DECISÃO LIMINAR DLM - G.ICN - 134/2017

PROCESSO TC/MS	: TC/23072/2017
PROTOCOLO	: 1858157
ÓRGÃO	: AGÊNCIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
DENUNCIANTE	EDGAR NOGUEIRA SOARES
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	PREGÃO PRESENCIAL Nº 001/2017
RELATOR	: CONS. IRAN COELHO DAS NEVES

MEDIDA CAUTELAR

VISTOS, etc.

01. – O presente processo (TC/23072/2017) trata de Denúncia (art. 40, da LC nº 160/12) apresentada por EDGAR NOGUEIRA SOARES 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. 048) (grifei)

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

> *"*a) *Da exigência de atestados;*
> b) *Do prazo para disponibilizar uma cozinha externa;*
> c) *Da exigência de CNDT;*
> d) *Da exigência de alvará de funcionamento."* (fls. 06-025)

05. - A primeira questão, apresentada nesta denúncia, refere-se à exigência de atestado que comprove a experiência anterior, relativo à qualificação técnica. Observo que o edital, no seu item "5.1.3", assim dispõe sobre o referido assunto, *verbis*:

> *"1. Comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em quantidade, características e prazos semelhantes ao objeto da licitação. A referida comprovação se dará com a apresentação de atestado (s) de capacidade técnica, comprovando que os serviços foram executados no período de 12 (doze) meses (será aceito a somatória dos atestados para a devida comprovação) emitido por empresa jurídica de direito público ou privado, que comprove a aptidão para desempenho a contento de fornecimento de refeições, bem como a apresentação de atestado de Responsabilidade Técnica, nos Termos da Resolução CFN nº 510/2012.*
> *a) Considera-se* ***desempenho técnico a apresentação de atestado que comprove o fornecimento de no mínimo 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos previstos na licitação.****"* (fls. 052) (grifei)

06. – A presente questão envolve a interpretação do que diz o art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93. Ultimamente tem-se flexibilizado a regra de vedação de quantitativos mínimo, disposta no referido artigo, porquanto, ao prevalecer uma interpretação literal acabaria por levar a uma contradição, qual seja: prevalecendo vedação de requisitos mínimos, a norma não teria nenhum efeito, sem qualquer aplicação prática.

07. – Por isso, a jurisprudência vem caminhando no sentido permitir a experiência anterior e quantitativos mínimos, levando-se em conta as especificidades do objeto contratado, vejamos:

> *"Acórdão 534/2016 - Plenário | Relator: ANA ARRAES | 09/03/2016* ***É lícito a Administração exigir quantitativos para comprovação da capacidade técnico-profissional superiores àqueles exigidos para demonstração da capacidade técnico-operacional, uma vez que, embora a experiência da empresa****, sua capacidade gerencial e seus equipamentos sejam fatores relevantes, profissionais qualificados são determinantes para o desempenho da contratada." (grifei)*

> *"É* ***legal, para a comprovação da capacidade técnico-profissional da licitante, a exigência de quantitativos mínimos, executados em experiência anterior, compatíveis com o objeto que se pretende contratar****. Acórdão 3070/2013-Plenário, TC 018.837/2013-1, relator Ministro José Jorge, 13.11.2013." (grifei)*

08. – Posto isso, improcede neste tópico, a alegação do denunciante, porquanto, como já demostrado, é possível exigir experiência anterior e quantitativos mínimos, levando-se em conta, como *in casu*, as especificidades do objeto contratado.

11. - A segunda questão, apresentada nesta denúncia, refere-se ao *prazo para disponibilizar uma cozinha externa.*

12. – Essa questão, já foi objeto de liminar por esta relatoria, em outro processo, sendo que, após o deferimento de medida cautelar o edital foi corrigido possibilitado a concessão de uma prazo para a instalação de cozinha reserva e a possibilidade de subcontratação, vejamos as correções realizadas no edital:

> *"4.2.4.1.* ***Para a instalação da cozinha que trata o item 4.2.4, a empresa terá o prazo de 07 (sete) dias para disponibilização da cozinha externa, contados da publicação do resultado da licitação.***
> *4.2.4.2.* ***No período de carência de 45 (quarenta e cinco) dias concedidos no Anexo I "A", item 11.1.4, para instalação no Estabelecimento Penal descrito no item 2.1.1 do***

Anexo I "A", será possível a vencedora se utilizar da cozinha industrial declarada no item 4.2.4.

Ainda, referente a cozinha externa, segue alterado o item 8.5 do edital, conforme segue:

8.5. A licitante vencedora ***não poderá subcontratar, subempreitar, ceder ou transferir, total ou parcialmente o objeto da presente licitação, exceto os serviços de****:*

1.a) Adequação/adaptação das cozinhas;

2.b) Transporte das refeições preparadas, sendo que o veículo deverá possuir Alvará ou Certificado de Licença Sanitária, 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.

3.c) Cozinha externa, conforme item 4.2.4.”

13. – Portanto, improcede as alegações do denunciante, porquanto, a concessão de prazo para a instalação de cozinha reserva e a possibilidade de subcontratação, compatibiliza os interesses da administração e dos licitantes.

14. - A terceira questão, apresentada nesta denúncia refere-se, a exigência de CNDT. Esse documento passou a ser exigido pela Lei nº 12.440/2011, a partir da qual a administração pública está obrigada a exigir dos licitantes, para fins de análise dos requisitos de habilitação, conforme art. 29, inc. V, da Lei nº 8.666/93.

15. – Portanto, não assiste razão ao denunciante, neste tópico, porquanto, trata-se de uma exigência legal e a questão da regulamentação é atinente a justiça do trabalho, dessa forma, o edital nada mais fez que reproduzir o texto legal.

16. - A quarta questão, apresentada nesta denúncia refere-se, a *exigência de alvará de funcionamento.*

17. – Observo que o art. 32, inciso IV, da Lei 8666/93, permite a possibilidade da apresentação de documentação prevista em lei especial, em determinados casos, como requisito da habilitação técnica, *verbis*:

"Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:.

(...)

*IV - **prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso**."* (grifei)

18. – Observo, ainda, que o art. 28, inciso V, da Lei nº 8.666/93, exige como documentação relativa à habilitação jurídica a autorização de funcionamento expedida pelo órgão competente, *verbis*:

> *"Art. 28. A **documentação relativa à habilitação jurídica**, conforme o caso, consistirá em:*
>
> *(...)*
>
> *V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e **ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir**."* (grifei)

19. – A habilitação jurídica tem por finalidade demonstrar a existência legal da empresa, legitimidade de sua representação e aptidão 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)

20. – O Código Sanitário do Estado de Mato Grosso do Sul[1], no art. 198, 1º e 2º e 207, "c", é claro ao dispor que as ações de vigilância sanitária abrangem os alimen-

[1] 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.

tos 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)

21. - No âmbito, do Tribunal de Contas da União (TCU), a jurisprudência adota o entendimento de que é lícito a exigência de alvará sanitário e de localização ou funcionamento quando a atividade assim o exigir, como *in casu*, pois o objeto da licitação é para contratação de serviços de preparo e fornecimento de alimentação, vejamos:

> ***"Assunto:** Auditoria (...) com objetivo de verificar a execução das ações desenvolvidas (...), **no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar – Pnae**.*
> *(...) 18.33. Ocorre que já era exigido no subitem 6.1.4.2 do instrumento convocatório, **como condição de habilitação de qualificação técnica, a "apresentação de alvará sanitário e de localização ou funcionamento emitido pelo órgão competente da esfera municipal e/ou estadual compatível com o objeto licitado".***

18.34. Com relação a esse aspecto, ***a Lei 8.666/1993 admite a possibilidade de se exigir, a título de habilitação jurídica, "ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir" (art. 28, inc. V)****. No mesmo sentido, a legislação revogada – Resolução FNDE 32/2006 – estipulava a obrigação de o licitante prever, no edital da licitação, a obrigatoriedade de o fornecedor* ***comprovar, junto às autoridades sanitárias locais, a existência de instalações compatíveis com os produtos que se dispõem a oferecer*** *(art. 15, § 4°, alínea "c").*

18.35. Portanto, ***desde que a atividade assim o demandar, é lícita a exigência de autorização de funcionamento expedida pelo órgão competente.*** *(...)*

18.36. Dessa feita, observa-se que a exigência discriminada no subitem 6.1.4.2, ainda que prevista a ***título de qualificação técnica, trata-se de requisito de habilitação jurídica, possuindo amparo no art. 28, inc. V, da Lei 8.666/1993****, (...)."* (ACÓRDÃO 2933/2016 – PLENÁRIO**,** TC- 007.269/2014-5, rel. Min. VITAL DO RÊGO**,** 16/11/2016 ." (grifei)

22. - Ressalte-se que às exigências devem guardar pertinência com o objeto da licitação, razão pela qual, o ato convocatório só pode consignar requisitos e condições que sejam necessárias ao atendimento do interesse público visado, conforme dispõe o art. 37, inciso XXI, da CF, vejamos:

*"**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também,* ***ao seguinte****: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

(...)

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."* (grifei)

23. – Destarte, entendo que a exigência de 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.

24. – 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 (art. 28, inciso V, da Lei nº 8.666/93).

25. - 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)

26. – 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.

27. – 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.

28. - **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.

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

30. – **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