

EDITAL DE LICITAÇÃO N. 923917

Procedência: Prefeitura Municipal de Ribeirão das Neves

Responsáveis: Daniela Corrêa Nogueira Cunha, Márcia Verônica Martins e Heloísa Dias Ferreira

MPTC: Sara Meinberg

RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

EMENTA

EDITAL DE LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. HABILITAÇÃO JURÍDICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO E DO ORÇAMENTO ESTIMADO EM PLANILHA DE CUSTOS UNITÁRIOS COMO ANEXO DO EDITAL. REGULARIDADE.

1. Constatada a inoccorrência da prescrição da pretensão punitiva, rejeita-se a prejudicial de mérito arguida pelo Órgão Ministerial.
2. A Administração Pública pode exigir a apresentação de alvará de localização e funcionamento como requisito de habilitação jurídica em procedimento licitatório, com fundamento no art. 28, inciso V, da Lei nº 8.666/93, por se tratar de documento indispensável ao exercício regular da atividade empresarial.
3. Deixa-se de considerar ilegal a ausência de anexação ao edital do orçamento estimado em planilhas de preços unitários, quando esse estiver presente na fase interna do procedimento licitatório.

Segunda Câmara
28ª Sessão Ordinária – 19/09/2019

I – RELATÓRIO

Trata-se de edital de licitação referente ao Pregão Presencial para Registro de Preços nº 024/2014, realizado pela Prefeitura Municipal de Ribeirão das Neves, cujo objeto é a aquisição de gêneros alimentícios.

O ato convocatório foi encaminhado a este Tribunal pela Senhora Elcilene Lopes Corrêa Matos, componente da Comissão de Licitação de Ribeirão das Neves, em cumprimento à determinação proferida nos autos da Denúncia nº 898.597, tendo sido autuada, conforme se extrai do Sistema de Gestão e Administração de Processos – SGAP, em 30/04/14.

A Unidade Técnica apurou irregularidade quanto à ausência de indicação do valor estimado da contratação e do orçamento estimado em planilha de custos unitários como anexo do edital e

impropriedade quanto à exigência de alvará de funcionamento como documento de qualificação técnica, opinando pela citação das responsáveis para apresentação de defesa (fls. 46/59).

O Ministério Público de Contas ratificou a análise técnica e opinou pela citação das responsáveis (fls. 68/69).

O então relator, Conselheiro Mauri Torres, determinou a citação da prefeita municipal de Ribeirão das Neves, Senhora Daniela Corrêa Nogueira Cunha, da presidente da comissão permanente de licitação e subscritora do edital, Senhora Márcia Verônica Martins, e da secretária municipal de Administração e Recursos Humanos, Senhora Heloísa Dias Ferreira (fl. 70).

Os “AR’s” de citação foram juntados aos autos em 06/10/14 (fls. 74/76).

A Senhora Márcia Verônica Martins, manifestou-se às fls. 77/80. As demais responsáveis não se manifestaram, conforme certidão de fl. 82.

Em 18/02/19, os autos foram a mim redistribuídos, com fundamento no art. 115 do Regimento Interno (fl. 83).

O Órgão Técnico, em sede de reexame, ratificou as irregularidades apontadas no exame inicial, opinando, todavia, pela não aplicação de multa aos responsáveis, diante da divergência de entendimento existente neste Tribunal (fls. 84/90).

O Órgão Ministerial opinou pela prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, com fundamento nos arts. 110-E e 110-F da Lei Orgânica, e pela extinção do processo com resolução de mérito, uma vez que o processo foi autuado em 30/04/14.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Prejudicial de mérito

Conforme relatado, em prejudicial de mérito, o Ministério Público de Contas opinou pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, com fundamento nos arts. 110-E e 110-F da Lei Orgânica, considerando que o Edital de Licitação foi autuado neste Tribunal em 30/04/14.

Cumprе salientar, no entanto, que não há na Lei Orgânica do Tribunal previsão de interrupção da prescrição com a autuação de edital de licitação. Na verdade, nenhuma das hipóteses previstas nos incisos I a V do art. 110-C da referida norma se encaixa ao presente caso.

Diante disso, tendo em vista as normas de prescrição atualmente em vigor, constata-se que, no presente edital de licitação, os fatos analisados remontam ao exercício de 2014, tendo o prazo prescricional sido interrompido em 06/10/14, com a juntada aos autos dos “AR’s” de fls. 74/76 referentes à última citação válida, conforme estabelecido no art. 110-C, VI, da Lei Orgânica, *in verbis*:

Art. 110-C. São causas interruptivas da prescrição:

I – despacho ou decisão que determinar a realização de inspeção cujo escopo abranja o ato passível de sanção a ser aplicada pelo Tribunal de Contas;

II – autuação de feito no Tribunal de Contas nos casos de prestação e tomada de contas;

- III – autuação de feito no Tribunal de Contas em virtude de obrigação imposta por lei ou ato normativo;
- IV – instauração de tomada de contas pelo Tribunal de Contas;
- V – despacho que receber denúncia ou representação;
- VI – citação válida;**
- VII – decisão de mérito recorrível. (grifo nosso)

Dessa forma, considerando que a interrupção da prescrição inicial ocorreu menos de 5 (cinco) anos após a ocorrência dos fatos em análise, bem como que não decorreram 5 (cinco) anos desde a ocorrência da primeira causa interruptiva (06/10/14), entendo incabível a aplicação das hipóteses previstas nos arts. 110-E e 110-F, I, da Lei Orgânica.

Desse modo, não se verifica a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, razão pela qual afasto a prejudicial de mérito arguida pelo *Parquet* de Contas.

Mérito

Versam os autos sobre o edital de licitação referente ao Pregão Presencial para Registro de Preços nº 024/2014, realizado pela Prefeitura Municipal de Ribeirão das Neves, cujo objeto é a aquisição de gêneros alimentícios.

A Unidade Técnica apurou irregularidade quanto à ausência de indicação do valor estimado da contratação e do orçamento estimado em planilha de custos unitários como anexo do edital e impropriedade quanto à exigência de alvará de funcionamento como documento de qualificação técnica.

Os apontamentos serão analisados nos itens a seguir.

a) Ausência de indicação do valor estimado da contratação e do orçamento estimado em planilha de custos unitários como anexo do edital

Inicialmente, cumpre destacar que a Unidade Técnica informou que o edital não trouxe no seu corpo a indicação do valor estimado da contratação nem o orçamento estimado em planilha de custos unitários, bem como que, em consulta ao sítio oficial da Prefeitura de Ribeirão das Neves, não se visualizou a publicação do edital em comento com tal indicação.

Em sede de defesa, os responsáveis argumentaram que “o pregão é uma modalidade diferenciada de licitação e, de tão específica e *sui generis*, possui lei própria para o reger. É de claro entendimento que, sendo a Lei do Pregão posterior à Lei de Licitações, tinha o legislador ciência da obrigatoriedade de indicação do valor estimado no edital pela Lei 8666/1993 e, liberalmente, optou por não prever esta obrigatoriedade na Lei 10.520/2002. Isto ocorre, claramente, porque o Pregão figura-se em um modelo mais próximo a um leilão simplificado e tal obrigatoriedade enfraqueceria uma das estratégias de negociação entre Pregoeiro e Licitantes, visando alcançar o binômio qualidade/preço mais favorável à Administração Pública”.

A questão da obrigatoriedade de divulgação do orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários, como anexo do edital, sempre foi objeto de divergência na doutrina e na jurisprudência.

A própria jurisprudência do TCU, que variou entre uma e outra corrente, culminou, por se modificar, passando a adotar como base o Acórdão nº 114/2007-P, segundo o qual, na modalidade pregão, a anexação do orçamento ao edital não é obrigatória, bastando a sua

inclusão no respectivo procedimento administrativo, uma vez que a Lei nº 8.666/93 somente é aplicável aos pregões de forma subsidiária.

Acompanhando o posicionamento do TCU, esse Tribunal de Contas, no julgamento do Recurso Ordinário 887.858, deliberado na sessão Plenária de 27/08/14, manifestou-se pela discricionariedade da anexação do orçamento ao edital do pregão, entendendo necessária apenas a ampla cotação do preço unitário dos produtos licitados, na fase interna do procedimento licitatório.

Nesse cenário, apesar de não estar plenamente convencido de que a discricionariedade da anexação do orçamento ao edital do pregão seja o entendimento mais adequado, curvo-me ao entendimento do Pleno e deixo de considerar ilegal a ausência de anexação ao edital do orçamento estimado em planilhas de preços unitários, quando esse estiver presente na fase interna do procedimento licitatório.

Compulsando os autos, verifiquei que o processo não foi instruído com a fase interna do procedimento licitatório, portanto, não é possível saber se consta dela o orçamento estimado em planilhas de preços unitários. Entretanto, em observância aos princípios da racionalidade administrativa, da economicidade e da eficiência e uma vez ausente o “interesse-utilidade” da aplicação de sanção e da continuidade da ação de controle, considero ser suficiente a expedição de recomendação para que o município de Ribeirão das Neves elabore, em todas as licitações que realizar, o adequado orçamento estimado em planilhas de custos unitários.

b) Exigência de alvará de localização e funcionamento como documento de qualificação técnica

A Unidade Técnica informou que o edital de Pregão Presencial nº 024/2014 exigiu cópia do alvará de funcionamento do licitante como qualificação técnica, sendo que tal exigência deve ser feita à licitante vencedora do certame, como condição para celebração do contrato.

Em sede de defesa, os responsáveis argumentaram que entendiam suprida a necessidade de apresentação do ato de registro ou autorização para funcionamento previsto na legislação, uma vez que a mesma era exigida no rol dos documentos de habilitação técnica; que o referido documento sempre é efetivamente exigido e nunca houve dano aos processos licitatórios ou à administração, bem como que, após o fundamentado apontamento apresentado por este Tribunal, será feita a alteração proposta, para os próximos editais.

Quanto a regularidade da exigência de Alvará de Localização e Funcionamento - ALF em edital de licitação, reconheço que a jurisprudência deste Tribunal tem sido oscilante, podendo ser identificadas quatro correntes decisórias recentes nas duas Câmaras.

A primeira delas entende que o ALF não está incluído no rol de documentos de habilitação previstos nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93 e, por isso, a sua inclusão como exigência no edital do certame é irregular e sujeita o responsável à sanção de multa (Denúncia nº 932.653, Segunda Câmara, Rel. Cons. Wanderley Ávila, sessão de 01/03/18).

A segunda compreende, igualmente, a irregularidade dessa exigência. Porém, deixa de aplicar a penalidade de multa ao responsável, porque considera que se trata de prática corriqueira na Administração Pública, não qualificada pela má fé e da qual não exsurge prejuízos à concorrência (Denúncia nº 1.007.661, Segunda Câmara, Rel. Cons. Gilberto Diniz, sessão de 14/12/17).

Em sentido diverso, há julgamento deste Tribunal em que a exigência de apresentação de ALF para a habilitação foi considerada regular no caso concreto, tendo em vista a peculiaridade do objeto licitado, qual seja, aquisição de alimentos, que tornaria a submissão do licitante à inspeção da Vigilância Sanitária e a obtenção da licença verdadeira condição “*sine qua non* para o exercício da própria atividade profissional, visto que a falta de autorização de funcionamento da empresa nesse ramo de atividade configura infração sanitária, passível de multa e até de fechamento de estabelecimento.” (Denúncia nº 932.541, Primeira Câmara, Rel. Cons. Sebastião Helvecio, sessão de 28/11/17).

Por fim, a última corrente estabelece a regularidade, genérica e abstratamente, da exigência de ALF, porquanto “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”. Assim, a sua apresentação “não constitui exigência excessiva ou desarrazoada, não restringe a competitividade do certame, nem causa prejuízo à Administração ou aos particulares, mas seleciona os interessados que efetivamente tenham condições de executar os serviços licitados, já que o documento solicitado é indispensável para o exercício da atividade empresarial”, encontrando previsão legal no art. 28, inciso V, da Lei nº 8.666/93 (Denúncia nº 1.031.622, Primeira Câmara, Rel. Cons. Mauri Torres, sessão de 25/09/18).

Inicialmente, filiei-me à primeira dessas linhas jurisprudenciais, na Denúncia nº 1.012.173, de minha relatoria. Inclusive, na oportunidade, destaquei que a exigência do ALF não contava com previsão legal, não tinha correlação com o objeto do certame e afastaria a participação de interessados que, não tendo de antemão a licença, poderiam providenciá-la, caso vencessem a competição.

Entretanto, após detida reanálise da questão, propiciada nos Embargo de Declaração nº 1.071.370, opostos em face da deliberação da Segunda Câmara na sessão do dia 02/05/19, na Denúncia nº 1.012.173, alterei o entendimento do tema, submetendo-me à força de melhores argumentos, com a seguinte fundamentação:

De plano, admite-se que a redação da parte final do inciso V do art. 28 da Lei nº 8.666/93¹, lida isoladamente, permitiria realmente crer que o ALF estaria expressamente referido como um documento a ser exigido na habilitação jurídica: afinal, trata-se de uma autorização de funcionamento, expedida por órgão competente, em razão da atividade.

Não se olvida que essa primeira impressão poderia ser contraditada pela leitura topográfica da norma, já que essa está inserida em rol de incisos do art. 28, que cuida da habilitação jurídica e possui escopo extremamente restrito. A habilitação jurídica tradicionalmente se refere à capacidade civil do licitante, versando mais sobre Direito Civil e Empresarial do que propriamente de Direito Administrativo². Comprova-o a circunstância de os demais incisos trazerem requisitos como cédula de identidade, registro comercial, ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, etc. Dessa forma, a interpretação do inciso V à luz de

¹ 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**.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 385.

seu *caput* conduziria à conclusão de que a mencionada “autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente” seria o ato necessário para conferir capacidade civil à pessoa jurídica, como a autorização do Banco Central para a qualificação de instituição financeira ou da SUSEP para a qualificação de seguradora. O ALF, por conseguinte, estaria excluído do âmbito normativo do art. 28, inciso V, da Lei nº 8.666/93, porque não tem qualquer repercussão com a capacidade civil do licitante.

Nada obstante, a interpretação topográfica não é o único cânone hermenêutico possível. Nesse sentido, as lições das Denúncias nº 1.007.661 e 932.541, relatadas pelos conselheiros Gilberto Diniz e Sebastião Helvecio, respectivamente, são relevantíssimas. Na primeira, constatou-se que a exigência de ALF é uma prática corriqueira na Administração Pública, proveniente de interpretação não aberrante da norma legal e da qual não resulta maiores prejuízos à competição. Na segunda, percebeu-se que, diante do caso concreto, a exigência do alvará, longe de constituir irregularidade, era essencial para que o gestor garantisse que o licitante teria condições de executar adequadamente o objeto. Assim, se a *praxis* administrativa revela ser comum a exigência e que essa, a depender do objeto da licitação, pode ser fundamental à consecução dos objetivos do certame, poder-se-ia, desde logo, concluir que a inclusão do ALF nos itens de habilitação nem sempre seria irregular. A regularidade ou irregularidade teria de ser aferida casuisticamente.

Essa seria uma conclusão minimalista³. Penso ser possível levar o raciocínio adiante.

Como demonstrado na Denúncia nº 1.031.622, relatada pelo conselheiro Mauri Torres, o ALF, embora não seja documento essencial para a existência da pessoa física ou jurídica ou para a sua capacidade civil, configura condição essencial para a regularidade jurídica do exercício da atividade econômica no local em que estabelecida. A título exemplificativo, no âmbito de Belo Horizonte, o anexo XII da Lei Municipal nº 9.959/10 traz a classificação das atividades econômicas para fins de obtenção do ALF; o rol é tão extenso que se torna efetivamente inconcebível que alguma atividade econômica não se submeta à sua disciplina normativa, ainda que por analogia. O procedimento de obtenção do alvará pode variar, conforme o impacto urbanístico e/ou ambiental da atividade, mas é certo que qualquer atividade econômica ensejará a necessidade do licenciamento municipal.

Bem compreendida a função do ALF, isto é, de atestar a adequação do estabelecimento aos parâmetros urbanísticos locais, tem-se que a sua ausência implica *ipso facto* na irregularidade do exercício da atividade econômica perante o Município. Sendo assim, não se pode olvidar que a contratação pública, causa imediata do procedimento de licitação, ostenta notória e importante função de fomento da atividade empresarial. Portanto, seria de todo incompreensível e antijurídico que o Estado (*latu sensu*) pudesse se valer de instrumento jurídico-econômico (contrato administrativo) para fomentar e dar continuidade à atuação do particular que se encontra em situação irregular perante o próprio Estado (leia-se, Município). Em fazendo-o, não apenas vai de encontro à própria regulamentação jurídica que pretende fazer observar, como submete o interesse público primário a risco, uma vez que o contratado que não possui ALF está sujeito à interdição de seu estabelecimento pelo órgão competente, o que poderia levar à paralisação da execução contratual.

³ Sobre o minimalismo judicial conforme Cass Sunstein, confira-se: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MOURA, Suellen Patrícia. *O minimalismo judicial de Cass Sunstein e a resolução do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: ativismo judicial e legitimidade democrática*. In Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 238-263.

Por essas razões, é acertada a última corrente jurisprudencial citada, para a qual o ALF deve ser exigido como requisito de habilitação jurídica, independentemente do objeto da licitação, com fundamento no art. 28, inciso V, da Lei nº 8.666/93. Por mais respeitável que seja a interpretação topográfica deste artigo, ela deve ceder à leitura sistemática e teleológica, que melhor harmoniza as funções do procedimento licitatório e do ALF, produzindo melhores consequências na realidade administrativa ao reafirmar a vigência das normas urbanísticas e salvaguardar o interesse público da inexecução contratual.

A questão possui, ainda, outros desdobramentos a serem trazidos em *obiter dicta*. Nos termos da deliberação da Primeira Câmara na Denúncia nº 1.031.622, assentou-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”. Aquele colegiado caminhou na direção certa; sem embargo, parece ter ido longe demais ao vedar *tout court* a restrição espacial-territorial. Não restam dúvidas de que à Administração será vedado restringir, por razões de conveniência e oportunidade, a localização do estabelecimento dos licitantes, o que se mostraria odiosa discriminação, com perdas para a competição. Entretanto, a depender das circunstâncias do caso concreto, notadamente das peculiaridades do objeto licitado, a restrição pode ser legítima. Dessa forma, parece mais adequado afirmar que, via de regra, a Administração contratante deverá aceitar ALF expedido por qualquer Município do País, devendo as hipóteses excepcionais serem devidamente justificadas mediante exposição das circunstâncias concretas correspondentes.

Dessa forma, estabelecido o novo posicionamento jurídico-abstrato sobre o tema, considero regular a exigência, pelo responsável, de apresentação de ALF no procedimento licitatório, ressaltando, todavia, que ela deve constar como requisito de habilitação jurídica e não técnica.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, julgo regular o Pregão Presencial para Registro de Preços nº 024/2014, deflagrado pelo Município de Ribeirão das Neves, quanto aos itens abordados na análise técnica e objeto de aditamento pelo Ministério Público de Contas, devendo o processo ser extinto com resolução de mérito.

Recomendo ao atual prefeito municipal de Ribeirão das Neves que elabore, em todas as licitações que realizar, o adequado orçamento estimado em planilhas de custos unitários.

Intimem-se as Senhoras Daniela Corrêa Nogueira Cunha, Márcia Verônica Martins e Heloísa Dias Ferreira acerca do teor desta decisão.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** afastar a prejudicial de mérito arguida pelo *Parquet* de Contas, não tendo sido verificada a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do Tribunal; **II)** julgar regular o Pregão Presencial para Registro de Preços nº 024/2014, deflagrado pelo Município de Ribeirão das Neves, quanto aos itens abordados na análise técnica e objeto de

aditamento pelo Ministério Público de Contas, e declarar a extinção do processo, com resolução de mérito; **III)** recomendar ao atual prefeito municipal de Ribeirão das Neves que elabore, em todas as licitações que realizar, o adequado orçamento estimado em planilhas de custos unitários; **IV)** determinar a intimação das Senhoras Daniela Corrêa Nogueira Cunha, Márcia Verônica Martins e Heloísa Dias Ferreira acerca do teor desta decisão; **V)** determinar, promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria.

Plenário Governador Milton Campos, 19 de setembro de 2019.

WANDERLEY ÁVILA

Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO

Relator

(assinado digitalmente)

jb/jb

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ____/____/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/____.

**Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência**