



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

MANIFESTAÇÃO PRELIMINAR

Denúncia n. 1.095.359

Excelentíssimo Senhor Relator,

I RELATÓRIO

Trata-se de denúncia, formulada por Stephannie Camillo KIAMCA, em face de supostas irregularidades no Edital do Pregão Eletrônico n. 184/2020 – Processo Licitatório n. 1451044.000184/2020, promovido pela Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, cujo objeto é a preparação, produção e fornecimento contínuo de refeições e lanches prontos, na forma transportada, às Unidades Prisionais do Lote 239: Centro de Remanejamento do Sistema Prisional – Ceresp Contagem e Carceragem do Fórum de Contagem, Complexo Penitenciário Nelson Hungria, Presídio de Ibirité e Presídio de Juatuba, em lote único, assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas. As refeições deverão ser destinadas a presos e servidores públicos a serviço no Centro de Remanejamento do Sistema Prisional – Ceresp Contagem e Carceragem do Fórum de Contagem, Complexo Penitenciário Nelson Hungria, Presídio de Ibirité e Presídio de Juatuba, com valor estimado em R\$ 31.805.526,16 (trinta e um milhões, oitocentos e cinco mil, quinhentos e vinte e seis reais e dezesseis centavos) (cód. arquivo: 2251363, n. peça: 01).

O relator indeferiu o pedido liminar e determinou a realização de diligência (cód. arquivo: 2255777, n. peça: 05).

A denunciante e os denunciados foram intimados (cód. arquivo: 2259081, 2259084, 2259087, 2259089, 2259111, 2261293 e 2261302, n. peça: 06/12).

A unidade técnica deste Tribunal apresentou seu estudo (cód. arquivo: 2268445 e 2268446, n. peça: 14/15).

Foi concedida vista do processo ao Ministério Público de Contas.

É o relatório. Passo a me manifestar.

II FUNDAMENTAÇÃO



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

1 Oportunidade de aditamento da denúncia pelo Ministério Público de Contas

Necessário esclarecer que, em se tratando de manifestação preliminar, cumpre ao Ministério Público de Contas realizar análise quanto à necessidade de aditamento da denúncia e das eventuais inovações da unidade técnica, para, depois de oportunizado o contraditório, emitir, enfim, parecer conclusivo. É essa a sistemática introduzida pela Resolução n. 07/2009 deste Tribunal.

Nesse sentido, não obstante a possibilidade de ter o ente concluído o procedimento licitatório e assinado contrato com a sociedade empresária vencedora do certame, cumulam-se às irregularidades tratadas na denúncia as seguintes:

1.1 Exigência de que o responsável técnico faça parte do quadro permanente da sociedade empresária

O item 21.2.2., p. 37 do edital convocatório (n. peça: 1, cód. arquivo: 2251363), exige que a sociedade empresária apresente declaração de que possui em seu quadro permanente um responsável técnico pelos serviços a serem prestados durante toda a execução do contrato.

Ainda no mesmo item, o edital estabelece que a comprovação de que o responsável técnico indicado pertence ao quadro permanente da licitante se fará por meio da apresentação de cópia do contrato social, cópia da ficha de empregado ou cópia do contrato de trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo, por meio da cópia de contrato de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum.

Ocorre que a exigência de comprovação de vínculo permanente com profissional incumbido de realizar, em caso de contratação, certas atividades de ordem técnica pode ser considerada abusiva, tendo em vista que a melhor exegese da Lei não traz tal requisito. Nesse sentido leciona Marçal Justen Filho:

Não é possível, enfim, transformar a exigência de qualificação técnica profissional em uma oportunidade para garantir “emprego” para certos profissionais. Não se pode conceber que as empresas sejam obrigadas a contratar, sob vínculo empregatício, alguns profissionais apenas para participar da licitação. A interpretação ampliativa e rigorosa da exigência de vínculo trabalhista se configura como uma modalidade de distorção: **o fundamental, para a Administração Pública, é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus trabalhos por ocasião da execução do futuro contrato. [...] É suficiente, então, a existência de contrato de prestação de serviços, sem vínculo**



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

trabalhista e regido pela legislação civil comum.¹

Tal possibilidade também não se coaduna com o entendimento do Tribunal de Contas da União:

[...] 8. O artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, utiliza a expressão "qualificação técnico-profissional" para indicar a existência, nos quadros permanentes de uma empresa, de profissionais em cujo acervo técnico conste a responsabilidade pela execução de obras ou serviços similares àqueles aspirados pelo órgão ou entidade da Administração.

9. Todavia, há que se atentar para o fato de que a Lei nº 8.666/93 não define o que seja "quadro permanente". Assim, essa expressão poderia ser compreendida como o conjunto de pessoas ligadas à empresa de modo permanente, sem natureza eventual, por meio de vínculos de natureza trabalhista e/ou societária. Esse conceito, entretanto, reclama certa ampliação nas hipóteses em que a autonomia no exercício da profissão descaracteriza o vínculo empregatício sem afastar a qualificação do sujeito como integrante do quadro permanente, como é o caso dos profissionais da área de engenharia.

10. A exigência de que as empresas concorrentes possuam vínculo empregatício, por meio de carteira de trabalho assinada, com o profissional técnico qualificado mostra-se, ao meu ver, excessiva e limitadora à participação de eventuais interessados no certame, uma vez que o essencial, para a Administração, é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus serviços no momento da execução de um possível contrato. Em outros termos, o sujeito não integrará o quadro permanente quando não estiver disponível para prestar seus serviços de modo permanente durante a execução do objeto do licitado.

11. A regra contida no artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, não pode ser tomada em caráter absoluto, devendo-se sopesá-la diante dos objetivos que se busca alcançar com a realização das licitações, quais sejam, a garantia de observância ao princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

12. Assim, se o profissional assume os deveres de desempenhar suas atividades de modo a assegurar a execução satisfatória do objeto licitado, o correto é entender que os requisitos de qualificação profissional foram atendidos. Não se pode conceber que as empresas licitantes sejam obrigadas a manter profissionais de alta qualificação, sob vínculo empregatício, apenas para participar da licitação, pois a interpretação ampliativa e rigorosa da exigência de vínculo trabalhista se configuraria como uma modalidade de distorção.

13. Atender, no caso em tela, à letra fria desse dispositivo, sem considerar os objetivos da Administração e os limites de exigência de qualificação técnica, suficientes para a garantia do cumprimento das obrigações, seria desbordar para o formalismo que se basta em si mesmo, sem ter em vista qualquer outro objetivo consentâneo com o interesse público.

14. As exigências de qualificação técnica, sejam elas de caráter técnico profissional ou técnico operacional, portanto, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza de competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública. Devem constituir tão somente garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais.

15. Nesse sentido, entendo que seria suficiente, segundo alega a representante, a comprovação da existência de um contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum.

16. Esse posicionamento encontra guarida no entendimento segundo o qual a Constituição Federal somente autoriza exigências que configurem um mínimo de segurança. Portanto, não há de se admitir exigências que vão além disso com base no argumento de que a segurança da Administração restaria ampliada, na medida em que o máximo de segurança corresponderia, inequivocamente, ao máximo da restrição. E essa não é a solução proclamada pela Carta Magna.

17. Desse modo, os fatos noticiados pela representante refletem, ao meu ver, a prática de ato contrário aos princípios norteadores e ao caráter competitivo dos procedimentos

¹ Justen Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12 ed. Ed. Dialética. 2008. São Paulo. p. 425.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

licitatórios.²

Dessa feita, reputar-se-ia suficiente para o atendimento do interesse público que o profissional arrolado no citado item do edital se comprometesse a participar da execução do contrato que eventualmente seja firmado com a Administração Pública, providência essa que independe da existência de vínculo permanente com a sociedade empresária interessada em participar do certame.

1.2 Exigência de quitação junto à entidade de classe

Os itens 21.2.1.2. e 21.2.1.3. do instrumento convocatório estabelecem a obrigatoriedade de que as sociedades empresárias licitantes, na fase de habilitação, apresentem certificado de registro e quitação junto ao mesmo Conselho Regional que registrou o atestado de capacidade técnica.

Ocorre que a regularidade no pagamento de anuidades diz respeito ao conselho profissional e às sociedades empresárias registradas. Não cabe, portanto, à Administração aviar medida no sentido de compelir a adimplência das sociedades empresárias junto a determinado conselho regional, mormente porque a regularidade no seu pagamento não possui repercussão na execução contratual. Apenas o conselho profissional possui competência para tanto, conforme se depreende do seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM. FALTA DE PAGAMENTO DE ANUIDADES. CANCELAMENTO DO REGISTRO PROFISSIONAL. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE COBRANÇA POR MEIO DE EXECUÇÃO FISCAL.

I - Os Conselhos de Fiscalização Profissional são autarquias especiais e suas anuidades têm natureza de taxa. A cobrança das contribuições em atraso deve ser realizada através de execução fiscal e não por intermédio da coação ilícita que representa o cancelamento do registro do profissional de saúde.

II - Recurso especial improvido.³

Registre-se que a Lei n. 8.666/93 estabelece em seu art. 30, I, que se possa exigir a comprovação de registro ou inscrição na entidade profissional competente como requisito da qualificação técnica. Isso não se confunde, todavia, com a exigibilidade de comprovação de quitação de anuidade, taxa e outros emolumentos por parte da sociedade empresária perante a entidade profissional.

Acrescente-se que o Tribunal de Contas da União, considerando ilegal a exigência de comprovação de quitação de anuidade junto a conselhos profissionais, já

² Acórdão 2297/2005 – Plenário, TCU.

³ REsp 552.894/SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 25/11/2003, DJ 22/03/2004 p. 240



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

determinou que não deveriam ser incluídas, “nos atos convocatórios de futuras licitações, cláusulas que exijam a comprovação de quitação de anuidade junto ao CREA, ante o disposto no art. 30, I, da Lei n. 8.666/93”.⁴

Em face disso, tem-se que o item do instrumento convocatório em comento é irregular.

1.3 Necessidade de parcelamento do objeto licitado

Segundo consta do edital, o objeto do certame é a preparação, produção e fornecimento contínuo de refeições e lanches prontos, na forma transportada, às Unidades Prisionais do Lote 239: Centro de Remanejamento do Sistema Prisional – Ceresp Contagem e Carceragem do Fórum de Contagem, Complexo Penitenciário Nelson Hungria, Presídio de Ibirité e Presídio de Juatuba, em lote único.

Importa então considerar que a Lei n. 8.666/1933, em seu art. 23, §1º, dispõe o seguinte:

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.

Para tal aferição, “viabilidade técnica” deve ser entendida como sendo a possibilidade de divisão do objeto sem causar prejuízo na qualidade ou inviabilidade de sua execução. Já a viabilidade econômica relaciona-se com o risco de o fracionamento ocasionar ou não o aumento do preço unitário pago pela Administração Pública, sendo oportuno nesse contexto reproduzir a seguinte advertência de Marçal Justen Filho:

[...] o fundamento jurídico do fracionamento consiste na ampliação das vantagens econômicas para a Administração. Adota-se o fracionamento como instrumento de redução de despesas administrativas. A possibilidade de participação de maior número de interessados não é o objetivo imediato e primordial, mas via instrumental para obter melhores ofertas (em virtude do aumento da competitividade). Logo, a Administração não pode justificar um fracionamento que acarretar elevação de custos através do argumento de benefício a um número maior de particulares.⁵

No mesmo sentido, transcreve-se trecho do voto do relator da Consulta n. 741.568, sessão de 06/08/2008:

Ao contrário do que comumente se apregoa, o parcelamento da execução do objeto pretendido pela Administração não é vedado. A vontade legislativa, preconizada nos incisos

⁴ Acórdão nº 1.314/2005, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, DOU de 12/09/2005.

⁵ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. Dialética. São Paulo: 2008, p. 259.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

mencionados do art. 23, impõe ao administrador o dever de parcelar desde que não ocorram impedimentos de ordem técnica e econômica. Com isso se privilegia o princípio da competitividade e o desenvolvimento da economia local na busca pela melhor oferta. Ao prever o respeito à modalidade cabível para o somatório global, na parte final do § 2º do art. 23, o legislador acautelou-se contra o fracionamento indevido, que se caracteriza quando o administrador, de forma ilegal, vale-se de exigências e procedimentos menos formais visando, deliberadamente, a fugir da modalidade de licitação legalmente determinada pelo valor.

Assim sendo, tem-se que a opção pelo parcelamento do objeto é a regra e não a exceção, razão pela qual sua não adoção deve estar técnica e previamente justificada na fase interna da licitação – sendo certo que a não realização desse procedimento, por si só, configura irregularidade cuja gravidade é hábil a ensejar a aplicação de sanções por esta Corte de Contas.

Por derradeiro, transcreve-se o enunciado sumular n. 114 que consolida o entendimento desta Corte:

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.

Portanto, reputa-se irregular a definição do objeto da forma como foi feita, já que, pelo menos a princípio, há a viabilidade técnica para sua divisão sem causar prejuízo na qualidade ou inviabilidade de sua execução.

2 Da citação

Relembre-se, dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, LIV, que *“ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*. Estabelece ainda que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”* (inc. LV).

Assim, em homenagem às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, este Tribunal de Contas deve franquear aos responsáveis a oportunidade de oferecer defesa quanto às irregularidades objeto do presente feito.

III CONCLUSÃO



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

Pelo exposto, o Ministério Público de Contas **REQUER** o aditamento do presente feito, nos termos expostos na fundamentação desta manifestação, bem como a citação dos responsáveis para, caso queiram, apresentem defesa.

Belo Horizonte, 03 de maio de 2021.

(Documento assinado digitalmente – arquivo digital disponível no SGAP)

Maria Cecília Borges

Procuradora do Ministério Público / TCE-MG