**EM TRAMITAÇÃO**

**TC nº 72-006.137.16-08**

**REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SME. Serviços de preparo e distribuição de alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas. Desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração são extensíveis a qualquer órgão da Administração Pública. Precedente. A exigência contida no edital não fere o caráter competitivo do certame. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.**

**TC citado 72-000.735.14-67**

**Legislação citada: Art. 87, III, IV, Lei 8.666/93. Art. 7º, Lei Mun. 10.520/02. Instr. 02/15, Res. 10/15 e Instr. 02/2-16, TCMSP.**

**2.918ª Sessão Ordinária**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação, visto que preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 55 do Regimento Interno desta Corte, e, quanto ao mérito, em julgá-la improcedente, por contrariar o entendimento consolidado por esta Corte de Contas no sentido de que a exigência constante do item 2.3, alínea g, do edital, não fere o caráter competitivo do certame.

**ACORDAM**, afinal, à unanimidade, em determinar que se proceda ao cumprimento do disposto no artigo 58 do Regimento Interno deste Tribunal, com o posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 12 de abril de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

**RELATÓRIO**

Trago a julgamento o TC n.º 72-006.137.16-08, consistente em Representação apresentada pela empresa Nunes & Souza – Criação e Arte Final Ltda. em relação ao edital do Pregão Eletrônico n.º 56/SME/2016 da Secretaria Municipal da Educação, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de nutrição e alimentação escolar, visando ao preparo e à distribuição de alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, que atendam aos padrões nutricionais e dispositivos legais vigentes, aos alunos regularmente matriculados e demais beneficiários de programas/projetos da Secretaria Municipal de Educação, em unidades educacionais da Rede Municipal de Ensino pertencentes à Diretoria Regional de Educação Pirituba/Jaraguá

A Representante alegou, em síntese, que o edital da licitação conteria indevida cláusula restritiva (item 2.3 alínea g) ao prever, dentre as condições de participação do certame, que a licitante não estivesse suspensa ou impedida de licitar e contratar com quaisquer órgãos e entidades de quaisquer dos entes federativos, devendo firmar declaração com tal teor. Sustenta a Representante que tais sanções, previstas na Lei Geral de Licitações e na Lei do Pregão, deveriam ser restritas ao órgão, entidade ou unidade que as impôs. Fundamentou seu entendimento com posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. Pleiteou a concessão de medida liminar que suspendesse a abertura do certame e, no mérito, a alteração e adequação do edital.

A Representação foi protocolada aos 22 de agosto de 2016, sendo que o início da sessão do pregão estava previsto para o dia 24 de agosto de 2016, às 10h30min. Assim, foi ouvida, em caráter de urgência, a Assessoria Jurídica de Controle Externo.

O Órgão Jurídico opinou pelo conhecimento da Representação, posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade. No mérito, asseverou que o pleito deduzido na inicial não merecia acolhida, pois embora a matéria tivesse sido objeto de intensa discussão nos meios jurídicos, esta Corte de Contas havia encampado a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de dar uma

interpretação ampliativa aos dispositivos constantes da Lei Federal n.º 8.666/93 e da Lei Federal n.º 10.520/02.

Ressaltou, por derradeiro, que este posicionamento havia sido firmado pela Procuradoria Geral do Município de São Paulo, por meio da Orientação Normativa n.º 03/12, razão pela qual a previsão editalícia contava com amparo jurídico.

Com fundamento na manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo e em decisões anteriores proferidas no âmbito desta Corte de Contas, o pedido de liminar foi indeferido.

Instada a se manifestar, a Origem pugnou pela legalidade da exigência, afirmando estar amparada pela Orientação Normativa n.º 03/2012 da Procuradoria Geral do Município, que, por sua vez, foi editada em razão do entendimento pacificado pelo e. Superior Tribunal de Justiça, competente para definir os limites da interpretação da legislação federal. Destacou, ainda, que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também tem se posicionado no mesmo sentido.

Submetidos os autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Coordenadoria II concluiu pela improcedência da Representação, por considerar que o item impugnado se mostra em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, não caracterizando restrição arbitrária à competitividade do certame.

Tornados os autos à Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta reiterou o posicionamento inicialmente externado, quanto ao conhecimento e à improcedência da Representação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal foi instada a se manifestar e compareceu aos autos para externar entendimento no sentido de acompanhar os posicionamentos dos Órgãos Técnicos pela improcedência da Representação.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral considerou que a Representação preenchia os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno, razão pela qual pugnou por seu conhecimento. No mérito, opinou pela improcedência da Representação, acompanhando o entendimento dos Órgãos Técnicos preopinantes.

É o relatório.

## V O T O

Conheço da Representação apresentada por Nunes & Souza – Criação e Arte Final Ltda., posto que preenchidos os requisitos de

admissibilidade previstos no art. 55 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas do Município.

No mérito, impõe-se apenas a análise da questão proposta pela Representante acerca do alcance da sanção de suspensão ou impedimento de licitar e contratar. Indaga-se se os efeitos devem ser limitados àquela unidade que impôs a penalidade ou devem ser estendidos a todos os órgãos e entidades da Administração Pública de quaisquer entes federativos.

Em um primeiro momento, tanto o Poder Judiciário quanto os órgãos de controle externo, como o Tribunal de Contas da União, consideravam que os efeitos da penalidade deveriam ser restritos ao órgão que a aplicou. Todavia, mais recentemente, tal entendimento foi sendo modificado, no sentido de que a Administração deve ser considerada de forma una, sendo descentralizadas apenas as funções para fins de eficiência de gestão.

Por tais razões, passou-se a compreender que os efeitos de um desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração são extensíveis a qualquer órgão da Administração Pública.

Assim, o entendimento ampliativo passou a prevalecer, havendo julgados nesse sentido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Contas da União, o que levou à Municipalidade a encampar, por meio da Orientação Normativa n.º 03/2012, o posicionamento de que devem ser alijadas dos certames licitatórios empresas que tenham sido apenadas com suspensão ou impedimento de licitar e contratar, por qualquer órgão ou entidade da federação, independentemente de seu vínculo a um determinado ente federativo.

Nesse sentido também vem sendo expressa a jurisprudência desta E. Corte de Contas, que empreendeu estudo da matéria no TC nº 72-000.735.14-67, que culminou com a edição da Instrução n.º 02/2-16, aprovada aos 28 de setembro de 2016, vazada nos seguintes termos: *"sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei Federal nº 8.666/93, tal como as previstas no inciso IV, do mesmo artigo, e no art. 7º da Lei Federal nº 10.520/02, projeta efeitos para* ***todos os órgãos e entidades de todos os entes federativos****"* (grifos nossos).

Com isso, a Representação, que trouxe apenas questionamento relativo a tal ponto, não merece provimento, por contrariar o entendimento consolidado por esta Corte de Contas no sentido de que a exigência constante do item 2.3, alínea G, do edital, não fere o caráter competitivo do certame.

Diante do exposto, **CONHEÇO** da Representação e, no mérito, **JULGO-A IMPROCEDENTE**.

**INTIMEM-SE** a Representante e a Origem. Após, arquivem-se os autos.