TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO N. 1071370

Embargante:	Bruno Thiago dos Reis Silva
Jurisdicionado:	Município de Tapira
Procuradores:	Amanda Correa Fernandes - OAB/MG 167317, Edsonina Aparecida de Carvalho - OAB/MG 041836, Patrick Mariano Fonseca Cardoso - OAB/MG 143314, Raua Moura Melo Silva - OAB/MG 180663, Ricardo Rafael Garcia de Carvalho - OAB/MG 143829, Rodrigo Ribeiro Pereira - OAB/MG 083032
Interessada:	Liliane Machado Costa Venâncio
Apensado à:	Denúncia n. **1012173**
MPTC:	Maria Cecília Borges
RELATOR:	CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DENÚNCIA. OMISSÃO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. HABILITAÇÃO JURÍDICA. REGULARIDADE. PRECEDENTES. EFEITOS INFRINGENTES. PENALIDADE AFASTADA. DENÚNCIA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para suprir omissão nas deliberações deste Tribunal.

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 n. 8.666/93, por se tratar de documento indispensável ao exercício regular da atividade empresarial.

3. Afastada a única irregularidade apontada pela decisão embargada, resulta improcedente a denúncia.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
24ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara – 22/8/2019

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Senhor Bruno Thiago dos Reis Silva, pregoeiro do Município de Tapira à época, em face da deliberação da Segunda Câmara na sessão do dia 02/05/19, por meio da qual foi julgada parcialmente procedente a Denúncia n. 1.012.173 e aplicada multa no valor de R$1.000,00 (mil reais) em desfavor do embargante, em razão da exigência, em edital de licitação, de apresentação de alvará de localização e funcionamento.

A decisão foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas em 04/06/19 (fl. 521v) e a petição recursal protocolizada neste Tribunal em 13/06/19.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1989439

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

Em síntese, o embargante alega ter havido omissão da decisão embargada, que não teria abordado fundamentos defensivos relativos ao caráter meramente formal da irregularidade e da ausência de dolo ou má fé do responsável na exigência de alvará de localização e funcionamento no certame.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Admissibilidade

Inicialmente, tem-se que os embargos declaratórios são cabíveis para a correção de obscuridade, omissão ou contradição em decisões deste Tribunal, conforme disposto no art. 106 da Lei Orgânica.

No presente caso, encontra-se presente a omissão apontada pelo embargante, porque, embora a defesa tenha apontado a existência de permissivo legal para a exigência de alvará de localização e funcionamento em licitação, constante do art. 28, inciso V, da Lei n. 8.666/93, a decisão embargada considerou ausente previsão legal para tanto, tendo em vista a inexistência de disposição específica no rol do art. 4º, inciso XIII, da Lei n. 10.520/02. Dessa forma, deixou-se de enfrentar alegação defensiva que, em tese, poderia infirmar a conclusão.

Assim, e tendo em vista a legitimidade recursal da parte e a tempestividade do recurso, admito os presentes embargos.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também conheço.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Também.

FICA, PORTANTO, ADMITIDO.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Mérito

Cinge-se a controvérsia à análise da regularidade da exigência de alvará de localização e funcionamento - ALF e funcionamento em edital de licitação à luz do disposto no art. 28, inciso V, da Lei n. 8.666/93, conforme alegação do embargante, a qual não foi devidamente enfrentada pela decisão embargada.

Nesse sentido, reconheço que a jurisprudência deste Tribunal tem sido oscilante sobre o tema, 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 n. 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 n. 932.653, Segunda Câmara, Rel. Cons. Wanderley Ávila, sessão de 01/03/18).

A segunda compreende, igualmente, a irregularidade dessa exigência. Porém, deixa de cominar a penalidade de multa ao responsável, porque considera que se trata de prática corriqueira na

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1989439

Administração Pública, não qualificada pela má fé e da qual não exsurge prejuízos à concorrência (Denúncia n. 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 n. 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 n. 8.666/93 (Denúncia n. 1.031.622, Primeira Câmara, Rel. Cons. Mauri Torres, sessão de 25/09/18).

Inicialmente, filiei-me à primeira dessas linhas jurisprudenciais, como pôde ser visto pela relatoria da própria decisão embargada. 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 pelos presentes embargos de declaração, penso ser o caso de alterar o entendimento do tema, submetendo-me à força de melhores argumentos, senão vejamos.

De plano, admite-se que a redação da parte final do inciso V do art. 28 da Lei n. 8.666/93[1], 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 Administrativo[2]. 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 seu *caput* conduziria à conclusão de que a mencionada "autorização para funcionamento expedido pelo

---

[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.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1989439

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 n. 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 n. 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 minimalista[3]. Penso ser possível levar o raciocínio adiante.

Como demonstrado na Denúncia n. 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 n. 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.

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 n. 8.666/93. Por mais respeitável que seja a interpretação

---

[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.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1989439

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 *obter dicta*. Nos termos da deliberação da Primeira Câmara na Denúncia n. 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.

Estabelecido o novo posicionamento jurídico-abstrato sobre o tema, é de se concluir, no caso concreto, que a omissão da decisão embargada deve ser resolvida com efeitos infringentes, para considerar regular a exigência, pelo responsável, de apresentação de ALF no procedimento licitatório e, com isso, afastar a penalidade da multa. Como essa havia sido a única irregularidade apontada ao responsável pela decisão embargada, é de se ver que a sua insubsistência enseja a total improcedência da denúncia.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, conheço dos embargos declaratórios opostos pelo Senhor Bruno Thiago dos Reis Silva, pregoeiro do Município de Tapira, e voto pelo seu provimento para, com efeitos infringentes, julgar improcedente a Denúncia n. 1.012.173, considerando regular a exigência de apresentação de alvará de localização e funcionamento no edital de licitação.

Intime-se o embargante, a denunciante e a atual prefeita de Tapira acerca do teor desta decisão.

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

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, neste caso, acompanho a conclusão do relator para dar provimento aos embargos com efeitos infringentes, mas com fundamento nas razões que expendi no voto proferido na Sessão de 2/5/2019, no julgamento dos autos do processo principal.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

No mérito, divirjo do relator, pois o meu posicionamento é que a exigência de alvará de funcionamento em fase habilitatória, não está autorizada pela lei de licitação, conforme defendida na Denúncia 932653, na Segunda Câmara, na sessão de 1º/03/2018.

APROVADO O VOTO DO RELATOR, VENCIDO O CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1989439

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR GLAYDSON SANTO SOPRANI MASSARIA.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** conhecer dos embargos de declaração; **II**) dar-lhes provimento, no mérito, por maioria de votos, para, com efeitos infringentes, julgar improcedente a Denúncia n. 1012173, considerando-se regular a exigência de apresentação de alvará de localização e funcionamento no edital de licitação; **III)** determinar a intimação do embargante, da denunciante e da atual prefeita de Tapira acerca do teor desta decisão; **IV**) determinar a promoção das medidas legais cabíveis à espécie e, após, o arquivamento dos autos. Vencido, no mérito, o Conselheiro Wanderley Ávila.

Plenário Governador Milton Campos, 22 de agosto de 2019.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(*assinado digitalmente*)

li/rrma/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

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1989439