em licitação é incompatível com o disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, por conseguinte, decididamente inconstitucional.

Apesar da respeitável posição do mestre paranaense, permanecemos com o entendimento de que os requisitos limítrofes para habilitação, estipulados nos arts. 27 ao 31, não podem em tese ser considerados inconstitucionais; e sob o ponto de vista prático, especificamente o item III do art. 31 apresenta-se como um dos elementos de maior peso na definição da boa situação financeira de um polilicitante, mormente para objetos de maior vulto.

² PEREIRA FILHO, Jessé Torres in “Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública”, 8ª ed., Renovar, Rio, São Paulo, Recife, Curitiba, 2009, p. 421.

³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho in “Eficácia nas Licitações e Contratos”, 12ª ed., Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2011, p. 435/436.

Ressalve-se, porém, que não é aceitável a exigência, constatada em alguns editais, de efetuar o depósito de tal garantia em data prefixada *anterior* à entrega da documentação. O cumprimento de tal exigência implicaria o conhecimento antecipado, pela Administração, das empresas que participarão da licitação, “aumentando o risco de formação de conluio”. Esse posicionamento é confirmado por orientações dos Tribunais.

Concluindo, a Unidade Técnica alinha-se com esta última posição, no sentido da permissão da estipulação da garantia contratual de 1%, sobre o valor global do futuro contrato, tal como expressa no edital apresentado.

2.3 - quanto ao impedimento de participação de empresas que enfrentam penalidade perante a Administração Pública como um todo, ou perante o Município de Uberaba, ao invés de, tão somente, ser perante a SEMED - Secretaria Municipal de Educação de Uberaba, órgão promotor do certame (item 5.3.3).

Utilizando-se do disposto no artigo 87, inciso III, da Lei Federal n. 8.666/93, o denunciante afirma serem distintos os conceitos de Administração e Administração Pública, sendo este último um conceito muito amplo que engloba toda a administração, seja direta, indireta, municipal, estadual e federal.

Cita doutrina e jurisprudência para combater o item 5.3.3 do edital, por entender que somente a licitante suspensa de licitar perante o órgão público que está promovendo a licitação poderia ver impedida sua participação (fl. 8):

Portanto, requer seja alterado o item em comento, para que seja vedada a participação apenas das empresas que receberam pena de suspensão de licitar e impedimento aplicadas por aquele órgão público licitante, restringindo apenas a Secretaria Municipal de Educação de Uberaba – SEMED, e não a toda Administração Pública Estadual ou Municipal.

De outro, caso não seja entendimento de Vossa Excelência, deverá o item ser aprimorado e deixar bem explícito para que seja vedada a participação apenas das empresas que receberam pena de suspensão de licitar e impedimento aplicadas pelo Município de Uberaba, restringindo apenas aquele Ente Municipal, e não a outros Entes.

Isso porque os itens transcritos na presente peça apenas dizem “Administração Pública Municipal”, não fazendo menção se tal se restringe apenas a referente ao Município de Uberaba ou a qualquer Município do Estado de Minas Gerais ou qualquer outro Estado.

Análise

A suspensão a que se refere o denunciante foi prevista no artigo 87 da Lei Federal n. 8.666/93, conforme segue:

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

...

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

Diz o Denunciante que o instrumento convocatório é ambíguo quanto a esta condição de participação, na medida em que não esclarece se está se referindo à Administração Pública como um todo e a todos os Municípios dentro do território nacional, o que abrange, de acordo com o inciso XI do artigo 6º da Lei 8.666/93: “a Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”, ou se estaria se referindo apenas ao Município de Uberaba.

O edital, no item 5 - Das Condições Para Participação na Licitação, dispõe (fl. 25):

5.1 - Poderão participar desta licitação quaisquer pessoas naturais ou jurídicas sediadas no País, desde que atendam às condições deste Edital.

...

5.3 - Não poderá participar desta licitação pessoa:

5.3.1 - Declarada inidônea por ato do Poder Público;

...

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

No entendimento desta Coordenadoria, o edital mereceria redação mais explícita quanto ao impedimento de participação, já que a pena aplicada quando há inadimplência contratual é a de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração pelo período de 02 anos.

Assim ao limitar a participação na licitação a empresas que não tenham sofrido pena de suspensão imposta pelo Município, de um modo geral, a Prefeitura Municipal de Uberaba está conferindo um caráter permanente à penalidade administrativa, uma vez que a condição imposta independe de lapso temporal.

Veja-se o seguinte julgado do Tribunal de Contas da União que limita a aplicação da sanção administrativa em comento:

TCU - Decisão 352/1998 - Plenário - **Ementa:** Representação formulada por licitante contra o STJ. Inabilitação em Tomada de Preços ante a não apresentação de atestado de capacidade técnica e por punição de suspensão temporária do direito de licitar imposta por outro órgão da Administração Pública. Conhecimento. Procedência parcial. Determinação. Arquivamento. - Licitação. Suspensão temporária de licitante. Considerações.

Voto do Ministro Relator

No entanto, no que se refere ao subitem 2.2 do edital, divergem os pareceres da Unidade Técnica e do Ministério Público. A solução da divergência reside em saber se a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93 - suspensão temporária de participação em licitação - abrange tão-somente o órgão que a aplicou ou, por outro lado, se é extensível a toda a Administração Pública. 3. Sobre o tema, compartilho da opinião da SECEX de que a sanção de que se trata está adstrita ao órgão que a aplicou, pelas seguintes razões. 3.1. O art. 87 da Lei nº 8.666/93 estabelece em seus quatro incisos, dispostos em uma escala gradativa, as sanções que pode a Administração aplicar ao contratado pela inexecução total ou parcial do contrato. **O inciso III prevê a "suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos". Já o inciso IV possibilita a aplicação de sanção ainda mais grave, qual seja: a "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..."**. Tratando-se de matéria de natureza penal (em sentido amplo), deve-se interpretar o comando normativo de forma restritiva (...) Acrescente-se que, se ambas as penalidades, aplicadas por determinado órgão ou entidade, fossem extensíveis a toda a Administração Pública, como entendem alguns autores, não haveria praticamente distinção entre elas, exceto quanto ao prazo de duração: enquanto a inidoneidade perdura no mínimo por dois anos, podendo o apenado, após esse prazo, ser "reabilitado", a suspensão temporária de participação em licitação tem o seu prazo máximo fixado em dois anos... Pelos mesmos motivos expostos, considero também infringente ao princípio da legalidade a inclusão, no subitem 2.2 do edital da TP n 23/95 do STJ, de disposição tendente a impedir a participação no processo licitatório de firma que "haja tido contrato de prestação de serviço rescindido por motivos inclusos no art. 78, incisos I a IV", da Lei 8.666/93, exceto se a rescisão contratual tenha ocorrido no âmbito daquele Tribunal. Ante todo o exposto, com as vênias de praxe por dissentir do Ministério público, VOTO, acolhendo os pareceres da 3ª SECEX, por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto a este Plenário.

Decisão

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 1. conhecer da presente Representação para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente; 2. **determinar ao Superior Tribunal de Justiça que, em observância ao princípio da legalidade, não mais inclua nos seus editais de licitação cláusula impeditiva de participação, no respectivo certame, de interessados eventualmente apenados por outro órgão ou entidade da Administração Pública (art. 6º, inciso XI, da Lei nº 8.666/93), com a sanção prevista no art. 87, inciso III, desse diploma legal, ou ainda que tenham tido seus contratos, firmados com os mencionados órgãos e entidades, rescindidos com fulcro nos incisos I a IV do art. 78 da referida Lei;** 3. encaminhar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e do Voto que a fundamentam, à interessada e ao STJ; 4. determinar o arquivamento do presente processo.

Assim, também, o Superior Tribunal de Justiça tem decisão:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SANÇÃO IMPOSTA A PARTICULAR. INIDONEIDADE. SUSPENSÃO A TODOS OS CERTAMES DE LICITAÇÃO PROMOVIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE É UNA. LEGALIDADE. ART. 87, INC. II, DA LEI 8.666/93. RECURSO IMPROVIDO.

I - A Administração Pública é una, sendo, apenas, descentralizada o exercício de suas funções.

II - A Recorrente não pode participar de licitação promovida pela Administração Pública, **enquanto persistir a sanção executiva**, em virtude de atos ilícitos por ela praticados (art. 88, inc. III, da Lei n.º 8.666/93). Exige-se, para a habilitação, a idoneidade, ou seja, a capacidade plena da concorrente de se responsabilizar pelos seus atos.

III - Não há direito líquido e certo da Recorrente, porquanto o ato impetrado é perfeitamente legal." - (RMS nº 9.707, 2ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 20/5/2002).

Além da questão temporal, esta Coordenadoria entende que o impedimento à participação previsto no item 5.3.3 do edital, no caso da modalidade de concorrência, seria apenas perante o órgão licitante, e não perante toda a municipalidade, já que, conforme define o art. 6º da Lei nº 8.666/93, incisos XI e XII, os conceitos para Administração e Administração Pública são distintos. Sempre que a referida lei referir-se à Administração, fá-lo-á no sentido do art. 6º, XII. E quando aludir à Administração Pública, emprega a aceção do art. 6º, XI da Lei referida.

De acordo com os ensinamentos do autor Jessé Torres Pereira Júnior⁴:

[...] "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 adota. O mesmo art. 87, IV, proíbe a empresa declarada inidônea de licitar e de contratar com a 'Administração Pública', vale dizer, com todos os órgãos e entidades da Administração pública brasileira, posto ser esta a definição inscrita no art. 6º, XI."

No caso em tela, o edital impede a participação de "empresa impedida de licitar ou contratar com a Administração Pública Municipal". Sendo assim, se aplicada esta condição, a empresa sancionada fica **impedida** perante todas as licitações e contratações em todas as esferas do Poder Municipal.

⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres in "Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública". 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Tomando-se duas correntes a respeito da matéria, a primeira é **restritiva**, por considerar o impedimento e a suspensão apenas em relação ao órgão que aplicou a penalidade. O autor Jessé Torres Pereira Júnior esclarece a respeito:

..a diferença do regime legal regulador dos efeitos da suspensão e da declaração de inidoneidade reside no alcance de uma e de outra penalidade. Aplicada a primeira, fica a empresa punida impedida perante as licitações e contratações da Administração; aplicada a segunda, a empresa sancionada resulta impedida perante as licitações e contratações da Administração Pública. Assim é porque, em seu art. 6º, a Lei nº 8.666/93 adota conceitos distintos para Administração e Administração Pública. (...) **Por conseguinte, sempre que artigo da Lei nº 8.666/93 referir-se a Administração, fá-lo-á no sentido do art. 6º, XII. E quando aludir a Administração Pública, emprega a acepção do art. 6º, XI". Completa, ainda, que "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 (sic) perante o órgão, a entidade ou a unidade administrativa que aplicou a penalidade, posto que esta é a definição que a lei adota.** O mesmo art. 87, IV, proíbe a empresa declarada inidônea de licitar e de contratar com a 'Administração Pública', vale dizer, com todos os órgãos e entidades da Administração pública brasileira, posto ser esta a definição inscrita no art. 6º, XI. Tanto que o art. 97 tipifica como crime 'admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo', o que abrange todo o território nacional. (...) E não há crime em admitir à licitação ou contratar empresa suspensa".⁵

A segunda corrente é **extensiva em relação a toda a Administração Pública** e pode ser ilustrada com o Acórdão do STJ, em julgamento do REsp 151.567/RJ:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

- A Administração é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

- A limitação dos efeitos da "suspensão de participação de licitação" não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

- Recurso especial não conhecido.(STJ, T2 - Segunda Turma, REsp 151.567/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 25/02/2003, p. DJ 14/04/2003).

⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres in "Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública". 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 858/859. (<https://www.zenitefacil.com.br/pesquisalegislacoes?idparagrafo=15261>)

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a punição não deve produzir seus efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que aplicou a punição, mas a toda a Administração Pública, com o intuito de salvaguardá-la, impedindo a empresa apenas de celebrar contrato durante o período de suspensão. Foi esta a adotada pela Prefeitura Denunciada.

Para melhor esclarecimento, agora versando sobre a modalidade Pregão, acresce-se o entendimento expresso no Acórdão do TCU n. 2.242/2013 que é também elucidativo e representa uma terceira corrente:

3. A sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador, enquanto a prevista no art. 7º da Lei 10.520/02 produz efeitos no âmbito do ente federativo que a aplicar.

Representação versando sobre pregão eletrônico promovido pelo Serviço Federal de Processamento de Dados - Regional de São Paulo (Serpro/SP) apontara possível restrição à competitividade decorrente de disposição editalícia vedando a participação de empresas “que estejam com o direito de licitar e contratar suspenso com o SERPRO e/ou outros órgãos da Administração Pública, bem como tenham sido declaradas inidôneas pela mesma”. Em juízo de mérito, realizadas as oitivas regimentais após concessão da cautelar pleiteada pelo representante, o relator esclareceu que o Plenário do TCU vem “reafirmando a ausência de base legal para uma interpretação da norma que amplie os efeitos punitivos do art. 87, inciso III [suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos], da Lei 8.666/1993 a todos os entes e órgãos da Administração Pública (Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012, 3.465/2012, 842/2013, 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013, todos do Plenário)”. A propósito, lembrou que o voto condutor do Acórdão 3.439/2012-Plenário sintetizou os elementos nos quais se funda a posição do TCU sobre a matéria: “a) as sanções do art. 87 da Lei 8.666/93 estão organizadas em ordem crescente de gravidade e, ao diferenciar aspectos como duração, abrangência e autoridade competente para aplicá-las, o legislador pretendia distinguir as penalidades dos incisos III e IV [declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública]; b) **em se tratando de norma que reduz o direito de eventuais licitantes, cabe interpretação restritiva; c) o art. 97 da Lei de Licitações, ao definir que é crime admitir licitação ou contratar empresa declarada inidônea, reforça a diferenciação entre as penalidades de inidoneidade e suspensão temporária/impedimento de contratar, atribuindo àquela maior gravidade**”. Noutro giro, versando agora sobre os limites de sanção correlata prevista na Lei do Pregão (Lei 10.520/02, art. 7º – impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), e diante da possibilidade de que o Serpro/SP venha a conferir demasiado alcance a esse dispositivo, consignou o relator que “a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos do Plenário 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013) é firme no sentido de que tal penalidade impede o concorrente punido de licitar e contratar apenas no âmbito do ente federativo que aplicou a sanção, em consonância com o que dispõe o art. 40, inciso V e § 3º, da IN SLTI 2/2010”. Nesse sentido, e tendo em vista que as falhas verificadas não comprometeram efetivamente a competitividade do certame e tampouco frustraram o objetivo da contratação, o Plenário do TCU, acolhendo a proposta do relator, considerou parcialmente procedente a representação, revogando a cautelar expedida e cientificando o Serpro/SP de que “**a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em**

relação ao órgão ou entidade sancionador, enquanto a prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 produz efeitos apenas no âmbito interno do ente federativo que a aplicar”.⁶ (Grifos originais)

Entende, esta Unidade Técnica, frente aos argumentos acima citados, *s. m. j.*, que é indubitável a conduta de salvaguardar a Administração Pública contra pessoas jurídicas inaptas à contratação ou com idoneidade contestável, cabendo ao Órgão contratante, por meio do devido processo legal, sancionar as empresas comprovadamente inidôneas.

Mas não cabe à Administração olvidar os princípios basilares da licitação, em especial, no caso em tela, o da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade e, em se tratando da aplicação de sanções, o ato sancionador deve ser praticado em observância a estes princípios. E caso não se mostre proporcional à infração praticada, poderá ser revisto, ou mesmo ter sua nulidade declarada pelo Poder Judiciário.

Ainda, no tocante à interpretação da lei quanto à aplicação de penalidades, além dos princípios que regem a Administração Pública, insculpidos no *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988, e daqueles previstos na Lei 8.666/93, alguns princípios fundamentais do Direito Penal também devem ser observados.

No tocante ao impedimento de licitar e contratar com a Administração, a suspensão temporária de participar de licitação, é uma das penalidades mais graves contidas na Lei n. 8.666/93, e comprovou-se que não há unanimidade quanto à sua interpretação, seus efeitos e abrangência, o que certamente deixa os contratados em posição de vulnerabilidade.

Ao aplicar as regras de hermenêutica ao texto legal que estabelece as penalidades, não é razoável optar pela interpretação mais grave. Destarte, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, deve ser considerada a possibilidade de o fato punível ser apenado adequadamente: para uma infração branda, uma penalidade branda; para uma infração grave, uma penalidade grave.

Para corroborar esta colocação cita-se matéria extraída do sítio <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47499/45245>:

⁶Acórdão 2242/2013-Plenário, TC 019.276/2013-3, relator Ministro José Múcio Monteiro, 21.8.2013. ([Http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos/list-paginacao/2.htm](http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos/list-paginacao/2.htm))

Volvendo-se ao Direito Administrativo, o princípio da proporcionalidade, segundo texto produzido, em março de 1996, pelo Grupo de Estudos da Justiça Federal de Primeira Instância de Curitiba/PR, evoca noção lapidar: "O princípio da proporcionalidade é um desenvolvimento do princípio do Estado de Direito. Significa ele, em termos simples, que o Estado, para atingir os seus fins, deve usar só dos meios adequados a esses fins e, dentre os meios adequados, só daqueles que sejam menos onerosos para o cidadão".⁷

Assim, a Administração Pública, ao impor penalidade ao particular, deve atuar da maneira menos lesiva, balizando-se sempre pela adequação entre meios e fins e a necessidade de preservação do interesse público, além da observância da interpretação restritiva na aplicação de pena e do respeito ao pacto federativo, previsto no art. 2º da Constituição Federal de 1988, que confere autonomia aos entes políticos.

Concluindo, o disposto no item 5.3.3. do Edital em análise fere o princípio da ampla participação e competitividade, uma vez que impede que potencial concorrente venha a participar da licitação, ainda que já tenha decorrido o prazo da penalidade imposta e por ser extensiva a toda a Administração Municipal, vez que esta deve ser no âmbito do órgão licitante.

Então, procedente a alegação do Denunciante.

2.4 - quanto a não aplicação ao certame da Lei Complementar n. 123/2006 e de todo o tratamento diferenciado previsto para microempresas e empresas de pequeno porte.

Afirma o reclamante que o tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar n. 123/2006 não foi contemplado no edital sob análise, qual seja os pontos referentes a aspectos tributários, aspectos trabalhistas e previdenciários e aspectos relativos a acesso a crédito a ao mercado, quanto a preferências nas aquisições públicas, quais sejam (fl. 11/17):

- regularidade fiscal;
- tratamento diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte;
- possibilidade de subcontratação de ME ou EPP;
- regime de cota reservada para aquisição de bens de natureza divisível;
- margem de preferência para MEs e EPPs.

⁷ O princípio da proporcionalidade e Direito Administrativo. Ajufe, (49):63, mar/abr-1996.

E finaliza (fl. 17):

Tais omissões restam que injustificadas, já que o ordenamento jurídico regulamentador da matéria prevê um tratamento diferencial a referidas empresas, como uma maneira de incentivar a economia Estadual, salientando o fato da existência de certames dando total exclusividade ao pequeno empresário. Todavia veio a autoridade da concorrência em comento, excluir tais direitos, desestimulando assim a participação da microempresa. Omissões estas sem qualquer calço na legalidade o qual fere os princípios da Administração Pública, qual seja, da livre concorrência.

Análise

Retira-se do preâmbulo do edital da Concorrência Pública no. 002/2017 do Município de Uberaba (fl. 22):

O **Município de Uberaba/MG** fará realizar licitação, sob a modalidade de **CONCORRÊNCIA**, regida pela Lei Federal nº 8.666/1993 e demais normas aplicáveis à espécie...(GN)

Ora, não se pode, em princípio, dizer que a Administração não iria respeitar os termos da Lei Complementar n. 123/2006, como afirmado pelo Denunciante.

Esta Coordenadoria tem entendido pela desnecessidade de trazer para cada edital publicado pela Administração os termos da legislação de regência, pois resta implícito o dever de cumprimento, o que inclui a aplicação do art. 43 da LC 123/2006, que trata da regularidade fiscal. Veja-se os termos de Ementa relativa à decisão proferida em sessão da Primeira Câmara desta Corte, datada de 16/05/2017, nos autos da Denúncia n. 932.254, Relatora a Conselheira Adriene Andrade:

A inexistência de cláusulas relativas à aplicação da Lei Complementar nº 123/2006 não constitui uma irregularidade, uma vez que é obrigatória a concessão do tratamento diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte, independentemente de haver previsão expressa nesse sentido no ato convocatório (LC nº 123/2006, arts. 42 e 45).

Entretanto, há que se apurar se, no edital caso sob exame, em consonância com os dispostos nos artigos 47 e 48 da Lei Complementar, não haveria que ser observado uma reserva de R\$80.000,00 (oitenta mil reais) exclusivamente para participação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Veja-se o que dispõe o referido diploma:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento

diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - **deverá** realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - **poderá**, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - **deverá** estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 2º Na hipótese do inciso II do **caput** deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

§ 3º Os benefícios referidos no **caput** deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - (Revogado);

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. (GN)

O edital da Concorrência Pública n. 002/2017 da Prefeitura Municipal de Uberaba dividiu seu objeto em dois itens distintos, a saber, o item 1 relativo aos serviços de preparo da alimentação para os escolares da rede pública de ensino e o item 2 relacionada ao fornecimento dos gêneros alimentícios necessários para o preparo da alimentação. Veja-se o Anexo I, que contém as especificações e o orçamento estimado para a licitação, fl. 47.

A Lei Complementar que favorece MEs e EPPs estipula duas regras de favorecimento:

- nas licitações, ou nos itens, com estimativa de preço inferior à R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), tornou-se obrigatória a participação exclusiva de microempresas (ME), empresas de pequeno porte (EPP) (art. 48, I).

- nas licitações de aquisição de bens de natureza divisível, passou a ser obrigatório o estabelecimento de cotas de 25% do objeto para as ME, EPP (art. 48, III).

Se ao item 1 do objeto poderia não caber a reserva de acordo com o comando legal, ao menos quanto ao item 2, que trata do fornecimento dos insumos, portanto, objeto de natureza divisível, deveria o edital ter previsto esta hipótese. Registre-se não constar nenhuma justificativa por parte da Administração, no bojo do edital apresentando nos autos, para a omissão.

O artigo 49 da mesma Lei Complementar previu a não aplicação do disposto nos artigos anteriores, 47 e 48 em três situações não reconhecidas neste edital, a saber, quando:

I - (Revogado)

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

Verifica-se que o edital não contemplou as regras obrigatórias de favorecimento às ME e EPP relativamente ao item 2 do objeto, que apresenta valor significativo (o item 1 no valor total de R\$26.542.929,00 e o item 2 no valor total de R\$991.229,70), estando, portanto, irregular.

Vale destacar, em princípio, que os enunciados das inovações contidas na Lei Complementar n. 123/2006 trouxeram conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas intervenientes, que demandariam norma regulamentadora, entretanto, as disposições são autoaplicáveis. Lado outro, nota-se que os dois incisos do art. 48 deste diploma trazem obrigatoriedades claras para a Administração.

É indiscutível que licitações com estimativa de preço inferior a R\$ 80.000,00 deverão ter participação exclusiva de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP). Dessa forma, pode-se entender que a cota de 25% indicada no inciso III do art. 48 deva ser aplicada aos itens de valor superior a R\$ 80.000,00, vez que os de valor inferior já seriam exclusivos em sua totalidade. Ressalte-se que cada item (ou lote), quando o julgamento é por item (ou lote), representa uma licitação independente. Assim, é necessário que se faça uma análise independente, item por item.

Nesse ponto, oportuno trazer orientação normativa da Advocacia Geral da União:

Orientação normativa nº 47, de 25 de abril de 2014: "Em licitação dividida em itens ou lotes/grupos, deverá ser adotada a participação exclusiva de microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa (art. 34 da lei nº 11.488, de 2007) em relação aos itens ou lotes/grupos cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não haja a subsunção a quaisquer das situações previstas pelo art. 9º do decreto nº 6.204, de 2007."

Esta também é a orientação da Consultoria Zênite⁸

(...)

Nas licitações processadas por itens, cada item corresponde a um objeto a ser disputado entre os licitantes interessados de forma autônoma e independente em relação aos demais, de sorte que, ao final do certame, cada item será adjudicado e, posteriormente, contratado com o seu vencedor.

(...)

Essa condição permite o cadastramento de um procedimento licitatório no Sistema de Compras Eletrônicas contando com vários itens a serem disputados, devendo-se aplicar, a cada um deles, regras e condições próprias, a exemplo das licitações reservadas exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00.

(...)

Segundo o Plenário do TCU no Acórdão nº 2.957/2011, as licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, competindo ao órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas tanto as realizadas pelos patrocinadores da ata quanto as promovidas pelos aderentes, o limite máximo de R\$ 80.000,00 em cada item da licitação.

Em vista do exposto, nas licitações processadas por itens, a Administração estará obrigada a reservar à participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte aqueles itens cujo valor seja inferior a R\$ 80.000,00, na forma do

⁸ Microempresas e empresas de pequeno porte – Licitação exclusiva – Aplicação da medida nas licitações processadas por itens. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 251, p. 88, jan. 2015, seção Perguntas e Respostas.

art. 48, inc. I, da Lei Complementar nº 123/06, ainda que o somatório do valor de todos os itens supere esse montante. (GN)

A interpretação aqui, parece-nos, deve priorizar o favorecimento à participação de MEs e EPPs, seguindo o que prescreve o art. 47 da LC n. 123/06, que o tratamento diferenciado objetiva a “*promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica*”. Dessa forma, o art. 48 contém as regras para se atingir esse favorecimento e seu inciso I obriga que se dirija as licitações até R\$ 80.000,00 para ME e EPP.

Há razoabilidade em interpretar que o inciso III trata das licitações maiores e, ao reservar o limite de um quarto do objeto para ME e EPP, **sem estabelecer percentual exato**, objetiva evitar que licitações de valor muito elevado tenham grandes quantidades reservadas às ME e EPP, fora de sua capacidade de fornecimento, interferindo despropositadamente no mercado das empresas maiores.

Em atendimento ao postulado inserido no art. 47 da LC n. 123/2006, parece ser uma interpretação aceitável, *s.m.j.*, que, se 25% do objeto representar valor até R\$ 80.000,00, seja reservado o percentual exato de 25%. Se representar valor superior a R\$ 80.000,00, reserve-se percentual inferior, cujo valor não supere os R\$ 80.000,00, por exemplo, se uma licitação tem valor estimado em R\$ 1.000.000,00, o percentual de 25% representaria R\$ 250.000,00, nesse caso, poder-se-ia reservar R\$ 80.000,00, que na verdade seria 8% do objeto.

Verifica-se que no exemplo da tabela acima, que o valor de R\$ 80.000,00, aplicado ao valor estimado para o item 2 do Anexo I do edital, deveria ser reservado exclusivamente para MEs e EPPs. O mais representa o restante da quantidade original prevista no edital, a ser destinada à participação ampla do mercado.

Ex positis, esta Unidade Técnica entende que o Lote 2, nas Especificações e Orçamento Estimado, fl. 47, não atende às disposições legais quanto ao tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, precipuamente ao art. 48, III, da LC n. 123/2006.

Quanto aos apontamentos do Denunciante relativos a não inserção, no edital, da possibilidade de subcontratação, bem como a aplicação da margem de preferência para

microempresas e empresas de pequeno porte, ressalve-se que a lei de regência “faculta” estas possibilidades ao administrador, entretanto, não “obriga”, sendo assim um ato discricionário da Administração. Conforme citação feita pelo Denunciante (fl. 15 e 16):

II - **poderá**, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (gn)

Lei Complementar n. 147/2014

...

Art. 48.

...

§ 3º Os benefícios referidos no caput deste artigo **poderão**, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 5% do melhor preço válido. (incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Entende ser recomendável, afinal, a inserção no título 5, Condições para Participar na Licitação, de cláusula relativa à participação exclusiva de ME e EPP.

Insta, também, observar, que, até mesmo quanto ao item 1 do objeto contemplado neste edital, a Administração deveria justificar porque não contemplou a reserva legal de R\$80.000,00 para MEs e EPPs, atendendo à necessária justificativa para a excepcionalidade, na hipótese do inciso III do art. 49 da LC n. 123/2006.

III - Conclusão

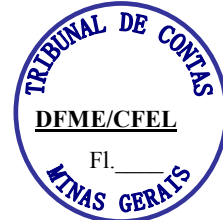
Diante do exposto, após análise perfunctória do edital da Concorrência Pública n. 002/2017, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Uberaba, em face da Denúncia, este Órgão Técnico entende pela procedência das seguintes irregularidades:

- o item 5.3.3 que limita a concorrência, por estender o impedimento de participação de licitantes além do prazo da sanção prevista na lei e a toda a Administração Pública Municipal, sendo que deveria ser apenas à Secretaria Municipal de Educação - SEMED;

- o Lote 2, especificado no Anexo I ao edital - Especificações e Orçamento Estimado, não atende à disposição legal, quanto ao tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, precipuamente ao art. 48, III, da Lei Complementar Federal n. 123/2006, bem como carece de justificativa a não aplicação ao Lote 1 do mesmo Anexo (art. 49, III, da Lei Complementar).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
DIRETORIA DE FISCALIZAÇÃO DE MATÉRIAS ESPECIAIS
COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DE EDITAIS DE LICITAÇÃO



Esta Unidade Técnica entende, ainda, que possa ser recomendado ao Município que inclua nos seus editais a possibilidade de licitantes poderem apresentar, para efeito de regularidade fiscal, no momento da habilitação, certidões positivas com efeitos de negativa, de forma a dar mais transparência aos licitantes e evitar qualquer questionamento a respeito.

Ante as irregularidades observadas, **sessão pública de abertura dos envelopes prevista para o dia 11/09/2017**, entende este Órgão Técnico, *s.m.j.*, que este Tribunal poderá determinar aos responsáveis, Srs. Paulo Piau Nogueira, Prefeito Municipal, e Carlos Eduardo do Nascimento, Presidente da Comissão Permanente de Licitações que se manifestem a respeito dos apontamentos constantes desta análise, apresentando documentos e justificativas pertinentes.

À consideração superior,
CFEL, em 6 de setembro de 2017.

Evelyn Simão
Analista de Controle Externo
TC-02305-9