

**A LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE
REALIZAÇÃO DA CHAMADA PÚBLICA NA
HIPÓTESE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO
PREVISTA NO ART. 14, § 1º, DA LEI
11.947/2009**

***THE LEGALITY OF THE REQUIREMENT FOR PUBLIC CALL ON
CASES IN WHICH THE BIDDING IS EXEMPTED BY ART. 14, § 1º, OF
THE LAW 11.947/2009***

Maria Carolina Rosa de Assunção

*Procuradora Federal, Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília;
em Direito Processual Civil pelo IdP e em Direito Previdenciário pela UNIDERP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A legitimidade do FNDE para estabelecer a exigência de chamada pública no processo de aquisição de gêneros alimentícios do PNAE; 2 A exigência de realização da chamada pública para a aquisição direta de gêneros alimentícios no PNAE; 3 O posicionamento dos Tribunais de Contas em relação à exigência de chamada pública na hipótese do art. 14, § 1º, da Lei 11.947/09; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo objetiva analisar os aspectos legais referentes à exigência, feita pelo FNDE, de que seja realizado o procedimento da chamada pública para a aquisição de gêneros alimentícios do Programa Nacional da Alimentação Escolar – PNAE em hipótese na qual a lei dispensou a licitação. Para tanto, serão abordados aspectos como a legitimidade dessa autarquia, as características da chamada pública, o confronto entre esse procedimento e a Lei de licitações, entre outros. Ademais, buscar-se-á demonstrar que a chamada pública, além de ser um procedimento legal, é o meio mais adequado para atender ao interesse público, principalmente por corresponder aos princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Chamada Pública. Dispensa de Licitação. Alimentação Escolar. Legalidade.

ABSTRACT: This article aims to analyze the legal aspects regarding to the requirement made by the FNDE in order to made the procedure of public call for the purchase of food for the School Feeding National Program - PNAE in cases which the law did not require the bidding. To do so, it will be addressed the issue of the legitimacy of FNDE, the characteristics of the public call, the confrontation between this procedure and the law of bids, among others. Besides that, this article also intends to show that the public call in addition to being a legal procedure is the most appropriate means to serve the public interest, mainly because it is according to the constitutional principles.

KEYWORDS: Public Call. Dispense of Bidding. School Feeding. Legality.

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar se a exigência de realização de chamada pública para fins de aquisição de gêneros alimentícios, por meio de dispensa de licitação – nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 11.947/2009 – está de acordo com a legalidade. Para tanto, faz-se necessário expor o contexto no qual o tema surgiu.

A Lei 11.947/2009 dispôs, entre outras questões, acerca do atendimento à alimentação escolar, objetivo do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE. No que se refere ao correspondente repasse de recursos financeiros, essa lei trouxe a seguinte previsão:

Art. 14. Do total dos recursos financeiros repassados pelo FNDE, no âmbito do PNAE, no mínimo 30% (trinta por cento) deverão ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas.

§ 1º - A aquisição de que trata este artigo poderá ser realizada dispensando-se o procedimento licitatório, desde que os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado local, observando-se os princípios inscritos no art. 37 da Constituição Federal, e os alimentos atendam às exigências do controle de qualidade estabelecidas pelas normas que regulamentam a matéria.

Em relação ao tema aqui discutido, interessa especialmente a norma contida no § 1º, segundo a qual é possível dispensar-se o procedimento licitatório. Para tanto, exige-se que os preços sejam compatíveis com o mercado local, que sejam observados os princípios estampados no art. 37 da Constituição Federal, e que os alimentos estejam de acordo com as normas regulamentadoras do controle de qualidade.

Uma vez que tal modalidade de dispensa de licitação não consta no rol do art. 24 da Lei 8.666/93 – dispositivo que elenca as situações justificadoras de contratação direta por meio de dispensa de licitação – tem-se aí uma inovação legal criadora de mais uma hipótese de licitação dispensável. Ocorre que, apesar de a lei haver permitido a aquisição mediante contratação direta dos gêneros alimentícios, o FNDE, responsável pelo repasse financeiro dos recursos necessários a

tal contratação, estabeleceu, no art. 20, § 1º, da Resolução CD/FNDE nº 26/2013¹, a exigência de utilização do procedimento da chamada pública para que os entes contratantes possam realizar tais aquisições.

É diante desse contexto que será analisado se tal exigência, formalizada por meio da Resolução CD/FNDE nº 26/2013, encontra amparo legal. Para tanto, será necessário averiguar se o FNDE é entidade competente para firmar tal exigência; se esta configura violação ao direito das entidades de contratarem por meio de dispensa de licitação, se a chamada pública é procedimento adequado para tais contratações, e como tem sido a recepção das cortes de controle em relação ao tema.

1 A LEGITIMIDADE DO FNDE PARA ESTABELECEER A EXIGÊNCIA DE CHAMADA PÚBLICA NO PROCESSO DE AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS DO PNAE

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que a aquisição dos gêneros alimentícios do PNAE é realizada de modo descentralizado pelos Estados, Distrito Federal, Municípios e escolas federais, consoante previsto no art. 5º da Lei 11.947/2009. É também facultado a esses entes repassar os recursos às entidades executoras da educação básica de sua rede de ensino, conforme art. 6º, sendo que, de qualquer forma, as contratações não serão realizadas de modo centralizado pelo FNDE.

Uma vez que essas contratações não são feitas de modo centralizado – o que é facilmente compreensível, em razão da natureza perecível dos produtos – o FNDE optou por valer-se de ato de seu Conselho Deliberativo – no caso, uma resolução – para regulamentar o cumprimento do disposto no art. 14, § 1º, da Lei 11.947/2009. Embora não haja dúvidas de que a Administração pode valer-se de atos administrativos para assegurar o fiel cumprimento de leis, há de se questionar se a referida autarquia é realmente competente para tal regulamentação.

Acerca dessa verificação de competência do FNDE, a Lei 11.947/09, tanto em seu art. 6º, parágrafo único, quanto em seu art. 16, I, deixou à União, por meio dessa autarquia, a atribuição de estabelecer orientações e instruções necessárias à execução do PNAE, bem como normas gerais de planejamento, execução, controle, monitoramento e avaliação do PNAE. Vejam-se os dispositivos transcritos abaixo:

1 Art. 20 - §1º Quando a EEX. optar pela dispensa do procedimento licitatório, nos termos do art. 14, §1º da Lei nº 11.947/2009, a aquisição será feita mediante prévia chamada pública.

Art. 6º [...]]

Parágrafo único. O Conselho Deliberativo do FNDE expedirá normas relativas a critérios de alocação de recursos e valores per capita, bem como para organização e funcionamento das unidades executoras e demais orientações e instruções necessárias à execução do PNAE.

[...]

Art. 16. Competem à União, por meio do FNDE, autarquia responsável pela coordenação do PNAE, as seguintes atribuições:

I - estabelecer as normas gerais de planejamento, execução, controle, monitoramento e avaliação do PNAE;

Com efeito, no que se refere ao PNAE, o próprio legislador atribuiu ao FNDE não apenas a possibilidade, mas o dever de normatizar seu planejamento, sua execução, seu controle e monitoramento, e sua avaliação. Tal atribuição é perfeitamente compatível com a finalidade essencial do FNDE, autarquia criada para gerenciar os recursos financeiros destinados à educação, inclusive aqueles relacionados à alimentação escolar, nos termos do art. 2º da Lei 5.537/68².

De fato, sendo essa autarquia responsável pela captação de recursos e sua canalização para atividades relacionadas à educação, é de seu legítimo interesse zelar para que tais recursos sejam aplicados da melhor forma possível. Ademais, a Lei 11.947/09 reforçou tal legitimidade do FNDE, ao lhe atribuir o dever de estabelecer normas gerais para planejamento, execução, controle, monitoramento e avaliação do PNAE.

Assim, entende-se que o FNDE é competente para regulamentar não apenas o art. 14, § 1º, da Lei 11.947/09, mas qualquer questão que respeite ao planejamento, à execução, ao controle, ao monitoramento e à avaliação do PNAE, desde que não contrarie ou extrapole o disposto em lei ou ato administrativo superior hierarquicamente.

Ademais, como se sabe, a regulamentação de dispositivos legais por meio de atos administrativos é perfeitamente possível, desde que, é claro, esses atos não inovem no ordenamento jurídico, nem contrariem

² Art 2º O INDEP tem por finalidade captar recursos financeiros e canalizá-los para o financiamento de projetos de ensino e pesquisa, inclusive alimentação escolar e bolsas de estudo, observadas as diretrizes do planejamento nacional da educação.

a lei que pretenderam regulamentar. É que as normas administrativas são consideradas normas secundárias, enquanto as leis são consideradas normas primárias e, conseqüentemente, de valor hierárquico superior. Por essa razão, se alguma norma administrativa contrariar alguma lei, ela (a norma administrativa) será nula, ao menos nesse ponto.

Em nosso ordenamento jurídico, a CF prevê expressamente a competência privativa do Presidente da República para expedir decretos e regulamentos que visem à fiel execução da lei (art. 84, IV). De fato, o que se tem mais comumente é a regulamentação de leis por meio de decretos, os quais somente poderão ser expedidos pelo chefe do Poder Executivo.

Porém, isso não impede que haja outros atos administrativos de natureza normativa e que também objetivem contribuir para que a legislação seja cumprida da melhor forma. Embora não haja consenso entre os administrativistas acerca das nomenclaturas dos atos administrativos, especialmente em razão de sua considerável variação no âmbito da Administração Pública, há certa uniformidade no que se refere a distingui-los em relação a seu conteúdo e sua forma de manifestação (a “roupagem” do ato).

A nomenclatura “resolução” se refere a essa forma de manifestação, ou seja, ao revestimento do ato, sendo que seu conteúdo pode ou não possuir conteúdo normativo, conforme ensina Carvalho Filho³:

Resoluções são atos, *normativos* ou individuais, emanados de autoridades de elevado escalão administrativo, como, por exemplo, Ministros e Secretários de Estado ou Município, ou de algumas pessoas administrativas ligadas ao Governo. (grifos aditados)

E continua o administrativista, ao se referir aos regulamentos:

Como toda matéria a ser exteriorizada pelo administrador, precisa ela do revestimento formal: esse revestimento pode ser o decreto (mais comum), a resolução, o regimento, etc⁴.

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 130.

4 *Ibidem*, p. 130.

Diógenes Gasparini⁵, assim como Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, refere-se às resoluções como as fórmulas por meio das quais os órgãos colegiados expressam suas deliberações. Tendo em vista esses contornos doutrinários, pode-se afirmar que as resoluções correspondem à espécie de ato administrativo mais adequada ao caso, por se tratar de deliberação do Conselho Deliberativo do FNDE, órgão colegiado, bem como por possuir conteúdo normativo.

Sendo assim, seja sob o aspecto da competência do FNDE para realizar a regulamentação em questão, seja em relação à utilização do ato administrativo adequado para realizá-la, verifica-se a legalidade da Resolução CD/FNDE nº 26/2013. Resta, porém, analisar essa legalidade no que se concerne ao seu conteúdo, especialmente em relação à exigência de realização da chamada pública para a contratação referida no art. 14, § 1º, da Lei 11.947/09.

2 A EXIGÊNCIA DE REALIZAÇÃO DA CHAMADA PÚBLICA PARA A AQUISIÇÃO DIRETA DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS NO PNAE

O § 1º do art. 14 da Lei 11.947/09 trouxe uma nova hipótese de contratação direta para a Administração Pública. Conforme consta no próprio dispositivo, a aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações poderá ser feita dispensando-se o procedimento licitatório, desde que haja compatibilidade de preços com o mercado local e sejam observados os princípios do art. 37 da CF e as regras de controle de qualidade desses alimentos.

Como regra, as hipóteses de dispensa de licitação estão previstas no art. 24 da Lei 8.666/93. Porém, a Lei 11.947/09, sem dúvida alguma, criou mais uma situação em que a contratação direta é admitida.

Acerca desse ponto, é mister destacar que a dispensa de licitação somente é legítima porque estabelecida pela própria lei. É que a CF impõe como regra a realização do procedimento licitatório e ressalva apenas as hipóteses previstas na legislação. Veja-se:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

5 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. Saraiva, 2005. p. 89.

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. Malheiros. p. 450.

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - *ressalvados os casos especificados na legislação*, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifos nosso)

O que se tem, então, é a licitação como regra, mas podendo ser excepcionada por hipóteses previstas na legislação. Nos dizeres Niebuhr⁷:

O fato é que, de modo mui claro, a regra é a obrigatoriedade de licitação pública, e a exceção se refere aos casos especificados pela legislação, que, como visto, redundam em inexigibilidade e dispensa. Bem se vê que o constituinte atribuiu competência ao legislador para integrar o dispositivo, declinando os casos em que a licitação pública não se impõe. (grifos nosso)

Em suma, portanto, as obras, serviços, compras e alienações deverão ser contratados após a realização de procedimento licitatório, exceto naqueles casos em que o legislador tiver dispensado esse procedimento. Ora, é exatamente essa a hipótese: o legislador dispensou a licitação quando das aquisições previstas no art. 14 da Lei 11.947/09.

Porém, como consta no próprio dispositivo, essa dispensa está condicionada à compatibilidade dos preços com o mercado local, assim como à observância dos princípios constitucionais estampados no art. 37, que correspondem à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Assim, o FNDE, ao estabelecer o procedimento da chamada pública por meio de resolução, não criou nova hipótese de dispensa, mas tão somente disciplinou a forma mais adequada para essas aquisições, de acordo com o que foi estabelecido pela própria lei. E, no caso, a autarquia entendeu que a forma mais adequada seria a chamada pública.

7 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 3. ed. Fórum, 2013. p. 98.

Acerca da chamada pública, vale serem feitas algumas considerações, antes de se prosseguir. A primeira é que não há lei ou ato administrativo que a defina de modo uniforme, a ser seguido de maneira geral em qualquer situação.

De fato, o que se tem são distintas conceituações, cada uma destinada a tema específico. Assim é que a Lei 11.909/09, em seu art. 2º, VII, conceituou a chamada pública, para os fins daquela lei, como sendo o “procedimento, com garantia de acesso a todos os interessados, que tem por finalidade a contratação de capacidade de transporte em dutos existentes, a serem construídos ou ampliados”. Nessa conceituação destacou-se especialmente a possibilidade ampla de acesso àqueles que se interessarem, o que se relaciona diretamente com a própria semântica dos termos, já que se “chama publicamente”.

Posteriormente, a Lei 12.188/10, em seu art. 19 e respectivos incisos, estabeleceu critérios mínimos a serem observados na chamada pública para contratação de serviços de Assistência Técnica e Extensão Rural, tais como descrição do objeto, qualificação do público beneficiário, prazo para execução, valores para contratação, critérios objetivos para a seleção, entre outros.

Consta, ainda, referência à chamada pública no art. 13 da Lei 12.873/13, sendo que seu decreto regulamentador disciplinou os requisitos que deveriam constar no edital dessa chamada. Entre eles, deve haver a definição do objeto, o prazo para execução, os valores para contratação e o critério de seleção.

Dessas referências pode-se depreender que não há apenas uma forma de se realizar uma chamada pública; tampouco existe uma definição sobre esse procedimento que possa ser aplicada em todas as situações. Porém, é possível notar que se trata de um procedimento utilizado pelo Poder Público com o objetivo de realizar alguma contratação, mediante a garantia de acesso aos interessados, e com a fixação de critérios que interessam à Administração de maneira geral, como o preço, os critérios de seleção e o prazo para execução.

Portanto, é possível compreender a chamada pública como um procedimento sem definição prévia, passível de ser adequado a diferentes contratações públicas, e por meio do qual a Administração estabelece requisitos mínimos necessários ao atendimento do interesse público em cada caso. Foi nesse sentido que o FNDE estabeleceu um procedimento

ao qual nomeou de chamada pública, tendo-lhe concedido a seguinte definição, nos termos do art. 20, § 2º, da Resolução CD/FNDE nº 26/2013:

Art. 20 - §2º Considera-se chamada pública o procedimento administrativo voltado à seleção de proposta específica para aquisição de gêneros alimentícios provenientes da Agricultura Familiar e/ou Empreendedores Familiares Rurais ou suas organizações.

Obviamente, essa definição somente se aplica no âmbito da referida resolução. De qualquer forma, a chamada pública para fins de aquisição de gêneros alimentícios do PNAE sem licitação corresponde a um procedimento administrativo cujo objetivo é selecionar uma proposta específica, e cujos critérios estão definidos em ato do FNDE.

Feitas essas considerações, pode-se prosseguir na análise sobre a legalidade da exigência de realização desse procedimento na dispensa de licitação para aquisição de alimentos do PNAE. Vale dizer a escolha do procedimento da chamada pública pelo FNDE guarda coerência com a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária - PNATER, disciplinada pela Lei 12.188/10.

Aliás, a proximidade entre as datas de publicação de ambas as leis (Lei 12.188/10, de 11/01/10, e Lei 11.947/09, de 16/06/09) permite inferir uma inter-relação entre elas, decorrente da atenção que conferem à agricultura familiar e aos empreendedores familiares rurais. De fato, ao se conjugar os objetivos da PNATER, previstos no art. 4º da Lei 12.188/10⁸,

8 Art. 4º São objetivos da Pnater:

- I - promover o desenvolvimento rural sustentável;
- II - apoiar iniciativas econômicas que promovam as potencialidades e vocações regionais e locais;
- III - aumentar a produção, a qualidade e a produtividade das atividades e serviços agropecuários e não agropecuários, inclusive agroextrativistas, florestais e artesanais;
- IV - promover a melhoria da qualidade de vida de seus beneficiários;
- V - assessorar as diversas fases das atividades econômicas, a gestão de negócios, sua organização, a produção, inserção no mercado e abastecimento, observando as peculiaridades das diferentes cadeias produtivas;
- VI - desenvolver ações voltadas ao uso, manejo, proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais, dos agroecossistemas e da biodiversidade;
- VII - construir sistemas de produção sustentáveis a partir do conhecimento científico, empírico e tradicional;
- VIII - aumentar a renda do público beneficiário e agregar valor a sua produção;
- IX - apoiar o associativismo e o cooperativismo, bem como a formação de agentes de assistência técnica e extensão rural;

com seus beneficiários, elencados no artigo seguinte⁹ e que correspondem exatamente àqueles previstos no referido art. 14, nota-se uma estreita relação entre essas leis.

O que se pretende deixar claro é que, embora a Lei 11.947/09 tenha concedido discricionariedade ao FNDE para que ele pudesse regulamentar o planejamento, a execução, o controle, o monitoramento e a avaliação do PNAE, a autarquia optou por compatibilizar tal regulamentação com critérios previstos na Lei da PNATER, intimamente relacionada com o art. 14 da Lei 11.947/09.

Dito de outro modo: o FNDE poderia ter se valido de outra forma de regulamentação e, ainda assim, sua conduta seria legal. Porém, a autarquia preferiu adotar procedimento que guardasse coerência com o art. 14, § 1º - e por isso se baseou no art. 19 da Lei da PNATER - o que confere uma legitimidade ainda maior à regulamentação da chamada pública.

Assim, a forma pela qual optou – ou seja, a exigência de chamada pública – além de possível, é perfeitamente compatível com a aquisição de gêneros alimentícios da agricultura familiar e dos empreendedores familiares rurais, uma vez que a própria existência do art. 14 e de seu parágrafo 1º da Lei 11.947/09 possui relação com a Lei 12.188/10. Consequentemente, nada mais adequado do que utilizar o procedimento disciplinado nesta última lei para, ao mesmo tempo, admitir a contratação direta – sem procedimento licitatório – e observar os princípios constitucionais constantes no art. 37 da CF.

De fato, como já dito acima, o art. 14, § 1º, da Lei 11.947/09 estabeleceu, entre as exigências para a contratação direta, que fossem observados esses princípios constitucionais, como a publicidade, a impessoalidade, a moralidade, legalidade e a eficiência. Com efeito, ao estabelecer a exigência

X - promover o desenvolvimento e a apropriação de inovações tecnológicas e organizativas adequadas ao público beneficiário e a integração deste ao mercado produtivo nacional;

XI - promover a integração da Ater com a pesquisa, aproximando a produção agrícola e o meio rural do conhecimento científico; e

XII - contribuir para a expansão do aprendizado e da qualificação profissional e diversificada, apropriada e contextualizada à realidade do meio rural brasileiro.

9 Art. 5º São beneficiários da Pnater:

I - os assentados da reforma agrária, os povos indígenas, os remanescentes de quilombos e os demais povos e comunidades tradicionais; e

II - nos termos da Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006, os agricultores familiares ou empreendimentos familiares rurais, os silvicultores, aqüicultores, extrativistas e pescadores, bem como os beneficiários de programas de colonização e irrigação enquadrados nos limites daquela Lei.

da chamada pública de modo semelhante àquele previsto no art. 19 da Lei 12.188/10, o FNDE assegurou também o respeito a tais princípios, especialmente o da publicidade e da impessoalidade. Em relação a este, Mello ensina que:

No princípio da impessoalidade se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia¹⁰

A observância do princípio da impessoalidade pela Administração significa, pois, tratar a todos os administrados sem favoritismos ou perseguições injustificadas. Tratar de modo impessoal implica em respeitar também o princípio da isonomia, o qual, em sua vertente material, consiste em tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente.

Na presente situação, a impessoalidade se destaca em razão de a dispensa de licitação, nos moldes em que prevista pelo art. 14, § 1º, admitir uma ampla margem de escolha por parte das entidades responsáveis pela contratação. Em outros dizeres, se não houvesse sido exigida a observância dos princípios contidos no art. 37 da CF, entre eles a impessoalidade, a simples dispensa admitiria que fossem contratadas quaisquer pessoas escolhidas livremente por aqueles responsáveis pelas aquisições de alimentos.

Isso porque, no âmbito da dispensa criada pela Lei 11.947/09, não foram criados critérios para a seleção e sequer se exige que seja escolhido o produto de menor preço. De fato, apenas se exigiu que o preço fosse compatível com o mercado local.

A Resolução CD/FNDE nº 26/2013, por sua vez, estabeleceu que as unidades responsáveis pelas compras deveriam fixar previamente o preço de aquisição, nos moldes de seu art. 29.¹¹ Uma vez fixado o preço, a seleção deverá ocorrer em conformidade com a localização dos grupos

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros. p. 68

11 Art. 29 O preço de aquisição dos gêneros alimentícios será determinado pela EEx., com base na realização de pesquisa de preços de mercado. (*Redação dada pela Resolução 4/2015/CD/FNDE/MEC*)

§ 1º O preço de aquisição será o preço médio pesquisado por, no mínimo, três mercados em âmbito local, priorizando a feira do produtor da agricultura familiar, quando houver, acrescido dos insumos exigidos no

(locais, do território rural, estaduais ou do país), conforme previsto no art. 25¹² e seus parágrafos da mesma resolução (que estabeleceram, inclusive, os critérios de desempate).

Ao estabelecer tais requisitos, o FNDE conferiu ao procedimento a vinculação a critérios impessoais, uma vez que definiu regras para a escolha dos fornecedores. Com isso, respeitou-se o princípio da impessoalidade, a que deve estar vinculada a Administração Pública, em qualquer de suas representações.

Poder-se-ia questionar acerca de uma possível pessoalidade ou até mesmo desigualdade, diante da preferência concedida a determinados grupos. Porém, tal tratamento diferenciado decorre de um desdobramento da PNATER, instituída pela Lei 12.188/2010, bem como da Lei 11.326/06, que estabeleceu diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. Acrescente-se também que a própria Lei 11.947/09, ao estabelecer suas diretrizes, decidiu apoiar a aquisição de alimentos produzidos localmente, preferencialmente pela agricultura familiar e empreendedores familiares rurais, conforme consta em seu art. 2º, V.

Em outros dizeres, houve uma autorização legislativa para que a contratação se destinasse a determinados grupos, de modo que não se tem aí qualquer violação ao princípio da isonomia, nem tampouco ao da impessoalidade. Aliás, outras hipóteses semelhantes já existem na Lei 8.666/93, como, por exemplo, aquelas previstas no art. 24, XX, XXXIII e XXX da Lei 8.666/93, cuja intenção é contribuir para a efetivação de determinada política pública.

Juntamente com a impessoalidade, o procedimento da chamada pública também assegurou a observância do princípio da publicidade, que pode ser definido como aquele:

editado de chamada pública, tais como despesas com frete, embalagens, encargos e quaisquer outros necessários para o fornecimento do produto. (*Redação dada pela Resolução 4/2015/CD/FNDE/MEC*)

12 Art.25 Para seleção, os projetos de venda habilitados serão divididos em: grupo de projetos de fornecedores locais, grupo de projetos do território rural, grupo de projetos do estado, e grupo de propostas do País.

§ 1º - Entre os grupos de projetos, será observada a seguinte ordem de prioridade para seleção: (*Redação dada pela Resolução 4/2015/CD/FNDE/MEC*)

I - o grupo de projetos de fornecedores locais terá prioridade sobre os demais grupos. (*Acrescentado pela Resolução 4/2015/CD/FNDE/MEC*)

II - o grupo de projetos de fornecedores do território rural terá prioridade sobre o do estado e do País. (*Acrescentado pela Resolução 4/2015/CD/FNDE/MEC*)

III - o grupo de projetos do estado terá prioridade sobre o do País.

que exige, nas formas admitidas em Direito, e dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, a obrigatória divulgação dos atos da Administração Pública, com o objetivo de permitir seu conhecimento e controle pelos órgãos estatais competentes e por toda a sociedade¹³.

Assim, quando a Resolução exige, em seu art. 21¹⁴, que as informações referentes ao processo de aquisição de alimentos sejam divulgadas em órgão oficial ou em quadro de avisos de acesso público e, ainda, em jornal diário estadual de grande circulação, está permitindo que esse processo seja levado ao conhecimento do público em geral. Consequentemente, está ampliando a possibilidade de participação no processo de aquisição e favorecendo o controle dos atos administrativos relacionados a esse processo.

Da mesma forma ocorre com seu art. 26¹⁵, o qual exige que as entidades executoras (EEx) do PNAE – ou seja, as pessoas responsáveis pelas aquisições dos gêneros alimentícios – publiquem os editais de chamada pública para aquisição de alimentos do programa em jornal de circulação local; em local público de grande circulação; na sua página na internet (se houver); além de divulgar para organizações locais da agricultura familiar e para entidades de assistência técnica e extensão rural do município ou do estado (e, ainda, se for necessário, publique em jornal de circulação regional, estadual ou nacional e em rádios locais).

De fato, tais exigências permitem que a sociedade possa ter um maior controle acerca dos atos relativos às aquisições do PNAE, bem como permite que qualquer interessado tenha conhecimento sobre a possibilidade de contratação. Sem dúvida, essas são consequências da efetivação do princípio da publicidade.

13 CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98). In: MORAES, Alexandre. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 150.

14 Art. 21 Será dada, mensalmente, publicidade das informações referentes ao processo de aquisição de gêneros alimentícios em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público. Parágrafo único. A publicidade deverá ocorrer ainda em jornal diário de grande circulação no estado e também, se houver, em jornal de grande circulação municipal ou região onde serão fornecidos os gêneros alimentícios.

15 Art. 26 As EEx. deverão publicar os editais de chamada pública para aquisição de gêneros alimentícios para a alimentação escolar em jornal de circulação local e na forma de mural em local público de ampla circulação, divulgar em seu endereço na internet, caso haja, e divulgar para organizações locais da agricultura familiar e para entidades de assistência técnica e extensão rural do município ou do estado. Se necessário, publique-se em jornal de circulação regional, estadual ou nacional e em rádios locais. (Redação dada pela Resolução 4/2015/CD/FNDE/MEC)

Dessa forma, a exigência de chamada pública na hipótese de optar-se pela dispensa de licitação autorizada pelo art. 14, § 1º da Lei 11.947/09 contribuiu também para a observância dos princípios constitucionais constantes no art. 37 da CF, especialmente a publicidade e a impessoalidade.

3 O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM RELAÇÃO À EXIGÊNCIA DE CHAMADA PÚBLICA NA HIPÓTESE DO ART. 14, § 1º, DA LEI 11.947/09

Em relação ao posicionamento que as cortes de controle adotam acerca do tema, deve-se informar que são escassos os julgados. O TCU já teve a oportunidade de apreciar processo de compras referentes ao PNAE, que ocorreu por meio de chamada pública, e não fez qualquer menção de irregularidade especificamente em relação ao procedimento, conforme se constata no Acórdão 4445/12 de sua Segunda Câmara, e também na TC 011.025/2015-8, item 1.7.4.15.

Ademais, no âmbito dos tribunais de contas estaduais, verificou-se que o TCE/MS já se manifestou expressamente acerca da regularidade da utilização da chamada pública para compras do PNAE, conforme se observa nos julgados de nº 180992013 e 109652015. Em trecho deste último consta a seguinte conclusão:

Postas as considerações acima, verifico dos elementos dos autos que a Chamada Pública voltada à seleção de proposta específica para aquisição de gêneros alimentícios provenientes da Agricultura Familiar, encontra-se em consonância com as disposições dos instrumentos da legislação aplicável, razão pela qual não há óbice para a declaração de sua regularidade.

O TCE/MT, por sua vez, editou a Resolução de Consulta nº 12/2014, do Tribunal Pleno, em que concluiu o seguinte:

Ementa: PREFEITURA DE ALTO ARAGUAIA. CONSULTA. LICITAÇÃO. DISPENSA DE PROCESSO LICITATÓRIO. CHAMADA PÚBLICA. ALIMENTAÇÃO ESCOLAR. APLICAÇÃO DOS RECURSOS DO PNAE.

a) Para as aquisições de gêneros alimentícios fornecidos pela Agricultura Familiar e/ou de Empreendedores Familiares Rurais ou suas organizações, no âmbito do PNAE, poderá ser adotada pelas Unidades ou Entidades Executoras do programa a opção pela dispensa

de procedimento licitatório, mediante a aplicação do procedimento administrativo denominado chamada pública.

b) A regulamentação do procedimento de chamada pública, para efeito do item anterior, encontra-se estabelecida na Resolução CD/FNDE nº 26/2013.

Desse modo, nota-se que os tribunais de contas, inclusive o TCU, caminham no sentido de aceitar a regulamentação realizada pelo FNDE, especialmente no que concerne à exigência de chamada pública para aqueles casos em que se optar pela dispensa de licitação, conforme autorizado pelo art. 14, § 1º, da Lei 11.947/09. Certamente essa inclinação decorre do fato de que utilização do procedimento da chamada pública confere ainda mais rigidez e segurança às compras que a lei isentou da obrigação de licitar.

4 CONCLUSÃO

Diante dos argumentos que foram expostos, verifica-se que a exigência de realização da chamada pública nos moldes estabelecidos pelo FNDE não traz qualquer contrariedade seja à Lei 8.666/93, seja a qualquer outra. Primeiramente, porque a hipótese de dispensa de licitação foi trazida pelo próprio legislador, por meio art. 14, § 1º, da Lei 11.947/09, conforme exige o art. 37, XXI, da CF. Acrescente-se que essa mesma lei conferiu ao FNDE o poder-dever de disciplinar de modo geral o planejamento, a execução, o controle, o monitoramento e a avaliação do PNAE, do que se extrai sua legitimidade para exigir a chamada pública no âmbito desse programa.

Além disso, apesar de sua discricionariedade para realizar essa regulamentação (desde que, é claro, observe-se a legalidade), a opção pela chamada pública mostrou-se adequada e coerente com o disposto na Lei 12.188/10, intimamente relacionada com a norma contida no art. 14, § 1º. Pode-se acrescentar, por fim, o fato de que a realização da chamada pública reforça a observância dos princípios constitucionais constantes no art. 37 da CF, notadamente a impessoalidade e a publicidade.

Todos esses argumentos reforçam a legalidade da exigência feita pelo art. 20, § 1º, da Resolução CD/FNDE nº 26/2013, que determina que aquisição de gêneros alimentícios do PNAE, quando feita por meio de dispensa de licitação, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 11.947/09, deverá observar o procedimento de chamada pública prevista na referida resolução.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. *Lei 11.947/09, de 16 de junho de 2009*. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. *Lei 12.188/10, de 11 de janeiro de 2010*. Institui a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98). In: MORAES, Alexandre. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 150.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. Malheiros. p. 450.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Resolução CD/FNDE nº 26, de 17 de junho de 2013. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE. Disponível em: <www.fnde.gov.br>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

