DECISÃO SINGULAR DSG - G.FEK - 240/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/2235/2021
PROTOCOLO	: 2093519
ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE NAVIRAI
JURISDICIONADOS	: 1- RHAIZA REJANE NEME DE MATOS 2- JOSEMAR TOMAZELLI 3- RONALDO ALEXANDRE
CARGOS	: 1- PREFEITA MUNICIPAL (1/1/2021 – 31/12/2024) 2- GERENTE DE SAÚDE SUBSTITUTO (1/1/2021 A) 3- GERENTE DE SAÚDE (1/1/2021 A 5/3/2021)
TIPO DE PROCESSO	: ATA DE REGISTRO DE PREÇOS N. 4/2021
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	: PREGÃO PRESENCIAL N. 1/2021
COMPROMITENTE(S)	: G. S. DOS SANTOS SUPERMERCADOS - LTDA
OBJETO	: AQUISIÇÃO DE ÁGUA MINERAL PARA ATENDER A GERÊNCIA DE SAÚDE
VALOR INICIAL	: R$ 90.720,00
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

A matéria em exame trata da análise do procedimento licitatório realizado pela Administração Municipal de Naviraí, por meio do **Pregão Presencial n. 1/2021**, e da formalização da **Ata de Registro de Preços n. 4/2021**, pelo Município de Naviraí, com interveniência do Fundo Municipal de Saúde, em favor da empresa compromitente G S dos Santos - Supermercado LTDA, tendo como objeto a aquisição de água mineral para atender a gerência de saúde.

Em uma primeira análise, a Divisão de Fiscalização de Saúde (DFS) concluiu na Análise 2015/2021 (pç. 18, fls. 101/105) pela **irregularidade** do procedimento licitatório - Pregão Presencial n. 1/2021 - e da formalização da Ata de Registro de Preços n. 4/2021, tendo vista a previsão de cláusula restritiva (no item 7.11 do edital) e a inversão de fases do pregão.

Diante das impropriedades acima identificadas, foi oportunizado o exercício do contraditório e ampla defesa aos jurisdicionados (INT - G.FEK - 3111/2021 - pç. 21, fl. 108 e INT - G.FEK - 3112/2021 pç. 22, fl. 109), que compareceram nos autos apresentando justificativas e documentos para compor a instrução processual, (pç. 28, fl. 115, pç. 29, fls. 116/119, pç. 30, fl. 120, pç. 32, fl. 122, pç. 33, fl. 123/126 e pç. 34, fl. 127).

Assim é que os autos retornaram à Divisão de Fiscalização de Saúde (DFS), onde a equipe técnica emitiu a Análise 5240/2021 (pç. 36, fls. 129/132) pela declaração de irregularidade do procedimento licitatório e da formalização da Ata de Registro de Preços, ratificando o posicionando da ANA-DFS-2015/2021 (pç. 18, fls. 101/105).

Na sequência, o Procurador do Ministério Público de Contas (MPC) emitiu o Parecer 8748/2021 (pç. 38, fls. 134/135), opinando nos seguintes termos:

> A par do exposto, evitando-se repetições desnecessárias, este Parquet se vale dos mesmos argumentos aduzidos pela d. DFS na análise ANA - DFS - 5240/2021, posto que muito bem fundamentados, e opina pela IRREGULARIDADE e ILEGALIDADE do procedimento licitatório – Pregão Presencial nº 001/2021 e da formalização da Ata de Registro de Preços nº 004/2021 nos termos do art. 59, inciso III, da Lei Complementar nº 160/2012 c/c art. 121, inciso I, alínea "a" do Regimento Interno aprovado pela Resolução TCE/MS nº 98/2018; pela IMPOSIÇÃO DE MULTA ao(s) responsável(eis), com fundamento no art. 42, inciso IX c/c o art. 44, inciso I, ambos da Lei Complementar nº 160/2012, em razão da irregularidade consistente em exigências que desatendem as disposições estabelecidas nas Leis Federais nº 8.666/93 e 10.520/2002.

É o Relatório.

DECISÃO

Com base nos apontamentos feitos pela unidade de auxílio técnico, pelo Ministério Público de Contas e com base nos documentos dos autos, passo à análise e julgamento da matéria, considerando as irregularidades assinaladas: a previsão de cláusula restritiva (no item 7.11 do edital) **e** a inversão de fases do pregão.

O primeiro ponto em debate refere-se à Cláusula 7.11, alínea "a", do Edital de Licitação (pç. 6, fl. 19), que dispõe o seguinte:

> **7.11** A licitante deverá apresentar dentro do envelope de proposta de preços os seguintes documentos:
> **a) Alvará de Licença para Funcionamento, expedido pelo órgão competente do município da licitante, observando sua validade.**

Conforme apontamento feito pela Divisão de Fiscalização de Saúde (DFS), a respeito do item 7.11 do edital, que determinou a apresentação de Alvará de Licença para Funcionamento juntamente com a proposta de preços, sob pena de desclassificação, é certo que que tal exigência não está prevista no inciso XIII do art. 4° da Lei Federal n. 10.520/2002, tampouco nos arts. 27 a 32 da Lei n. 8.666/1993.

Outrossim, essa exigência constitui uma cláusula restritiva, pois não consta qualquer justificativa técnica ou jurídica para a sua previsão no edital de licitação.

Em que pese o esforço argumentativo do jurisdicionado em sua justificativa às fls. 115-119, a Lei (federal) 8.666/1993 institui de forma taxativa os documentos necessários na fase de habilitação das licitações públicas:

> Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, **exclusivamente**, documentação relativa a:
> I – habilitação jurídica;
> II – **qualificação técnica**;
> III – qualificação econômico-financeira;
> IV – regularidade fiscal e trabalhista;
> V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7o da Constituição Federal.

O **art. 30** do mesmo diploma, por sua vez, delimitou os tipos de documentos capazes de instruir a qualificação técnica, no qual não se vislumbra qualquer margem para a exigência do Alvará de Funcionamento, tal como ocorre no edital Pregão Presencial n. 1/2021.

> **Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:**
>
> I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
> II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
> III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
> IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Vale lembrar que o alvará de funcionamento tão somente autoriza a localização e funcionamento de determinado empreendimento, independentemente do segmento, não disciplinando regras técnicas ou específicas acerca da comercialização ou produção de determinado bem ou serviço.

Assim, tal documento é desprovido de aspecto técnico capaz de alcançar qualquer uma das hipóteses inscritas no art. 30 da Lei (federal) 8.666/1993, não podendo ser interpretado de maneira ampliativa, em especial em relação ao inciso IV do referido dispositivo, cuja exigência compromete a ampla competição do certame.

Na lição de Marçal Justen Filho, *in* "*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 14ª Ed., Editora Dialética, pág.401*":

> "(...) o elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo, ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. **O edital não poderá exigir mais do que ali previsto**, mas poderá demandar menos." - **grifei**

Corroborando o acima exposto, colaciono a ementa do julgamento ocorrido no processo 91233, oriundo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, publicado em 22/11/2017:

> LICITAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO. OBJETO DE BAIXA COMPLEXIDADE E NÃO VULTOSO. JUSTIFICATIVA DESPICIENDA. ATESTADOS DE APTIDÃO DE DESEMPENHO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. COMPROVAÇÃO DE REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DAS JUSTIFICATIVAS DA ESCOLHA DOS ÍNDICES ECONÔMICOS-FINANCEIROS. **EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA EMPRESA PARA FINS DE COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA. IRREGULARIDADES**. APLICAÇÃO DE MULTA. 1. Não se tratando de objeto de grande vulto e alta complexidade desnecessária se faz a justificativa para a vedação de empresas em consórcio no certame, eis que já está implícita na natureza do objeto. 2. A Administração Pública pode exigir a comprovação da execução de obras ou serviços similares, desde que apresentem quantitativos que respeitem a proporcionalidade entre a dimensão e a complexidade do objeto licitado, conforme dispõe a Súmula nº 263 do TCU. 3. É firme a jurisprudência do TCU no sentido de que a Administração Pública só pode exigir registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando a entidade fiscalizar a atividade básica da empresa ou o serviço preponderante da licitação. 4. Os índices econômico-financeiros devem ser devidamente justificados no processo administrativo da licitação, como deixa claro o art. 31, § 5º da Lei 8.666/93. 5. **A lista de documentos hábeis aos procedimentos de habilitação apresenta enumeração fechada, não sendo lícito ao gestor ou à equipe responsável pela licitação, exigir que os licitantes apresentem outros, além daqueles taxativamente previstos nos artigos 27 a 31 da Lei de Licitações para efeitos de habilitação.**

A imposição quanto à necessidade de apresentação do Alvará de Funcionamento das licitantes restringiu o caráter competitivo do Pregão Presencial n. 1/2021, pois restou consignado na Ata de julgamento das propostas que a empresa JCHAGAS ALIMENTOS–LTDA foi desclassificada na fase de apresentação das propostas e não participou da etapa de negociação, conforme registrado (pç. 11, 74):

> A Pregoeira deu início à sessão esclarecendo aos presentes a sistemática desta modalidade e seus aspectos legais, estabelecendo regras e procedimentos que serão desenvolvidos no decorrer da sessão.
> A pregoeira deu início ao credenciamento das empresas participantes conforme tabela abaixo:

Fornecedor(es) credenciado(s):

ME/EPP	CNPJ/CPF	RAZÃO SOCIAL	REPRESENTANTE	OBSERVAÇÃO
	01.557.378/0001-53	G S DOS SANTOS - SUPERMERCADO LTDA	ANTONIO XAVIER DOS SANTOS	
	06.813.685/0001-71	JCHAGAS ALIMENTOS LTDA.	WAGNER NASCIMENTO MAXIMO ANTONIO	

> Após, foi solicitado aos licitantes presentes e devidamente credenciados, a entrega dos envelopes contendo as propostas de preços e os envelopes com as documentações de habilitação.
> A empresa JCHAGAS teve sua proposta **DESCLASSIFICADA** pelo fato de ter apresentado documento em desconformidade ao solicitado em Edital item 7.11 alínea a).

Vale destacar, que essa exigência ocorreu antes da fase competitiva, visto que o documento deveria ser apresentado juntamente com a proposta de preços, de modo que a empresa desclassificada não pode participar da negociação, infringindo os incisos VII e XII do art. 4º da Lei Federal n. 10.520/2002.

Desse modo, a exigência de alvará de funcionamento como condição de habilitação técnica para o certame que, consequentemente, resultou na inabilitação de uma licitante que não apresentou o referido documento, infringe as disposições do art. 3º, §1º, inciso I, da Lei (federal) 8.666/93, que dispõe:

> Art. 3º **A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.
>
> **§ 1º É vedado aos agentes públicos:**
>
> **I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação**, **cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (...)

Por derradeiro, verifico insurgência da unidade de auxílio técnico quanto à licitação ter sido realizada com base na Lei n. 10.520/2002, ao invés da Lei 13.979/2020, que seria até mais vantajosa por se tratar de situação de emergência em saúde pública ao enfrentamento do COVID-19. Embora não promova qualquer alteração no entendimento, o órgão público ao decidir realizar o pregão com base na Lei Federal n. 10.520/2002, deveria atender todas as suas exigências.

Diante do exposto, acompanho os posicionamentos da Divisão de Fiscalização de Saúde (DFS) e do Ministério Público de Contas (MPC), e **decido** nos termos de:

I – declarar, com fundamento no art. 59, inciso III, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, a **irregularidade** do **procedimento licitatório** realizado pela Administração Municipal de Naviraí, por meio do **Pregão Presencial n. 1/2021, e da formalização da Ata de Registro de Preços n. 4/2021,** pelo Município de Naviraí, com interveniência d do Fundo Municipal de Saúde, em favor da empresa compromitente G S dos Santos - Supermercado LTDA, pela imposição de condição manifestamente prejudicial à competitividade do certame – cláusula restritiva (alvará de funcionamento 7.11, alínea "a", do Edital de Licitação), e inversão das fases do pregão, com infringência ao art. 3º, §1º, I, arts. 27 a 32 todos da Lei (federal) 8.666/1993 e inciso XIII do art. 4° da Lei Federal n. 10.520/2002;

II - aplicar multa ao Sr. **Josemar Tomazelli,** Gerente de Saúde Substituto e ordenador de despesas na época dos fatos e ao Sr. **Ronaldo Alexandre**, Gerente de Saúde na época dos fatos, no valor equivalente ao de **40 (quarenta) UFERMS,** pelas infrações descritas nos termos dispositivos do **inciso I** desta Decisão, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, IV e IX e 45, I, todos da Lei Complementar (estadual) nº 160, de 2012;

III - fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data da intimação do responsável por correspondência física ou eletrônica, com a prova do recebimento, para que o apenado pague o valor da multa que lhe foi infligida e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC, consoante as regras do arts. 50, II, e 83 da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, observado o disposto nos arts. 99 e 185, §1º, I e II, do Regimento Interno.

IV - intimar o(s) interessado(s) acerca do resultado deste julgamento, na forma consignada no art. 55 da Lei Complementar (Estadual) n. 160, de 2012, e no art. 99 do Regimento Interno (Resolução TC/MS n. 98, de 2018).

É a Decisão.

Campo Grande/MS, 28 de janeiro de 2022.

Conselheiro FLÁVIO KAYATT

Relator

MMC