

Processo: 1047636
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Gilberto Donizete Resende
Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Nova Serrana
Partes: Euzébio Rodrigues Lago, Adriana Martins Nogueira Lima
MPTC: Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

SEGUNDA CÂMARA – 6/8/2020

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. HABILITAÇÃO JURÍDICA. REGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) julgar improcedente a denúncia oferecida pelo Senhor Gilberto Donizete Resende e declarar a extinção do feito, com resolução do mérito, e, por conseguinte, o arquivamento dos autos, com fulcro no art. 176, IV, do Regimento Interno;
- II) determinar a intimação dos responsáveis e do denunciante do teor desta decisão;
- III) determinar, após 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 Marcílio Barenco Corrêa de Mello.

Plenário Governador Milton Campos, 6 de agosto de 2020.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 6/8/2020

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada pelo Senhor Gilberto Donizete Resende, por meio da qual são apontadas possíveis irregularidades na condução do Pregão Presencial nº 36/18, Processo Licitatório nº 85/18, deflagrado pelo Município de Nova Serrana, cujo objeto consiste no registro de preços para futura e eventual prestação de serviços de sinalização viária horizontal (pintura) e dispositivo de segurança (tacha e tachão), na área urbana do município.

A denúncia foi recebida em 29/06/18 (fl. 51) e, em face da determinação do então relator, às fls. 53/53v, foi realizada a intimação dos Senhores Euzébio Rodrigues Lago e Adriana Martins Nogueira Lima, os quais se pronunciaram às fls. 61/67, juntando a documentação de fls. 68/422.

À fl. 424, foi determinado o envio dos autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL para apreciação preliminar, tendo em vista o pleito cautelar formulado pelo denunciante.

A Unidade Técnica analisou os fatos relatados na denúncia em face dos esclarecimentos prestados pelos responsáveis (fls. 425/428), concluindo pela regularidade do Processo Licitatório nº 85/18, Pregão Presencial nº 36/18 e, por conseguinte, pela ausência de razões para a suspensão liminar do procedimento.

Em 18/02/19, os autos foram a mim redistribuídos, nos termos do art. 115 do Regimento Interno desta Corte (fl. 430).

O Ministério Público de Contas manifestou-se às fls. 431/432v, opinando pela inadmissão da denúncia, uma vez que a irregularidade apontada objetivava a tutela de interesse particular, ressaltando que, eventualmente, não sendo acatada tal tese, entendia pela improcedência dos apontamentos.

Às fls. 433/434, tendo verificado, em consulta ao SICOM, que haviam sido liquidados os empenhos relativos à despesa com sinalização viária horizontal e dispositivos de segurança no Município de Nova Serrana, tendo como beneficiária a empresa Avanço Prestação de Serviços EIRELI – EPP e, portanto, diante da comprovação da prestação do serviço, julguei prejudicado o pedido liminar.

Na mesma oportunidade, determinei a citação dos Senhores Euzébio Rodrigues Lago e Adriana Martins Nogueira Lima, respectivamente prefeito municipal e pregoeira à época, para se manifestarem sobre o apontamento atinente à exigência de apresentação de alvará de localização e funcionamento para fins de habilitação.

Citados às fls. 437/437v, os Senhores Euzébio Rodrigues Lago e Adriana Martins Nogueira Lima apresentaram defesa às fls. 438/435.

Às fls. 449/452, a 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios entendeu pelo acolhimento das razões apresentadas na defesa, propondo o arquivamento do processo, nos termos do inciso I do art. 275 do Regimento Interno. Ademais, sugeriu a avaliação da possibilidade de se arguir incidente de uniformização de jurisprudência, nos termos do art. 74 da Lei Orgânica, haja vista a existência de controvérsia jurisprudencial no âmbito desta Corte de Contas acerca da regularidade da exigência, na fase de habilitação, de Alvará de Localização e Funcionamento.

Em seu parecer conclusivo (fls. 454/456), o Ministério Público de Contas opinou pela inadmissão da presente denúncia e o consequente arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, III, do Regimento Interno.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

O denunciante alegou, em síntese, que a Empresa Gilberto Donizete Resende – ME foi inabilitada do certame, por ter apresentado Alvará de Localização com prazo de validade vencido, apesar do citado documento, a rigor, atender ao exigido no ato convocatório. Argumentou, ainda, que interpôs recurso em face do ato de inabilitação e “mesmo tendo comprovação de parte do emissor do documento que a data não era de validade, o recurso não prosperou e a empresa permaneceu inabilitada.” Aduziu, por fim, que o documento exigido tem o condão de restringir o caráter competitivo da licitação, haja vista que não se mostra essencial à habilitação das empresas participantes do certame.

A Unidade Técnica apontou que cabia razão à administração quanto à inabilitação da denunciante, uma vez que a data de vencimento do alvará por ela apresentado era anterior à data de abertura da licitação.

Instados a se manifestarem sobre a regularidade de exigência do alvará de localização, os responsáveis alegaram que a inserção do Alvará de Localização e Funcionamento dentre os documentos de habilitação seria regular, por se tratar de documento essencial para comprovar a regularidade do licitante junto ao ente municipal, excluindo da concorrência empresas “fantasmas”.

Salientaram, ainda, que a exigência de Alvará de Localização e Funcionamento, como condição para habilitação em certame licitatório, já teve sua legalidade reconhecida por este Tribunal de Contas em diversas ocasiões, a teor das decisões proferidas no âmbito dos Processos nºs 912.100, 876.812, 924.098, 884.787 e 1.031.622.

Apontaram, por fim, que o licitante não impugnou a previsão contida no edital e que, em observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, não poderia a pregoeira ou, posteriormente, o prefeito, isentar a empresa Gilberto Donizete Resende – ME de apresentá-lo, sob pena de ofensa à isonomia, eis que se encontravam adstritos aos termos do instrumento convocatório.

O Ministério Público de Contas salientou que, embora haja entendimento pela ilegalidade da exigência de alvará de localização e funcionamento para fins de habilitação, o tema já foi objeto de análise pelas Câmaras desta Corte de Contas, nos julgamentos da Denúncia nº 986.7441 e do Edital de Licitação nº 1.047.9452, ocasiões nas quais se entendeu pela sua legalidade.

Destacou, ainda, que o denunciante busca tão somente rediscutir a inabilitação sofrida na via administrativa e que, ainda que aponte eventual e suposta irregularidade na aplicação das cláusulas editalícias, a denúncia destina-se a tutelar interesse particular, próprio da denunciante, não cabendo a esta Corte a prolação de provimentos reclamados por particulares para a salvaguarda de seus direitos e interesses subjetivos.

Em reexame, a Unidade Técnica salientou que existe divergência neste Tribunal quanto a legalidade de exigência do alvará de localização e que, por existirem precedentes conflitantes, “não seria digna de reprovação a decisão do gestor que houve por bem alinhar sua conduta a uma das possíveis vertentes de pensamento em voga”.

Ademais, destacou que a pregoeira, seguindo a previsão editalícia, inabilitou a empresa Gilberto Donizete Resende – ME porque esta apresentou, à época da sessão pública do Procedimento Licitatório nº 085/18, realizada em 04/06/18, Alvará de Localização e Funcionamento vencido (fl. 296), em desconformidade com a Cláusula 5.1.5 do edital (fls. 114/132).

Com efeito, verifica-se nos autos que o Pregão Presencial nº 36/18 foi realizado para futura e eventual prestação de serviços de sinalização viária horizontal (pintura) e dispositivo de segurança (tacha e tachão), na área urbana do município, exigindo na fase de habilitação a apresentação de Alvará de Localização e Funcionamento – ALF.

Quanto a regularidade da exigência de 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 Embargos 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 sobre o 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 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

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.

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.

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 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, pelos responsáveis, de apresentação de ALF no procedimento licitatório, como requisito de habilitação jurídica.

Ultrapassada a questão relativa à possibilidade de exigência de ALF, resta analisar se cabe razão ao denunciante quanto a regularidade da documentação por ele apresentada.

Verifica-se nos autos que a empresa Gilberto Donizete Resende – ME apresentou, na data da sessão pública do Procedimento Licitatório nº 085/18, realizada em 04/06/18, o Alvará de Localização e Funcionamento colacionado à fl. 296, com emissão no dia 09/01/18 e com validade até o dia 31/03/18.

Destaca-se que, nos termos do Código Tributário Municipal, Lei Municipal nº 1.950/03, a Taxa de Fiscalização de Funcionamento – TFF tem validade de um ano e deverá ser adimplida no dia 31 de março de cada ano, conforme se verifica a seguir:

Art. 175 - A TFF será lançada anualmente, conforme Tabela anexa a esta Lei e exigida no dia 31 de março de cada ano mediante guia encaminhada ao contribuinte ou na forma e prazos regulamentares.

Dessa forma, cabia à empresa Gilberto Donizete Resende – ME efetuar o pagamento da taxa e solicitar a expedição de novo alvará para sua apresentação na data da sessão pública, especialmente diante do teor do item 5.1 do ato convocatório:

5. HABILITAÇÃO

5.1. Quanto à REGULARIDADE JURÍDICA, a licitante apresentará:

[..]

5.1.5. Alvará de licença e localização vigente; (destaquei)

Cumpra ressaltar, ademais, que não existe nos autos qualquer indicativo de que o tributo foi recolhido no prazo estabelecido em lei, pois, ao apresentar recurso nos autos do Processo Licitatório nº 085/18, o denunciante somente apresentou alvará com data de emissão posterior a data da sessão, qual seja, 06/06/19 (fl. 329).

Assim, não há que se falar em procedência da denúncia, haja vista que a empresa Gilberto Donizete Resende – ME não logrou êxito em demonstrar que apresentava, na data da realização da fase de habilitação, Alvará de Localização e Funcionamento em vigor, não podendo ser exigida, portanto, conduta diversa da pregoeira responsável pela condução do certame, diante de sua vinculação ao instrumento convocatório. A concessão de tratamento diferenciado à denunciante, como bem salientado pela Unidade Técnica, em sede de reexame, acarretaria ofensa aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da isonomia e da impessoalidade, *in verbis*:

[...] entende-se, em verdade, que semelhante comportamento [da pregoeira] é condizente com os princípios da legalidade e da isonomia, na medida em que revela uma recusa em se deferir tratamento desigual aos participantes. Afinal, dispensar a qualquer dos concorrentes um tratamento diferenciado e favorecido, a partir da flexibilização das regras que disciplinam a competição, além de fazer letra morta do princípio da segurança jurídica, na condição de direito fundamental de índole constitucional (art. 5º, caput, CR), constituiria franco aviltamento à isonomia e à impessoalidade, enquanto regras de tratamento que devem, invariavelmente, matizar a conduta do gestor público.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, julgo improcedente a denúncia oferecida pelo Senhor Gilberto Donizete Resende, motivo pelo qual determino a extinção do feito com resolução do mérito e, por conseguinte, o arquivamento dos autos, com fulcro no art. 176, IV, do Regimento Interno.

Intimem-se os responsáveis e o denunciante do teor desta decisão.

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

* * * * *