ACÓRDÃO - AC00 - 1552/2023

PROCESSO TC/MS	: TC/7774/2023
PROTOCOLO	: 2261124
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
ÓRGÃO JURISDICIONADA	: PREFEITURA MUNICIPAL DE BATAGUASSU
DENUNCIANTE	: TEREZA JORDANA TALAVEIRA DA SILVA
ADVOGADO	: OXI MORENA COMÉRCIO DE OXIGÊNIO EIRELI
RELATORA	: WALTER MARTINS DE QUEIROZ – OAB/MS 15.462
	: CONS. SUBS. PATRÍCIA SARMENTO DOS SANTOS

EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO ELETRÔNICO – AQUISIÇÕES DE GÁS MEDICINAL COMPRIMIDO – SUPOSTA INAPTIDÃO DA LICITANTE VENCEDORA – EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOCUMENTOS DE REGISTROS OU AUTORIZAÇÕES LEGAIS QUE EXPLOREM RAMO DE ATIVIDADE COMPATÍVEL COM O OBJETO DA LICITAÇÃO – ALEGADA VIOLAÇÃO AOS REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO VERIFICADA – APRESENTAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO (AFE) EM NOME DA MATRIZ – CLÁUSULA DE EXCEÇÃO – ILEGALIDADE NÃO COMPROVADA – IMPROCEDÊNCIA – ARQUIVAMENTO.

1. A exigência, atinente às empresas autorizadas a participar do certame, de comprovação de documentos de registros ou autorizações legais, que explorem ramo de atividade compatível com o objeto da licitação, visa inibir empresas aventureiras que, supostamente, desenvolvem inúmeras atividades dos mais diversos ramos.

2. Referente à suposta ofensa ao item do edital que estabelece, “sob pena de inabilitação ou desclassificação”, que “todos os documentos apresentados deverão referir-se ao mesmo CNPJ constante na proposta de preço”, uma vez que a Autorização de Funcionamento (AFE) apresentada estaria em nome da matriz e não da filial que disputou o certame, inexiste irregularidade, porque o mesmo edital prevê a exceção quanto à tese levantada pelo denunciante de documentos em nome da matriz utilizados por filiais. Ademais, conforme precedentes do TCU, é admitido que os documentos de qualificação técnica sejam apresentados tanto em nome da matriz como em nome da filial.

3. Portanto, não restam caracterizadas as irregularidades no caso concreto, por duas razões: a primeira, por ficar demonstrado que a empresa vencedora, comprovadamente, explora o ramo de atividade objeto do certame, qual seja o comércio de gás medicinal comprimido; a segunda, em razão do edital excepcionar os casos de documentos que somente podem ser emitidos pela matriz, no qual se inclui a Autorização de Funcionamento (AFE), em total consonância com a jurisprudência atual.

4. A inexistência de ilegalidade motiva a improcedência da denúncia apresentada e, consequentemente, o arquivamento dos autos.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 4ª Sessão Virtual Reservada do Tribunal Pleno, realizada de 27 a 30 de novembro de 2023, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, pela **improcedência** e consequente **arquivamento** da denúncia, nos termos do art. 129, I, "b" do Regimento Interno do TCE/MS; e pela **quebra do sigilo processual**, conforme o disposto no art. 61, § 6º, do RITC/MS.

Campo Grande, 30 de novembro de 2023.

Conselheira-Substituta **Patrícia Sarmento dos Santos** – Relatora

(Ato convocatório n. 03/2023)

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Conselheira-Substituta Patrícia Sarmento dos Santos - Relatora

Vistos, etc.

O presente processo trata de Denúncia formulado pela empresa Oxi Morena Comércio de Oxigênio EIRELI, em face do Município de Bataguassu - MS, por supostas irregularidades contidas no procedimento licitatório Pregão Eletrônico nº 026/2023, realizado no dia 21/06/2023, tendo por objeto o registro de preços de empresa especializada para futuras e parceladas aquisições de gás medicinal comprimido (oxigênio medicinal), armazenado em cilindros (em comodato) para atender as necessidades do Fundo Municipal de Saúde.

Argumentou que não protocolou a proposta a tempo de participar do certame, entretanto, acompanhou o pregão e ao analisar a documentação da licitante vencedora, constatou que a mesma não estava apta para participar do pregão, pois não apresentou a documentação de qualificação técnica exigida no edital e prevista em legislação especial, violando o Edital no item 12.4.3 e as sobreditas leis especiais.

Alegou que a empresa vencedora não tem autorização compatível com o objeto licitado, sendo que a autorização concedida pelo órgão competente é para correlatos e não Gases Medicinais (medicamento).

Asseverou que o edital foi expresso em obrigar aos licitantes comprovar que possuem autorização legal para o ramo compatível com o objeto licitado expedido pela ANVISA. Sustentou, ainda, que toda documentação comprobatória deverá estar em nome da licitante detentora da proposta.

Requereu, ao fim, a inabilitação da empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA, haja vista que a AFE (Autorização de Funcionamento de Empresa) apresentada pela licitante vencedora que atende o objeto do certame está no CNPJ 35.820.448/0001-36, empresa sediada no Rio de Janeiro-RJ e que a AFE da licitante efetiva não permite atender o objeto licitado, pois, trata-se de autorização para correlatos.

Por derradeiro, pleiteou a concessão de liminar para determinar que a Prefeitura Municipal de Bataguassu suspenda o Processo Administrativo nº 053/2023, Pregão Eletrônico nº 026/2023, a qual foi indeferida (peça 5)

O Ministério Público de Contas emitiu Parecer PAR – 1ª PRC – 10356/2023 (peça 10), opinou pela improcedência da denúncia com consequente arquivamento dos autos.

É o breve relatório. Passo ao VOTO.

VOTO

A Exma. Sra. Conselheira-Substituta Patrícia Sarmento dos Santos - Relatora

O tema ora debatido cinge-se sobre suposta ofensa às cláusulas 6.1, 6.8 e 12.4. do edital, os quais foram exaustivamente abordadas na decisão que negou o pedido liminar para suspensão do certame e convém rememorar.

Atinente às empresas autorizadas a participar do certame, estabelece o item 6.1 do referido edital:

> **6.1.** Somente será admitida a participação neste certame, de pessoas jurídicas, que comprovem com documentos de registros ou autorizações legais, que explorem ramo de atividade compatível com o objeto desta licitação e atendam às exigências do edital e seus anexos;

A referida exigência visa inibir empresas aventureiras que, supostamente, desenvolvem inúmeras atividades dos mais diversos ramos. Visto que o objeto do certame é a *"aquisição de gás medicinal comprimido (oxigênio medicinal)",* a atividade preponderante é o comércio, vez que estamos diante de uma relação contratual de compra e venda. Nessa senda, pode-se observar que a empresa vencedora do certame cumpre a cláusula supracitada pois sua atividade econômica principal se amolda à exigência editalícia, senão vejamos:

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA

NÚMERO DE INSCRIÇÃO 35.820.448/0025-03 FILIAL	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA 20/10/1989

NOME EMPRESARIAL WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA	
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) ********	PORTE DEMAIS

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 46.84-2-99 - Comércio atacadista de outros produtos químicos e petroquímicos não especificados anteriormente

Referente a suposta ofensa ao item 6.8 que estabelece, *"sob pena de inabilitação ou desclassificação, todos os documentos apresentados deverão referir-se ao mesmo CNPJ constante na proposta de preço"*, o denunciante fundamenta seu pedido na tese de que Autorização de Funcionamento (AFE) apresentada estaria em nome da matriz e não da filial que disputou o certame, ou seja, em CNPJ diverso.

A título de esclarecimento, a Autorização de Funcionamento (AFE), foi um dos documentos exigidos dos licitantes para habilitação técnica. Tal documento exigido pela Portaria nº 2819/98, alterada pela Portaria 3765/98, ambas do Ministério da Saúde, que em seu art. 5º, II estabelece a obrigatoriedade de comprovação da Autorização para Funcionamento da empresa participante da Licitação. Assim, a AFE era uma exigência de qualificação técnica que, a par do texto normativo, tem por objeto prevenir falsificações, adulterações e fraudes no fornecimento de medicamento no âmbito do SUS.

Feita essa observação, temos que, embora o teor da cláusula 6.8 seja comumente utilizada nos certames, a análise do edital deve se dar de forma holística. Isso porque o mesmo edital prevê no tópico 12.8 exceção quanto à tese levantada pelo denunciante de documentos em nome da matriz utilizados por filiais, senão vejamos:

> **12.8.** Sob pena de inabilitação, todos os documentos apresentados para habilitação deverão estar em nome da licitante, e, preferencialmente, com número do CNPJ e com o endereço respectivo:
>
> Se a licitante for a matriz, todos os documentos deverão estar em nome da matriz;
>
> Se a licitante for a filial, todos os documentos deverão estar em nome da filial, exceto aqueles documentos que, pela própria natureza, comprovadamente, forem emitidos somente em nome da matriz;

Destarte, a Autorização de Funcionamento (AFE) subsome-se à norma ora trazida, vez que sua exigência se restringe à matriz a quem cabe a produção e não às filiais responsáveis pela distribuição e comercialização do produto. Nesse diapasão, não se verifica qualquer ilegalidade na utilização da Autorização de Funcionamento (AFE) da matriz pela filial.

Ademais, a diferenciação entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica limita-se, a rigor, à esfera do Direito Tributário, como bem destacou o Voto do Min. Sub. Marcos Bemquerer Costa, no Acórdão nº 1593/2019 – Plenário, ao esclarecer que "*em termos práticos e guardando as devidas proporções, **da mesma forma que a distinção entre 'matriz' e 'filial' só tem sentido para fins tributários (responsabilidade tributária)**, a distinção entre a personalidade jurídica da sociedade empresária e a pessoa física do sócio administrador só tem relevância sob a ótica patrimonial (responsabilidade civil).*"

Corroborando esse entendimento, a jurisprudência do TCU[1] admite que os documentos de qualificação técnica sejam apresentados tanto em nome da matriz como

[1] [Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 461]

em nome da filial. Não é outra a trilha adotada pelas Cortes de Contas Estaduais, a exemplo da Denúncia julgada em 25/04/2023 pela 1ª Câmara do TCE/MG[2].

No mesmo sentido, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

> RECURSO DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. HABILITAÇÃO. LICITAÇÃO. **CAPACIDADE TÉCNICA**. INDISTINÇÃO DEDOCUMENTOS ENTRE FILIAL E MATRIZ. POSSIBILIDADE. RECURSOCONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> 1 - O cerne da presente questão **consiste em analisar se é possível, em fase de habilitação no procedimento licitatório, a apresentação de documentos indistintos em nome da empresa matriz ou da filial quando relativos à capacidade técnica**.
>
> 2 - Com efeito, busca a recorrente a declaração de ilegalidade do ato que habilitou e declarou vencedora a empresa recorrida no Pregão Eletrônico n.º 89/2018. Para tanto, argumenta que a empresa, ao não apresentar os documentos **que atestam a sua capacidade técnica, mas sim da empresa matriz, descumpriu o item 15.4.6 do edital do certame**.
>
> 3 - Nessa ordem de ideias, convém destacarmos que o Tribunal de Contas da União, conforme destacado na sentença vergastada, esboçou o entendimento **de que é possível a apresentação de documentos indistintamente pela empresa filial ou empresa matriz quando se tratar de matéria atinente à comprovação de capacidade técnica. O voto carreado no corpo do acórdão do TCU nº 1277/2015 é esclarecedor nesse sentido**.
>
> 4 - Portanto, matriz e filial nada mais são do que estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica. A matriz é o estabelecimento principal, a sede, aquela que dirige as demais empresas que são as filiais, sucursais ou agências; a filial é o estabelecimento mercantil, industrial ou civil, sendo subordinada a matriz. As diferenças entre os CNPJs são para efeito de regularidade fiscal, não irradiáveis no espectro da capacidade técnica.
>
> 5 – Apelação conhecida e desprovida
>
> (TJCE - 0102028-40.2019.8.06.0001)

Destarte, não se caracteriza irregularidade no caso concreto, por duas razões: a primeira, por ficar demonstrado que a empresa vencedora, comprovadamente, explora o ramo de atividade objeto do certame, qual seja o comércio de gás medicinal comprimido; a segunda, em razão do edital excepcionar os casos de documentos que somente podem ser emitidos pela matriz, no qual se inclui a Autorização de Funcionamento (AFE), em total consonância com a jurisprudência atual.

[2] https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tce-mg/1834159313/inteiro-teor-1834159317

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acompanho o Parecer do Ministério Público de Contas (MPC) e **VOTO**:

1 – Pela **IMPROCEDÊNCIA** e consequente **ARQUIVAMENTO** da denúncia, nos termos do art. 129, I, "b" do Regimento Interno do TCE/MS;

2 - Pela **QUEBRA DO SIGILO PROCESSUAL**, conforme o disposto no art. 61, § 6º, do RITC/MS;

3 - Pela **INTIMAÇÃO** do interessado acerca do resultado do julgamento, nos termos do art. 50, I da Lei Complementar 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, firmada nos termos do voto da Relatora, pela improcedência e consequente arquivamento da denúncia, e pela quebra do sigilo processual.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.

Relatoria da Exma. Sra. Conselheira-Substituta Patrícia Sarmento dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Osmar Domingues Jeronymo, Marcio Campos Monteiro, Flávio Kayatt e os Exmos. Srs. Conselheiros-Substitutos Célio Lima de Oliveira e Leandro Lobo Ribeiro Pimentel.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 30 de novembro de 2023.

Conselheira-Substituta **PATRÍCIA SARMENTO DOS SANTOS**

Relatora (Ato Convocatório n. 03/2023)

MSS