



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: SUPERINTENDENCIA DO CONTROLE
EXTERNO



ANÁLISE DE DEFESA

Processo nº: 1047636

Natureza: DENÚNCIA

Relator: : CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO

Data da Autuação: 29/06/2018

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de denúncia com pedido liminar em que o Sr. Gilberto Donizete Resende aponta a existência de suposta irregularidade na condução do Procedimento Licitatório nº 085/2018, Pregão Presencial nº 036/2018, voltado para a contratação, sob o sistema de registro de preços, dos serviços de sinalização viária horizontal (pintura) e dispositivo de segurança (tacha e tachão), em benefício do Município de Nova Serrana (fls. 01/48).

Em suma, o denunciante sustenta a ilicitude da decisão que o excluiu do Procedimento Licitatório nº 085/2018, por considerar que o documento que teria ensejado sua inabilitação, qual seja, o Alvará de Localização e Funcionamento, em verdade, atenderia às exigências do edital do certame.

Após o recebimento e a autuação da denúncia neste Tribunal, o Relator julgou oportuno determinar, preliminarmente, a realização de diligência junto à Prefeitura Municipal de Nova Serrana, com o fito de melhor instruir o processo e amparar sua análise da liminar pleiteada (fls. 53/53-v).

Em resposta ao pedido de diligência, o Prefeito e a Pregoeira de Nova Serrana acostaram aos autos os documentos de fls. 61/422, esclarecendo, na oportunidade, que o Alvará de Localização e Funcionamento apresentado pela empresa Gilberto Donizete Resende – ME estava vencido, contrariando claramente as disposições do Edital do certame, de modo que não restaria à Pregoeira alternativa senão inabilitá-la, tendo em vista sua adstrição aos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, nos termos do art. 41 da Lei Federal nº 8.666/93. Informaram, ademais, que o recurso administrativo interposto pela empresa Gilberto Donizete Resende – ME não foi suficiente para justificar ou sanar a irregularidade apurada, porquanto a juntada de Alvará de Localização e Funcionamento com data posterior à da sessão pública só faria confirmar a inexistência, naquele momento, das condições de habilitação da referida empresa. Sustentaram, finalmente, que a exigência de Alvará de Localização e Funcionamento como condição essencial para a habilitação em procedimento licitatório encontra guarida na jurisprudência deste Tribunal de Contas.

O processo foi, então, remetido à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL que, em sede de exame técnico inicial (fls. 425/427), reconheceu razão ao Prefeito e à Pregoeira de Nova Serrana. Em suma, a Unidade Técnica arguiu a improcedência da denúncia, com fundamento nos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da legalidade, por entender correta a inabilitação do licitante Gilberto Donizete Resende – ME diante da clara desconformidade do alvará aos termos do Edital, mais especificamente ao item 5.1.5.

A manifestação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas também foi contrária ao prosseguimento da denúncia. Em seu parecer (fls. 431/432-v), o *parquet* frisou, inicialmente, o entendimento deste Tribunal de Contas quanto à legalidade da exigência de Alvará de Localização e Funcionamento, para fins de habilitação em certames licitatórios, na esteira da tese firmada no julgamento do Recurso Ordinário n. 997669. Sustentou, ainda, a inadmissibilidade da denúncia, em face da ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular, por entender que a

pretensão da denunciante travestiria, na verdade, o intento de obter a tutela de interesses particulares, fugindo à competência deste Tribunal uma atuação como instância revisora dos provimentos administrativos.

Após as manifestações iniciais, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, a quem foi redistribuída a denúncia (fl. 430), proferiu decisão na qual registrou vislumbrar, a princípio, ilegalidade na exigência de Alvará de Localização e Funcionamento, notadamente em consideração ao objeto do certame, cuja natureza não justificaria semelhante estipulação. Julgou, ainda, prejudicado o pedido liminar de suspensão da licitação, posto que constatada, em consulta ao SICOM, a liquidação de empenhos relativos à licitação em comento, afastando-se, assim, a incidência do art. 60, *caput*, da Lei Orgânica do Tribunal (fls. 433/434-v).

Dando continuidade à denúncia, efetuou-se a citação dos senhores Euzébio Rodrigues Lago e Adriana Martins Nogueira Lima, conforme documentos de fls. 435/437-v, os quais apresentaram defesa conjunta às fls. 438/445.

Ato contínuo, os autos foram novamente encaminhados à CFEL para análise dos argumentos de defesa, a qual, no entanto, redirecionou os autos a esta Coordenadoria, tendo em vista o exaurimento de sua competência em face de superveniente assinatura da ata de registro de preços no âmbito do Procedimento Licitatório nº 085/2018, Pregão Presencial nº 036/2018.

2. ANÁLISE DE DEFESA

2.1 Apontamento:

Indevida inabilitação da empresa Gilberto Donizete Resende – ME por irregularidades no Alvará de Localização e Funcionamento apresentado na fase de habilitação do Procedimento Licitatório nº 085/2018, Pregão Presencial nº 036/2018.

2.1.1 Nome do(s) Defendente(s):

Euzébio Rodrigues Lago

Adriana Martins Nogueira Lima

2.1.2 Razões de defesa apresentadas:

Em sede de defesa, o Prefeito e a Pregoeira de Nova Serrana aduziram que: i) 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”; ii) a exigência de Alvará de Localização e Funcionamento, como condição para habilitação em certame licitatório, já teve sua legalidade atestada por este Tribunal de Contas em diversas ocasiões, a teor das decisões proferidas no âmbito dos processos n. 912100, 997669 e 876812, dentre outros; iii) a condução do Procedimento Licitatório nº 085/2018, Pregão Presencial nº 036/2018, foi feita com base no princípio da legalidade, haja vista que, presente a exigência de Alvará de Localização e Funcionamento no Edital do certame, 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 encontravam adstritos aos termos do instrumento convocatório.

2.1.3 Documentos apresentados juntamente com a defesa:

A defesa foi apresentada, de maneira conjunta, às fls. 438/445, não tendo sido acostados documentos adicionais, além daqueles que já haviam sido juntados às fls. 68/422, por determinação do Relator.

2.1.4 Análise das razões de defesa:

A correta análise da matéria denunciada - indevida inabilitação da empresa Gilberto Donizete Resende – ME por irregularidades no Alvará de Localização e Funcionamento apresentado na fase de habilitação do Procedimento Licitatório nº 085/2018 - pressupõe o prévio enfrentamento da questão jurídica que lhe é subjacente, qual seja, a (i)legalidade da exigência do referido alvará, como condição para participação no certame.

Segundo a defesa dos senhores Euzébio Rodrigues Lago e Adriana Martins Nogueira Lima, respectivamente Prefeito e Pregoeira do Município de Nova Serrana, a cobrança do Alvará de Localização e Funcionamento, no caso, foi feita em consonância com a jurisprudência deste Tribunal de Contas, tendo como objetivo primordial o resguardo da Administração.

A esse respeito, as razões de defesa apresentadas merecem acolhida.

Não se desconsidera, por óbvio, a existência de uma corrente de entendimento no âmbito desta Corte de Contas no sentido de que a exigência de Alvará de Localização e Funcionamento, como condição para habilitação em certames licitatórios, afrontaria aos princípios da legalidade e da competitividade.

Com efeito, por reiteradas vezes, este Tribunal já se manifestou contrariamente à possibilidade de se incluir, no elenco dos documentos necessários à habilitação no certame, o Alvará de Localização e Funcionamento, por entender se tratar de exigência excessiva e desprovida de amparo legal, já que o rol trazido pelos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93 seria taxativo:

O rol dos documentos previstos nos artigos 27 a 31 da Lei n. 8.666/93, que dispõem sobre os documentos necessários para a participação do interessado no certame, relativamente à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal, é taxativo, não permitindo, assim, a exigência de qualquer outra documentação, sob pena de restringir a competitividade do certame. (Denúncia n. 863331, Item I, Conselheiro José Alves Viana, Segunda Câmara, 12/11/2015)

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 n. 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. (Denúncia n. 944779, Item II, Conselheiro Claudio Couto Terrão, Primeira Câmara, 10/05/2016)

O Administrador deve se abster de exigir, para fins habilitação em processos licitatórios, documentos além daqueles previstos nos arts. 28 a 31 da lei 8.666/93, sob pena de caracterizar restrição ao caráter competitivo do certame, tais como, exigência de alvará de funcionamento e localização, bem como cadastro obrigatório junto ao município. (Denúncia n. 886458, Item III, Conselheiro Wanderley Ávila, Segunda Câmara, 13/07/2017)

Ocorre que, à orientação segundo a qual a exigência de Alvará de Localização e Funcionamento teria o condão de comprometer o caráter competitivo do certame, com risco de se afastar a participação de potenciais interessados, opõe-se um segundo entendimento, também albergado no âmbito deste Tribunal, para o qual a requisição de Alvará encontraria amparo legal na Lei Federal nº 8.666/93, na medida em que constituiria documento indispensável ao exercício da própria atividade empresarial:

O alvará de localização e funcionamento faz parte do rol de documentos exigidos para a habilitação jurídica do licitante e encontra autorização expressa no art. 28, V, da Lei n. 8.666/93. (Denúncia n. 876812, Item II, Conselheira Adriene Andrade, Primeira Câmara, 11/07/2017)

O alvará de localização e funcionamento constitui documento expedido pela Prefeitura Municipal ou por outro órgão competente do Município que autoriza a prática de determinada atividade num estabelecimento empresarial, levando-se em conta o horário de funcionamento do estabelecimento, o local em que será

exercida a atividade, o tipo de atividade, o meio ambiente, a segurança, a moralidade, o sossego público e a higiene sanitária, dentre outros critérios. Desse modo, 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, cuja obtenção encontra-se submetida à legislação do Município em que for instalado o estabelecimento. (...) Nos termos do art. 28, V, da Lei nº 8.666/1993 e do art. 4º, XIII, da Lei nº 10.520/2002, a Administração Pública está autorizada a exigir, como requisito de habilitação jurídica, a apresentação de alvará de localização e funcionamento. Acrescenta-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. (Denúncia n. 924098, Itens IV e V, Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, Primeira Câmara, 07/02/2017)

A apresentação de Alvará de Localização e Funcionamento do licitante 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. (Denúncia n. 911904, Item VI, Conselheiro Mauri Torres, Primeira Câmara, 10/10/2017)

Identificam-se, assim, orientações conflitantes no âmbito deste Tribunal de Contas, ambas calcadas em argumentos juridicamente plausíveis. A bem da verdade, nota-se que a controvérsia em questão deita raízes na interpretação que se atribui ao art. 28, inciso V, da Lei Federal nº 8.666/93, cuja redação não deixa evidente se a exigência de comprovação de autorização de funcionamento, para fins de habilitação jurídica, somente se legitimaria se endereçada à empresa ou sociedade estrangeira:

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.

De todo modo, independentemente da hermenêutica que se faça do aludido dispositivo, certo é que, se a fonte primária de direito, formal e imediata, apresenta caráter dubio, natural que o gestor, compelido que está de agir prontamente na contínua satisfação do interesse público, recorra à análise feita pela jurisprudência, na tentativa de suprir eventual obscuridade interpretativa sobre o tema. E se os precedentes se mostram conflitantes, encontrando-se diretrizes num e noutro sentido, 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.

É dizer, a existência de controvérsia jurisprudencial não pacificada sobre determinada matéria tornaria inexigível a adoção de conduta diversa por parte do administrador que optou por balizar seu comportamento conforme uma das orientações então aceitas sob o ponto de vista jurídico. Afinal, como acentua o art. 24 do Decreto-Lei nº 4.657/42, a validade de determinado ato submetido à revisão na esfera controladora haverá de ser perquirida à luz das orientações gerais vigentes à época de sua edição, considerando-se, para tanto, as interpretações contidas na jurisprudência administrativa majoritária.

Trata-se, em última instância, de privilegiar a segurança jurídica, tida como valor jurídico fundamental de índole constitucional, nos termos do *caput* do art. 5º da Constituição da República, porquanto, no caso, a inexistência de um consenso jurisprudencial acerca da legalidade ou não da exigência de Alvará de Localização e Funcionamento como condição para habilitação jurídica em licitações decerto contribui para a criação de um indesejado cenário de incertezas, que prejudica a correta determinação do



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: SUPERINTENDENCIA DO CONTROLE
EXTERNO



jurisdicionado. Tudo isso ao arrepio da proposta de unificação do sistema de precedentes que exsurge não apenas da Lei Complementar nº 102/08 (art. 74) e da Resolução nº 12/08 (art. 223) deste Tribunal, mas, com maior força, do Código de Processo Civil, cujas disposições se aplicam subsidiariamente aos procedimentos que se encontram sob a jurisdição desta Corte (art. 15 da Lei Federal nº 13.105/15).

Sendo assim, por mais que, no caso, a exigência de Alvará de Localização e Funcionamento tenha sido determinante para a inabilitação de um dos licitantes, produzindo efeitos sobre a classificação final das propostas, com repercussão sobre o valor da contratação (fls. 73 e 313/316), não há como penalizar a Pregoeira e o Prefeito de Nova Serrana pela inserção, no edital, daquele documento dentre os requisitos para habilitação jurídica dos interessados, porque, repita-se, trata-se de questão formal controvertida, que encontra assento jurisprudencial em precedentes deste próprio Tribunal

Ultrapassada, portanto, a questão atinente à regularidade da cláusula editalícia que impôs aos licitantes a apresentação de Alvará de Localização e Funcionamento, tem-se por insustentável as alegações da denúncia, prontamente contrapostas pelas razões de defesa dos senhores Euzébio Rodrigues Lago e Adriana Martins Nogueira Lima, e que, por isso, se afiguram dignas de acolhida.

É que, no caso, não restam dúvidas de que a decisão de inabilitação da empresa Gilberto Donizete Resende – ME, tal como documentada às fls. 316 e 322/338, foi tomada de maneira verdadeiramente técnica pelas autoridades do Município de Nova Serrana, as quais agiram, portanto, com fundamento na legalidade estrita.

Com efeito, os autos demonstram que a Pregoeira somente inabilitou a empresa Gilberto Donizete Resende - ME porque esta, de fato, apresentou, à época da sessão pública do Procedimento Licitatório nº 085/2018, realizada em 04 de junho de 2018, Alvará de Localização e Funcionamento vencido (fl. 296), em desconformidade, portanto, com os termos do Edital de regência, em específico sua Cláusula 5.1.5 (fls. 114/132).

Além disso, diante do inconformismo da empresa inabilitada, instrumentalizado por meio do recurso administrativo de fls. 322/325, a Pregoeira houve por bem manter sua decisão anterior, porquanto a pretensão recursal aviada não logrou êxito em demonstrar a regularidade jurídica do licitante. De fato, o recurso da empresa Gilberto Donizete Resende – ME foi instruído com os documentos de fls. 326/329, sendo que, destes, dois – Alvará de Meio Ambiente e Alvará Sanitário - não guardam relação direta com o objeto da celeuma envolvendo a validade do Alvará de Localização e Funcionamento. E a declaração obtida junto à Prefeitura Municipal de Bom Despacho (fl. 328), longe de esclarecer a dúvida quanto à validade/vigência do Alvará apresentado, limitou-se a indicar que a data nele referenciada diria respeito, em verdade, ao vencimento da Taxa de Fiscalização e Funcionamento cobrada pelo Município.

Não bastasse, juntou-se ainda novo Alvará de Localização e Funcionamento (fl. 329), cujas datas de emissão (06/06/18) e validade (31/03/19) só fizeram reforçar a tese dos defendentes segundo a qual, no momento da sessão (04/06/18), a denunciante, empresa Gilberto Donizete Resende – ME, não detinha o alvará exigido pelo Edital, comprobatório de sua regularidade jurídica plena.

Não haveria nem como se invocar, no caso, o benefício da apresentação diferida de documentos, porquanto referido instituto, consagrado no art. 42 da Lei Complementar nº 123/06, foi expressamente limitado aos documentos atinentes às qualificações fiscal e trabalhista, excluindo-se, assim, os documentos comprobatórios da habilitação jurídica.

Como se vê, a inabilitação da empresa Gilberto Donizete Resende – ME, determinada pela Pregoeira e confirmada, no ato da homologação, pelo Prefeito Municipal de Nova Serrana, adveio da mera aplicação das cláusulas editalícias que regiam a competição em comento. E resultado diverso não poderia ser demandado, pois, constatado o descumprimento do Edital por parte de um dos licitantes, à

Pregoeira não restaria alternativa senão inabilitá-lo, privilegiando, dessa forma, os concorrentes que se esmeraram para cumprir, com rigor, as prescrições do ato convocatório. Afinal, nem mesmo o formalismo moderado faz tolerar toda e qualquer sorte de inconsistência procedimental, mormente quando a assunção, por parte do gestor público, de uma postura mais leniente em relação ao rigor formalístico tiver o condão de lhe impor uma atuação *contra legem*.

Ora, o art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93 consagra o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao dispor que tanto a administração pública quanto os licitantes interessados estão adstritos ao íntegro cumprimento dos termos e condições estipulados no edital de licitação. Paralelamente, o art. 41 do referido diploma legislativo afasta quaisquer dúvidas que ainda possam pairar quanto à inexorável vinculação suscitada pelo ato convocatório do certame, que funciona, desde a publicação, como lei interna da licitação, teleguiando-a ao longo de toda a marcha procedimental.

A esse respeito, veja-se, inclusive, a lição de Hely Lopes Meirelles, para quem seria incompreensível que “a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado.”.^[1]

Nesse sentido, não se vislumbra irregularidade na conduta do administrador público, no caso, da Pregoeira e do Prefeito Municipal de Nova Serrana, que, ao agir, tem por escopo tão somente impor o atendimento, por parte dos licitantes, das exigências editalícias. Ao revés, entende-se, em verdade, que semelhante comportamento 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.

Por todo o exposto, considera-se regular a decisão de inabilitação da empresa Gilberto Donizete Resende – ME, na exata medida em que resguardou não apenas os interesses da Administração, mas, primordialmente, dos próprios concorrentes, outorgando-lhes tratamento isonômico e imparcial, com espeque nos princípios da legalidade e da impessoalidade.

Propõe-se, assim, o acolhimento das razões de defesa.

^[1] MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 21ª Edição, pag 249-250.

2.1.5 Conclusão da análise da defesa:

Pelo acolhimento das alegações de defesa.

3. CONCLUSÃO

Após a análise, esta Unidade Técnica manifesta-se:

- Pelo acolhimento das razões de defesa apresentadas pelo(s) defendente (s) quanto ao(s) seguinte(s) apontamentos:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: SUPERINTENDENCIA DO CONTROLE
EXTERNO



Indevida inabilitação da empresa Gilberto Donizete Resende – ME por irregularidades no Alvará de Localização e Funcionamento apresentado na fase de habilitação do Procedimento Licitatório nº 085/2018, Pregão Presencial nº 036/2018.

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO (FISCALIZAÇÕES)

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:

- Arquivamento do processo, nos termos do inciso I do art. 275 da Resolução nº 12/2008 (Regimento Interno do TCEMG), uma vez que não foi apurada transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial.

Ademais, diante das considerações feitas por esta Unidade Técnica acerca da controvérsia jurisprudencial no âmbito desta Corte de Contas envolvendo a regularidade da exigência, em licitação, de Alvará de Localização e Funcionamento, sugere-se a avaliação da possibilidade de se arguir incidente de uniformização de jurisprudência, nos termos do art. 74 da Lei Complementar nº 102/08.

Belo Horizonte, 03 de junho de 2019

Fernando Geraldo Leão Simões
TC-NS-14 - Analista de Controle Externo
Matrícula: 32422