Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Tribunal Pleno

DELIBERAÇÃO AC00 - 2347/2018

PROCESSO TC/MS	**:** TC/22057/2017
PROTOCOLO	**:** 1849961
TIPO DE PROCESSO	**:** DENUNCIA
ÓRGÃO	**:** DEPARTAMENTO ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
DENUNCIANTE	**:** PATRÍCIA DIAS COSTA
RELATOR	**:** CONS. IRAN COLEHO DAS NEVES

EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM SERVIÇOS DE PREPARO E FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO – EXIGÊNCIA DE ALVARÁ SANITÁRIO – AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO – POSSIBILIDADE DA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO PREVISTA EM LEI ESPECIAL – PERTINÊNCIA COM O OBJETO LICITADO – LEGALIDADE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE IRREGULARIDADE – ARQUIVAMENTO.

A lei de licitações permite a possibilidade da apresentação de documentação prevista em lei especial, em determinados casos, como requisito de habilitação técnica.

O Código Sanitário do Estado de Mato Grosso do Sul 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.

Conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), é lícita a exigência de alvará sanitário e de localização ou funcionamento quando a atividade assim o exigir, como no caso de o objeto da licitação ser contratação de serviços de preparo e fornecimento de alimentação.

O processo de denúncia é arquivado diante da não comprovação de irregularidade alegada pelo denunciante.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 2ª Sessão Reservada do Tribunal Pleno, de 15 de agosto de 2018, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pelo arquivamento da Denúncia formulada por Patrícia Dias Costa em face do Departamento Estadual de Administração do Sistema Penitenciário, por possível ocorrência de irregularidades no procedimento licitatório Pregão Presencial nº 005/2017 porquanto, não ficaram comprovadas as irregularidades descritas pela denunciante no processo em tela, bem como **pela suspensão do caráter sigiloso dos autos.**

Campo Grande, 15 de agosto de 2018.

Conselheiro **Iran Coelho das Neves** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos (TC/22057/2017) que versam sobre 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.

A Denúncia foi devidamente recebida pelo Conselheiro Presidente, conforme decisão às fls. 03-04, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos nas normas regimentais e, após isso, os autos do processo foram remetidos a esta relatoria.

O Ministério Público de Contas (MPC), através de seu douto representante ministerial, emitiu Parecer: PARECER PAR - 1ª PRC - 8603/2018 opinando pelo arquivamento do processo.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

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)

A denunciante alegou, 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.

Observo que no item “1.1.” do edital de licitação, consta a descrição do objeto da licitação, vejamos:

> *“1.1. O objeto dá 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 Naviraí*** *- MS, em conformidade com as especifica-*

> *ções constantes da Proposta de Preços (Anexo 1) e demais Anexos; parte integrante deste ato convocatório, com o objetivo de atender às necessidades dos* ***Estabelecimentos Penais e Delegacia de Polícia Civil de Naviraí /MS****."* (fls. 020) (grifei)

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)

Como também, 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)

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)

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:

[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.

> *"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)

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)

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)

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.

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).

Portanto, em razão da não comprovação de qualquer irregularidade o presente processo deve ser arquivado, conforme dispõe o art. 127, inciso I, alínea "a" e "b" e Parágrafo único, do RITC/MS, vejamos:

> *"Art. 127. De posse dos* ***autos do processo retornados do Ministério Público de Contas****, se o Conselheiro relator constatar que da apuração da denúncia:*
>
> *I* ***- não foi comprovada a ocorrência de ilícito, ele:***

a) encerrará a instrução processual;

*b**) elaborará seu relatório, bem como o voto escrito** para ser proferido em sessão do Tribunal Pleno, no sentido **do arquivamento do processo**;"*

c) procederá nos termos do art. 62, caput, I e II;

(...)

*Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput, I, **b** e **c**, deverá ser observada a regulação das sessões reservadas, nos termos dos arts. 60 ou 61, conforme o caso."* (grifei)

Destarte, pelas razões acimas expostas, como a denunciante, não comprovou a ocorrência de qualquer irregularidade o processo em tela deve ser arquivado, com fulcro no art. 127, inciso I, alínea "a" e "b" e Parágrafo único, do RITC/MS.

DISPOSITIVO

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

a) **ARQUIVAMENTO** da Denúncia, com fulcro no art. art. 127, inciso I, alínea "a" e "b" e Parágrafo único, do RITC/MS (Resolução Normativa N.º 76, de 11 de dezembro de 2013), porquanto, não ficaram comprovadas as irregularidades descritas pela denunciante no processo em tela.

b) **COMUNICAÇÃO** do resultado deste julgamento as autoridades administrativas competentes e demais interessados, em conformidade com o art. 50, inciso I e art. 65, da Lei Complementar nº 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pelo arquivamento da denúncia, com suspensão do caráter sigiloso dos autos.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos e Marcio Campos Monteiro.

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

Campo Grande, 15 de agosto de 2018.

Conselheiro **IRAN COELHO DAS NEVES**

Relator

SETAC/RRMN/DSSM