TRIBUNAL DE CONTAS
DFME/CFEL
Fls._____
MINAS GERAIS

AUTOS DO PROCESSO Nº: 1040740 – 2018 (DENÚNCIA)

1 – DO RELATÓRIO

Tratam os autos de Denúncia formulada pela empresa **LABCLIM DIAGNÓSTICOS LABORATORIAIS LTDA, com pedido de suspensão liminar da licitação,** em face do Edital de Licitação referente ao Processo Administrativo nº 027/2018 - Pregão Presencial nº 009/2018, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Ribeirão das Neves/MG, objetivando a "Contratação de empresa para prestação de serviços de realização de exames laboratoriais, tendo referência a tabela SUS podendo ser acrescido no máximo 20%", conforme especificações constantes do Anexo II do edital.

2 – DOS FATOS, DA FUNDAMENTAÇÃO E DA DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE

A Denúncia, às fls. 01 a 14, acompanhada dos documentos de fls. 15/83, noticia a ocorrência de irregularidades no instrumento convocatório, referente:

(1) à exigência de participação de empresa com capital estrangeiro;

(2) à exigência de participação de empresas do terceiro setor;

(3) à vedação das empresas suspensas do direito de licitar com as administrações públicas, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal;

(4) à exigência de regularidade de tributos imobiliários;

(5) à exigência irregular de alvará sanitário e alvará de localização; e,

(6) à exigência de infraestrutura para realização dos serviços e exigência de seguros.

Conforme determinação de fl. 86, exarada pelo então Conselheiro Presidente Cláudio Couto Terrão, os autos foram autuados como denúncia e distribuídos ao Conselheiro Wanderley Ávila (fl. 87).

Distribuídos os autos, o Relator, no despacho de fl. 88, determinou o encaminhamento dos autos a esta Unidade Técnica para análise prévia das matérias

constantes da denúncia, bem como do edital, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a fim de subsidiar a decisão de uma possível concessão de suspensão liminar do certame.

Sob a égide do despacho de fl. 88, foi feita, às fls. 89/106, por esta Coordenadoria, o estudo técnico inicial.

Às fls. 108/115, o Conselheiro Relator realizou uma análise pormenorizada de cada item denunciado e não concedeu a liminar pleiteada pela denunciante. Ademais, determinou a intimação da denunciante, na forma prevista no art. 166, §1º, inciso I e VI, do RITCMG, e que fossem encaminhados os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para manifestação.

Atendendo o despacho de fl. 115v, o Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais (MPC - MG) apresentou manifestação preliminar, às fls. 120/121, apresentando uma irregularidade complementar às irregularidades discriminadas pela denunciante e por esta Unidade Técnica, sendo a "exigência de qualificação técnica sem ser para as parcelas de maior relevância".

À fl. 122, o Conselheiro Relator determinou a citação do Sr. Moacir Martins da Costa Junior, Prefeito do Município de Ribeirão das Neves, e da Sra. Elcilene Lopes Correa Matos, Presidente da Comissão Permanente de Licitação e subscritora do edital, para que, querendo, apresentassem defesa, no prazo de 15 (quinze) dias, em face dos autos e em especial das manifestações desta Unidade Técnica e do Ministério Público. Ademais, determinou que, manifestando-se os responsáveis, a documentação deveria ser juntada e os autos encaminhados a esta Coordenadoria para análise e, em seguida, que os autos fossem retornados ao seu gabinete.

Uma vez realizada a citação do Sr. Moacir Martins da Costa Junior e da Sra. Elcilene Lopes Correa Matos (fls. 125/126), estes apresentaram a defesa de fls. 127/143, acompanhada da documentação de fls. 144/145.

Assim, passa-se à análise da defesa de fls. 127/143, acompanhada da documentação de fls. 144/145, em face do estudo desta Unidade Técnica, fls. 89/106, e da irregularidade apontada pelo Ministério Público de Contas, conforme fl. 120v.

2.1. DA ANÁLISE DA DEFESA EM FACE DO ESTUDO TÉCNICO DESTA COORDENADORIA DE FLS. 89/106 E DO DESPACHO DO RELATOR DE FLS. 108/115

2.1.1. Da participação de empresa com capital estrangeiro

Esta Unidade Técnica, às fls. 89/106, em sua análise inicial, concluiu que o edital em exame não apresenta irregularidade quanto ao quesito em apreço, uma vez que não há manifestação final do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade da Lei 13.097/2015, a qual permite a abertura da oferta de serviços de saúde ao capital estrangeiro.

Em decisão liminar destes autos, o Relator assim se manifestou a respeito desta exigência, fls. 108/109:

> 1. Da participação de empresa com capital estrangeiro (fls. 2/3):
>
> Alega a Denunciante ser inconstitucional o edital permitir a participação de empresas com capital estrangeiro. De fato, o subitem 3.1, Condições de Participação, fl. 32, contém esta previsão.
>
> Acrescenta que "*não há de se falar na alteração do Art. 23 da Lei 8080SUS, quando foi publicada a Lei Federal ORDINÁRIA, nº 13.097/2015", "permitindo, agora, que empresas estrangeiras participem, inclusive como controladoras, dos empreendimentos de assistência médica"* (fl. 3). Informa, ainda, a existência de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em tramitação no STF (ADIN º 5435).
>
> A respeito do processo mencionado pela Denunciante, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5435, em consulta realizada no site do STF, constata-se que o processo está concluso ao relator, pendente de julgamento, portanto, sem julgamento de mérito.
>
> [...]
>
> Considerando, portanto, que ainda está em vigor a Lei Federal n. 13097/2015, que autoriza a participação de empresas estrangeiras em empreendimentos de assistência de saúde, não há razão para suspensão do edital, sob este fundamento.

Uma vez citados, os denunciados afirmaram, à fl. 128, que:

> **1. Da participação de empresa com capital estrangeiro:** a denunciante alegou que o edital é irregular ao permitir a participação de empresa com capital estrangeiro, contrariando a Constituição Federal, bem como a existência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5435 em tramitação no Supremo Tribunal Federal em razão da alteração do artigo 23 da Lei Federal n.º 8.080/90 pela Lei Federal n.º 13.097/2015, permitindo, desse modo, que empresas estrangeiras participem, inclusive como controladoras, dos empreendimentos de assistência médica.

> Em resposta à impugnação o Município de Ribeirão das Neves argumentou que a constitucionalidade dessa norma foi questionada por ADI, ainda em análise, sem manifestação final do STF, ou seja, ainda não há julgamento do mérito da matéria veiculada.
>
> Sendo assim, conforme se observa destes autos, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação também entendeu pela improcedência da denúncia quanto a esse ponto, sendo tal entendimento acompanhado pelo Relator do Processo.

ANÁLISE

Sob a égide do exposto acima, esta Unidade Técnica ratifica seu entendimento anterior no sentido de que a participação de empresa com capital estrangeiro não restringe o caráter competitivo do certame, uma vez que é amparado pela Lei nº 13.097/2015, e até a presente data não há manifestação final do STF pela inconstitucionalidade dessa lei.

2.1.2. Da participação de empresas do terceiro setor

Na análise inicial do edital feita por esta Unidade Técnica, às fls. 89/106, concluiu-se pela regularidade do edital por permitir a participação de entidades do terceiro setor, pois foi apresentado entendimento do TCU no sentido de que não é vedada a participação de entidades sem fins lucrativos em certames licitatórios, desde que exista nexo entre as finalidades da associação/organização e o objeto do certame.

Em decisão liminar, às fls. 109/110, o Relator entendeu:

> 2. Da participação de empresas do terceiro setor, em contraposição ao princípio da isonomia, visto que essas empresas recebem isenções de impostos e benefícios fiscais (fls. 3/5):
>
> A contratação de organizações sem fins lucrativos e não governamentais, que tem como objetivo gerar serviços de caráter público, como as OS (Organizações Sociais) e OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público), e viabilidade da participação destas em licitações comuns, encontra convergência de entendimento na jurisprudência e na doutrina, no ponto em que os serviços a serem prestados estejam previstos no estatuto, e assim, nos objetivos institucionais das mencionadas entidades.
>
> CARLOS PINTO COELHO MOTTA[1], observa que *"a questão é mais complexa do que parece de início; entretanto, pode-se dizer que a maioria doutrinária seja favorável a essa participação – basicamente em razão do estímulo constitucional ao cooperativismo – acompanhando-a reiterada manifestação jurisprudencial, segundo histórico relativamente recente"*.
>
> Saliento, por fim, que por Decisão unânime, este Tribunal de Contas, em Sessão Plenária do dia 22/8/2012, aprovou a Consulta de n. 841941, respondida pelo Conselheiro Cláudio Couto Terrão, no sentido de admitir a legalidade da participação e cooperativas em licitações, destacando-se que deverá haver

> compatibilidade entre o objeto social da Associação e o objeto a ser licitado, conforme se vê:
>
> [...]
>
> Assim, uma vez demonstrada a efetiva existência de nexo entre o objeto a ser licitado e os objetivos estatutários da instituição sem fins lucrativos, não há óbice que esta participe da licitação, em igualdade de condições com as demais empresas, ressaltando, inclusive, que esta condição deve ser avaliada à época da verificação da habilitação.
>
> Quanto à alegação de que o princípio da isonomia estaria comprometido visto que estas organizações possuem isenção tributária, este Tribunal já decidiu nos seguintes termos, em Consulta n. 8881733, respondida na sessão do Tribunal Pleno do dia 11/12/2013, em situação similar, sobre o momento da aplicação de isenção de ICMS nos procedimentos licitatórios aos fornecedores de bens e serviços sediados no Estado de Minas Gerais:
>
> [...]
>
> Portanto, segundo a Decisão acima, inadmitir a isenção tributária, no caso, seria desconsiderar a possibilidade da obtenção pela Administração da proposta mais vantajosa, bem como, desconsiderar o princípio da economicidade.
>
> Feitas estas considerações, entendo que não há elementos na Denúncia suficientes para sustar o certame em tela, sob o fundamento de participação de empresas do terceiro setor.

Uma vez oportunizada a defesa, o Sr. Moacir Martins da Costa Júnior e a Sra. Elcilene Lopes Correa Matos argumentaram, a saber:

> **2. Da participação de empresas do Terceiro Setor:** a denunciante alegou que o edital é irregular quanto a participação de empresas do terceiro setor, pois atentaria contra o princípio da isonomia, tendo em vista que essas empresas recebem isenções de impostos e diversos benefícios fiscais.
>
> Em resposta à impugnação o Município de Ribeirão das Neves argumentou que o Acordão n.º 1.021/2007 do TCU Plenário ao analisar a participação de OSCIP em licitação realizada pelo BNDES, proferiu decisão no sentido de que não é vedada a participação de entidades sem fins lucrativos em certames licitatórios, desde que exista nexo entre as finalidades da associação/organização e o objeto do certame, devendo durante a fase de habilitação ser averiguado se sua atividade social é compatível com o objeto licitado.
>
> Do mesmo modo, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação do TCE/MG também entendeu pela improcedência da denúncia quanto a esse ponto, sendo tal entendimento novamente acompanhado pelo llmo. Relator deste Processo.

ANÁLISE

Como observado na análise deste Órgão Técnico, às fls. 89/106, o edital do Processo Administrativo nº 027/2018 - Pregão Presencial nº 009/2018, permitiu a participação de empresas do terceiro setor no certame.

Diante da análise inicial feita por esta Coordenadoria, da decisão liminar do Conselheiro Relator e da defesa apresentada pelos responsáveis, fica clara há possibilidade de contratação de organizações sem fins lucrativos e não governamentais pela Administração Pública, não ferindo o caráter competitivo do certame e, muito menos, o princípio da isonomia, que deverá estar presente nos procedimentos licitatórios.

Destarte, esta Unidade Técnica ratifica seu entendimento anterior, entendendo como improcedente as alegações da denunciante quanto a este apontamento, inexistindo, portanto, irregularidade.

2.1.3. Da vedação às empresas suspensas do direito de licitar com as administrações públicas, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal

Esta Unidade Técnica, às fls. 89/106, em sua análise inicial concluiu que o edital em questão não apresenta irregularidade, visto que existe divergência de entendimento sobre a questão em comento.

Sobre a exigência em tela, às fls. 110/112, o Relator entendeu que as alegações feitas na denúncia não justificam suspender o certame, a conferir:

> 3. Da Vedação às empresas suspensas do direito de licitar com as Administrações Públicas, Direta ou Indireta, Federal, Estadual ou Municipal (fls. 5/6):
>
> Sustenta a Denunciante que tal vedação só poderia ser aplicada no caso de o licitante ter sido punido com suspensão pelo próprio Órgão que promoveu a licitação. Que ao proibir que o licitante suspenso em um Município seja também proibido de licitar em toda federação, além de cercear os direitos destes, restringe o universo de participantes.
>
> [...]
>
> Segundo o artigo 7. da Lei n. 10520/2002, o motivo da suspensão ou impedimento pode ocorrer no curso do procedimento licitatório, a partir da fase externa até a execução contratual.
>
> A matéria é divergente na doutrina e na jurisprudência, formando-se duas correntes, a primeira restritiva, que considera que o impedimento ou a suspensão ocorre, apenas, em relação ao Órgão que aplicou a penalidade; e, a segunda extensiva, que entende que a suspensão de licitar por toda a Administração Pública. Tal discussão se funda especialmente diante da partícula "ou" no texto do artigo. Ora, destaca-se sua forma de conjunção alternativa, que pode significar que a sanção se aplicaria apenas no órgão sancionador; ou em uma interpretação sistemática, onde os termos Administração e Administração Pública não se diferem, sendo assim, o licitante suspenso de licitar em todos os Órgão e Entidades Públicas, pois se assim não fosse, haveria um esvaziamento da sanção, devendo-se salvaguardar toda Administração Pública.

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS
DFME/CFEL
Fls._____

> Antecipo que a disputa é acirrada, não se podendo dizer que existe uma corrente de pensamento majoritária ou preponderante. Atualmente, há ainda, uma terceira corrente que mescla estas duas vertentes, harmonizando-as ao conjugar os princípios da legalidade, da razoabilidade e proporcionalidade.
>
> A Prefeitura, no caso, optou pela segunda corrente e agiu assim de acordo com seu entendimento, não se mostrando razoável, tomar como irregular, no momento, o edital.
>
> Enfim, diante do exposto, entendo que as alegações da Denúncia não justificam interromper a licitação, com este fundamento.

Uma vez citados, os defendentes asseveraram, à fl. 129, que:

> **3. Da vedação às empresas do direito de licitar com as administrações públicas, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal:** a denunciante alegou que o edital é irregular porque veda a participação de empresas suspensas de licitar em licitações realizadas por todas as esferas de governo (federal, estadual e municipal), sustentando que tal vedação seria aplicável somente no âmbito do órgão aplicador da sanção.
>
> Em resposta à impugnação o Município de Ribeirão das Neves argumentou que a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar abrange toda a administração pública, uma vez que o conceito de administração pública é uno, não comportando que a aplicação de eventual sanção fique restrita ao ente sancionador. Inclusive o propósito da ampla abrangência da são administrativa à toda administração pública é necessário para se evitar fraudes e prejuízos ao erário, em vista da supremacia do interesse público. Tal posicionamento, não obstante, também é definido pelo Superior Tribunal de Justiça (RMS 32628/SP – Relator: Ministro Campbell Marques. Segunda Turma, julgado em 06/09/2011)
>
> Da mesma maneira, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação deste TCE/MG entendeu não se mostra razoável julgar o edital irregular, uma vez que o entendimento do município é corroborado com interpretação do tema, ainda que o mesmo seja em tese divergente. Também esse entendimento foi confirmado pelo llmo. Relato deste Processo.

ANÁLISE

Como mencionado na análise deste Órgão Técnico, às fls. 89/106, existem três linhas de entendimento a respeito das empresas que são suspensas de licitar com a Administração. A primeira corrente é restritiva, e considera o impedimento e a suspensão apenas em relação ao órgão que aplicou a penalidade. Já a segunda corrente é extensiva em relação a toda a Administração Pública. Por fim, a terceira corrente, a qual esta Coordenadoria Técnica defende, é restritiva em relação à Administração Pública e extensiva ao ente federativo que aplicou a sanção.

Portanto, diante da divergência existente em relação à aplicação da penalidade prevista no artigo 87, inciso III, da Lei 8.666/93, não seria razoável penalizar os gestores,

uma vez que não é pacífico o entendimento sobre o tema, possuindo cada ente, sejam eles União, Estados, Municípios ou Distrito Federal, a autonomia para escolher qual posicionamento seguir.

Logo, esta Unidade Técnica ratifica seu entendimento anterior, sendo a denúncia, neste ponto, improcedente.

2.1.4. Da exigência de regularidade de tributos imobiliários

Esta Coordenadoria, em sede do exame técnico inicial, às fls. 89/106, reconheceu como improcedente a denúncia quanto à exigência de regularidade de tributos imobiliários, uma vez que os tributos imobiliários fazem parte dos créditos tributários, bem como a Lei 8.666/93 exige a comprovação de regularidade também para com a Fazenda Municipal.

Em decisão liminar destes autos, o Relator assim se manifestou a respeito desta exigência, fls. 112v/113:

> 4. Da exigência de regularidade de Tributos Imobiliários (fls. 6/10):
>
> Insurge a Denunciante que a regularidade fiscal, no caso de tributos imobiliários (IPTU, ITBI, IPVA, ITR, etc.) deve se ater apenas em relação *"ao ramo de atividade do fornecedor interessado. Portanto, é desprovida de sustentáculo jurídico a exigência de demonstração de regularidade fiscal sobre todos os tributos, notadamente acerca daqueles que não são inerentes à atividade do licitante, neste caso EXAMES LABORATORIAS"* (fl. 8).
>
> [...]
>
> A regularidade fiscal está prevista no art. 4º, XIII, da Lei n. 10520/2002, que dispõe que a habilitação será feita perante as Fazendas Estaduais e Municipais. A Lei do Pregão é genérica, da mesma forma que a Lei n. 8666/93 em seus artigos 27 e 29, uma vez que exigem a comprovação de regularidade junto à Fazenda Municipal, e dos Tributos Imobiliários fazem parte os créditos tributários municipais, conclui-se que é possível a Administração exigir referida documentação para a habilitação do licitante.
>
> A Prefeitura respondendo impugnação a este edital informa que será aceita Certidão Positiva com Efeito de Negativa. De fato, verifico esta afirmativa no item 3.5, fl. 33, do edital.
>
> Embora, não se deve exigir dos participantes documento excessivos, até mesmo em razão da celeridade e eficiência ao Poder Público, atualmente, tem os avanços em tecnologia da informação, facilitando ao participante a obtenção de certidões negativas de débitos fiscais pela internet pelos licitantes, garantido a isonomia e a moralidade aos procedimentos de licitação, bem como com o propósito de defender a Fazenda Pública.
>
> [...]
>
> Desta forma, como nos itens anteriores, entendo que não há elementos neste fato denunciado para suspender o certame.

Em sede de defesa, à fl. 129, os responsáveis argumentaram que:

> **4. Da exigência de comprovação de regularidade de tributos imobiliários:** a denunciante alegou que o edital é irregular porque exige comprovação da regularidade quanto aos tributos imobiliários (IPTU, ITBI, IPVA E ITR), por não se relacionarem com as atividades objeto da licitação.
>
> Em resposta à impugnação o Município de Ribeirão das Neves argumentou que tal exigência visou certificar que os licitantes interessados não estejam incluídos nos cadastros de contribuintes com a Fazenda Pública Municipal do domicílio ou sede do licitante, podendo o interessado optar por apresentar a Certidão Municipal Plena contemplando o Cadastro Mobiliário e Imobiliário. Fundamentou sua manifestação no julgamento do Recurso Especial n.º 809.262/RJ, 1ª Turma, relatora Ministra Denise Arruda – STJ.
>
> Como não poderia ser diferente, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação do TCE/MG, mais uma vez, entendeu pela improcedência da denúncia quanto a esse ponto, sendo tal entendimento acompanhado pelo llmo. Relator deste Processo.

ANÁLISE

A Lei nº 8.666/93, artigo 29, inciso III, prevê, *in verbis*:

> Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:
>
> III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

Da detida leitura da supracitada norma legal, conclui-se que a Administração poderá exigir da licitante, como documento de habilitação, a comprovação de regularidade de créditos tributários, sendo em qualquer uma das três esferas, Federal, Estadual e Municipal.

Sendo assim, parece perfeitamente legítima a exigência, como requisito de habilitação, da comprovação de regularidade em face do Fisco, independentemente da atividade do licitante, até porque, tal comprovação, somada aos demais requisitos exigidos na fase de habilitação, ajudará que a Administração possa traçar um perfil do licitante, que lhe permita concluir pela sua idoneidade e aptidão para cumprir um futuro contrato administrativo.

Traz-se à baila, ainda, que há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a Lei 8.666/93 exige prova de regularidade fiscal perante todas as

fazendas, Federal, Estadual e Municipal, independentemente da atividade do licitante, a conferir:

> **EMENTA**
> RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SERVIÇO DE CONSULTORIA. ARTIGOS 29 E 30, DA LEI 8.666/93. CERTIFICAÇÃO DOS ATESTADOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROVA DE REGULARIDADE FISCAL JUNTO À FAZENDA ESTADUAL.
> A Lei de Licitações determina que deverá ser comprovada a aptidão para o desempenho das atividades objeto da licitação (artigo 30, inciso II), por meio de "atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pelas entidades profissionais competentes (...)" (artigo 30, § 1º).
> "Dispositivos do ordenamento jurídico, ainda que não previstos no edital – o edital não tem como reproduzir todas as normas positivas vigentes – devem ser observados pela Administração e pelo particular, os quais se aplicam à licitação indubitavelmente" (Luís Carlos Alcoforado, "Licitação e Contrato Administrativo", 2ª edição, Brasília Jurídica, p. 45).
> **A Lei 8.666/93 exige prova de regularidade fiscal perante as todas as fazendas, Federal, Estadual e Municipal, independentemente da atividade do licitante.**
> Recurso especial provido. Decisão por unanimidade.
> (Processo REsp 138745 / RS - RECURSO ESPECIAL 1997/0046039-8 - Relator(a) Ministro FRANCIULLI NETTO (1117) - Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento 05/04/2001 - Data da Publicação/Fonte DJ 25/06/2001 p. 150 - RJADCOAS vol. 35 p. 85 - SJADCOAS vol. 118 p. 135) (destaque nosso)

Noutro giro, uma das consequências de se aceitar licitantes com débitos fiscais, estaria relacionada com a capacidade de execução contratual, uma vez que licitante em débito, dependendo do montante do débito, poderia incorrer em dívida ativa e penhora de bens, colocando em risco sua sanidade econômica e, com isso, a própria execução do objeto contratual.

Diante disso, a habilitação tem como objetivo reunir elementos para aferir a idoneidade do licitante e a possibilidade concreta de cumprimento das obrigações a serem pactuadas com a Administração.

Destarte, esta Unidade Técnica ratifica seu entendimento anterior pela improcedência da denúncia.

2.1.5. Da exigência irregular de alvará sanitário e alvará de localização

Esta Unidade Técnica, em sua análise inicial de fls. 89/106, entendeu pela irregularidade da exigência do alvará de localização no momento da habilitação, pois as

Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/02 não estabelecem que este referido alvará possa ser exigido como documento de habilitação. Todavia, em relação ao alvará sanitário, o entendimento foi pela regularidade da exigência, vez que é um requisito previsto em legislação especial, enquadrando-se no inciso IV do artigo 30 da Lei nº 8.666/93.

Em decisão liminar, às fls. 114v/115, o Relator entendeu:

> 6. Exigência irregular de Alvará Sanitário e Alvará de Localização (fls. 10/11):
>
> Insurge a Denunciante contra exigência editalícia relativa a apresentação de Alvarás Sanitário e de Localização. Que a documentação de habilitação deve se limitar ao artigo 30 da Lei n. 8666/93.
>
> [...]
>
> Este Tribunal, por sua vez, já discorreu que a apresentação do Alvará Sanitário é um requisito previsto em legislação especifica, enquadrando-se no inciso IV do art. 30 da Lei n. 8.666/93, conforme se verifica em Consulta de n. 884787.
>
> [...]
>
> Tendo em vista que já foi declarada empresa vencedora, conforme comentário do Órgão Técnico de fl. 106, entendo, que neste momento, seria, antieconômico sustar o certame.
>
> Assim sendo, considerando a análise preliminar realizada pelo Órgão Técnico (fls. 89/107), cujas conclusões eu acolho, tendo em vista as circunstâncias particulares deste caso, o objeto da licitação, qual seja, contratação de empresa para prestação de serviços de laboratório de análises clínicas, entendo que a suspensão do certame, neste momento, não seria salutar, mas ao revés, poderia ocasionar sérios prejuízos a municipalidade, além de impactar diretamente à população.
>
> Por se tratar de serviços de saúde, portanto, de prioridade e de relevância pública, o atraso no oferecimento desses serviços pode expor ao risco inerentes à saúde a população do Município.
>
> Diante dos fatos relatados, não concedo a liminar pleiteada.

Uma vez oportunizada a defesa, o Sr. Moacir Martins da Costa Júnior e a Sra. Elcilene Lopes Correa Matos argumentaram, fls. 131/136, a saber:

> **1. QUANTO Á IRREGULARIDADE APONTADA PELA COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DE EDITAIS DE LICITAÇÃO: exigência de alvará de localização na fase de habilitação.**
>
> O Alvará de Localização e Funcionamento é documento obrigatório para todos os tipos de estabelecimento, solicitado para o devido funcionamento de empresas, não estando a mesma autorizada a iniciar suas atividades até que haja a concessão deste documento, que atesta a aptidão da atividade desejada no local escolhido.
>
> Desse modo, pode-se concluir que a devida operação, de qualquer estabelecimento, precede de autorização do município, que ocorre através do alvará de funcionamento.
>
> No entanto, o exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da administração ou dos agentes públicos, mas deve

TRIBUNAL DE CONTAS
DFME/CFEL
Fls._____
MINAS GERAIS

obrigatoriamente respeitar a vontade da lei. Alias, constitui regra institucional que "**ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."** (artigo 5º, inciso II da Constituição Federal). (*sic)*

Não obstante a Lei Federal n.º 8.666/93, determinou de forma taxativa quais seriam os documentos a serem exigidos para habilitação nas licitações públicos, nos termos do artigo 27. *(sic)*

Tratou ainda de detalhar os documentos relativos à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico financeira, regularidade fiscal e trabalhista, nos artigos 28 a 31 da Lei citada. Vejamos que na literalidade da lei não há nenhuma menção quanto a exigência taxativa, claramente definida, acerca da exigibilidade, indaga-se, qual seria o fundamento jurídico para sustentar tal exigência em alguns editais?

Há quem defenda que o inciso V do artigo 28 da Lei de Licitações autoriza a exigência ao relacionar: "**(...) autorização de funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir."**

Contudo, ao realizarmos a leitura do dispositivo na íntegra, percebemos a real intenção do legislador e a correta interpretação da norma, buscando o legislador estabelecer regras diferentes para cada regime jurídico e que o "**ato de registro ou autorização de funcionamento, expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir",** diz respeito somente às sociedades estrangeiras em funcionamento no país.

Isto posto, inexiste relação entre o disposto no inciso V do artigo 28 com o alvará de localização e funcionamento, pois, trata-se somente de autorização de funcionamento de uma sociedade estrangeira, vez que, esta é a regra para que possa ser titular de direitos e obrigações, conforme determina o artigo 1.134, do Código Civil Brasileiro - Lei Federal n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

Outro fundamento utilizado para amparar a exigência do alvará de localização e funcionamento como exigência de habilitação é o inciso VI, do artigo 30 da citada lei, que estabelece:

> "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."

Importante destacar que a norma possui eficácia limitada, ou seja, há necessidade de existência legal para sua devida aplicação e não existindo esta não produzirá efeitos.

Questiona-se ainda qual seria o nexo existente entre o alvará de localização e funcionamento com a comprovação relativa à qualificação técnica.

Nesse sentido, a jurisprudência comunga com o entendimento de que determinados segmentos do mercado estão sujeitos a disciplinas legais especificas sobre regras de comercialização (exemplos: empresas que comercializam armas de fogo, explosivos, alimentos, bebidas, etc..), estando condicionadas ao atendimento de regras singulares pertinentes ao seu objeto, sejam através de leis ou de regulamentos específicos, o que justificaria a exigência disposta no inciso IV, do artigo 30 da Lei Federal n.º 8.666/93.

[...]

Sendo assim, exigir o alvará de funcionamento como condição de habilitação da licitante implica a imposição de cláusula ou condição que frustra o caráter competitivo do certame. A Lei Federal n.º 8.666/93 define a documentação que poderá ser exigida para comprovar habilitação jurídica, qualificação técnica, econômico-financeira e regularidade fiscal. Não prevê apresentação de licença ou alvará de funcionamento. O documento em xeque não se presta a comprovar qualificação técnica, econômico-financeira ou regularidade fiscal. Num esforço interpretativo, poder-se-ia cogitá-lo como

TRIBUNAL DE CONTAS
DFME/CFEL
Fls._____
MINAS GERAIS

documento relativo à habilitação jurídica, mas, conforme registrado, a lei não prevê tal hipótese.

Portanto em vista desse entendimento, realmente pode-se concluir que inexiste, em tese, fundamento jurídico para exigência do alvará de localização e funcionamento, com base no inciso V, do artigo 28 tampouco com fundamento no inciso VI do artigo 30, ambos da Lei Federal n.º 8.666/93.

Contudo, existem interpretações e julgados deste próprio TCE-MG que aceitem a interpretação de que o "alvará de localização e funcionamento" pode ser exigido para habilitação de empresa interessada em procedimento licitatório, razão pela qual a impugnação não deverá ser procedente.

Feitas essas considerações, informamos ainda que o Setor de Licitações da Prefeitura Municipal de Ribeirão das Neves já foi instruído a excluir a exigência de apresentação de alvará de localização e funcionamento dos editais de licitação realizadas pelo Município.

Importante destacar ainda que no caso em apreço inexiste de qualquer prejuízo ao erário e aos próprios licitantes em decorrência da inserção desta exigência no processo licitatório, pois todos os licitantes que manifestaram interesse em participar do certame, apresentaram o "alvará de Localização e Funcionamento."

Ou seja, o procedência desta denúncia relativa à suposta ilegalidade da exigência do alvará de localização e funcionamento não trará qualquer beneficio nem mesmo para a denunciante, razão pela qual se pede a improcedência e arquivamento desta denúncia, em vista da segurança jurídica, da legalidade e da eficiência administrativa. *(sic)*

ANÁLISE

Este Órgão Técnico, em sede de análise inicial, às fls. 89/106, reconheceu a irregularidade quanto à exigência de alvará de localização, que não se confunde com alvará sanitário estadual ou municipal, como documento de qualificação técnica.

Cumpre aqui destacar que o alvará sanitário, dependendo do objeto, como no caso dos autos, pode ser exigido na fase de habilitação, com fulcro no inciso IV do art. 30 da Lei nº 8.666/93, como prova de atendimento de requisito previsto em lei.

Nesse sentido, esta Unidade Técnica ratifica seu entendimento anterior, de que a cláusula constante no edital em comento, qual seja, a exigência do "Alvará de Localização e Funcionamento" confronta com os princípios da legalidade e da competitividade, devendo ser excluído do instrumento convocatório, por falta de amparo legal, vez que esta exigência se mostra excessiva e desarrazoada.

Registre-se que o art. 28 da Lei 8.666/93 explicita quais são os documentos que podem ser exigidos para comprovar a habilitação jurídica da empresa. E a regularidade jurídica tem o objetivo de permitir que a Administração Pública certifique a própria existência do licitante, bem como a sua capacidade para contratar e para exercer as suas faculdades jurídicas. Na literalidade da lei não há nenhuma menção quanto à exigência de

alvará de localização e funcionamento para empresa e sociedade brasileira. Se não existe nenhuma expressão taxativa, claramente definida, acerca da exigibilidade do alvará de localização e funcionamento, não há porque exigi-lo como documento de habilitação para empresa e sociedade brasileira.

Convém abordar o fato de que há quem defenda que o art. 28, inc. V, da Lei nº 8.666/93 autoriza a exigência do alvará de funcionamento ao dispor: "(…) autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim exigir."

Esta Coordenadoria Técnica, revendo a questão, não corrobora com este entendimento. É fundamental que se busque a real intenção do legislador e a correta interpretação da norma. Assim dispõe o art. 28, com seus incisos, da Lei das Licitações:

> 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.** (destaque nosso)

Ao realizarmos a leitura do dispositivo na íntegra não restam dúvidas que o legislador estabeleceu regras diferentes para cada regime jurídico e que o "ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir", diz respeito somente às sociedades estrangeiras em funcionamento no País. Cada "tipo societário" previsto nos incisos demonstra sua existência através de um ato constitutivo diferente e o rol de exigências dos incisos I ao V não é cumulativo e deve ser analisado "conforme o caso", como bem pondera o art. 28, *caput.*

Como forma de justificar a interpretação dada ao citado dispositivo legal, cumpre transcrever decisão do STJ extraída da Consultoria da Zênite:

> 5358 – Contratação pública – Licitação – Habilitação – Jurídica – Empresa estrangeira – Autorização para funcionar – STJ
> Não há violação ao art. 3º da Lei nº 8.666/93 quando o edital exige de empresa estrangeira, para fins de habilitação jurídica, a comprovação da autorização para funcionamento no País expedida pela autoridade competente. (STJ, AgRg no AI nº 578.117, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 06.02.2006, veiculado na Revista

> Zênite de Licitações e Contratos - ILC, Curitiba: Zênite, n. 148, p. 539, jun. 2006, seção Jurisprudência.)[1]

Ilustra-se, ainda, com o trabalho sobre "Participação de Empresas Estrangeiras em Licitações no Brasil", de autoria de William Romero, Bacharel em Direito, integrante da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini Advogados:

> Inicialmente, é importante mencionar que o art. 28 da Lei 8.666/93 prevê os requisitos de habilitação jurídica necessários para participação nos certames licitatórios. Mais especificamente, o inc. V do referido dispositivo trata das exigências a serem feitas a estrangeiros, indicando a necessidade de apresentação de "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." Ou seja, o dispositivo veicula disposição direcionada a licitantes estrangeiros que efetivamente possuam autorização para funcionar no Brasil.[2]

Pelo que se infere, o alvará de localização e funcionamento é um instrumento de controle de uso e da ocupação do solo urbano, do comércio, da indústria, da prestação de serviços, da higiene, da saúde, da segurança, da ordem e da tranquilidade pública.

A doutrina, aqui representada por Marçal Justen Filho, é unânime em afirmar que o rol das exigências dos artigos 28 a 31 explicitam todos os itens que podem ser exigidos como forma de regulamentar a habilitação das empresas, não comportando ampliação do rol:

> 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**.[3] (destaque nosso)

Ilustra-se com o Mandado de Segurança 84365/2009, Des. Carlos Alberto Alves da Rocha, Segunda Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Privado, Julgado em 17/11/2009, Publicado no DJE 11/12/2009:

---

[1] https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaDocumento?idDocumento=8528E9B1-48B3-4B4E-B2E0-60EDF3D6517D

[2] http;//www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=23&artigo=850&|=pt

[3] Marçal Justen Filho – Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - 14ª Ed., Editora Dialética, 1010, pág.401

TRIBUNAL DE CONTAS
DFME/CFEL
Fls._____
MINAS GERAIS

> LICITAÇÃO – ARGUIÇÃO DE PERDA DE OBJETO AFASTADA – HABILITAÇÃO – REGULARIDADE FISCAL – **ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO** – EXIGÊNCIA DE CÓPIA AUTENTICADA OU DOCUMENTO ORIGINAL – DOCUMENTO NÃO ELENCADO NA LEI Nº 8.666/93 – SEGURANÇA CONCEDIDA. Não prospera a arguição de perda de objeto em razão da publicação do resultado da concorrência, se ainda houver pendente de julgamentos recursos aviados pela licitante. A finalidade do procedimento licitatório é obter a melhor proposta para a Administração Pública, mediante o maior número de concorrentes possíveis. O edital ao **exigir a apresentação de documento não elencado nos artigos 27 e 29 da Lei nº 8.666/93 como comprovação de regularidade fiscal, fere os princípios da ampla concorrência e acessibilidade, além de afrontar o princípio da razoabilidade**." [4] (destaque nosso)

Convém ainda reforçar a importância do princípio da competividade, que exige sempre a verificação da possibilidade de se ter mais de um interessado participando do certame. A competição é exatamente a razão determinante do procedimento da licitação. Se a competição é a alma da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será para a Administração Pública encontrar a melhor proposta e celebrar o melhor contrato. Dessa forma, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição. E a exigência de documentos desarrazoados viola o princípio da competitividade.

Noutro giro, mesmo sendo este o posicionamento desta Unidade Técnica, existe divergência quanto ao tema nesta Corte de Contas, sendo oportuno colacionar as seguintes decisões proferidas em sentido contrário, a conferir:

> **DENÚNCIA N. 1031622 – RELATOR: CONSELHEIRO MAURI TORRES**
> DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. TRANSPORTE ESCOLAR. PRELIMINAR. VÍCIO NO ATO DE CITAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO DA SUGESTÃO DO ÓRGÃO TÉCNICO E DO QUESTIONAMENTO SUSCITADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL. MÉRITO. REGULARIDADE NA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE APRESENTAÇÃO DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO. PREVISÃO DE RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO SEM NOTIFICAÇÃO DO CONTRATADO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. RECOMENDAÇÃO.
> [...]
> 2. O alvará de localização e funcionamento constitui documento expedido pela Prefeitura Municipal ou por outro órgão competente do Município que autoriza a prática de determinada atividade num estabelecimento empresarial, levando-se em conta o horário de funcionamento do estabelecimento, o local em que será

[4] https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/327978098/mandado-de-seguranca-ms-843659220098110000-84365-2009?ref=juris-tabs

TRIBUNAL DE CONTAS
DFME/CFEL
Fls._____
MINAS GERAIS

exercida a atividade, o tipo de atividade, o meio ambiente, a segurança, a moralidade, o sossego público e a higiene sanitária, dentre outros critérios. Desse modo, independentemente da natureza das atividades exercidas (podendo, ou não, terem impacto sanitário ou ambiental), o estabelecimento empresarial somente funcionará de forma regular se o empresário ou sociedade empresária estiver munida do alvará de localização e funcionamento, cuja obtenção encontra-se submetida à legislação do Município em que for instalado o estabelecimento. (grifamos)

3. Nos termos do art. 28, V, da Lei nº 8.666/1993 e do art. 4º, XIII, da Lei nº 10.520/2002, a Administração Pública está autorizada a exigir, como requisito de habilitação jurídica, a apresentação de alvará de localização e funcionamento. Acrescenta-se que, para não haver restrição à competitividade da licitação, a Administração Pública deve aceitar alvará expedido por qualquer Município do País, sem criar discriminações acerca do domicílio do estabelecimento empresarial da licitante.

4. Viola os princípios do contraditório e da ampla defesa a previsão de cláusula que prevê a hipótese de rescisão unilateral do contrato sem notificação do contratado.

***

DENÚNCIA 924.098 – RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS, CÂMARAS DE AR, PROTETORES DE PNEUS E SERVIÇOS DE RECAPAGEM DE PNEUS USADOS. ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA SOBRE A DATA DE FABRICAÇÃO DE PNEUS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. REGULARIDADE NA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE APRESENTAÇÃO DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO. RECOMENDAÇÕES.

[...]

4) O alvará de localização e funcionamento constitui documento expedido pela Prefeitura Municipal ou por outro órgão competente do Município que autoriza a prática de determinada atividade num estabelecimento empresarial, levando-se em conta o horário de funcionamento do estabelecimento, o local em que será exercida a atividade, o tipo de atividade, o meio ambiente, a segurança, a moralidade, o sossego público e a higiene sanitária, dentre outros critérios. Desse modo, independentemente da natureza das atividades exercidas (podendo, ou não, terem impacto sanitário ou ambiental), o estabelecimento empresarial somente funcionará de forma regular se o empresário ou sociedade empresária estiver munida do alvará de localização e funcionamento, cuja obtenção encontra-se submetida à legislação do Município em que for instalado o estabelecimento.

5) Nos termos do art. 28, V, da Lei nº 8.666/1993 e do art. 4º, XIII, da Lei nº 10.520/2002, a Administração Pública está autorizada a exigir, como requisito de habilitação jurídica, a apresentação de alvará de localização e funcionamento. Acrescenta-se que, para não haver restrição à competitividade da licitação, a Administração Pública deve aceitar alvará expedido por qualquer Município do País, sem criar discriminações acerca do domicílio do estabelecimento empresarial da licitante.

6) A exigência em cláusula editalícia de apresentação de alvará de localização e funcionamento como requisito de regularidade fiscal, ao invés de requisito de habilitação jurídica, constitui mera falha formal, que não traz prejuízos aos licitantes, nem ao interesse público, uma vez que os documentos relativos à

> regularidade fiscal e à habilitação jurídica devem ser apresentados simultaneamente pela empresa interessada na fase da sua habilitação no procedimento licitatório. (destaque nosso)

Em face do exposto, esta Coordenadoria, em que pesem entendimentos em contrário, entende que a exigência de apresentação do "Alvará de Localização e Funcionamento", como documento de habilitação, transgride a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 10.520/2002. A exigência em foco, portanto, somente pode ser feita à licitante vencedora do certame, como condição para celebração do contrato.

Todavia, considerando que a matéria é divergente na jurisprudência desta Corte de Contas, formando-se duas correntes, não se podendo dizer qual é a preponderante, razão pela qual não se mostra razoável penalizar o gestor que optou pela exigência da apresentação do alvará de localização.

2.1.6. Da infraestrutura para realização dos serviços e exigência de seguros

Esta Coordenadoria, em sede do exame técnico inicial, às fls. 89/106, concluiu pela improcedência da denúncia em relação ao ponto em comento.

Em decisão liminar, às fls. 113v/114, o Relator entendeu:

> 5. Da infraestrutura para realização dos serviços e impossibilitando a elaboração da proposta de preços e exigência de seguros (fls. 10/13):
>
> Alega a Denunciante que não constam no edital elementos para a composição da proposta de preços e, portanto, o levantamento de custos, como local da instalação do laboratório, impossibilitando a obtenção de informações como: condição hidráulica, elétrica, rede lógica, metragem, planta, croquis, memoriais descritivos etc. (fl. 13).
>
> Denuncia, também, fato da Prefeitura ter exigido seguros, podendo este ser pessoal, profissional, automóvel e residência, que não guardam pertinência com o objeto da licitação.
>
> [...]
>
> O Anexo II, do edital, especificação do objeto, em planilha de fl. 64, fornece a quantidade e o tipo de exame, ressalvando quanto aos exames de urgência e emergência, visto que não tem como precisar.
>
> Conforme edital fica a cargo da contratada equipar o laboratório, em espaço disponibilizado pela contratante, que estabeleceu o prazo de 30 (trinta) dias, após a assinatura do contrato, para realização de eventuais adequações necessárias na forma prevista nas alíneas "e.1", "e.2" e "e.3", do subitem 12.6.4, do edital.
>
> Ademais o parágrafo único do item 5 do termo de referência indica os locais e os dias que os exames devem ser feitos.
>
> [...]

> À vista dos fatos acima, entendo que o edital possui os elementos necessários à formulação das propostas, não ensejando fundamentos para a adoção de medida liminar de suspensão do feito, sob este mesmo fundamento.

Em sede de defesa, à fl. 130, os responsáveis argumentaram que:

> **6. Da infraestrutura para realização dos serviços e exigência de seguros:** a denunciante alegou que o edital é irregular porque não fornece elementos para a composição da proposta de preços, bem como por não indicar o local da instalação do laboratório e ainda que a exigência de seguros não guarda pertinência com o objeto da licitação.
>
> Em resposta à impugnação o Município de Ribeirão das Neves esclareceu que segundo regras do edital o licitante vencedor terá o prazo de 30 (trinta) dias, após a assinatura do contrato, para realização de eventuais adequações necessárias no espaço físico disponibilizado pelo Município para a realização dos serviços contratados. Também na data de 05/04/2018, a empresa foi orientada, caso julgasse necessário, a realizar visita técnica, para esclarecimento de dúvidas, embora o edital não tenha previsto como obrigatória a realização de visita técnica.
>
> Sendo assim, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação do TCE/MG, entendeu pela improcedência da denúncia quanto a esse ponto, considerando inexistentes as irregularidades apontadas, citando como fundamento o Termo de Referência anexo ao Edital (itens 3.1, 3.2 e 5), as exigências relativas à comprovação da qualificação técnica (subitem 12.6.4 alínea "e"), a Minuta Contratual (Anexo VII do Edital: subitem 6.17.43), em relação à exigência de alvará sanitário e pela procedência da denúncia quanto à exigência de alvará de localização no momento da habilitação. O referido entendimento também foi acompanhado pelo llmo. Relator deste Processo na decisão que indeferiu o pedido de suspensão do certame.

ANÁLISE

Sob a égide do exposto acima, esta Unidade Técnica ratifica seu entendimento anterior no sentido de que a Administração do Município de Ribeirão das Neves forneceu os elementos satisfatórios para a composição da proposta de preços pelos licitantes e, confirma também seu entendimento, quanto à exigência de seguros, uma vez que haverá no conjunto dos serviços prestados, por exemplo, o transporte de amostras biológicas, ensejando o seguro pertinente ao objeto do certame.

2.2. DA ANÁLISE DA DEFESA EM FACE DA IRREGULARIDADE COMPLEMENTAR AFERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

2.2.1 Da exigência de qualificação técnica sem ser para as parcelas de maior relevância

O *Parquet* de Contas apresentou a sua manifestação preliminar às fls. 120/121 asseverando a seguinte irregularidade:

> **Exigência de qualificação técnica sem ser para as parcelas de maior relevância**
> 10. A exigência trazida no item 12.6.4 do edital (fl. 43) para fins de comprovação de qualificação técnica mostra-se ofensiva ao art. 30, § 5º, da Lei n. 8.666/93, bem como ao princípio da proporcionalidade, notadamente em seu sentido estrito. O referido dispositivo do edital, em seu item "a", exige a apresentação de "comprovante de aptidão para fornecimento pertinente e compatível com o objeto da licitação, por intermédio de atestado expedido por pessoa jurídica de Direito Público ou Privado, que comprove que a licitante executou ou está executando, de maneira satisfatória ou a contento, **serviços de natureza similar com o objeto da presente licitação."**
> 11. De plano, resta evidente que a definição "serviços de natureza similar com o objeto da presente licitação" carece da precisão necessária para a efetivação do princípio do julgamento objetivo inscrito nos art. 3º, caput, e 45, caput, da Lei n. 8.666/93. Esse princípio impõe que todos os critérios de julgamento das propostas sejam claros, impessoais e objetivamente aferíveis, não sendo esse o caso dos autos.
> 12. Por sua vez, vale notar que a exigência de que as licitantes comprovem experiência anterior na realização de serviços compatíveis com o objeto da licitação encontra respaldo no art. 30, § 1º, da Lei n. 8.666/93. Entretanto, tal comprovação apenas pode ser exigida relativamente às parcelas de maior relevância e valor significativo, nos termos do § 2º, do art. 30, da citada Lei.
> 13. Assim, cabe à Administração Pública definir as mencionadas parcelas. Essa escolha, porém, não pode ser feita arbitrariamente. Deve-se necessariamente identificar os serviços mais complexos e diferenciados do objeto licitado. Ademais, para fins de transparência e controle, a definição deve ser feita fundamentadamente. Confiram-se, a propósito, as lições de Marçal Justen Filho:
> [...]
> 14. Em virtude disso, conclui-se que a Administração Pública deveria ter motivado a definição das parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto licitado.
> 15. No entanto, o que se verifica no certame em exame é que todos os serviços licitados foram definidos como parcelas relevantes. Isso, evidentemente, torna letra morta o art. 30, § 2º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.
> 16. Dessa feita, entende este Ministério Público de Contas ser irregular a exigência de atestado de capacidade técnica da forma como foi feita.

Uma vez oportunizada a defesa, o Sr. Moacir Martins da Costa Júnior e a Sra. Elcilene Lopes Correa Matos argumentaram, a conferir:

> **2. QUANTO À IRREGULARIDADE APONTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS: exigência de atestado de capacidade técnica na forma como foi realizada, ou seja, sem indicação das parcelas de maior relevância.**

O rol de documentos que poderá ser exigido, por parte da Administração, para comprovação da qualificação técnica, encontra-se taxativamente descrito pelo artigo 30 da Lei Federal n.º 8.666/93, o qual, é oportuno relembrar, constitui-se em rol máximo que poderá ser exigido; e, não portanto, em listagem mínima, a ser obrigatoriamente requisitada em toda e qualquer situação. (*sic)*

Da leitura do comando normativo citado, é possível identificar que a qualificação técnica poderá ser comprovada em dois aspectos: um relacionado à estrutura da licitante/empresa que participará do certame licitatório; e, outro referente aos profissionais que integram a empresa participante da licitação, que dizem respeito as chamadas capacidade técnico-operacional e capacidade técnico-profissional.

[...]

Portanto, à luz do disposto nos comandos normativos supracitados, é possível afirmar que a comprovação da capacidade técnico-operacional, quando demandada, deverá ser realizada através da apresentação de:

1. Registro do licitante, junto à entidade profissional competente;
2. Atestados de Capacidade Técnica emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado;
3. Relação explícita e declaração formal da disponibilidade das instalações (canteiros, máquinas e equipamentos) considerados essenciais para cumprimento do objeto da licitação

A capacidade técnico-profissional "está relacionada ao aspecto intelectual que compõem o quadro permanente da empresa, ou seja, a experiência que esses profissionais possuem na execução anterior de empreendimentos similares em complexidade igual à obra licitada" (ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. **Obras Públicas:** Licitação, Contratação, Fiscalização e Utilização. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 216)

[...]

Para ambas pode ser exigida a comprovação em relação as parcelas de maior relevância e valor significativo, segundo entendimento do TCU. Vejamos:

[...]

Assim, verifica-se que a identificação das parcelas de maior relevância dependerá das peculiaridades de cada objeto, não havendo que se falar em uma forma genérica, aplicável a todos os casos. É oportuno ressaltar que a disposição genérica, passível de aplicação a todos os objetos a serem contratados pela Administração, viola frontalmente o citado dispositivo constitucional inserto no art. 37, inc. XXI, da CR, haja vista que o objeto pretendido é que delimitará as exigências a título habilitatório, bem como, qual parcela revelar-se-á de fato imprescindível.

Portanto, caberá à Administração, diante das peculiaridades de cada caso concreto, estabelecer o que se considera como parcela de maior relevância, sempre em atenção ao comando constitucional que preceitua pela exigência somente dos requisitos essenciais que asseguram a capacidade do licitante de executar de modo satisfatório o objeto pretendido.

> Importante ressaltar que a Administração sempre observa para que as exigências de qualificação técnica não sejam desarrazoadas a ponto de frustrar o caráter competitivo do certame, devendo tão-somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais. E esse foi o intuito da determinação prevista no presente Edital, razão pela qual foi exigida a apresentação de Atestado de Capacidade Técnica comprovando que a licitante executou ou está executando, de maneira satisfatória, serviços de natureza similar com o objeto da presente licitação, sem a definição das parcelas de maior relevância.

ANÁLISE

Para fins de qualificação técnica, o edital determina, à fl. 43, a seguinte exigência:

> **12.6.4. Qualificação Técnica**
> a) Apresentação de comprovante de aptidão para fornecimento pertinente e compatível com o objeto da licitação, por intermédio de atestado expedido por pessoa jurídica de Direito Público ou Privado, que comprove que a licitante executou ou está executado, de maneira satisfatória e a contento, serviços de natureza similar com o objeto da presente licitação.

A Lei de Licitações explicita a necessidade de definição objetiva das parcelas de maior relevância e valor significativo. Os atestados de capacitação técnica devem conter informações suficientes que permitam, no curso do julgamento, a aferição da pertinência e compatibilidade em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, por isso é necessário a formulação de critérios objetivos e limitados à relevância e materialidade dos itens licitados.

É salutar citar o entendimento que a Zênite Consultoria transmite acerca dessa matéria[5]:

> **8576 – Contratação pública – Planejamento – Habilitação – Capacidade técnica – Parcela de maior relevância técnica e valor significativo**
> A qualificação técnica é aspecto da habilitação por meio do qual a Administração pretende assegurar-se de que os licitantes possuem condições técnicas de executar o encargo. A capacidade técnica demonstra-se mediante a apresentação de atestados de desempenho anterior. A exigência de atestado tem seu fundamento de validade no art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Somente é válida a exigência de comprovação de capacidade técnica relativa à parte principal do objeto licitado, ou seja, a Administração não pode exigir atestados de capacitação técnica em função de parcelas insignificantes e irrelevantes do objeto. A parcela de maior relevância significa a essência do objeto licitado, aquilo que é realmente caracterizador da obra ou do serviço, que é de suma importância para o resultado almejado. Portanto, a exigência relativa à capacidade técnica somente poderá ser feita em relação a essa parcela essencial do objeto licitado. É fundamental que a Administração indique, no edital, qual é

[5] Orientação formulada em discussões realizadas pelo Núcleo Zênite de Pesquisa e Desenvolvimento. https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaLegislacoes?idParagrafo=14905

> a parcela de maior relevância técnica e valor significativo, pois é com base nela que o licitante irá demonstrar sua capacidade técnica, e não relativamente ao objeto como um todo. No entanto, se essa parcela, por exemplo, não for definida, a capacidade técnica teria de ser exigida relativamente ao todo, o que ensejará restrição à disputa. Sendo a restrição indevida, poderá o interessado impugnar o edital e, não surtindo efeito, impetrar mandado de segurança. Seja qual for a providência, haverá um incidente que poderá ensejar a nulidade do processo, como é comum ocorrer nesses casos. **Assim, a definição da parcela de maior relevância técnica é condição necessária para publicar o edital e deflagrar a fase externa do processo.** Aliás, essa condição deve ser avaliada por ocasião da análise e da aprovação do edital pela assessoria jurídica. (destaque nosso)

Ademais, em consulta ao artigo publicado na Zênite tem-se o seguinte entendimento[6]

> [...] o estabelecimento das parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo do objeto licitado e, consequentemente, as características dos atestados a serem apresentados, questão da competência discricionária do administrador público, deve ser feito de forma que os parâmetros fixados sejam adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se de que a exigência não implica restrição do caráter competitivo do certame.

Pode-se então afirmar que há restrição da competitividade quando não houver a definição das parcelas de maior relevância técnica e a comprovação da capacidade técnica tenha que ser feita em relação a todo o objeto. A esse respeito assim decidiu o Tribunal de Contas da União:

> 1. É competência constitucional do TCU fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.
> **2. Exigir-se comprovação de capacidade técnica para parcelas da obra que não se afiguram como sendo de relevância técnica e financeira, além de restringir a competitividade do certame, constitui-se em clara afronta ao estabelecido pelo art. 30 da Lei n. 8.666/93 e vai de encontro ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.**
> 3. A inadequação das exigências editalícias relacionadas à avaliação de capacidade técnica, que atentam contra o princípio da isonomia, da legalidade, da competitividade e da razoabilidade, insculpidos no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República e no art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei de Licitações e Contratos, conduz à anulação do procedimento licitatório.
> **Relatório do Ministro Relator:**
> O conteúdo e a extensão da qualificação técnica dependem diretamente do objeto da licitação. **A definição dos aspectos relativos à comprovação de capacidade técnica — número e conteúdo dos atestados, quantitativos mínimos e parcelas mais relevantes — deve ser fundamentada em critérios técnicos, baseados nas características do objeto a ser licitado, e deve refletir o equilíbrio entre o interesse da Administração em buscar identificar aqueles**

[6] FIGUEIREDO, José Domingos Frid e. Qualificação técnica nas licitações públicas. (Obras e serviços de engenharia — 1115/165/NOV/2007). Disponível em: www.zenite.com.br.

> **que efetivamente dispõem de condições técnicas para executar o objeto pretendido e o interesse público de ampliar ao máximo o universo de possíveis competidores**. A propósito, citamos Celso Antônio Bandeira de Mello, nas palavras de Adilson Abreu Dallari (Aspectos jurídicos da licitação, 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 115): 'Celso Antônio Bandeira de Mello assinala que a Administração deve conciliar o princípio da isonomia com a necessidade de segurança, oferecendo iguais oportunidades de contratação a quem comprove estar realmente habilitado a executar o objeto de cada específica licitação, não havendo sequer a possibilidade de se estabelecer um padrão universal de idoneidade.' (Processo n. 021.415/2006-6 — Publicação: DOU, 16/02/2007 — Ministro Relator: Valmir Campelo)[7] (destaque nosso)

No caso em análise, entende esta Unidade Técnica que deveria ser exigida a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação, mediante apresentação de atestado de qualificação técnica, com indicação do item de maior relevância e valor significativo para o produto em questão, e não da integralidade do objeto.

Diante do exposto, entende este Órgão Técnico que resta procedente a alegação do Ministério Público de Contas quanto à irregularidade da exigência de que os licitantes comprovem a capacidade técnica através de atestados de desempenho de atividade pertinente com o objeto da licitação sem, contudo, indicar os itens de maior relevância do serviço.

3 - DA CONCLUSÃO

Após análise da defesa, entende esta Unidade Técnica pelas seguintes irregularidades:

1. A exigência, para fins de habilitação, de alvará de localização e funcionamento. Responsável: a Sra. Elcilene Lopes Correa Matos, Presidente da Comissão Permanente de Licitação e subscritora do edital, fl. 55.

2. A exigência de qualificação técnica sem ser para as parcelas de maior relevância. Responsável: a Sra. Elcilene Lopes Correa Matos, Presidente da Comissão Permanente de Licitação e subscritora do edital, fl. 55.

[7] http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1106.pdf

TRIBUNAL DE CONTAS
DFME/CFEL
Fls._____
MINAS GERAIS

Entretanto, não se mostra razoável penalizar a responsável pelas irregularidades em tela, vez que não se vislumbrou nos autos prejuízo ao certame, em decorrência das apontadas irregularidades e pelas razões que se seguem.

Considerando que foi oportunizada a defesa e o contraditório; considerando a Lei nº 13.655/2018, que trata da segurança jurídica quanto à responsabilização dos agentes públicos; considerando que não foi demonstrado nos autos dolo nem erro grosseiro por parte da responsável, nos termos do art. 28 da referida lei; e considerando a razoabilidade e a proporcionalidade na aplicação de sanção à gestora em referência, esta Unidade Técnica recomenda que nos próximos editais de licitação, com objeto idêntico ou similar ao em estudo, a responsável observe os seguintes pontos:

1 – Observe quais são os documentos de habilitação presentes na Lei nº 8.666/93 e que podem ser exigidos, de modo a não fazer exigências excessivas e desarrazoadas que comprometam o caráter competitivo do certame.

2 – Observe a necessidade de definição objetiva das parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação.

À consideração superior.

DFME/CFEL, 02 de setembro de 2019.

Érica Apgaua de Britto
Analista de Controle Externo
TC- 2938-3