DECISÃO LIMINAR DLM - G.ICN - 132/2017

PROCESSO TC/MS	: TC/23073/2017
PROTOCOLO	: 1857877
ÓRGÃO	: AGÊNCIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
DENUNCIANTE	FELIPE ESTEVAM FERREIRA
PROCEDIEMNTO LICITATÓRIO	PREGÃO PRESENCIAL Nº 001/2017
RELATOR	: Cons. IRAN COELHO DAS NEVES

MEDIDA CAUTELAR

VISTOS, etc.

01. – O presente processo (TC/23073/2017) trata de Denúncia (art. 40, da LC nº 160/12) apresentada por FELIPE ESTEVAM FERREIRA a este Tribunal de Contas, em razão da possível ocorrência de irregularidades no procedimento licitatório: PREGÃO PRESENCIAL Nº 001/2017 da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário - AGEPEN, realizados através da Superintendência de Gestão de Compras e Materiais/SAD/MS, por meio da Coordenadoria de Processamento Licitatório, a ser realizado no dia 26/10/2007.

02. – A Denúncia foi devidamente recebida pelo Conselheiro Presidente, conforme decisão às fls. 03-05, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos nas normas regimentais e, após isso, os autos do processo foram remetidos a esta relatoria.

03. – O objeto do procedimento licitatório está descrito no edital, ora impugnado, vejamos:

> *"1.1. O objeto da presente licitação é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, visando à contratação de empresa especializada em serviços de preparo e*

fornecimento de alimentação para o sistema prisional no Município de ***Três Lagoas -*** *MS, em conformidade com as especificações constantes da Proposta de Preços (Anexo 1) e demais Anexos, parte integrante deste ato convocatório, com o objetivo de atender às necessidades do Estabelecimento Penal e Centro de Triagem de* ***Três Lagoas*** */MS."* (Pregão Presencial nº 001/2017, fls. 029) (grifei)

04. – O denunciante argumenta que o procedimento licitatório está irregular pelos seguintes motivos:

> *"*a) *Da admissibilidade indevida da participação de empresas impedidas de contratar com a administração pública federal;*
> b) *Da dubiedade e impossibilidade de participação de empresas que estejam em sede de recuperação extrajudicial;*
> c) *Da temerária ausência de garantia contratual em contrato de prestação de serviços de alimentação em estabelecimento penal;*
> d) *Da irregular delimitação do reajuste de preço ao Decreto Estadual nº 14.771;*
> e) *Da irregular documentação exigida na fase de proposta de preço."* (fls. 06-025)

05. - A primeira questão, apresentada nesta denúncia, refere-se à falta de previsão no edital de que empresas impedidas de contratar com a administração pública federal, não possam participar da licitação.

06. – Apesar de não estar suficientemente claro no edital a questão da impossibilidade de empresas impedidas de contratar com o poder público participarem da licitação, esse requisito está inserido na habilitação, sendo relativo à capacidade jurídica, porque, ao aceitar as regras do edital as licitantes se obrigam a cumprir, dentre outras, as determinações da Lei nº 8.666/93.

07. – Além disso, cabe aos participantes da licitação informar a qualquer tempo sobre a existência de fatos supervenientes impeditivos, conforme previsto no Anexo IV, do edital, no seu item "13.12", vejamos:

> *"13.12.* ***Integram o presente edital, independentemente de qualquer transcrição, os anexos****: 1 PROPOSTA DE PREÇO, ANEXO 1 "A" TERMO DE REFERENCIA, II - DECLARAÇÃO DE HABILITAÇÃO, III - DECLARAÇÃO DE MENOR, IV -* ***DECLARAÇÃO DE FATOS SUPERVENIENTES IMPEDITIVOS****, V - DECLARAÇÃO DE ELABORAÇÃO INDEPENDENTE DE PROPOSTA, VI - ATESTADO DE VISTORIA TÉCNICA, VII - DECLARAÇÃO PARA OS LICITANTES EU NÃO REALIZARAM A VISTORIA TÉCNICA, VIII - MINUTA DO CONTRATO."* (fls. 041) (grifei)

08. – Cabe aqui, uma ressalva, os efeitos do impedimento de participar de licitações, em razão de sanção do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, limitam-se àquelas empresas que foram apenadas pela entidade que realiza o procedimento licitatório, numa interpretação mais restritiva da abrangência do dispositivo legal que faz distinção, no seu art. 6º, incisos XI e XII, entre administração e administração pública.

09. – O Tribunal de contas da União (TCU) tem jurisprudência nesse mesmo sentido, vejamos:

> ***A sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou*** *Representação formulada por empresa apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Presencial nº 11/2011, promovido Prefeitura Municipal de Cambé/PR, que teve por objeto o fornecimento de medicamentos para serem distribuídos nas Unidades Básicas de Saúde e na Farmácia Municipal. Entre as questões avaliadas nesse processo, destaque-se a* ***exclusão de empresas do certame, em razão de terem sido apenadas com a sanção do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 por outros órgãos e entidades públicos.*** *Passou-se, em seguimento de votação, a discutir o alcance que se deve conferir às sanções estipuladas nesse comando normativo ("suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração"). O relator, Ministro Ubiratan Aguiar, anotara que a jurisprudência do Tribunal havia-se firmado no sentido de que a referida sanção restringia-se ao órgão ou entidade que aplica a punição. A sanção prevista no inciso IV do mesmo artigo, relativa à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, produziria efeitos para os órgãos e entidades das três esferas de governo. O relator, a despeito disso, ancorado em precedente revelado por meio do Acórdão nº 2.218/2011-1ª Câmara, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, e na jurisprudência do dominante do STJ, encampou o entendimento de que a sanção do inciso III do art. 87 também deveria produzir efeitos para as três esferas de*

governo. O primeiro revisor, Min. José Jorge, sustentou a necessidade de se reconhecer a distinção entre as sanções dos incisos III e IV, em função da gravidade da infração cometida. Pugnou, ainda, pela modificação da jurisprudência do TCU, a fim de se considerar que "a sociedade apenada com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, por órgão/entidade municipal, não poderá participar de licitação, tampouco ser contratada, para a execução de objeto demandado por qualquer ente público do respectivo município". O segundo revisor, Min. Raimundo Carreiro, por sua vez, ao investigar o significado das expressões "Administração" e "Administração Pública" contidos nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, respectivamente, assim se manifestou: "Consoante se lê dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93, os conceitos definidos pelo legislador para 'Administração Pública' e para 'Administração' são distintos, sendo o primeiro mais amplo do que o segundo. Desse modo, não creio que haja espaço hermenêutico tão extenso quanto tem sustentado o Superior Tribunal de Justiça nos precedentes citados no voto do relator no que concerne ao alcance da sanção prevista no inciso III do art. 87". Mencionou, também, doutrinadores que, como ele, privilegiam a interpretação restritiva a ser emprestada a esse comando normativo. Ressaltou, ainda, que as sanções dos incisos III e IV do art. 87 da multicitada lei "guardam um distinto grau de intensidade da sanção", mas que "referidos dispositivos não especificaram as hipóteses de cabimento de uma e de outra sanção …". Segundo ele, não se poderia, diante desse panorama normativo, admitir que o alcance de ambas sanções seria o mesmo. Chamou atenção para o fato de que "a sanção prevista no inciso III do art. 87 é aplicada pelo gestor do órgão contratante ao passo que a sanção do inciso IV é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso". E arrematou: " … para a sanção de maior alcance o legislador exigiu também maior rigor para a sua aplicação, ao submetê-la à apreciação do titular da respectiva pasta de governo". Acrescentou que a sanção do inciso III do art. 87 da Lei de Licitações não poderia ter alcance maior que o da declaração de inidoneidade pelo TCU (art. 46 da Lei nº 8.443/1992). ***Por fim, invocou o disposto no inciso XII do art. 6º da Lei de Licitações, que definiu "Administração" como sendo "órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente", para refutar a proposta do primeiro revisor, acima destacada. O Tribunal, então, ao aprovar, por maioria, a tese do segundo revisor, Min. Raimundo Carreiro, decidiu: "9.2. determinar à Prefeitura Municipal de Cambé/PR que nas contratações efetuadas com recursos federais observe que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade contratante". Acórdão nº 3243/2012-Plenário, TC-013.294/2011-3, redator Ministro Raimundo Carreiro, 28.11.2012.***

A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de

contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou

Representação formulada por empresa apontou suposta ilegalidade no edital do Pregão Eletrônico 13/2013, conduzido pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal, com o objetivo de contratar empresa especializada em serviços de manutenção de instalações civis, hidrossanitárias e de gás e rede de distribuição do sistema de combate a incêndios. Constou do edital disposição no sentido de que "2.2 – Não será permitida a participação de empresas: (…) c) suspensas temporariamente de participar em licitações e contratar com a Administração; d) declaradas inidôneas para licitar ou para contratar com a Administração Pública;". O relator, por aparente restrição ao caráter competitivo do certame, suspendeu cautelarmente o andamento do certame e promoveu a oitiva do órgão, medidas essas que vieram a ser ratificadas pelo Tribunal. O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que "a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)". E mais: "Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenadas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal". Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo "Administração" constante do item 2.2, "c", os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão "refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal" e que, portanto, "o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte". Por esse motivo, considerou pertinente a revogação da referida cautelar e o julgamento pela improcedência da representação. ***A despeito disso e com o intuito de "evitar questionamentos semelhantes no futuro", considerou pertinente a expedição de recomendação ao órgão para nortear a elaboração de futuros editais. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) "recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal". Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013.***

10. – Posto isso, improcede neste tópico, a alegação do denunciante, porquanto, como já demostrado, o edital e as regras da Lei nº 8666/93 impossibilitam a participação de empresa impedida de contratar com o poder público na licitação, bem como, essa penalidade gera efeito apenas na entidade que aplicou a sanção e a qual cabe, também, verificar se alguma participante está impedida de participar por ter sofrido a punição prevista no art. 87, III, da Lei 8666/93.

11. - A segunda questão, apresentada nesta denúncia, refere-se à suposta *dubiedade e impossibilidade de participação de empresas que estejam em sede de recuperação extrajudicial*. Observo que o edital, no seu item "2.1.2", assim dispõe sobre o referido assunto, *verbis*:

> *"2.1.2. As* ***empresas em Recuperação Judicial e Extrajudicial que obteve a concessão da Recuperação Judicial, poderão participar, desde que apresente a certidão de concessão da Recuperação Judicial.****" (fls. 029) (grifei)*

12. – O dispositivo do edital alhures, deve ser interpretado, de forma que as empresas em recuperação judicial apresentem a referida certidão do processo em que foi aprovado o plano de recuperação judicial e, nos casos de recuperação, extrajudicial, a empresa pode requer sua homologação em juízo e, dessa forma, obter a referida certidão judicial do processo onde houve o deferimento, nos termos dos arts. 162, 163, 164 e 165, da Lei nº 11.101/2005, vejamos:

> *"Art. 162. O* ***devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial****, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram.*
>
> *Art. 163. O* ***devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial*** *que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos.(...)*
>
> *Art. 164. Recebido o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial previsto*

nos arts. 162 e 163 desta Lei, o juiz ordenará a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor, convocando todos os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de recuperação extrajudicial, observado o § 3º deste artigo

Art. 165. O ***plano de recuperação extrajudicial produz efeitos após sua homologação judicial****." (grifei)*

13. - Deste modo, neste tópico, não assiste razão ao denunciante, porquanto as regras do edital contemplam as hipóteses previstas na lei de participação de empresas que estejam em recuperação judicial e extrajudicial, desde que, obviamente façam prova dessas condições, com a documentação exigida no edital.

14. - A terceira questão, apresentada nesta denúncia refere-se, segundo o denunciante, a *ausência de garantia contratual em contrato de prestação de serviços de alimentação em estabelecimento penal*.

15. – A lei nº 8.666/93, estabeleceu em seu art. 56, *caput*, que a prestação de garantia nas contratações de serviços será facultativa, *verbis*:

"Art. 56. A ***critério da autoridade competente****, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório,* ***poderá ser exigida prestação de garantia*** *nas contratações de obras, serviços e compras."* (grifei)

16. – Como se vê alhures, basta uma simples leitura do dispositivo para se chegar à conclusão de que a exigência da garantia é facultativa, ou, nas palavras de Marçal Justen Filho:

"A lei ***remete à discricionariedade da Administração a exigência da garantia****.* ***Poderá (deverá) ser exigida apenas nas hipóteses em que se faça necessária****. Quando inexistirem riscos de lesão ao interesse estatal, a Administração não precisará impor a*

prestação de garantia"[1] (grifei)

17. – Dessa forma, não assiste razão ao denunciante, neste tópico, porque, como já demostrado, a exigência de garantia, no contrato a ser realizado, é facultativa, não sendo necessária, nesse caso, conforme permite o art. 56, da Lei nº 8666/93.

18. - A quarta questão, apresentada nesta denúncia refere-se, segundo o denunciante, a *irregular delimitação do reajuste de preço ao Decreto Estadual nº 14.771.* Observo que o edital, no seu item "10.3", assim dispõe sobre o referido assunto, *verbis*:

> *"(...) 10.3. O* ***reajustamento no preço contratado somente poderá ser concedido após um ano de contrato, considerando os valores informados na respectiva Planilha de Custos, cujas variações serão calculadas com base no Índice Geral de Preços de Mercado-IGPM/FGV.***
> *(...) o subitem 10.3.1. no Anexo VIII - Minuta do Contrato, com a seguinte redação: 10.3.1. O* ***valor do reajuste não poderá ultrapassar O valor máximo fixado pelo Decreto Estadual n. 14.771 de 28/06/2017 por diária que é de R$ 12,00 (doze reais)****."* (fls. 146) (grifei)

19. – Observo que a contratação terá vigência inicial de 12 (doze meses), contados a partir da sua assinatura do contrato e com a possibilidade de prorrogação, conforme edital e minuta do ajuste.

20. – O prazo inicial da contratação é de 12 (doze) meses, portanto, entendo ser cabível a cláusula de reajuste que pode ser aplicada quando a periodicidade for igual ou superior a 01 (um) ano, conforme dispõe da Lei nº 9.069/1995, *verbis*:

> *"Art. 2o É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de* ***duração igual ou superior a um ano****.*
> *§ 1o É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de*

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 719.

periodicidade inferior a um ano.

§ 2o Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.

§ 3o Ressalvado o disposto no § 7o do art. 28 da Lei no 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.

Art. 3o Os contratos ***em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei****, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.*

§ 1o A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

§ 2o O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo." (grifei)

21. - Na Lei nº 8666/93, o reajuste dos contratos administrativos e a admissão da adoção de índice específico ou setorial, têm previsão no artigo 40, inciso XI, e art. 55, *verbis*:

"*Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:*

(…)

XI - ***critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais****, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

"Art. 55. *São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:*

(…)

III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, ***data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento****;" (grifei)*

22. – O Decreto nº 14774/2017, colocou um teto máximo para o pagamento das refeições nas unidades prisionais, cadeias públicas e nas unidades de internação, conforme dispõe seu art. 1º, *verbis*:

> *"Art. 1º Fixa-se* ***em até R$ 12,00 (doze reais) o valor diário de cada refeição das unidades prisionais vinculadas ou subordinadas à Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública*** *(SEJUSP-MS)." (grifei)*

23. - Destarte, neste tópico, entendo que não assiste razão ao denunciante, porquanto, o citado Decreto está em pleno vigor e, porque, o edital, prevê os critérios de reajuste, mas, limitando a um teto, previsto na ato normativo estadual.

24. - A quinta questão, apresentada nesta denúncia refere-se, segundo o denunciante, a *irregular documentação exigida na fase de proposta de preço.* Observo que o edital, no seu item "4.2", assim dispõe sobre o assunto, vejamos:

> *"4.2. A proposta deverá estar acompanhada ainda da seguinte documentação, SOB PENA DE DESCLASSIFICAÇÃO:*
> *4.2.1.* ***Declaração*** *de Elaboração Independente de Proposta, conforme Anexo V.*
> *4.2.2.* ***Alvará de Licença Sanitária*** *de titularidade da empresa licitante expedido pelo órgão competente da esfera Estadual ou Municipal da sede da licitante, pertinente com o objeto licitado (alimentação preparada).*
> *4.2.3.* ***Declaração*** *se comprometendo a adequar/adaptar as cozinhas industriais dos estabelecimentos penais determinados nos subitens 2.1.1 e 2.1.2 do anexo 1 "A" - Termo de Referência, no prazo máximo de 45 {quarenta e cinco) dias, bem como, irá manter exposto em local fácil acesso o Alvará Sanitário de titularidade da empresa licitante, expedido por órgão competente da esfera Estadual ou Municipal, referente à cozinha industrial instalada na Penitenciária.*
> *4.2.4.* ***Declaração*** *de que, se vencedora, terá disponível cozinha industrial na cidade de Campo Grande/MS, com estrutura adequada, inclusive licença sanitária, que será utilizada para suprir quaisquer necessidades, no caso de emergência, a exemplo de rebeliões, motins ou outras situações que ocasionem a impossibilidade de uso da cozinha localizada dentro dos estabelecimentos penais.*

4.2.5. ***Declaração*** *se comprometendo a apresentar laudo de análise microbiológica dos alimentos servidos, feito por laboratórios estadual ou municipal, e, na ausência destes, por laboratório privado credenciado ao INMETRO, quando solicitado pela AGEPEN.*

4.2.6. ***Declaração*** *de compromisso de que, caso se sagre vencedora, fornecerá no momento da entrega, ao responsável pelo recebimento de alimentação, cópia do Alvará ou Certificado de Licença Sanitária do veículo que os transportou, pertinente com a alimentação licitada e expedido pelo órgão competente da sua respectiva esfera Estadual ou Municipal, salvo se a legislação do ente dispensar o veículo de licença, ocasião em que deverá comprovar a isenção ao responsável pelo recebimento.*

4.2.7. ***Declaração*** *de compromisso que tomou conhecimento de todas as condições e exigências estabelecidas no edital de licitação e no ANEXO 1 "A" - TERMO DE REFERÊNCIA ciente, que irá cumpri-las caso seja vencedora, em todos os tópicos nele citados.*

4.2.8. ***Declaração*** *de compromisso de que se vencedora do certame apresentará na assinatura do contrato (subitem 8.4.1.) as seguintes comprovações e relações: a) Relação da equipe técnica, operacional e administrativa disponível, com a quantificação e a qualificação das funções compatíveis com o objeto licitado, bem como da disponibilização das instalações e aparelhamento necessário.*

4.2.9. ***Atestado de Vistoria Técnica*** *dos Estabelecimentos Penais que receberão as cozinhas, conforme determinados nos itens 2.1.1 e 2.1.2 do anexo I"A"Termo de Referência:"* (fls. 031-032) (grifei)

25. – Quanto às declarações exigidas, não existe óbice para sua apresentação junto com a proposta de preços, no que se refere ao alvará de licença sanitária e do atestado de vistoria técnica, entendo que se trata de documentos essenciais para se comprovar a aptidão das empresas participantes da licitação.

26. – O Alvará de Licença Sanitária de titularidade da empresa licitante tem por finalidade demonstrar a aptidão da empresa para assumir obrigações com a administração pública nesse sentido, a doutrina de Marçal JUSTEN FILHO, *verbis*:

> *"A prova de habilitação jurídica corresponde à* ***comprovação de existência, da capacidade de fato e da regular disponibilidade para o exercício das faculdades jurídicas****. Somente pode* ***formular proposta aquele que possa validamente contratar****. As regras sobre o assunto não são de direito administrativo, mas de direito civil e comercial. (...) Mais precisamente, a Administração* ***deverá acolher a disciplina própria acerca dos requisitos***

de capacidade jurídica e de fato, *dispostas em cada ramo do Direito. Encontra-se em* ***situação de habilitação jurídica o sujeito que, em face do ordenamento jurídico, preenche os requisitos necessários à contratação e execução do objeto****."* (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ed. Dialética, 10º edição, pág. 302) (grifei)

27. – O Código Sanitário do Estado de Mato Grosso do Sul[2], no art. 198, 1º e 2º e 207, "c", é claro ao dispor que as ações de vigilância sanitária abrangem os alimentos e o seu preparo, bem como, estabelece a obrigatoriedade de alvará sanitário para funcionamento, vejamos:

"Art. 198. ***O Estado e o Município através de suas Secretarias de Saúde****,* ***exercerão ações de vigilância sanitária*** *sobre* ***bens****,* ***produtos*** *naturais ou industrializados,* ***atividades****, serviços, higiene e sanidade pessoal e local que, direta ou indiretamente, possam produzir agravos á saúde pública ou individual.*

(...)

2º Os ***produtos citados*** *neste artigo são os seguintes;* ***alimentos****, drogas, medicamentos, saneantes domissanitários, insumos farmacêuticos, correlatos de medicamentos, produtos dietéticos, produtos de higiene, perfumes, cosméticos, bebidas, águas minerais, naturais de fonte e outras para consumo e demais produtos de interesse da saúde.*

3º As ***atividades citadas*** *neste artigo são as seguintes: produção, extração, obtenção, fabricação, industrialização, prescrição,* ***preparo****, transformação, beneficiamento, acondicionamento, conservação, eliminação, tratamento de resíduos, destino final de resíduos, depósito, comercialização ou venda, fornecimento, embalagem, reembalagem e outras pertinentes, relacionados com os produtos de interesse da saúde, referidos no parágrafo 2º deste artigo."*

"Art. 207. A ***licença referida no artigo anterior*** *será concedida através de:*

(...)

c) ***Alvará sanitário de funcionamento para que pessoas físicas ou jurídicas exerçam as atividades sob regime de vigilância sanitária****, que terá a validade de um ano, devendo ser revalidada por períodos iguais e sucessivos."* (grifei)

[2] LEI Nº 1.293, DE 21 DE SETEMBRO DE 1992. Publicada no Diário Oficial nº 3.386, de 22 de setembro de 1992, páginas 1 a 28.

28. – Portanto o Alvará de Licença Sanitária das empresas participantes da licitação é uma ***conditio sine qua non***, para a participação destas no procedimento licitatório que visa à contratação serviços de preparo e fornecimento de alimentação para o sistema prisional, conforme descrito o objeto do edital.

29. – Vale ressaltar, que se uma empresa presta o serviço de preparo e fornecimento de alimentação não pode exercer suas atividades se não obtiver o referido alvará, dessa forma, a existência legal da empresa, sua legitimidade e a aptidão para assumir obrigações estariam comprometidos, por isso, não poderiam participar, também, de uma licitação pública, por ausência desses requisitos essenciais.

30. – Com relação, ao Atestado de Vistoria Técnica, neste caso concreto, levando-se em conta as especificidades do objeto licitado em razão, da complexidade e da natureza da licitação faz-se necessário o conhecimento das instalações para formulação das propostas de preços.

31. – O Tribunal de Contas da União já se manifestou acerca da possibilidade e finalidade da realização de visita técnica, desde que se leve em conta a complexidade ou natureza do objeto a ser licitado, como no caso dos autos em tela, vejamos:

> *"11.1.3.1. A **visita de vistoria tem por objetivo dar à Entidade a certeza e a comprovação de que todos os licitantes conhecem integralmente o objeto da licitação** e, via de consequência, que suas **propostas de preços possam refletir com exatidão a sua plena execução**, evitando-se **futuras alegações de desconhecimento das características dos bens licitados, resguardando a Entidade de possíveis inexecuções contratuais**."* (grifei) (Acórdão – 4968/2011 – segunda câmara, processo: 023.890/2010-0, data da sessão: 12/07/2011)

32. - Assim sendo, os meios de prova que acompanham a Denúncia não possibilitam um juízo seguro para adoção de medida liminar *inaudita altera parte*, ou seja, o denunciante não se desincumbiu satisfatoriamente do ônus probatório que lhe competia, conforme prevê o art. 57, da Lei 160/2012, vejamos:

> *"**Art. 56.** O Tribunal pode determinar liminarmente a aplicação de medida cautelar, sem a prévia manifestação do jurisdicionado, **sempre que existirem provas suficientes** de que ele possa retardar ou dificultar o controle externo, causar dano ao erário ou tornar difícil a sua reparação."* (grifei)

33. – Por todo o exposto, como se faz necessária a dilação probatória no sentindo de instruir o processo para formar um juízo seguro, não é possível nesta fase processual antecipar liminarmente os efeitos da tutela pleiteada.

DISPOSITIVO.

34. – Destarte, **INDEFIRO O PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR**, porquanto a denunciante não apresentou provas suficientes das suas alegações, não se desincumbindo satisfatoriamente do ônus probatório que lhe competia, conforme determina o art. 56, da LC nº 160/2012.

35. - **INTIME-SE** a denunciada (Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização), via cartório que certificará o prazo e o cumprimento da intimação, para que apresente sua **defesa**, em relação aos fatos objeto da Denúncia em tela e informe o seguinte: **a**) a fase em que se encontra a licitação; **b**) as empresas que foram habilitadas a participar do certame; **c**) encaminhe os documentos referentes ao PREGÃO PRESENCIAL Nº 001/2017, no prazo de 30 (trinta) dias corridos, com fulcro no art. 113, do RITC/MS.

36. - Cumprida as providências acima e após o retorno do processo em tela, voltem-me para ulteriores deliberações, em caráter prioritário.

37. – **COMUNIQUEM-SE** as partes e os interessados com a devida urgência e **PUBLIQUE-SE** esta decisão no Diário Oficial Eletrônico do TCE/MS.

Em, Campo Grande (MS), 25 de outubro de 2017.

(autenticação eletrônica)

_____

Conselheiro IRAN COELHO DAS NEVES.

Relator