



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO MATEUS
Estado do Espírito Santo
Fundo Municipal de Saúde

RESPOSTA AO RECURSO

PREGÃO PRESENCIAL 003/2020

Recorrente: MAIS ESTRUTURA LOCAÇÃO DE TENDAS E BRINQUEDOS EIRELI EPP

Contrarrazão: Não apresentada

Pregão Presencial nº 003/2020: **REGISTRO DE PREÇOS PARA EVENTUAL LOCAÇÃO DE ESTRUTURAS PARA ATENDER AS DIVERSAS AÇÕES PROMOVIDAS E/OU APOIADOS EM FUNÇÃO DA COVID-19 PELA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE NO MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS/ES.**

Com base nos documentos encaminhados presentes no Processo Administrativo do recurso (013.641/2020), ratifico o parecer jurídico 0915/2020m emitido pelo douto Procurador Geral, assim como a manifestação da Pregoeira, **definindo o que segue abaixo:**

- Quanto **RECURSO DA EMPRESA MAIS ESTRUTURA LOCAÇÃO DE TENDAS E BRINQUEDOS EIRELI EPP:** pelo conhecimento do recurso e, no mérito, **pelo INDEFERIMENTO do mesmo**, tendo em vista que suas razões não ocupam sustentação suficiente, conforme todas as fundamentações jurídicas vastamente expostas no parecer supra citado.

Segue ao Setor de Licitações para disponibilização no site da PMSM.

São Mateus, ES, 22 de setembro de 2020.

HENRIQUE LUIS FOLLADOR
Secretário Municipal de Saúde

PARECER/PMSM Nº: 0915/2020
PROCESSO Nº: 013641/2020
INTERESSADO: SETOR DE LICITAÇÕES

PARECER JURÍDICO

RECURSO ADMINISTRATIVO. MAIS ESTRUTURA
LOCAÇÃO DE TENDAS E BRINQUEDOS EIRELI –
EPP. PRINCÍPIOS VINCULADOS AOS ATOS
LICITATÓRIOS. ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO E
LOCALIZAÇÃO. INDEFERIMENTO.

1) RELATÓRIO

Vieram os autos à esta Procuradoria Geral afim de que se tome conhecimento e manifeste acerca do **RECURSO ADMINISTRATIVO protocolado pela empresa MAIS ESTRUTURA LOCAÇÃO DE TENDAS E BRINQUEDOS EIRELI – EPP** em face da decisão que declarou habilitada a empresa vencedora MARQUES ESTRUTURAS LTDA ME.

Argui em suas razões recursais que a empresa habilitada deixou de juntar documentação compatível com o objeto do certame, e que todas as empresas participantes se submetem ao edital, sendo assim, precisam cumpri-lo em razão dos princípios que norteiam os processos licitatórios.

Aduz, ainda, que para ser compatível com o objeto do certame o cadastro necessário é a inscrição municipal, não bastando ser apresentado apenas o SINTEGRA e que a proposta mais vantajosa para a Administração, tendo em vista o menor preço, não seria prejudicado, considerando que a segunda colocada pode ser convidada a praticar o mesmo preço da arrematação.

Em sua manifestação técnica referente ao recurso apresentado, a Srª Renata Zanete arguiu que o edital de licitação deve ser imparcial, não podendo constar nenhum tipo de favorecimento a quaisquer indivíduos ou empresa, ou até mesmo, exigências que possam limitar o número de participantes, garantindo que seja feito tratamento igualitário entre os interessados.

Menciona que o solicitado pela empresa recorrente se trata de um documento chamado "Alvará de Localização e Funcionamento", no entanto, não há qualquer menção obrigatória para apresentação do documento em questão na fase de habilitação, apenas no que diz respeito as empresas estrangeiras e que sua requisição pode propiciar direcionamentos a um grupo específico de licitantes, tratando-se de uma ilegalidade, pois fere os princípios da ampla concorrência e da isonomia.

Considera-se oportuno consignar que a presente manifestação desta Procuradoria Municipal tem por referência os elementos constantes dos autos do processo administrativo epigrafado, no qual compete a este órgão prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não adentrando na análise da conveniência e da oportunidade da prática de atos administrativos, nem em aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

É o relatório. Passo a opinar.

2) FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Primordial estabelecer que o processo licitatório pode ser considerado como um dos "bons hábitos da Administração Pública", sendo ressalvadas e sem prejuízo de sua boa-fé, as exceções legais que ocasionam sua dispensa.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93) se preocupa em demonstrar a importância do processo licitatório para garantia não só do princípio primordial da isometria, conforme citado na manifestação técnica da Pregoeira, mas também sobre outros princípios do Direito Administrativo que estão consignados com o mesmo grau de importância, neste caso. Vejamos:

Art. 3º A licitação destina-se a **garantir a observância do princípio constitucional da isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em **estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos. **(grifo nosso)**

Salienta-se que o princípio da isonomia, previsto constitucionalmente no art. 5º da CF/88, é um símbolo da democracia, indicando tratamento justo a todos, e neste caso em específico, o processo licitatório garante que todos, dentro das instruções legais, tenham oportunidade à concorrência pública de um serviço/bem público/necessidade da Administração Pública.

Note que os "bons hábitos da Administração Pública" – conforme já mencionado como definição de processo licitatório – e o princípio da Isonomia, formam uma espécie de correlação, havendo o dever de coexistirem um em função do outro:

PROCESSO LICITATÓRIO > GARANTIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA > CORRELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO PROCESSO LICITATÓRIO.

Já o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, também de extrema importância, em sua medida, vincula não só a Administração Pública, como também os administrados às regras nele estipuladas.

Dessa feita, em se tratando de regras constantes de instrumento convocatório, deve haver vinculação a elas. É o que resta estabelecido em função dos artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei nº 8.666/1993¹.

Trata-se, na verdade, de princípio inerente a toda licitação e que evita não só futuros descumprimentos das normas do edital, mas também o descumprimento de diversos outros princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo.

¹ "Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;"

Nesse sentido, vale citar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no art. 3º da Lei n 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado, segundo o qual "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender as exigências concernentes a proposta, serão desclassificados (artigo 48, inciso I)."

"Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou."

"Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital."

No mesmo sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

"A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial. O princípio da vinculação tem

extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. (...) Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos."

Como bem destaca Fernanda Marinela, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório leva à assertiva de que o edital é a lei interna da licitação:

"Como princípio específico da licitação, tem-se a vinculação ao instrumento convocatório. ***O instrumento, em regra, é o edital que deve definir tudo que é importante para o certame, não podendo o Administrador exigir nem mais nem menos do que está previsto nele.*** Por essa razão, é que a doutrina diz que o edital é lei interna da licitação, ficando a ele estritamente vinculada, conforme previsto no art. 41 da lei."

Para tanto que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos é evidente e clara quando concernente ao assunto, quando:

"Art. 41, *"caput"*, Lei nº 8.666/93. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."

A licitação pública tem como princípio basilar, além do mencionado acima, o chamado "julgamento objetivo". Dessa maneira, conceitua-se como sendo o princípio em que se baseia critérios e parâmetros concretos, estipulados previamente em instrumento convocatório, afastando qualquer forma de subjetivismos quando da juntada e análise da documentação atinente.

A necessidade de que o julgamento se dê de maneira objetiva afasta a possibilidade de a Administração, ao definir os critérios de habilitação, restringir-se a copiar a disciplina legal.

Com base nisso, abre-se a possibilidade de existência de cláusulas de habilitação técnica, exigindo a apresentação de atestados, como no caso dos presentes autos, que comprovem aptidão para o desempenho da atividade pertinente e compatível com as características e objetivos da licitação.

O TCU, no Acórdão nº 8.430/2011 – 1ª Câmara, determinou que:

"(...) o edital deve estabelecer, com a necessária objetividade, a forma de comprovação da aptidão para o desempenho de atividades pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação; b) o edital deve estabelecer os elementos que devem constar dos atestados de capacidade técnica para fins de comprovação da realização de serviços compatíveis com os descritos no objeto do certame".

Sendo assim, e no que se refere o contexto do presente Recurso Administrativo Licitatório, é inegável a dimensão da importância dos dois princípios supracitados, servindo não somente de base, mas de pilar para os atos que decorrerem da licitação, como este em específico.

Além do já mencionado, alguns outros princípios são importantíssimos para que procedimento/processo licitatório seja garantido sem lisuras. Sendo assim, são princípios correlacionados ao procedimento licitatório:

- **Isonomia:** é um dos princípios mais importantes, porque assegura a competição nos procedimentos licitatórios.

- **Legalidade:** significa que a Administração deve agir sempre dentro do que a lei permite.
- **Impessoalidade:** quando realizar um procedimento licitatório, deve aplicar critérios imparciais entre todos os participantes.
- **Moralidade:** não é permitido que os atos praticados pelo órgão sejam em desconformidade com a ética.
- **Igualdade:** esse princípio guarda relação com o princípio da isonomia. Isso porque também pretende oferecer aos licitantes igualdade de direitos.
- **Publicidade:** esse princípio significa que todos os atos da Administração são públicos. Ou seja, devem ser disponibilizados para qualquer interessado.
- **Economicidade e Eficiência:** é o objetivo da licitação a escolha da proposta mais vantajosa. Sob qualquer aspecto, seja do tipo melhor preço, melhor técnica ou técnica e preço.
- **Probidade Administrativa:** é muito parecido com o princípio da moralidade. Ele pressupõe que haja ética e moral em todas as condutas da Administração.
- **Julgamento Objetivo:** devem utilizar critérios objetivos, pré-estabelecidos. Não podem ser subjetivos ou julgar por seu entendimento, sem que haja fundamento no edital e na lei.

Segundo o que consta dos autos, a empresa recorrente argui que existe a necessidade ascendente de apresentação de Alvará de Localização e Funcionamento, porém, em sua manifestação técnica referente ao recurso, a Pregoeira salientou que a exigência de tal documento se trata de ato ilegal, pois fere os princípios da ampla concorrência e da isonomia, proporcionando um direcionamento ao procedimento licitatório e limitando os licitantes.

Neste sentido, é assentida a jurisprudência quando direcionada ao fato de que é desnecessária a apresentação/exigência do alvará de localização e funcionamento fora dos trâmites originados legalmente:

EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. IRREGULARIDADE. INVERSÃO DA ORDEM CRONOLÓGICA NA JUNTADA DA DOCUMENTAÇÃO NO PROCESSO LICITATÓRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA. RECOMENDAÇÃO AOS RESPONSÁVEIS. APLICAÇÃO DE MULTA. (...) 6. *A exigência de apresentação de alvará de funcionamento para fins de habilitação é excessiva, uma vez que esta não está prevista no rol dos documentos discriminados no art. 4º, XIII, Lei nº 10.520 /02, afastando a participação de potenciais interessados que não possuam de antemão a licença, mas tenham condições de providenciá-la na hipótese de serem declaradas vencedoras da licitação.* 7.

TCE-MG - DENÚNCIA DEN 1012173 (TCE-MG) Data de publicação: 04/06/2019

Para o Tribunal de Contas da União, segue entendimento páreo ao apresentado:

Quanto ao alvará de funcionamento, importa destacar que não há rompimento do tratamento isonômico em relação àquilo que não é cobrado de nenhuma das licitantes. *No caso em exame, veja-se que o art. 30 da Lei 8.666/1993 estabelece o rol de documentos relativos à qualificação técnica a serem exigidos nas licitações, no qual não consta a necessidade de apresentação de alvará ou licença de funcionamento.* Ademais, referido alvará nem mesmo é necessário para o cadastramento das empresas no SICAF. Sobre essa questão, portanto, não há irregularidade que diga respeito à competência deste Tribunal.

Acórdão 4182/2017 – Segunda Câmara (TCU)

(...) Os questionamentos contidos nos documentos encaminhados ao Tribunal se relacionaram às seguintes exigências, constantes dos editais dos certames, as quais *seriam restritivas à competitividade*:

a) apresentação para fins de habilitação jurídica de **alvará de funcionamento** da empresa do ano vigente, expedido pelo município onde fica a sua sede (subitem 7.6.1, alínea "d");

(...)

Em **relação à exigência de alvará de funcionamento**, vale observar que, no acórdão 4.182/2017 – 2a Câmara, relatado pelo ministro Aroldo Cedraz, se concluiu pela inexistência de irregularidade na habilitação de empresa que não detinha autorização ou alvará de funcionamento para o endereço indicado na documentação apresentada. Entretanto, o entendimento que conduziu a deliberação do colegiado foi no sentido de que o documento não deveria ser exigido por não constar do rol do art. 30 da Lei 8.666/1993, conforme se extrai do seguinte trecho do voto proferido:

"5.Quanto ao alvará de funcionamento, importa destacar que não há rompimento do tratamento isonômico em relação àquilo que não é cobrado de nenhuma das licitantes. No caso em exame, veja-se que o art. 30 da Lei 8.666/1993 estabelece o rol de documentos relativos à qualificação técnica a serem exigidos nas licitações, no qual não consta a necessidade de apresentação de alvará ou licença de funcionamento. Ademais, referido alvará nem mesmo é necessário para o cadastramento das empresas no SICAF. Sobre essa questão, portanto, não há irregularidade que diga respeito à competência deste Tribunal."

Acórdão 7982/2017 – Segunda Câmara (TCU):

A intenção da empresa recorrente é relacionar **o alvará de funcionamento com a habilitação técnica**. No entanto, o alvará se trata apenas de uma declaração que autoriza, de forma literal, a localização e funcionamento de determinado empreendimento empresarial.

Ou seja, independente do segmento registrado, o alvará não tem o poder de regulamentar as regras técnicas de quaisquer atividades

vinculadas à pessoas físicas ou jurídicas. Sendo assim, a hipótese, em suas manifestações sustentadas pela recorrente, não tem sustentação.

Porém, há de se salientar que, sem dúvidas, determinados nichos localizados de negócios necessitam de regulamentação e regras técnicas específicas no que é pertinente a sua comercialização/produção (alimentos, bebidas, fogos de artifício, armas de fogo, etc.).

Aliás, atividades como essas estão condicionadas à **adesão de regras** singulares e pertinentes ao seu segmento, não só através de leis, mas também através de regulamentos executivos, o que não está relacionada ao caso apresentado nos autos.

4) CONCLUSÃO

Isto posto, observados os apontamentos realizados, esta Procuradoria Geral Municipal opina pelo **INDEFERIMENTO DO RECURSO ADMINISTRATIVO, tendo em vista que suas razões não ocupam sustentação suficiente**, visto que os motivos não são satisfatórios e não encontram respaldo legal ou jurisprudencial.

Salvo melhor juízo, é o nosso parecer.

São Mateus/ES, 22 de setembro de 2020.



SELEM BARBOSA DE FARIA
Procurador Geral do Município
Decreto nº 10.801/2019