



**MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO
AUDITORIA INTERNA
SECRETARIA DE ORIENTAÇÃO E AVALIAÇÃO**

PARECER SEORI/AUDIN-MPU Nº 810/2019

Referência : Ofício nº 4779/2019-DG. PGEA nº 0.02.000.000147/2019-43
Assunto : Administrativo. Termo de Execução Descentralizada. Projeto *Ser Criança*.
Participação de empresa no planejamento e na execução do projeto.
Interessado : Diretoria-Geral. Ministério Público do Trabalho.

O Senhor Diretor-Geral Adjunto do Ministério Público do Trabalho, por meio do Ofício em epígrafe, solicita manifestação desta Auditoria Interna do Ministério Público da União quanto à possibilidade ou não de a empresa Transe Filmes & Produções Coletivas participar da fase de execução do Projeto “Ser Criança”, inclusive concorrendo em processo licitatório.

2. O Consulente relata como abaixo transcrito:

(...)

3. Em atenção ao Chamamento Público realizado entre 17.9.2018 e 28.10.2018, que possibilitou a formação de um Banco de Projetos perante o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direito Difuso, o projeto foi cadastrado sob o nº 08000.012634/2019-35.

4. Foram preenchidos e devidamente encaminhados os documentos exigidos pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos do Ministério da Justiça e Segurança Pública – CFDD.

5. O Projeto Ser Criança foi aprovado na 218ª Reunião Ordinária do CFDD, tendo havido divulgação do resultado do primeiro ciclo de priorização de propostas encaminhadas pelo poder público ao Banco de Projetos do CFDD a serem fomentados com recursos do Fundo de Defesa de Direito Difuso.

6. Veio ao Ministério Público do Trabalho minuta de Termo de Execução Descentralizada para análise e assinatura, ocasião em que a Secretaria Jurídica se manifestou no sentido de que, considerando os aspectos jurídico-legais, não haveria óbice ao prosseguimento do feito.

7. A posteriori, verificou-se que a empresa Transe Filmes & Produções Coletivas teria auxiliado em grande extensão a elaboração do projeto apresentado ao CFDD, inclusive na definição do formato e realização do projeto.

8. Diante da peculiaridade do caso, e da importância e relevância do tema, consulto à Auditoria Interna do Ministério Público da União sobre a possibilidade ou não de a empresa Transe Filmes & Produções Coletivas participar da execução do projeto, inclusive concorrendo em processo licitatório. (Grifamos)

3. O Excelentíssimo Senhor Secretário Jurídico da PGT, instado a relatar parecer jurídico destinado à análise da minuta de Termo de Execução Descentralizada, manifesta-se, em síntese:

PARECER

(...)

Desse modo, presume-se que a adequação das especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto do ajuste, suas características e requisitos, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão e em articulação com a Coordenadoria Nacional (consoante evidenciado pelas trocas de mensagens eletrônicas nos autos), com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

(...)

Para a celebração do Termo de Execução Descentralizada se faz necessária, nos termos do § 1º do art. 116 da Lei nº 8.666/1993, a prévia aprovação do plano de trabalho proposto, o qual deverá conter no mínimo as disposições previstas nos incisos do referido § 1º:

(...)

Por fim, reitere-se que o exame desta Secretaria Jurídica se restringe aos aspectos jurídico-legais, afastando-se do seu âmbito de competência institucional considerações de ordem técnica e de matérias que importem em critérios essencialmente ditados pela conveniência e oportunidade administrativas, quanto à celebração do instrumento em apreço.

Assim, resguardados o juízo de conveniência e oportunidade do Administrador, opino pelo prosseguimento do procedimento.

4. Em exame, quanto ao aspecto do impedimento em participar da execução do “Projeto Ser Criança”, cabe observar os ditames do art. 9º da Lei nº 8.666/1993, que veda ao autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica, participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução. Vejamos:

LEI Nº 8.666/1993

(...)

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação. (Grifamos)

5. Da leitura acima, observa-se que o dispositivo elenca os impedimentos à participação de determinado ente que tenha atuado na elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, impedindo-o de participar do processo licitatório ou na execução, salvo nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento.

6. Em vista disso, a doutrina busca enxergar o art. 9º da Lei de Licitações pelo viés dos princípios da moralidade e da isonomia para resguardar a influência de entes na fase de planejamento e execução de determinado objetivo público. Nesse sentido, observe as palavras de Marçal Justen Filho, na obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*:

Considera um risco a existência de relações pessoais entre os sujeitos que definem o destino da licitação e o particular que licitará. Esse relacionamento pode, em tese, produzir distorções incompatíveis com a isonomia. **A simples potencialidade do dano é suficiente para que a lei se acautele. Em vez de remeter a uma investigação posterior, destinada a comprovar anormalidade da conduta do agente, a lei determina seu afastamento a priori.** O impedimento consiste no afastamento preventivo daquele que, por vínculos pessoais com a situação concreta, poderia obter benefício especial e incompatível com o princípio da isonomia. O impedimento abrange aqueles que, dada a situação específica em que se encontram, teriam condições (teoricamente) de frustrar a competitividade, produzindo benefícios indevidos

e reprováveis para si ou terceiro.” (MARÇAL, 11ª edição, Dialética, p. 120) (Grifo nosso)

7. Ainda, o mesmo autor ressalta o impedimento do art. 9º e a contratação direta da execução do objeto.

O art. 9º estabelece vedação orientada a excluir a possibilidade de que o exercício por um sujeito de uma certa faculdade, que se relaciona à modelagem da futura contratação, conduza ao surgimento de benefícios e vantagens indevidas, frustrantes do cunho competitivo da licitação. Ora, admitir que o sujeito modele o contrato e, desse modo, produza a não-aplicação da licitação seria muito mais ofensivo aos princípios jurídicos que o art. 9º busca proteger. Portanto e como regra, o impedimento previsto no art. 9º aplica-se também aos casos de contratação direta.

Mas há de se estabelecer uma ressalva. É possível que a causa jurídica da dispensa ou da inexigibilidade exista antes ou independentemente da elaboração do projeto. Nesse caso, não incide o impedimento. Um exemplo permite compreender o raciocínio. Suponha-se que um certa tecnologia seja de titularidade privativa de uma determinada empresa. A Administração realizará a contratação direta com fundamento no art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666. Se a Administração contratar o único empresário em condições de executar a obra para elaborar os projetos básico e executivo, é evidente que o impedimento examinado não se aplicará. (MARÇAL, 11ª edição, Dialética, p. 120)

8. Já no impedimento de forma indireta, cabe citar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação com Revisão de nº 59456450, tendo como relator o Ministro Oliveira Passos. Vejamos:

O vínculo do autor do projeto pode, inclusive, confirmar-se de modo ‘indireto’, tal como previsto no § 3º. **A regra legal é ampla e deve reputar-se como meramente exemplificativa.** O texto chega a ser repetitivo, demonstrando a intenção de abarcar todas as hipóteses possíveis. Deve-se nortear a interpretação do dispositivo por um princípio fundamental; existindo vínculos entre o autor do projeto e uma empresa, que reduzam a independência daquele ou permitam uma situação privilegiada para essa, verifica-se o impedimento. Por isso, **a vedação se aplicará mesmo quando se configurar outra hipótese não expressamente prevista.**” (TJ/SP, Apelação com Revisão nº 59456450, Rel Oliveira Passos, j. em 24.10.2007)

9. Registre-se também que o Tribunal de Contas da União é pacífico no sentido de que a participação de empresa que atuou no planejamento do objeto e concorre na licitação frustra a competição. Observe o Acórdão nº 1.975/2013 – Plenário:

ACÓRDÃO TCU Nº 1.975/2013 – PLENÁRIO

Voto

(...)

19. A ratio juris da norma é de estabelecer um "impedimento" direcionado a determinadas pessoas no sentido de obstar que participem do torneio licitatório, com o fito de não frustrar a competitividade da disputa. Marçal Justen Filho explica que o projeto delinea os contornos da obra e do serviço. Logo, o autor do projeto tem condições de visualizar, de antemão, os possíveis concorrentes. Nesse contexto, expõe o doutrinador, **o autor do projeto poderia ser tentado a excluir ou dificultar o livre acesso a potenciais interessados, a exemplo de configurar o projeto com características apenas executáveis por um licitante específico** (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos. São Paulo: Dialética, 2002, 9ª ed., p. 131).

(...)

Acordão

(...)

9.6.3. não permita a participação, direta ou indiretamente, na licitação ou na execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários, do autor do projeto básico ou executivo seja pessoa física seja jurídica, conforme vedação expressa do art. 9º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993 (Grifo nosso).

10. A propósito, consigna-se que o normativo licitatório flexibiliza apenas a participação de empresa que atuou na fase de planejamento atuar, também, na qualidade de consultor ou técnico, fiscalizando, supervisionando ou gerenciando a licitação ou a execução dos serviços do projeto, conforme se observa no § 1º do art. 9º da Lei nº 8.666/1993.

11. Na obra *Lei de Licitações e Contratos Anotada*, Renato Geraldo Mendes resume o impedimento normativo de forma pontual, alertando inclusive à matéria probatória, conforme trazemos:

(...) quem atua no planejamento da contratação, ou seja, **na fase interna do processo de contratação, fica impedido de participar da fase externa (licitação, dispensa ou exigência)**, podendo apenas atuar na fase contratual a serviço da Administração.

(...)

Uma questão delicada que envolve o tema é a matéria probatória, pois **haverá necessidade de demonstrar o fato que enseja o impedimento. Nesses casos, é muito comum que os elementos probatórios estejam de posse da própria Administração**, o que ensejará a hipótese prevista no § 1º do art. 6º da Lei nº 12.016/09.” (MENDES, 9ª edição, Zênite, p. 182) (Grifamos)

12. Diante dos normativos trazidos, importa notar a cautela de que se reveste os atos da Administração, de modo a não permitir a participação de empresa que atuou na fase interna do projeto, como concorrente, na fase externa, infringindo os princípios constitucionais que garantem um procedimento licitatório salutar.

13. Assim, no caso concreto, segundo o Consultante informa, a empresa Transe Filmes & Produções Coletivas prestou auxílio na fase de planejamento do Projeto, inclusive esse auxílio teria se dado em “grande extensão”. Ora, se esse “auxílio” tem o condão de obter alguma vantagem que a coloque numa situação privilegiada em relação às demais empresas ou mesmo formate o objeto do projeto, configura-se o impedimento previsto no art. 9º da Lei de Licitações.

14. Entretanto, cabe salientar que se esse “auxílio” configurar o universo de especialização da empresa, inclusive com comprovação de desempenho precedente, permitindo inferir que o seu trabalho seja essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato, em tese, não se configuraria o impedimento previsto no art. 9º, mas até mesmo uma inviabilidade de competição.

15. Nesse contexto, convém trazer as disposições contidas no Termo de Execução Descentralizada, abaixo transcritas, que definem os caminhos ao alcance do objeto do TED em questão:

TERMO DE EXECUÇÃO DESCENTRALIZADA Nº XX/2019

(...)

CLÁUSULA PRIMEIRA - IDENTIFICAÇÃO

(...)

1.2. O Plano de Trabalho elaborado pelas partes na fase de planejamento do Termo de Execução Descentralizada consta como Anexo deste termo e é de observância obrigatória na execução do objeto (8473593, 9254943 e 9459212)

(...)

4.3. Compete à Unidade Descentralizada:

(...)

4.3.2. executar o objeto deste instrumento, segundo o Plano de Trabalho aprovado;

16. Verifica-se que o TED faz remissão ao Plano de Trabalho e seus anexos, tendo sido este previamente aprovado na fase interna do Projeto Ser Criança e, como bem observado pelo Exmo. Sr. Secretário Jurídico, seguiu parâmetros técnicos objetivos, visto que houve articulação do setor competente do MPT e da Coordenadoria Nacional, de forma a atingir o interesse público.

17. Desse modo, no Anexo III – Termo de Referência das Despesas do Plano de Trabalho, no item **2.3. Serviços**, consta a justificativa do objeto do projeto e são elencadas as empresas selecionadas para a execução dos mesmos e suas contraprestações.

2.3. Serviços

2.3.1. Item 1

Objeto: Produção e difusão de conteúdos educativos inéditos, de alcance nacional, para mobilização social de combate e prevenção ao trabalho infantil no Brasil e para a promoção da aprendizagem profissional de adolescentes.
Detalhamento do Objeto: o Projeto “Ser Criança” vai gerar uma Série de 15 documentários (de 15min. cada), com temas e histórias latentes dessa realidade, para ampla difusão em TVs parceiras do âmbito público e educativo, e também para acesso universal pela web, sob supervisão da Coordinfância. Também será produzido um conteúdo impresso com os registros das realidades encontradas em campo, que contará com o encarte dos documentários gerados em DVDs. Todo o material será também disponibilizado na internet, através de portal específico, com imagens, vídeos, textos e espaço de interação.
Justificativa: Para a produção dos documentários e conteúdos, serão contratadas empresas produtoras cinematográficas de notório reconhecimento e com trajetória consolidada em conteúdos do gênero (com comprovação de realizações), devidamente habilitadas e reguladas na Ancine (Agência Nacional do Cinema), que deverão agregar e coordenar as equipes e equipamentos necessários para a realização integral e adequada dos conteúdos propostos, sob a orientação de um coordenador/curador geral e em estreito diálogo e compartilhamento de todas as ações com a proponente do projeto.
* O valor do serviço deverá ser medido por hora (R\$/hora)
Metas/Etapas: A primeira meta é de Pesquisa de campo e produção documental e audiovisual, contando com a etapa de registros audiovisuais, fotográficos, e de documentação para elaboração da publicação e do site.
Quantidade: Unidade: un, l, h, kg.

Nome da Empresa	CNP J	Qtde	Valor Unitário	Valor Total
Transe Filmes	03.334.227/0001-61	15	R\$ 54.886,70	R\$ 823.300,00
DHerrera Cine	18.733.025/0001-60	15	R\$ 28.210,00	R\$ 423.200,00
Too Comunicação	15.118.246/0001-30	15	R\$ 13.400,00	R\$ 201.000,00
Onzi Criação e Editoração	24.188.686/0001-54	1	R\$ 109.000,00	R\$ 109.000,00
Gráfica São Miguel	88.625.181/0039-65	5000	R\$ 16,80	RS 84.000,00
Digital MídiaPress – DiscPress	12.484.369/0001-60	5000	R\$ 12,00	RS 60.000,00
Casara Educação	19.283.023/0001-89	15	R\$ 700,00	RS 10.500,00
Sona Estúdios	08.968.753/0001-05	15	R\$ 2.800,00	RS 42.000,00
Pesquisadores (nomes não definidos)	00.000.000/0000-00	3	R\$ 32.400,00	RS 97.200,00
Coordenador Produção Audiovisual (nome não definido)	00.000.000/0000-00	1	R\$76.500,00	RS 76.500,00
Coordenador Produção Gráfica (nome não definido)	00.000.000/0000-00	1	R\$ 38.250,00	RS 38.250,00
Consultor Jurídico (nome não definido)	00.000.000/0000-00	1	R\$ 25.000,00	RS 25.000,00
Abyan – imagens e pesquisa	19504287/0001-15	15	R\$ 2.500,00	RS 37.500,00
Obrigações Tributárias		1	RS 79.738,24	RS 79.738,24
				R\$ 2.107.188,24

18. Importante notar que, na justificativa dos serviços, as empresas produtoras cinematográficas serão escolhidas pelo seu “notório reconhecimento e com trajetória consolidada em conteúdos do gênero (com comprovação de realizações), devidamente

habilitadas e reguladas na Ancine (Agência Nacional do Cinema)”. Isso nos remete para os ditames das contratações previstas no art. 25, §1º, da Lei nº 8.666/1993.

19. Nesse contexto, em que pese a Administração Pública ter por regra a contratação por meio de licitação, assegurando o respeito ao princípio constitucional da isonomia, garantindo a seleção da proposta mais vantajosa, convém observar o regramento previsto no art. 25, §1º, o qual ressalta o cuidado na escolha de contratações quando houver inviabilidade de competição, especialmente as de notória especialização profissional, vejamos:

LEI Nº 8.666/1993

(...)

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. (Grifo nosso).

20. Da leitura, extrai-se que, na hipótese de se verificar ausência de pluralidade de alternativas para a contratação, de conjunto de fornecedores para disputar o objeto da licitação ou mesmo de critérios objetivos para a seleção de fornecedores para o projeto, caracterizando a singularidade do serviço e a notória especialização do particular, inviabilizada restará a competição. No entanto, impõe ressaltar a necessidade de devida instrução processual,

com todos os elementos que a Administração entenda seguros e eficazes para robustecer a comprovação da exceção à regra geral da licitação pública.

21. Nesse sentido, imprescindível trazer a deliberação da Corte de Contas da União no Acórdão nº 125/2005 – Plenário quanto à escolha do fornecedor, nos casos de aquisição por inexigibilidade, que devem atentar, não só à escolha do mesmo, como do preço do produto ou serviço por ele praticado em comparação ao que será contratado.

ACÓRDÃO Nº 125/2005- PLENÁRIO

(...)

9.4.2. nos casos em que for aplicável a aquisição por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, que seja feita a devida justificativa da **escolha do fornecedor e do preço do produto adquirido ou do serviço contratado**, nos termos do artigo 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei 8.666/93;

22. Note-se a necessidade de comprovar os preços praticados na prestação de serviço, inclusive avaliando os valores praticados pela empresa em serviços prestados ao Ministério Público do Trabalho e em outras oportunidades, de forma a subsidiar o parâmetro de preços do valor praticado por ela mesma para o mesmo objeto e não acarretar elevação de custos à Administração Pública.

23. Assevera Marçal Justen Filho que¹:

(...) a razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores eleve os valores contratuais”.

24. Em face de todo o exposto, somos de parecer que somente o Ministério Público do Trabalho, na qualidade de unidade descentralizada do TED para o Projeto Ser Criança, detém os elementos necessários para avaliar e formar juízo de convicção para os aspectos restritivos abordados no art. 9º da Lei de Licitações e Contratos, bem como se, por outro lado,

¹ FILHO, Marçal Justen. “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”. 11ª Edição. Dialética, São Paulo, 2005, p. 295.

estariam presentes os requisitos exigidos à contratação direta prevista no art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, que possam levar à inviabilidade de competição na realização do objeto.

É o Parecer.

Brasília, 18 de novembro 2019.

GLEICE VALERIA DA SILVA
Técnica do MPU/Administração

JOSÉ GERALDO DO E. SANTO SILVA
Coordenador de Orientação de Atos
de Gestão

De acordo.
À consideração do Senhor Auditor-Chefe.

Aprovo.
Encaminhe-se à DG/MPT e à SEAUD.

Em 18/ 11 / 2019.

MICHEL ÂNGELO VIEIRA OCKÉ
Secretário de Orientação e Avaliação

RONALDO DA SILVA PEREIRA
Auditor-Chefe



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Assinatura/Certificação do documento **AUDIN-MPU-00002363/2019 PARECER nº 810-2019**

Signatário(a): **MICHEL ANGELO VIEIRA OCKE**

Data e Hora: **18/11/2019 19:02:25**

Assinado com login e senha

Signatário(a): **JOSE GERALDO DO ESPIRITO SANTO SILVA**

Data e Hora: **19/11/2019 10:21:57**

Assinado com login e senha

Signatário(a): **RONALDO DA SILVA PEREIRA**

Data e Hora: **18/11/2019 18:58:17**

Assinado com login e senha

Signatário(a): **GLEICE VALERIA DA SILVA**

Data e Hora: **19/11/2019 09:50:10**

Assinado com login e senha

Acesse <http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento>. Chave 3251EE52.1F35F543.7D9E7D0D.44451E03