DECISÃO LIMINAR DLM - G.ICN - 102/2017

PROCESSO TC/MS	: TC/22057/2017
PROTOCOLO	: 1849961
ÓRGÃO	: AGÊNCIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO (AGÊNCIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO – AGEPEN)
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
DENUNCIANTE	PATRÍCIA DIAS COSTA
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	PREGÃO PRESENCIAL Nº 005/2017
RELATOR	: CONS. IRAN COELHO DAS NEVES

MEDIDA CAUTELAR

VISTOS, etc.

01. – O presente processo (TC/22057/2017) trata de Denúncia (art. 40, da LC nº 160/12) apresentada por PATRÍCIA DIAS COSTA a este Tribunal de Contas, em razão da possível ocorrência de irregularidades no procedimento licitatório: PREGÃO PRESENCIAL Nº 005/2017 da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário - AGEPEN, realizado através da Superintendência de Gestão de Compras e Materiais/SAD/MS, por meio da Coordenadoria de Processamento Licitatório.

02. – A Denúncia foi devidamente recebida pelo Conselheiro Presidente, conforme decisão às fls. 02-04, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos nas normas regimentais e, após isso, os autos do processo foram remetidos a esta relatoria.

03. - Compulsando os autos, observo que o fato gerador da Denúncia foi à exigência contida no subitem “4.2.2”, do edital da licitação, referente à apresentação do Alvará de Licença Sanitária pela empresa licitante, vejamos:

*"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)**."* (fls. 022) (grifei)

04. – A denunciante alega, em sua petição inicial, que a exigência editalícia, descrita alhures, é ilegal por não constar no rol das documentações exigidas pela Lei nº 8.666/93.

05. – Observo que no item "1.1." do edital de licitação, consta a descrição do objeto da licitação, 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 Campo Grande - MS**, em conformidade com as especificações constantes da Proposta de Preços (Anexo I) e demais Anexos, parte integrante deste ato convocatório, com o objetivo de atender as necessidades dos Estabelecimentos Penais, Delegacias de Polícia Civil, Delegacia Especializada de Repressão ao Narcotráfico, Grupo Armado de Resgate e Repressão a Assaltos e Sequestros e Casa da Mulher Brasileira de Campo Grande/MS."* (fls. 020) (grifei)

06. – 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)

07. – 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)

08. – 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)

09. – 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 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 di-*

[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.

etéticos, 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)

10. - 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 e 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)

11. - 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)

12. – 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.

13. – 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).

14. – 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, a 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)

15. – 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.

16. – 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.

17. - **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 005/2017, no prazo de 30 (trinta) dias corridos, com fulcro no art. 113, do RITC/MS.

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

19. – **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 setembro de 2017.

(autenticação eletrônica)

_____

Conselheiro IRAN COELHO DAS NEVES.
Relator