DELIBERAÇÃO AC00 - 2345/2018

PROCESSO TC/MS	**:** TC/22050/2017
PROTOCOLO	**:** 1849960
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 001/2017, 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/22050/2017) 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 001/2017 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 - 8599/2018 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. 019) (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 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 especifica-*

> *ções constantes da Proposta de Preços (Anexo 1) e demais Anexos, parte integrante deste ato convocatório, com o objetivo de atender as necessidades dos* ***Estabelecimentos Penais e Delegacias de Polícia Civil de Três Lagoas/MS.****"* (fls. 017) (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