

RECURSO ORDINÁRIO N. 1040544

Recorrente: Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais
Órgão: Prefeitura Municipal de Ponto Chique
Processo referente: Denúncia n. **1007661**
Interessados: José Geraldo Alves de Almeida e Fabianne Queiroz de Oliveira
Procuradora: Catherine de Araújo Ruas - OAB/MG 134.868
MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello
RELATOR: CONSELHEIRO MAURI TORRES

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. ADMISSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO. MÉRITO. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. RESTRIÇÃO AOS MEIOS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS E DE IMPUGNAÇÕES. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE DO CERTAME. RECURSO NÃO PROVIDO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

1. O recebimento dos recursos e das impugnações deve ocorrer da forma mais ampla possível, até mesmo por meio eletrônico, visando favorecer o controle de legalidade sobre os procedimentos licitatórios.
2. Verificando-se que houve previsão de apresentação de recursos pessoalmente ou por via postal, ausente está o cerceamento ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

16ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 13/06/2018

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Ordinário interposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal, em petição subscrita pelo Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello, em face da decisão proferida na sessão da Segunda Câmara do dia 14/12/2017, prolatada nos autos n. 1007661, que julgou parcialmente procedente a Denúncia, mas deixou de sancionar os responsáveis pelo Processo Licitatório n. 028/2017, Pregão Presencial n. 022/2017, promovido pela Prefeitura Municipal de Ponto Chique, tendo feito recomendações.

Em 20/03/2018, os presentes autos foram apensados à Denúncia n. 1007661, em cumprimento ao art. 327 do Regimento Interno (fl. 11), e distribuídos à minha relatoria (fl. 12).

A Unidade Técnica, na análise de fls. 17/20, manifestou pelo não provimento do recurso interposto.

Em despacho à fl. 21, determinei a intimação do Sr. José Geraldo Alves de Almeida, Prefeito Municipal de Ponto Chique, e da Sra. Fabiane Queiroz de Oliveira, pregoeira, para que se manifestassem acerca do presente recurso.

Em atendimento à intimação supra, foram encaminhadas as contrarrazões de fls. 27/33.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1-PRELIMINAR

Admissibilidade

Preliminarmente, conheço do presente recurso, considerando que a parte é legítima, que o recurso é próprio e tempestivo, preenchendo os requisitos previstos na Lei Complementar n. 102/2008.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Conheço.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também conheço.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO HAMILTON COELHO:

Conheço.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Admito.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

FICA ADMITIDO O RECURSO.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

II.2 – MÉRITO

Exigência de apresentação de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação

Na decisão ora recorrida, a Segunda Câmara desta Corte de Contas entendeu que:

(...) a cláusula editalícia referente à apresentação de alvará de localização e funcionamento do licitante, para habilitação, embora indevida, contém exigência usualmente incluída em editais de licitações publicados pela Administração e que, no caso em exame, não apresenta evidências de que tenha, efetivamente, restringido a participação de possíveis interessados, tanto que tal exigência sequer foi objeto de impugnação na via administrativa.

Por essa razão, referido órgão colegiado não aplicou multa aos responsáveis, tendo feito recomendação à Administração Municipal para que se abstenha, nos futuros editais de licitação, de exigir o documento em tela como requisito para habilitação (item 10.4, alínea “a” do edital).

Em suas razões recursais, o Ministério Público junto ao Tribunal aduziu que, no presente caso, impõe-se o julgamento pela irregularidade da exigência do alvará de licença para localização e funcionamento, na fase de habilitação, com a correspondente aplicação de multa aos responsáveis, uma vez que a referida exigência se mostrou indevida, por não se encontrar descrita no rol dos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/93 e nem no artigo 4º, inciso XIII, da Lei nº 10.520/2002.

Alegou que, embora não tenha havido impugnação na via administrativa, a exigência em questão foi restritiva e feriu o princípio da ampla competitividade, tendo em vista a possibilidade da existência de licitantes interessados que não participaram do certame em razão da impossibilidade de atendimento a esse item do edital.

Sustentou que o alvará de localização e funcionamento deveria ser exigido apenas do vencedor do certame, no momento da contratação, e, não, de todos os licitantes na fase de habilitação. Isso porque, no seu entendimento, as exigências de qualificação técnica não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a competitividade do certame, sendo certo que mencionado alvará não disciplina regras técnicas ou específicas acerca da comercialização ou produção de determinado bem, mas tão somente autoriza localização e funcionamento.

Reiterou a inexistência, na Lei de Licitações e na Lei do Pregão, de referência legal que sustente a exigência do alvará de localização e funcionamento em alguns editais. Nesse particular, aduziu que o exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, mas, sim, respeitar a vontade da lei.

Citou os Processos n. 912322 e n. 862389, em que a Segunda Câmara desta Corte de Contas considerou irregular a exigência de alvará de localização e funcionamento e aplicou multa aos responsáveis, bem como a decisão monocrática nos autos n. 912.097, referendada pela mesma Segunda Câmara.

Ao final, pugnou pela reforma da decisão, com aplicação das sanções cabíveis aos responsáveis, além da recomendação já determinada.

A Unidade Técnica, no exame de fls. 17/20, manteve o entendimento exposto na decisão ora recorrida, de que a irregularidade em questão é passível apenas de recomendação, cumprindo transcrever trechos:

(...)

Constatou-se que foi feita cotação prévia no mercado fornecedor, em três estabelecimentos, nos municípios de Montes Claros, Coração de Jesus e Brasília de Minas (fl. 48/62, autos 1.007.661), bem como apresentaram propostas ao certame três licitantes, nada levando a constatar direcionamento ou má-fé da Administração.

Assim, também o colegiado, no Acórdão recorrido, em que pese entender irregular a exigência, ponderou que esta não teve o condão de prejudicar o resultado do procedimento, que já se findou sem indícios de superfaturamento ou direcionamento, motivo pelo qual não aplicou multa aos gestores, mas sim recomendação para os próximos procedimentos licitatórios a ser deflagrados pela municipalidade.

De mais a mais, sobre a questão posta em tela, há divergência nesta Corte de Contas quanto à exigência de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação, pois o Conselheiro Substituto, Dr. Hamilton Coelho, vem entendendo que não se trata de irregularidade, conforme se verifica na decisão liminar proferida nos autos da Denúncia nº 986744, na data de 22/08/2016, a conferir:

Tratam os autos de Denúncia apresentada por [...] em face do Pregão Presencial nº 033/2016, da Prefeitura Municipal de Paraguaçu cujo objeto é a “contratação de empresa para fornecimento de estrutura e apresentação de rodeio e serviços de segurança especializada que será utilizada nas comemorações do 105º Aniversário de Paraguaçu/MG – 2016, nos dias 26, 27, 28, 29 e 30 de agosto de 2016”, fl. 19.

[...]

A apresentação de alvará municipal de localização e licença para funcionamento do estabelecimento, em princípio, configura exigência razoável, pois, muito embora no art. 4º da Lei n.º 10.520/02 não conste expressamente o alvará de localização e funcionamento como requisito para a habilitação, da leitura do referido dispositivo legal extrai-se que os requisitos para a habilitação jurídica, técnica e econômico-financeira são pormenorizados no instrumento convocatório do pregão:

Esses são os motivos bastante, no entender deste Órgão Técnico, para afastar a aplicação de sanção aos responsáveis, cabendo apenas a recomendação aos gestores públicos.

Desta forma, a Unidade Técnica considera improcedente o recurso.

Nas contrarrazões recursais, fls. 27/29, o Sr. José Geraldo Alves de Almeida, Prefeito Municipal de Ponto Chique e a Sra. Fabianne Queiroz de Oliveira, pregoeira, alegaram que a imposição de multa em razão dessa irregularidade é medida desarrazoada e que não restou comprovado nos autos a existência de dano, de má-fé ou a intenção dos responsáveis em restringir a competitividade do certame.

Aduziram que a exigência foi estabelecida por cautela, com o objetivo de evitar embaraços na contratação e que, através de pesquisa na internet, é possível verificar essa exigência em outros editais de licitação.

Acerca da exigência em tela, registro que nos autos da Denúncia n. 884787, de minha relatoria, a Primeira Câmara, na sessão do dia 31/10/2017, decidiu pela regularidade da exigência do alvará de localização e funcionamento, como requisito de habilitação do licitante, cumprindo transcrever trechos:

3. Da exigência de Licença ou Alvará de funcionamento

De acordo com o Ministério Público junto ao Tribunal a exigência da Licença ou Alvará de Funcionamento (item 6.5.1 do edital) extrapola o rol de documentos que podem ser exigidos para a habilitação dos licitantes, previstos nos art. 27 a 31 da Lei de Licitações.

(...)

Registro que este Tribunal, em diversas assentadas, já se manifestou sobre a ilegalidade da exigência de tal documento na fase de habilitação, por não existir previsão legal nesse sentido, consoante se extrai do voto do Relator, Conselheiro Cláudio Couto Terrão, proferido no Processo nº 862389, assim ementado:

DENÚNCIA – PREFEITURA MUNICIPAL – IRREGULARIDADES NO PREGÃO PRESENCIAL – PROCEDÊNCIA PARCIAL DAS DENÚNCIAS – APLICAÇÃO DE MULTA – RECOMENDAÇÕES AO ATUAL GESTOR – INTIMAÇÃO DOS DENUNCIANTES – ARQUIVAMENTO.

(...)

1) Julgam-se parcialmente procedentes as irregularidades denunciadas e, a teor do disposto no inciso II do art. 85 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas, aplicam-se multas aos responsáveis devido à: (I) exigência de apresentação de alvará de funcionamento para fins de comprovação da regularidade fiscal; (...)

Todavia, acerca dessa exigência, registro que nos autos da Denúncia n. 924098 acompanhei o entendimento apresentado no Voto-Vista da Conselheira Adriane Andrade, aprovado à unanimidade pela Primeira Câmara, na sessão do dia 06/06/2017, no qual considerou ser admissível a exigência alvará de localização e funcionamento, como documento de habilitação do licitante, independentemente da natureza das atividades exercidas, cuja obtenção encontra-se submetida à legislação do Município em que for instalado o estabelecimento.

Abaixo transcrevo excertos do citado Voto-Vista:

Após melhor refletir sobre a matéria, modificarei o meu entendimento, para passar a considerar regular cláusula editalícia que exige a apresentação de alvará de localização e funcionamento como requisito de habilitação da licitante, por entender que a referida exigência encontra amparo no art. 28, V, da Lei nº 8.666/1993 e no art. 4º, XIII, da Lei nº 10.520/2002, que seguem transcritos:

[Lei nº 8.666/1993]

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. (Grifos nossos.)

[Lei nº 10.520/2002]

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira; (Grifo nosso.)

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. Sobre o referido documento, transcrevo as lições

contidas no artigo “Administração Municipal – O Alvará de Funcionamento dos Estabelecimentos”, de autoria de Roberto A. Tauil¹ :

As pessoas são livres para contratarem entre si e abrir um Estabelecimento, desde que o objeto seja lícito. Todavia, as pessoas precisam de uma licença da Administração Municipal que permita o livre funcionamento de seus Estabelecimentos. Por quê? Porque os Municípios são responsáveis pela ordenação urbana e pelas atividades que possam afetar a coletividade, em termos de segurança, meio ambiente, saúde, e higiene pública. Trata-se de competência e responsabilidade da Administração Municipal em função do poder de polícia a que está afeta.

(...)

A liberação do Alvará de Funcionamento vai depender, inicialmente, da localização do Estabelecimento, ou seja, se o local pretendido permite o funcionamento daquela atividade que será exercida no Estabelecimento. Por isso, é de praxe o interessado requerer antecipadamente a aprovação do local, pois, se for impróprio, não perderá tempo e dinheiro com a instalação do Estabelecimento. Vários Municípios já atendem a esses pedidos pela Internet, bastando o interessado informar o local e a atividade pretendida. Se a resposta for afirmativa, o titular a imprime e a inclui no pedido formal de Alvará. Outros Municípios dispensam a apresentação em papel dessa aprovação, já mantendo no sistema o deferimento do pedido.

Nesses termos, 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. Em outras palavras, somente após a liberação do alvará, o estabelecimento empresarial estará legalmente apto a funcionar.

Entendo que somente haveria restrição à competitividade do certame se a exigência de apresentação do alvará estivesse vinculada à necessidade de o estabelecimento da licitante possuir domicílio em determinado Município, o que não ocorreu nos presentes autos. O edital da licitação sob análise permitiu a apresentação de alvará de localização e funcionamento expedido por qualquer Município do País, sem criar nenhuma distinção entre os licitantes.

(...)

Na mesma linha de entendimento por mim defendida neste voto-vista, encontra-se o parecer emitido pela Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal, Dra. Sara Meinberg, na Denúncia nº 944779:

(...) parece-nos clara a previsão legal da exigência de alvará de funcionamento perante o art. 28, V, da Lei nº 8.666, de 1993, que não é, sob qualquer aspecto, restritiva ou inadequada.

39. Ao revés, trata-se de documento que demonstra o mínimo de idoneidade da empresa que pretende estabelecer vínculo com a Administração Pública, sem o qual estará funcionando irregularmente e cuja ausência torna inócua qualquer exigência direcionada à qualificação técnica ou à saúde financeira.

Portanto, com base na fundamentação do Voto-Vista acima transcrito, manifesto pela improcedência do apontamento do Ministério Público junto ao Tribunal, uma vez que a

¹ Disponível em: <http://consultormunicipal.adv.br/artigo/administracao-municipal/09-04-2016-o-alvaradefuncionamento-dos-estabelecimentos/>. Acesso em 12/5/2017.

apresentação do alvará de localização e funcionamento, como requisito de habilitação do licitante, encontra autorização expressa no art. 28, V, da Lei n. 8.666/93.

Portanto, com base na fundamentação do voto acima transcrito, de minha relatoria, que adoto como fundamento para decidir, considero que as alegações do recorrente não são suficientes para reformar a decisão, uma vez que a apresentação do alvará de localização e funcionamento, como requisito de habilitação do licitante, encontra autorização expressa no art. 28, V, da Lei n. 8.666/93.

Vedação editalícia aos meios eletrônicos para interposição de impugnações e recursos pelos licitantes

Com relação aos meios de interposição de impugnações e recursos, na decisão ora recorrida, a Segunda Câmara deste Tribunal concluiu que o correto seria que o edital em questão prevísse o recebimento deles da forma mais ampla possível, sem rejeitar o meio eletrônico. No entanto, tendo verificado que não ocorreu cerceamento ao contraditório ou à ampla defesa, não aplicou multa aos responsáveis e fez recomendação à Administração para que, nos editais futuros, amplie a forma de recebimento de recursos, prevendo seu recebimento também por meios eletrônicos.

Em suas razões recursais, o Ministério Público junto ao Tribunal apontou que os subitens 4.3 e 12.4 do edital, que previu o protocolo dos recursos e impugnações apenas pessoalmente e pelos correios, excluiu a possibilidade de entrega via fax ou e-mail. No seu entendimento, tal restrição pode ter afetado o direito dos licitantes à ampla defesa e ao contraditório, em afronta ao art. 5º, inciso LV, da CR/88, o que impõe a sanção pessoal dos responsáveis.

Argumentou que o controle de legalidade sobre os procedimentos licitatórios deve ser o mais amplo possível, não devendo existir óbice para que as diversas formas de impugnação coexistam.

Aduziu que, no mundo atual, não faz sentido a Administração rejeitar a possibilidade de uso, pelos licitantes, do telegrama, do fax e de modernos meios de comunicação, como correio eletrônico e internet.

Fez referência ao art. 413 Código de Processo Civil, aplicável analogicamente aos procedimentos administrativos, que dispõe sobre a força probatória do telegrama, do radiograma ou de qualquer outro meio de transmissão.

Citou decisão do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2616-26/08-2, que concluiu ser cabível a apresentação do recurso via fax, com a remessa posterior do documento original, bem como o Acórdão 2655/2007, que considerou restritivo o envio de impugnações ao edital somente por escrito.

Mencionou, também, o Acórdão n. 2266-35/11-P, o qual concluiu que a vedação à apresentação de impugnações e recursos por meio de telegrama, via postal ou fax cerceia o gozo do direito de petição, garantido no art. 5º, XXXIV, alínea “a”, da Constituição da República.

Por fim, fez referência aos Processos nº 924253, nº. 969107 e nº. 932692, desta Corte de Contas, que concluíram pela necessidade de a Administração permitir aos interessados e aos licitantes o envio de impugnações e recursos por meio de mensagem eletrônica, fax ou via postal.

A Unidade Técnica, no exame de fls. 17/20, entendeu que a falta de previsão no edital quanto ao recebimento dos recursos e impugnações por fac-símile e e-mail não invalidou o certame

por ilegalidade, tendo em vista que houve previsão no edital de interposição de impugnações e recursos por meio dos correios, e não houve manifestação ou questionamento por parte dos interessados.

Assim, concluiu que não há motivos para a reforma da decisão.

Em suas contrarrazões recursais, fls. 27/29, o Sr. José Geraldo Alves de Almeida, Prefeito Municipal de Ponto Chique, e a Sra. Fabiane Queiroz de Oliveira, pregoeira, alegaram que não fazia sentido que os recursos ou impugnações fossem encaminhados via fax, uma vez que essa interposição fica condicionada à apresentação do documento original, dentro do prazo estipulado.

Assim, aduziram que a restrição em tela teve o objetivo de assegurar que os recursos interpostos chegassem ao departamento de licitações do Município e reafirmaram que não houve dano à Administração e nem má-fé dos responsáveis.

In casu, verifico que o edital do Pregão Presencial n. 022/2017 apresentou as seguintes cláusulas editalícias:

4. DA IMPUGNAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO

[...] 4.3. Para validade e eficácia das impugnações, os instrumentos deverão ser protocolados em tempo hábil, junto ao Departamento de Licitações na Praça Santana, nº 242 – Centro – Ponto Chique – MG, não se admitindo qualquer instrumento formalizado e enviado por meios eletrônicos (e-mail, fax ou outros meios eletrônicos), **sendo facultado o direito do envio via correio, desde que o instrumento seja entregue pelo correio no prazo legal.** [...]

12. DOS RECURSOS NA FASE HABILITATÓRIA

[...]

12.4. Para validade e eficácia das pretensas recursais, os instrumentos deverão ser protocolados em tempo hábil, junto ao Departamento de Licitações na Praça Santana, nº 242 – Centro – Ponto Chique – MG, não se admitindo qualquer instrumento formalizado e enviado por meios eletrônicos (e-mail, fax e/ou outros meios eletrônicos), **sendo facultado o direito do envio via correio, desde que o instrumento seja entregue pelo correio no prazo legal.** (Grifo nosso).

Conforme se depreende da leitura das cláusulas acima transcritas, o edital de licitação em questão vedou a entrega de impugnações e recursos através de e-mail, fax ou outros meios eletrônicos. No entanto, o edital facultou “o direito do envio via correio, desde que o instrumento seja entregue pelo correio no prazo legal”.

Corroboro o entendimento constante da decisão ora recorrida, de que o correto seria que o edital previsse o recebimento dos recursos e das impugnações da forma mais ampla possível, sem rejeitar a possibilidade de e-mail ou fax, em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Ocorre que, conforme já dito, o edital de licitação em comento, além de prever a interposição pessoalmente, previu a possibilidade de envio das impugnações e recursos por meio dos correios, de modo que não há que se falar que ele impediu ou dificultou que interessados residentes em outros municípios exercitassem o direito de controle da legalidade do instrumento convocatório.

Vale dizer, o edital de licitação não condicionou a apresentação de impugnações ou recursos à protocolização da documentação na sede do órgão licitante, o que, nesta hipótese, poderia ter

restringido o direito dos licitantes ao contraditório e à ampla defesa, já que, por falta de tempo ou de condições para apresentá-los por meio pessoal, poderiam deixar de fazê-lo.

Cumpra anotar que as decisões desta corte de Contas, citadas pelo *Parquet* na peça recursal, dizem respeito a situações em que os editais permitiram apenas a entrega de impugnações e recursos por meio de protocolo pessoal na sede da entidade ou Administração Municipal, não havendo nem mesmo a possibilidade de encaminhamento por via postal, possibilidade essa que se verificou no caso em foco.

Por fim, cumpre registrar que nos autos do Recurso Ordinário n. 969570, de minha relatoria, foi analisada questão análoga a do caso dos autos, referente à restrição à forma de interposição de recursos e impugnações, haja vista a possibilidade de interposição apenas via *e-mail*. Na decisão, o Plenário desta Corte de Contas, por unanimidade, manteve o entendimento da não aplicação de multa e emissão de recomendação para que o jurisdicionado passasse a permitir o encaminhamento de recursos aos procedimentos licitatórios de forma mais ampla nos editais futuros, cumprindo transcrever trechos:

(...)

MÉRITO

Restrição à forma de interposição dos recursos

No que tange à irregularidade atinente à forma restrita de apresentação de recursos, o Recorrente alegou que o edital do Pregão Presencial n. 01/2015 cerceou o exercício dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa por prever apenas a possibilidade de interposição de recursos via *e-mail*.

(...)

Com efeito, na mesma linha em que a Unidade Técnica se manifestou, verifico que o Recorrente não trouxe aos autos nenhum elemento capaz de demonstrar que a Administração Pública afrontou alguma regra que especificasse a forma de se receber os recursos no âmbito do Pregão Presencial n. 01/2015, tendo sido elencados entendimentos doutrinários que abordaram como o direito de recorrer deveria ser garantido no âmbito dos procedimentos licitatórios.

Quanto às jurisprudências trazidas à baila pelo representante do Ministério Público junto ao Tribunal, cabe notar que o precedente do TCU mencionado na peça recursal sequer aplicou multa em razão dessa mesma irregularidade, como requer o Recorrente.

No âmbito de atuação desta Corte de Contas, cumpre destacar que, em alguns casos, essa mesma irregularidade sob exame também não ensejou a aplicação de multa, após a consideração do contexto fático específico sob exame. Nesse sentido, vale transcrever o seguinte trecho da decisão proferida na sessão da Segunda Câmara do dia 28/5/2015, nos autos da Denúncia n. 862797, mencionada na peça recursal:

6 - IMPOSSIBILIDADE DE ENCAMINHAMENTO DE RECURSO POR CORREIO OU VIA FAX DISPOSTO NO SUBITEM 11.2.

O Ministério Público de Contas apontou, ainda, como irregular o fato de o edital, no subitem 11.2, não ter admitido o encaminhamento de recurso por correio ou via fac-símile, ao argumento de ofensa ao princípio do contraditório insculpido no inciso LV do art. 5º da Constituição da República.

(...)

III – DECISÃO

Recomendo ao atual gestor que observe, na formalização dos próximos pregões, as normas estabelecidas na Lei nº 10.520, de 2002, e na Lei nº 8.666, de 1993, bem como que se abstenha de inserir nos editais de licitação expressões vazias de conteúdo, como “1ª linha” ou “Qualidade”, que podem atribuir critérios subjetivos ao julgamento das propostas, de exigir alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação e **admita o encaminhamento de razões recursais via correios ou por fac-símile**. (grifos nossos)

Extrai-se do precedente supra que as circunstâncias peculiares ao caso concreto justificaram a não aplicação de multa e emissão de recomendação para que o jurisdicionado passasse a permitir o encaminhamento de recursos aos procedimentos licitatórios de forma mais ampla nos editais futuros.

(...)

Diante do exposto, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, entendo que a decisão recorrida não merece reparo, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Dessa forma, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, após a consideração do contexto fático específico sob exame, não restando comprovado nos autos o cerceamento de defesa pelas regras postas em relação às impugnações e aos recursos, verifico que não há motivos para a reforma da decisão proferida nos autos da Denúncia n. 1007661, que determinou a expedição de recomendação para que o gestor, em licitações futuras, amplie a forma de cabimento de recursos, prevendo seu recebimento também por meios eletrônicos.

III – VOTO

Por todo o exposto, em consonância com as manifestações da Unidade Técnica, **nego provimento ao recurso**, mantendo inalterada a decisão proferida nos autos da Denúncia n. 1007661, acórdão às fls. 292/297.

Cumpridas as disposições regimentais, arquivem-se os autos, com fundamento no art. 176, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA)

RETORNO DE VISTA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

4ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 30/01/2019

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Ordinário interposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal em face da decisão proferida na sessão da Segunda Câmara do dia 14/12/2017, prolatada nos autos de n. 1007661, que julgou parcialmente procedente a Denúncia, mas deixou de imputar sanção aos responsáveis pelo Processo Licitatório n. 028/2017, Pregão Presencial n. 022/2017, promovido pela Prefeitura Municipal de Ponto Chique.

A Unidade Técnica, em sua análise de fls. 17/20, manifestou-se pelo não provimento do recurso interposto.

Em despacho à fl. 21, foi determinada a intimação do Sr. José Geraldo Alves de Almeida, Prefeito Municipal de Ponto Chique, e da Sra. Fabianne Queiroz de Oliveira, pregoeira, para que se manifestassem acerca do presente recurso, tendo sido encaminhada a documentação juntada às fls. 27/33.

Na Sessão Plenária de 23/05/2018, em preliminar, o recurso foi conhecido.

No mérito, o Conselheiro Relator Mauri Torres negou provimento ao recurso, mantendo inalterada a decisão proferida nos autos de denúncia nº 1007661, acórdão de fls. 292/297, e determinou seu o arquivamento.

No mérito, pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, nos autos de Denúncia nº 1007661, o Ministério Público junto a este Tribunal de Contas considerou irregular a exigência de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação, contida no item 10.4, alínea, “a”, do edital, haja vista não estar prevista no inciso XIII do artigo 4º da Lei do Pregão, para fins de habilitação.

O órgão técnico acolheu o entendimento do *Parquet*, contudo, concluiu que a irregularidade era passível tão somente de recomendação.

O Conselheiro Relator da denúncia, Gilberto Diniz, acompanhou o entendimento da Unidade Técnica.

Assim, na decisão recorrida, no que tange à exigência de Alvará de Localização e Funcionamento na fase de habilitação, em sessão de 14/12/2017, ao apreciar os autos de Denúncia nº 1007661, a Segunda Câmara aprovou o voto do relator, no seguinte sentido:

(...) a cláusula editalícia referente à apresentação de alvará de localização e funcionamento do licitante, para habilitação, embora indevida, contém exigência usualmente incluída em editais de licitações publicados pela Administração e que, no caso em exame, não apresenta evidências de que tenha, efetivamente, restringido a participação de possíveis interessados, tanto que tal exigência sequer foi objeto de impugnação na via administrativa. (grifo nosso)

Em face das razões expostas na fundamentação, o órgão colegiado julgou parcialmente procedente a denúncia, por entender irregular a exigência de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação, mas deixou de fixar responsabilidade e, consequentemente, sancionar os responsáveis pelo Processo Licitatório nº 028/2017, Pregão Presencial nº 022/2017, promovido pela Prefeitura Municipal de Ponto Chique.

E ainda, foi recomendado ao atual gestor que, em licitações futuras, deixe de exigir alvará de localização e funcionamento como requisito para habilitação.

Naquela oportunidade, o Conselheiro Wanderley Ávila abriu divergência quanto à não aplicação de sanção em face da exigência restritiva de apresentação de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação, por entender que tal exigência fere a ampla competitividade, e acompanhou a aplicação de multa proposta pelo *Parquet* de Contas, em decorrência da irregularidade, além da recomendação feita pelo relator.

Contudo, ficou vencido em sua divergência, tendo sido aprovado o voto do Conselheiro Relator da denúncia, Gilberto Diniz.

Em Sessão Plenária de 23/05/2018, ao apreciar o Recurso Ordinário interposto pelo Ministério Público junto a este Tribunal de Contas, o Conselheiro Relator Mauri Torres negou provimento ao recurso, mantendo inalterada a decisão recorrida, proferida nos autos de denúncia nº 1007661.

Contudo, em sua fundamentação, citou decisão proferida pela Primeira Câmara em sessão de 31/10/2017, nos autos de Denúncia nº 884787, de sua relatoria, no sentido de que seria **regular** a exigência de alvará de localização e funcionamento como requisito de habilitação, nos seguintes termos:

3. Da exigência de Licença ou Alvará de funcionamento

De acordo com o Ministério Público junto ao Tribunal a exigência da Licença ou Alvará de Funcionamento (item 6.5.1 do edital) extrapola o rol de documentos que podem ser exigidos para a habilitação dos licitantes, previstos nos art. 27 a 31 da Lei de Licitações.

(...)

Registro que este Tribunal, em diversas assentadas, já se manifestou sobre a ilegalidade da exigência de tal documento na fase de habilitação, por não existir previsão legal nesse sentido, consoante se extrai do voto do Relator, Conselheiro Cláudio Couto Terrão, proferido no Processo nº 862389, assim ementado:

DENÚNCIA – PREFEITURA MUNICIPAL – IRREGULARIDADES NO PREGÃO PRESENCIAL – PROCEDÊNCIA PARCIAL DAS DENÚNCIAS – APLICAÇÃO DE MULTA – RECOMENDAÇÕES AO ATUAL GESTOR – INTIMAÇÃO DOS DENUNCIANTES – ARQUIVAMENTO.

(...)

1) Julgam-se parcialmente procedentes as irregularidades denunciadas e, a teor do disposto no inciso II do art. 85 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas, aplicam-se multas aos responsáveis devido à: (I) exigência de apresentação de alvará de funcionamento para fins de comprovação da regularidade fiscal; (...)

Todavia, acerca dessa exigência, registro que nos autos da Denúncia n. 924098 acompanhei o entendimento apresentado no Voto-Vista da Conselheira Adriane Andrade, aprovado à unanimidade pela Primeira Câmara, na sessão do dia 06/06/2017, no qual considerou ser admissível a exigência alvará de localização e funcionamento, como documento de habilitação do licitante, independentemente da natureza das atividades exercidas, cuja obtenção encontra-se submetida à legislação do Município em que for instalado o estabelecimento.

Abaixo transcrevo excertos do citado Voto-Vista:

Após melhor refletir sobre a matéria, modificarei o meu entendimento, para passar a considerar regular cláusula editalícia que exige a apresentação de alvará de localização e

funcionamento como requisito de habilitação da licitante, por entender que a referida exigência encontra amparo no art. 28, V, da Lei nº 8.666/1993 e no art. 4º, XIII, da Lei nº 10.520/2002, que seguem transcritos:

[Lei nº 8.666/1993]

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. (Grifos nossos.)

[Lei nº 10.520/2002]

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira; (Grifo nosso.)

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. Sobre o referido documento, transcrevo as lições contidas no artigo “Administração Municipal – O Alvará de Funcionamento dos Estabelecimentos”, de autoria de Roberto A. Tauil² :

As pessoas são livres para contratarem entre si e abrir um Estabelecimento, desde que o objeto seja lícito. Todavia, as pessoas precisam de uma licença da Administração Municipal que permita o livre funcionamento de seus Estabelecimentos. Por quê? Porque os Municípios são responsáveis pela ordenação urbana e pelas atividades que possam afetar a coletividade, em termos de segurança, meio ambiente, saúde, e higiene pública. Trata-se de competência e responsabilidade da Administração Municipal em função do poder de polícia a que está afeta.

(...)

A liberação do Alvará de Funcionamento vai depender, inicialmente, da localização do Estabelecimento, ou seja, se o local pretendido permite o funcionamento daquela atividade que será exercida no Estabelecimento. Por isso, é de praxe o interessado requerer antecipadamente a aprovação do local, pois, se for impróprio, não perderá tempo e dinheiro com a instalação do Estabelecimento. Vários Municípios já atendem a esses pedidos pela Internet, bastando o interessado informar o local e a atividade pretendida. Se a resposta for afirmativa, o titular a imprime e a inclui no pedido formal de Alvará. Outros Municípios dispensam a apresentação em papel dessa aprovação, já mantendo no sistema o deferimento do pedido.

² Disponível em: <http://consultormunicipal.adv.br/artigo/administracao-municipal/09-04-2016-o-alvaradefuncionamento-dos-estabelecimentos/>. Acesso em 12/5/2017.

Nesses termos, 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. Em outras palavras, somente após a liberação do alvará, o estabelecimento empresarial estará legalmente apto a funcionar.

Entendo que somente haveria restrição à competitividade do certame se a exigência de apresentação do alvará estivesse vinculada à necessidade de o estabelecimento da licitante possuir domicílio em determinado Município, o que não ocorreu nos presentes autos. O edital da licitação sob análise permitiu a apresentação de alvará de localização e funcionamento expedido por qualquer Município do País, sem criar nenhuma distinção entre os licitantes.

(...)

Na mesma linha de entendimento por mim defendida neste voto-vista, encontra-se o parecer emitido pela Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal, Dra. Sara Meinberg, na Denúncia nº 944779:

(...) parece-nos clara a previsão legal da exigência de alvará de funcionamento perante o art. 28, V, da Lei nº 8.666, de 1993, que não é, sob qualquer aspecto, restritiva ou inadequada.

39. Ao revés, trata-se de documento que demonstra o mínimo de idoneidade da empresa que pretende estabelecer vínculo com a Administração Pública, sem o qual estará funcionando irregularmente e cuja ausência torna inócua qualquer exigência direcionada à qualificação técnica ou à saúde financeira.

Portanto, com base na fundamentação do Voto-Vista acima transcrito, manifesto pela improcedência do apontamento do Ministério Público junto ao Tribunal, uma vez que a apresentação do alvará de localização e funcionamento, como requisito de habilitação do licitante, encontra autorização expressa no art. 28, V, da Lei n. 8.666/93. (grifo nosso)

Ao final, assim concluiu o relator do recurso:

Portanto, com base na fundamentação do voto acima transcrito, de minha relatoria, que adoto como fundamento para decidir, considero que as alegações do recorrente não são suficientes para reformar a decisão, uma vez que a apresentação do alvará de localização e funcionamento, como requisito de habilitação do licitante, encontra autorização expressa no art. 28, V, da Lei nº 8666/93. (grifo nosso)

Consoante se depreende do exposto, o entendimento apresentado pelo relator do recurso sobre a matéria diverge do entendimento constante da decisão recorrida.

Ou seja, embora a relatoria *ad quem* mantenha a decisão recorrida no sentido de não imputar sanção aos responsáveis, no seu entendimento não há ilegalidade na exigência de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação.

A decisão recorrida, por sua vez, considera indevida a exigência editalícia em tela, mas, no caso, diante da ausência de evidências de que efetivamente houve comprometimento à competitividade, deixa de aplicar sanção aos responsáveis.

Verifica-se, assim, que a razão de decidir é divergente, no recurso e na decisão recorrida (na denúncia).

Ademais, a ementa do voto apresentado pela relatoria do recurso contraria a fundamentação constante da decisão recorrida, conforme se verifica do excerto transcrito a seguir:

1. 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. Referido alvará seleciona os interessados que efetivamente tenham condições de executar os serviços licitados, já que o documento é indispensável para o exercício da atividade empresarial.

Sobre a matéria, cabe aqui então trazer o meu entendimento.

O alvará de funcionamento somente autoriza localização e funcionamento, não disciplinando regras técnicas ou específicas acerca da comercialização ou produção de determinado bem, o que, a meu ver, descaracteriza o aspecto técnico almejado pela norma em discussão. Com propriedade Marçal Justen Filho pondera que:

“A expressão “qualificação técnica” tem grande amplitude e significado. Em termos sumários, consiste no domínio de conhecimento e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado. Isso abrange inclusive, a situação de regularidade em face de organismos encarregados de regular determinada profissão.” (Justen Filho, Marçal. – Comentários à Lei de Licitações e Contratos. São Paulo: Dialética, 2004, p. 383)

Desse modo, determinados nichos de mercado estão sujeitos a disciplinas legais específicas sobre regras de comercialização ou produção, exemplo típico são empresas que comercializam armas de fogo, explosivos, alimentos, bebidas, entre outras. Essas atividades estão condicionadas ao atendimento de regras singulares pertinentes ao seu segmento, sejam através de leis ou através de regulamentos executivos. Portanto, não podemos admitir que o objetivo finalístico do art. 30, IV, seja contemplar o alvará de funcionamento.

Na prática, a exigência do alvará de localização e funcionamento, muitas vezes, é inserida com intuito de direcionar o edital ou limitar os licitantes, o que é ilegal.

Esse também é o entendimento desta Corte nas seguintes decisões:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS E ALUNOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO RESIDENTES NO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO NA FASE DE HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DE EQUIPAMENTOS E PESSOAL TÉCNICO ESPECIALIZADO PARA HABILITAÇÃO. IRREGULARIDADES. APLICAÇÃO DE MULTA AO PREGOEIRO E SUBSCRITOR DO EDITAL.

(...) Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, em conformidade com a ata de julgamento, diante das razões expendidas no voto do Relator, em: I) julgar procedente a denúncia, considerando irregulares: a) a exigência de alvará de funcionamento na fase de habilitação; b) a exigência de comprovação de disponibilidade de equipamentos e pessoal técnico especializado para habilitação; e c) a ausência de ampla pesquisa de preços; II) deixar de aplicar multa pela ausência de ampla pesquisa de preços, nos termos da fundamentação; III) aplicar multa ao Senhor Diego José de Souza Moreira, pregoeiro e subscritor do edital, no valor de R\$1.000,00 (mil reais) pelas irregularidades discriminadas nos itens a e b, o que totaliza o montante de R\$2.000,00 (dois mil reais), a teor do disposto no inciso II do art. 85 da Lei Orgânica do Tribunal; IV) deixar de aplicar multa ao Senhor Marcelo Faria Pereira, prefeito municipal, por entender que as falhas apuradas nos presentes autos são de responsabilidade exclusiva do pregoeiro, mas recomendando-lhe que, nas próximas licitações, não restrinja a cotação de preços aos fornecedores locais, bem como realize ampla pesquisa nos sites dos órgãos públicos; V)

determinar a intimação das partes, após a deliberação; VI) determinar o arquivamento dos autos, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie.

(Processo nº 944779 – Primeira Câmara – Relator: Cons. Cláudio Terrão – Julgamento: 10/05/2016) (grifo nosso)

Sendo assim, **exigir o alvará de funcionamento como condição de habilitação da licitante implica na imposição de cláusula ou condição que importe em frustração do caráter competitivo do certame**. Entende-se que, se a Lei nº 8666/93 veda a existência de qualquer cláusula ou condição que frustre o caráter competitivo, se o rol dos artigos 27 a 31 é taxativo, ou seja, não admite que a autoridade amplie suas exigências, e se a legislação específica que regulamenta a modalidade Pregão, Lei nº 10520/2002, sequer faz menção, em seu inciso XIII do artigo 4º, à exigência do alvará de funcionamento, à autoridade administrativa é vedado incluir no edital essa exigência.

(Processo nº 877079 – Primeira Câmara – Relator: Conselheiro José Alves Viana – Julgamento em: 12/11/13) (grifo nosso)

EDITAL DE LICITAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. EXAME DE IRREGULARIDADES ANTERIORMENTE APONTADAS NO EDITAL DO CERTAME ANULADO. NÃO REPETIÇÃO. NOVOS APONTAMENTOS. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA OS ÍNDICES CONTÁBEIS EXIGIDOS NO CERTAME. IMPROCEDÊNCIA. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO PARA HABILITAÇÃO. PROCEDÊNCIA. COMINAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. RECOMENDAÇÃO AO ATUAL GESTOR.

(...)

3. É irregular, por ausência de amparo legal e por afigurar-se como medida absoluta imprópria, a exigência de apresentação de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação e como prova de qualificação técnica, em licitação.

4. Aplica-se multa aos responsáveis e faz-se recomendação ao atual gestor.

(Processo 932719 – Segunda Câmara – Relator: Conselheiro Gilberto Diniz – Julgamento: 27/04/2017) (grifo nosso)

Nessa esteira leciona o jurista Jessé Torres Pereira Júnior:

“(...) A redação adotada pelo novo estatuto estabelece relações *numerus clausus*, vedando que Administração demande apresentação de qualquer prova diversa daquelas inscritas nos termos da lei.

Suprimiu, no pertinente àquelas qualificações, o espaço discricionário e criou vinculação estrita. Poderá a Administração deixar de exigir todos os documentos previstos na lei, sob pena de exceder-se no exercício do dever geral de licitar e sujeitar-se à invalidação da exigência indevida, mantidas apenas aquelas que se compatibilizarem com a provisão legal.” (Pereira Junior, Jessé Torres. – Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 8. ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2009).

No mesmo contexto, trazemos à baila os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

“o art. 27 efetivou a classificação dos requisitos de habilitação. As espécies constituem “*numerus clausus*”. (Justen Filho, Marçal. – Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 14ª Ed., Editora Dialética, 1010, pág.401).

(...)

“o elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo, ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija

comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. **O edital não poderá exigir mais do que ali previsto**, mas poderá demandar menos”. (Justen Filho, Marçal. Op., cit., p. 401) (grifo nosso)

Sendo assim, exigir o alvará de funcionamento como condição de habilitação da licitante implica a imposição de cláusula ou condição que frustra o caráter competitivo do certame. A Lei 8.666/93 define a documentação que poderá ser exigida para comprovar habilitação jurídica, qualificação técnica, econômico-financeira e regularidade fiscal. Não prevê apresentação de licença ou alvará de funcionamento. O documento em xequê não se presta a comprovar qualificação técnica, econômico-financeira ou regularidade fiscal.

Excepcionalmente, o alvará de localização e funcionamento poderá ser exigido das licitantes, na fase de habilitação, quando o objeto do certame guardar pertinência com a referida exigência, o que não se aplica ao presente caso.

Esse foi o entendimento desta Corte consubstanciado na decisão proferida pela Primeira Câmara, em sessão do dia 28/11/2017, nos autos de Denúncia nº 932541, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvécio:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. PREFEITURA MUNICIPAL. RESTRIÇÃO QUANTO À FORMA DE APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL E OFERECIMENTO DE RECURSOS. PREJUÍZO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO VERIFICADO NO CASO CONCRETO. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO. **EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO PARA HABILITAÇÃO**. IRREGULARIDADES AFASTADAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO AO ATUAL GESTOR.

(...)

3. É regular a exigência de apresentação de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação quando demonstrada a pertinência desta exigência, diretamente relacionada à atividade de fornecimento de alimentos, sujeita a fiscalização, licenciamento e controle por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. (grifo nosso)

Apresentado o meu entendimento acerca da matéria, cabe então tratar mais especificamente sobre a questão suscitada no recurso ordinário, que é a não imputação de sanção aos responsáveis em decorrência da exigência editalícia, na fase de habilitação, de apresentação de alvará de localização e funcionamento das licitantes.

Compulsando os autos, verifico que, consoante se depreende da Ata de Reunião referente ao Pregão Presencial objeto da denúncia (fls. 232/233 dos autos de Denúncia nº 1007661), três empresas apresentaram proposta. Também não houve nenhuma impugnação ao edital.

Nesse ponto, considero pertinente a argumentação apresentada na decisão recorrida no sentido de que, no caso em exame, não há indícios de prejuízo à competitividade do certame.

Acompanho, assim, o Relator, negando provimento ao recurso e mantendo inalterada a decisão recorrida, porém com fundamento diverso daquele constante do seu voto.

Também acompanho o Conselheiro Relator quanto à manutenção da decisão recorrida em relação à “vedação editalícia aos meios eletrônicos para interposição de impugnações e recursos pelos licitantes”.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, acompanho o voto do Relator no sentido de negar provimento ao recurso e manter inalterada a decisão recorrida, contudo, divirjo das razões que fundamentaram a decisão do recurso no que se refere à “exigência de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação”, constantes do voto por ele proferido.

Acompanho também o Conselheiro Relator no que tange à manutenção da decisão recorrida em relação à “vedação editalícia aos meios eletrônicos para interposição de impugnações e recursos pelos licitantes”.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, coerentemente com o voto proferido em julgamento de antecedente processo de Denúncia n. 1007661, acompanho, agora, o voto do Conselheiro José Alves Viana, ressaltando na oportunidade que, se vier a prevalecer nosso entendimento, parece-me que estará aprovada a solução defendida pelo relator, desprovimento do recurso, mas com fundamentação diversa.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Voto com o relator.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o voto-vista do Conselheiro José Alves Viana.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Como bem apontou o Conselheiro Gilberto Diniz, a única diferença aqui é com relação ao fundamento.

Eu também vou votar com o relator, para negar o provimento, mas a fundamentação eu vou acolher a divergente apresentada pelo Conselheiro José Alves Viana.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

APROVADO O VOTO DO RELATOR PELA NEGATIVA DO PROVIMENTO AO RECURSO, PREVALECENDO, QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO, A DIVERGÊNCIA ABERTA PELO CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA, E ACOMPANHADA PELOS DEMAIS CONSELHEIROS, SALVO O CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, em: **I)** conhecer do recurso, na preliminar, diante das razões expendidas no voto do Relator, considerando que a parte é legítima, e que o recurso é próprio e tempestivo, preenchendo os requisitos previstos na Lei Complementar n. 102/2008; **II)** negar provimento ao recurso, no mérito, nos termos do voto do Relator, com a fundamentação divergente do Conselheiro José Alves Viana, mantendo inalterada a decisão recorrida; **III)** determinar o arquivamento dos autos, após o cumprimento das disposições regimentais, com fundamento no art. 176, I, do Regimento Interno deste Tribunal. Vencidos, em parte, quanto à fundamentação, o Conselheiro Relator e o Conselheiro Durval Ângelo.

Plenário Governador Milton Campos, 30 de janeiro de 2019.

CLÁUDIO COUTO
TERRÃO
Presidente

MAURI TORRES
Relator

JOSÉ ALVES
VIANA
Prolator de voto vencedor

(assinado digitalmente)

RB/mp

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