TC 2.842/2019

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SME. Registro de preços. Aquisição de materiais de higiene. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime. RECOMENDAÇÃO. 1. As exigências das licenças de Vigilância Sanitária e de Funcionamento especial pela ANVISA deverão ser feitas na fase de habilitação jurídica. Art. 28, V, Lei 8.666/93. Votação por maioria.

Relatório e voto englobado TCs 2.842/2019 e 2.844/2019.

3.154ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/002842/2019 e TC/002844/2019, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente JOÃO ANTONIO, após determinação de Sua Excelência, na 3.142ª S.O., para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votou o Conselheiro EDUARDO TUMA, tendo os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, DOMINGOS DISSEI – Revisor e ROBERTO BRAGUIM votado na 3.088ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação interposta pela empresa S&T Comércio de Produtos e Limpeza, Descartáveis e Informática Ltda., em face do edital do Pregão Eletrônico 05/SME/2019, visto que preenchidos os requisitos de admissibilidade estabelecidos nos artigos 54 e 55 do Regimento Interno, e artigo 31 da Lei Orgânica, ambos deste Egrégio Tribunal de Contas, bem como no § 1º do artigo 113 da Lei Federal 8.666/93, e, quanto ao mérito, em julgá-la improcedente.

ACORDAM, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, DOMINGOS DISSEI – Revisor, votando o Conselheiro Presidente JOÃO ANTONIO para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em recomendar, para os futuros certames, que a exigência da apresentação da Autorização da ANVISA e da Licença da Vigilância Sanitária seja realizada no âmbito da qualificação jurídica dos licitantes, a fim de proporcionar maior clareza e adequação aos padrões legais.

Vencidos, nesse ponto, os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM e EDUARDO TUMA, que divergiram no que concerne à apresentação na fase de habilitação jurídica, visto que essa solicitação não constou do pedido inaugural.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar que se cumpra o artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, arquivando-se, após, estes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EDUARDO TUMA.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de junho de 2021.

JOÃO ANTONIO
Presidente, com voto

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trago a julgamento conjunto os processos eTCM 2.842/2019 e 2.844/2019, em razão da conexão entre eles, posto que ambos processos consistem em Representações interpostas por S&T Comércio de Produtos e Limpeza Descartáveis e Informática Ltda. em face dos editais dos Pregões Eletrônicos 05/SME/2019 e 06/SME/2019, cujos objetos são a formação de Atas de Registros de Preços para aquisição de kits de materiais e higiene tipo I (álcool em gel, lençol descartável, luvas descartáveis, toalhas umedecidas e produto para prevenir assaduras) e tipo IV (escovas dentais infantis, pasta dental infantil sem flúor, pasta dental infantil com flúor e babador).

Relato, primeiramente, o TC 2.842/2019, referente ao Pregão Eletrônico 05/SME/2019, no qual a Representação alegou, em síntese, que não foram exigidos no edital documentos de qualificação técnica que seriam essenciais ao objeto licitado, quais sejam: Autorização de Funcionamento Especial (AFE) e a Licença Sanitária – SIVISA. Pleiteou, como medida de tutela de urgência, a imediata suspensão do procedimento licitatório.

Em sua manifestação preliminar, a Coordenadoria II teceu considerações acerca das especificidades técnicas do objeto e dos requisitos mínimos à comprovação da capacidade técnica dos interessados, e propôs que antes de apresentar relatório conclusivo, fosse a Origem instada a se manifestar sobre os termos da Representação.

Acolhida a proposta da Auditoria, a Origem asseverou, em resposta aos questionamentos, que a Representação deveria ser julgada improcedente, posto que o Anexo I, que disciplina as especificações técnicas do produto, contempla as normas de referência – Lei Federal n.º 6.360/1976 e RDC 16, de 1.º de abril 2014 da ANVISA – que, a seu turno, abrangem regulamentação de licenças de vigilância sanitária e a autorização de funcionamento da ANVISA, respectivamente.

Acrescenta, ainda, que os documentos reputados como imprescindíveis pela Representante são passíveis de consulta a qualquer tempo por estarem disponíveis nos sítios eletrônicos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e da Vigilância Sanitária do Estado de São Paulo (www.anvisa.gov.br e www.cvs.spgov.br). Conclui que o edital prevê exigências mínimas que garantem o cumprimento da atividade pertinente à licitação e à qualidade técnica do produto, sem comprometer, de outro lado, a ampla participação no certame.

Cabia, então, analisar o pedido de suspensão cautelar do certame, visto que a sessão de abertura do certame estava prevista para data próxima. À respeito, esta Relatoria avaliou, em um juízo de cognição sumária, que dos requisitos para a concessão da tutela de urgência – a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo – não se caracterizava o perigo de dano ou risco processual, já que a observância dos padrões de segurança dos produtos de higiene estava assegurada, em princípio, pelo conteúdo do Termo de Referência.

Seguindo o trâmite processual de instrução, foram encaminhados os autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, que concluiu pela improcedência da Representação, já que todas as exigências suscitadas como imprescindíveis estavam contempladas pelo edital.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo afirmou que estavam preenchidos os requisitos de admissibilidade do Regimento Interno desta Corte e da Lei Federal n.º 8.666/93, o que permitia o conhecimento da Representação.

No mérito, inferiu que, por incidência do Código Sanitário Municipal, do Decreto Municipal nº 50.079/08 e da Portaria SMS.G nº 2.215/16, as licitantes que exerçam atividade de comércio de produtos importados, de comércio atacadista ou de comércio varejista mediante fracionamento e embalagem, de produtos de higiene, estão sujeitas à obtenção de licença, para exercer a sua atividade, a ser expedida pela autoridade da Vigilância Sanitária local.

Prosseguiu o Órgão Jurídico a explanar que a comprovação da obtenção de autorização de funcionamento da ANVISA (AFE) deveria ser exigida das licitantes, uma vez que a atividade destas reclama o prévio

armazenamento e a distribuição para entrega dessas mercadorias, nos termos da RDC nº 16/2014, da ANVISA.

Concluiu a Assessoria Jurídica de Controle Externo que o edital realmente contemplava ambas as exigências, como alegado pela Origem, mas que o momento do procedimento em que isso era realizado era inadequado, visto que tais exigências deveriam ter sido feitas na fase da habilitação jurídica e não na da qualificação técnica da licitante, por estarem relacionadas com a capacidade jurídica de exercício da atividade (comércio atacadista de produtos de higiene), nos termos do art. 28, inciso V, da Lei Federal n.º 8.666/93. Recomendou que no caso em tela a documentação fosse exigida antes da contratação e que, para as futuras licitações, houvesse a alteração da forma de previsão dos editais.

Em razão das novas questões suscitadas nos autos pelos pareceres dos Órgãos Técnicos, conforme proposta da Procuradoria da Fazenda Municipal, foi novamente intimada a Origem a se manifestar.

A Secretaria Municipal de Educação informou que as referidas exigências, propostas em item 9.7.2 do Edital e item 8 do anexo 1, estavam sendo observadas durante o processo de qualificação técnica dos objetos licitados, e que havia tomado ciência sobre as recomendações apresentadas.

Retornando os autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Coordenadoria II informou que com os esclarecimentos adicionais prestados ratificava sua conclusão de improcedência da Representação.

Continuando a instrução dos autos, a Assessoria Jurídica de Controle Externo considerando que a Origem havia implementado a exigência das licenças antes da contratação, retificou o parecer anterior para opinar que deve ser recomendado à Origem que, nos futuros certames com o mesmo objeto, faça a exigência da licença da Vigilância Sanitária Municipal e da autorização ANVISA ainda na fase da habilitação jurídica.

Seguindo o processamento dos autos, a Procuradoria da Fazenda Municipal foi ouvida. Em sua manifestação, pleiteou que novamente a Origem fosse intimada, face à retificação do posicionamento da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Acolhida a proposta, a Origem deixou o prazo para resposta transcorrer in albis, o que proporcionou o retorno do processo para manifestação da Procuradoria da Fazenda Municipal, que pugnou pela improcedência da Representação, salientando que as medidas recomendadas pela Assessoria Jurídica haviam sido observadas.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral opinou pelo conhecimento da Representação, eis que presentes os requisitos de admissibilidade, e, no mérito, pela sua improcedência, independentemente da

recomendação proposta, já que do objeto da Representação não consta pedido para alcançar futuros procedimentos licitatórios.

Passo a relatar o TC 2.844/2019, relativo ao Pregão Eletrônico 06/SME/2019, em que a Representante questionou o mesmo ponto, qual seja, a suposta omissão na exigência da licitante de apresentação de Autorização de Funcionamento Especial (AFE) e da Licença Sanitária – SIVISA.

No âmbito do Relatório Preliminar, a Coordenadoria II teceu considerações acerca das especificidades técnicas do objeto e dos requisitos mínimos à comprovação da capacidade técnica dos interessados, e propôs que antes de apresentar relatório conclusivo, fosse a Origem instada a se manifestar sobre os termos da Representação.

Acolhida a proposta da Auditoria, a Origem asseverou, em resposta aos questionamentos, que a Representação deveria ser julgada improcedente, posto que o Anexo I, que disciplina as especificações técnicas do produto, contempla as normas de referência – Lei Federal n.º 6.360/1976 e RDC 16, de 1.º de abril 2014 da ANVISA – que, a seu turno, abrangem regulamentação de licenças de vigilância sanitária e a autorização de funcionamento da ANVISA, respectivamente.

Acrescenta, ainda, que os documentos reputados como imprescindíveis pela Representante são passíveis de consulta a qualquer tempo por estarem disponíveis nos sítios eletrônicos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e Vigilância Sanitária do Estado de São Paulo (www.anvisa.gov.bre www.cvs.spgov.br). Conclui que o edital prevê exigências mínimas que garantem o cumprimento da atividade pertinente à licitação e a qualidade técnica do produto, sem comprometer, de outro lado, a ampla participação no certame.

Nesse momento processual, dado os elementos até então colhidos na instrução, foi indeferido o pedido de tutela cautelar de suspensão do certame, pois a observância dos padrões de segurança dos produtos de higiene estava assegurada, em princípio, pelo conteúdo do Termo de Referência, o que afastava qualquer perigo de dano.

Seguindo o trâmite processual de instrução, foram encaminhados os autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, que concluiu pela improcedência da Representação, já que todas as exigências suscitadas como imprescindíveis estavam contempladas pelo edital.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo afirmou que estavam preenchidos os requisitos de admissibilidade do Regimento Interno desta Corte e da Lei Federal n.º 8.666/93, o que permitia o conhecimento da Representação.

No mérito, inferiu que, por incidência do Código Sanitário Municipal, do Decreto municipal nº 50.079/08 e da Portaria SMS.G nº 2.215/16, as licitantes que exerçam atividade de comércio de produtos importados, de comércio atacadista ou de comércio varejista mediante fracionamento e embalagem, de produtos de higiene, estão sujeitas à obtenção de licença, para exercer a sua atividade, a ser expedida pela autoridade da Vigilância Sanitária local.

Prosseguiu o Órgão Jurídico a explanar que a comprovação da obtenção de autorização de funcionamento da ANVISA (AFE) deveria ser exigida das licitantes, uma vez que a atividade destas reclama o prévio armazenamento e a distribuição para entrega dessas mercadorias, nos termos da RDC nº 16/2014, da ANVISA.

Concluiu a Assessoria Jurídica de Controle Externo que o edital realmente contemplava ambas as exigências, como alegado pela Origem, mas que o momento do procedimento em que isso era realizado era inadequado, visto que tais exigências deveriam ter sido feitas na fase da habilitação jurídica e não na da qualificação técnica da licitante, por estarem relacionadas com a capacidade jurídica de exercício da atividade (comércio atacadista de produtos de higiene), nos termos do art. 28, inciso V, da Lei Federal n.º 8.666/93. Recomendou que no caso em tela a documentação fosse exigida antes da contratação e que, para as futuras licitações, houvesse a alteração da forma de previsão dos editais.

Em razão das novas questões suscitadas nos autos pelos pareceres dos Órgãos Técnicos, conforme proposta da Procuradoria da Fazenda Municipal, foi novamente intimada a Origem a se manifestar.

A Secretaria Municipal de Educação informou que as referidas exigências, propostas em item 9.7.2 do Edital e item 8 do anexo 1, estavam sendo observadas durante o processo de qualificação técnica dos objetos licitados, e que havia tomado ciência sobre as recomendações apresentadas.

Retornando os autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Coordenadoria II informou que com os esclarecimentos adicionais prestados ratificava sua conclusão de improcedência da Representação.

Continuando a instrução dos autos, a Assessoria Jurídica de Controle Externo considerando que a Origem havia implementado a exigência das licenças antes da contratação, retificou o parecer anterior para opinar que deve ser recomendado à Origem que nos futuros certames com o mesmo objeto, faça a exigência da licença da Vigilância Sanitária Municipal e da autorização ANVISA ainda na fase da habilitação jurídica.

Seguindo o processamento dos autos, a Procuradoria da Fazenda Municipal foi ouvida. Em sua manifestação, pleiteou que novamente a Origem fosse intimada, face à retificação do posicionamento da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Acolhida a proposta, a Origem deixou o prazo para resposta transcorrer in albis, o que proporcionou o retorno do processo para manifestação da Procuradoria da Fazenda Municipal, que pugnou pela improcedência da Representação, salientando que as medidas recomendadas pela Assessoria Jurídica haviam sido observadas.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral opinou pelo conhecimento da Representação, eis que presentes os requisitos de admissibilidade, e, no mérito, pela sua procedência, mas tão somente para recomendar à Origem que nos próximos certames com idêntico objeto, faça a exigência da licença de funcionamento, expedida pela Vigilância Sanitária Municipal, e da Autorização de Funcionamento (AFE), expedida pela ANVISA, na fase da habilitação jurídica, nos termos do art. 28, inciso V, da Lei federal nº 8.666/93, e não como requisito de qualificação técnica.

É o Relatório.

VOTO ENGLOBADO

Conheço das Representações interpostas por S&T Comércio de Produtos e Limpeza Descartáveis e Informática Ltda., posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade estabelecidos nos artigos 54 e 55 do Regimento Interno, e artigo 31 da Lei Orgânica, ambos referentes a este E. Tribunal de Contas, bem como no §1º, do artigo 113 da Lei Federal 8.666/93.

Quanto ao mérito, composto por um único ponto em comum para ambas as Representações, considero que apesar de diferentes pontos de vista sustentados pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, é certo que ambos os Órgãos Técnicos entenderam que tanto a Autorização de Funcionamento Especial expedida pela ANVISA como a Licença Sanitária expedida pela Vigilância Sanitária Municipal devem ser exigida dos licitantes nos casos em tela.

Divergem, todavia, sobre a forma e o momento em que essa exigência deva ser aperfeiçoar, pois a Coordenadoria II entende como válida a previsão no Anexo I, que deve ser observado como requisito de capacidade técnica, ao passo que a Assessoria Jurídica de Controle Externo considera que a exigência deveria ser dar em fase de habilitação jurídica.

Nos limites da cognição trazida pelas Representações, reputo-as como improcedentes, já que as exigências tidas como imprescindíveis constaram do Edital e foram demandadas dos licitantes. Tal juízo é reforçado pelas informações trazidas pela Origem que dão conta de que, no Pregão Eletrônico 05/SME/2019, as exigências propostas no item 9.7.2 do Edital e no item 8 do anexo 1, estavam sendo observadas durante o processo de qualificação técnica dos objetos licitados.

Portanto, na essência deste caso concreto, como as exigências existiam e estavam sendo observadas – ainda que se pudesse discordar sobre a forma e o momento oportuno de fazê-lo – a Representação deve ser tida como improcedente, posto que não se caracterizou a omissão da previsão tida como necessária.

Não obstante, a questão trazida pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, como recomendação para futuros certames de que a autorização e a licença sejam estabelecidas como requisito de habilitação jurídica, deve ser examinada à luz da melhor técnica a ser empregada.

Sobre este ponto, necessário se faz considerar que a habilitação jurídica é definida por Marçal Justen Filho como a fase da licitação em que se realiza a "comprovação de existência, da capacidade de fato e da regular disponibilidade para exercício das faculdades jurídicas pelos licitantes".[1] Assim, a documentação objeto da análise dos autos é relativa à capacidade de fato da licitante, porque é constituída por licença e autorização imprescindíveis, segundo a legislação aplicável, ao exercício da atividade de comércio atacadista de produtos de higiene.

Além disso, o art. 28, inciso V, da Lei Federal n.º 8.666/93 prevê que a documentação da habilitação jurídica deve abranger "ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir". Como a Licença de Funcionamento (Municipal) e a Autorização de Funcionamento Específica (Federal) foram classificadas como exigíveis especificamente em relação à atividade de comércio atacadista de produtos de higiene, é mais adequado que nos certames futuros a documentação referida seja requerida na fase de habilitação jurídica do certame.

Diante do exposto, **CONHEÇO DAS REPRESENTAÇÕES** para, no mérito, **JULGÁ-LAS IMPROCEDENTES**. Não obstante, **RECOMENDO** que, para os futuros certames, a exigência seja realizada no âmbito da qualificação jurídica dos licitantes, a fim de proporcionar maior clareza e adequação aos padrões legais.

INTIMEM-SE a Origem e a Representante. Após, com as cautelas de praxe, arquivem-se os autos.

VOTO DE DESEMPATE ENGLOBADO apresentado pelo Conselheiro Presidente João Antonio

Trago à colação, para fins de desempate, voto em conjunto relativo aos TCs 2842/2019 e 2844/2019, que tratam de Representações interpostas em face dos editais dos Pregões Eletrônicos 05/SME/2019 e

[1] JUSTEN Filho. Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª edição, rev., atual. e amp., 2ª. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, p. 549.

06/SME/2019, cujos objetos são a formação de Atas de Registros de Preços para aquisição de kits de materiais e higiene tipo I e tipo IV.

Em voto proferido na Sessão Ordinária 3.088ª, o Conselheiro Maurício Faria, na qualidade de Relator, conheceu das representações interpostas e, quanto ao mérito, julgou-as improcedentes, uma vez que ambos Editais previram a necessidade de que as licitantes tivessem Autorização de Funcionamento Especial expedida pela ANVISA, bem como a Licença Sanitária expedida pela Vigilância Sanitária Municipal, ainda que no momento da qualificação técnica, recomendando que, para os futuros certames, tal exigência seja realizada no âmbito da qualificação jurídica dos licitantes, a fim de proporcionar maior clareza e adequação aos padrões legais.

O Conselheiro Domingos Dissei, na qualidade de Revisor, acompanhou, na íntegra, o Voto do Relator.

Por sua vez, o Conselheiro Roberto Braguim acompanhou o Relator quanto ao conhecimento das Representações. Porém, quanto ao mérito, mesmo tendo votado pela improcedência das representações, Sua Excelência divergiu do Relator no que concerne à apresentação da Autorização da ANVISA e da Licença da Vigilância Sanitária na fase de habilitação jurídica, visto que esta solicitação não constou do pedido inaugural.

Na Sessão Ordinária 3.142ª, o Conselheiro Eduardo Tuma apresentou seu Voto, após pedido de vistas, acompanhando, na íntegra, o Voto do Conselheiro Roberto Braguim.

Registrado o empate em relação à adequação do procedimento adotado pela origem quanto ao procedimento de apresentação dos documentos de Autorização da ANVISA e da Vigilância Sanitária, avoquei os autos para decisão.

Fundamento e decido.

Conforme apontado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, nos termos do Código Sanitário Municipal, do Decreto Municipal nº 50.079/08 e da Portaria SMS.G nº 2.215/16, as licitantes que exerçam atividade de comércio varejista mediante fracionamento e embalagem de produtos de higiene, estão sujeitas à obtenção de licença, expedida pela autoridade da Vigilância Sanitária local.

Nesse sentido, a comprovação da obtenção de autorização de funcionamento da ANVISA deveria ser exigida das licitantes na fase da habilitação jurídica, e não na habilitação técnica, como foi o caso nos presentes Editais. Assim, embora os Editais contemplassem ambas as exigências – Autorização da ANVISA e Licença da Vigilância Sanitária, o momento do procedimento em que isso foi realizado se mostrou inadequado.

Entretanto, como a Origem implementou a exigência das licenças antes da contratação, entendo que restaram convalidados os atos anteriores, uma vez que a contratação acabou por atender aos requisitos legais.

Diante do exposto, na esteira do voto do Relator, conheço das Representações, por preencherem os requisitos legais e, no mérito, julgo-as improcedentes, com as recomendações à Origem determinadas pelo Relator.

Proclamação do resultado:

Por unanimidade são conhecidas as Representações interpostas por S&T Comércio de Produtos e Limpeza Descartáveis e Informática Ltda. em face dos editais dos Pregões Eletrônicos 05/SME/2019 e 06/SME/2019, eis que preenchidos os requisitos legais de admissibilidade e, ainda **por unanimidade**, ambas são julgadas improcedentes.

Por maioria, são acolhidas as recomendações para que nos futuros certames da mesma espécie, a exigência da apresentação da Autorização da ANVISA e da Licença da Vigilância Sanitária seja realizada no âmbito da qualificação jurídica dos licitantes, a fim de proporcionar maior clareza e adequação aos padrões legais, nos termos do Voto do Relator. Vencidos, quanto a este item, os Conselheiros Roberto Braguim e Eduardo Tuma.