



**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA CENTRAL DE LICITAÇÕES DA
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAUBAL**

ÍNCALTA AUTORIDADE SUPERIOR COMPETENTE

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 08/2021 – CL/PMI

DYKA CONSULTORIA E SERVIÇOS, pessoa jurídica de direito privado, regularmente inscrita sob o CNPJ nº 42.476.914/0001-73, com sede em Rua Leopoldo Machado, nº 2405, Central, Macapá-AP, sala 203-H, telefone (96)3388-7213, neste ato representado por ALAN DE CARVALHO QUEIROZ, brasileiro, empresário, inscrito sob o CPF nº 023.473.432-97 e RG nº 327011, vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, apresentar:

RECURSO HIERÁRQUICO

Contra decisão que não conheceu da impugnação apresentada tempestivamente por esta Recorrente com fulcro no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, art. 109 da Lei nº 8.666/1993 e art. 56 da Lei nº 9784/1999, pelas razões e fatos a seguir arguidos:

I – DA TEMPESTIVIDADE

Preliminarmente esta Recorrente pede licença para afirmar o respeito que dedica ao Senhor Pregoeiro e à autoridade superior competente e destaca que o presente recurso hierárquico tem a única intenção de tornar o presente certame livre de nulidades, com o objetivo de auxiliar uma melhor contratação para a administração.

Antes de adentrar ao mérito, cumpre a esta destacar a tempestividade do presente recurso com base no art. 56 da Lei nº 9.784/1999:

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

E ainda o art. 109 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata [...]

Desta forma, considerando que o ato da Administração que indeferiu a Impugnação ocorreu em 22/07, tem-se como tempestivo o presente recurso.

II – DA SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se o presente processo licitatório pela modalidade de pregão eletrônico, cujo objeto é o registro de preços prestação de serviços funerários para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Assistência Social do Município de Itaubal.

Analisando os termos editalícios apresentados, esta Recorrente apresentou impugnação tempestivamente, conforme será demonstrado a seguir, em 22/07/2021. Nesta mesma data, a Senhora Pregoeira responsável pelo presente certame, não conheceu da impugnação por supostamente ser intempestiva. Ante a decisão de não conhecimento, a Impugnante resolveu por interpor o presente recurso hierárquico à decisão da Senhora Pregoeira.

III – DO PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO

A Ilustríssima Pregoeira não conheceu da impugnação com base em fundamento doutrinário do Professor Jorge Ulisses Jacoby, que entende que não deve ser considerado o dia de abertura das propostas, isto é, o da sessão pública. No entanto, esta interpretação é equivocada e minoritária.

Diferentemente, o Professor Joel de Menezes Niebuhr entende que deve ser considerado dia de abertura das propostas, devendo este dia ser considerado o do início para fim de exclusão, observe-se: “Veja-se o seguinte exemplo: se a sessão está marcada para quarta-feira, às 10h, é possível ofertar a impugnação até o último minuto do expediente da segunda-feira”.

(NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão Presencial e Eletrônico. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 146-147.).

Em consonância com esta interpretação, insta salientar o entendimento do Tribunal de Contas da União no famoso Acórdão nº 539/2007. Veja-se:

6.14 (...) **o ato convocatório poderá ser impugnado, no todo ou em parte, até dois dias úteis antes da data fixada para o recebimento das propostas.** Além disso, o art. 35 estabelece que, **na contagem dos prazos, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento.**

6.15 Dessa forma, constatamos **que a alegada intempestividade a que teria incorrido a representante ao impugnar o edital do pregão surgiu a partir de uma interpretação equivocada da Apex acerca da expressão 'até dois dias úteis antes', uma vez que a Agência não computou o dia fixado para recebimento das propostas na contagem do prazo.**

6.16 Aplicando-se o precitado art. 35 do Regulamento da Apex, **é evidente que o dia marcado para o recebimento da proposta (23/03/2006) deve ser considerado na contagem do prazo. Dessa forma, a empresa representante interpôs pedido de impugnação dentro do prazo regulamentar, haja vista que não paira qualquer dúvida de que eventuais impugnações poderiam ter sido apresentadas até (inclusive) o dia 21/03/2006** (sem grifos no original). (TCU. Acórdão 539/07. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. DOU: 04/04/07.)

Assim sendo, de acordo com o entendimento externado pelo TCU, por meio do Acórdão 539/07 – Plenário, devem ser computados como prazo, para fins de impugnação, os dois últimos dias que antecederem à sessão do Pregão, incluindo-se o 2º dia. Tendo sido este mesmo posicionamento igualmente externado por meio do Acórdão 2.625/08 – Plenário.

Em recente decisão, mais uma vez o TCU ratificou este entendimento. Vejamos:

REPRESENTAÇÃO. CONTAGEM IRREGULAR DE PRAZO PARA RECEBIMENTO DE IMPUGNAÇÕES AO EDITAL DO CERTAME. DESCUMPRIMENTO DE PRAZO PARA RESPOSTA A PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. REJEIÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. APLICABILIDADE DE DISPOSITIVOS DO DECRETO-LEI 4.657/1942. AFASTAMENTO EXCEPCIONAL DA SANÇÃO. CIÊNCIA.

9.3.1. contagem de prazo para o recebimento de impugnações ao edital desconsiderando o segundo dia anterior ao dia da abertura das propostas para a impugnação apresentada pela empresa Megawork Consultoria e Sistemas Ltda., afrontando o disposto no art. 110, caput, da Lei 8.666/1993, e a jurisprudência do TCU, em especial o Acórdão 539/2007-TCU-Plenário; (Acórdão 70/2020 – Plenário – TCU)

Desta feita, entendemos que a interpretação apresentada pela Senhora Pregoeira para não conhecer da Impugnação é equivocada e não encontra respaldo no ordenamento jurídico e nem nos entendimentos da Corte Superior de Contas. Apesar do entendimento majoritário não ter

sido o acatado pela Senhora Pregoeira, deveria ela considerar que, primeiro, existe uma divergência de interpretações imposta. Segundo, havendo divergências, deve o agente público socorrer-se dos princípios para solucionar o problema da forma mais justa. Utilizando-se desta metodologia, fica claro que a decisão mais correta a ser tomada no caso é a adoção da abordagem mais ampliativa, isto é, que proporciona ao interessado prazo mais longo para apresentar sua impugnação, com fulcro no princípio da competitividade e no princípio informante da supremacia do interesse público.

No mais, no mérito da impugnação apresentada, todos os pedidos fundamentados acusam vícios de legalidade, que, por tratarem-se de questões de ordem pública, não se sujeitam a preclusão. Neste caso, diante da constatação de um vício de legalidade, por força do art. 49 da Lei nº 8.666/1993 e do art. 53 da Lei nº 9.784/1999, a Administração deverá realizar a anulação ou, se for o caso, o saneamento do vício, porquanto se trata de um poder-dever. Observemos a Lei nº 8.666/1993:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, **devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros**, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Neste diapasão, assentou-se entendimento pacificado no ordenamento jurídico e sumulado pelo Supremo Tribunal Federal:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (Súmula 473 – STF)

Desta feita, mesmo que a impugnação seja intempestiva, a Senhora Pregoeira deve avaliar se a peça apresenta algum apontamento de ilegalidade nas disposições do instrumento convocatório. Assim, esta Recorrente requer a reconsideração da decisão que não conheceu da Impugnação e exame e decisão quanto ao seu mérito, o qual aborda vícios de legalidade.

IV – DO RECURSO DA DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO DO PREGOEIRO

Sabe-se que, ao considerar friamente a letra da lei, pode-se extrair o entendimento raso de que não há na Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 10.520/2002 indicação expressa de autoridade competente para apreciação de impugnação. Os regulamentos existentes sobre pregão na forma eletrônica preconizam ser do pregoeiro a competência para responder/julgar a impugnação. No entanto, a decisão administrativa deve observar todo o ordenamento jurídico a fim de que não usurpa direitos consagrados. *In casu*, a impugnação sequer teve o seu mérito analisado, mérito este que aponta graves vícios de legalidade que comprometem a lisura do certame por não observar as leis que fundamentam as alegações impugnatórias.

Assim, cabe recurso à autoridade competente, isto é, à autoridade superior, mesmo que sem efeito suspensivo, nos termos do art. 56 da Lei nº 9.784/1999, já citado aqui anteriormente. No mais, não pode a Senhora Pregoeira simplesmente não conhecer do presente recurso por também fundamentar-se na Constituição Federal de 1988, que determina como garantia fundamento o seguinte:

Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou **administrativo**, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, **com os meios e recursos a ela inerentes**;

Observa-se então que o Legislador Constituinte Originário teve o cuidado de deixar claro que os **recursos inerentes são também garantidos aos litigantes em processo administrativo**. Desta forma, qualquer não conhecimento do presente recurso violará direito líquido e certo desta Recorrente. Desta forma, a Impugnante pede que, caso a Senhora Pregoeira não decida pela reconsideração, o presente recurso hierárquico seja automaticamente remetido à autoridade superior competente para análise e decisão quando à impugnação em todos os seus termos.

V – DA IMPUGNAÇÃO

a) Documentos complementares à habilitação fiscal

O subitem “h” do item 15.1.1.1 do edital dispõe que:

h) Documentos complementares necessários à habilitação, caso, haja alguma irregularidade e, também, a não apresentação destes, a empresa se sujeitará a inabilitação:

h.a) Certidão Cível e Criminal, emitida pelo Tribunal de Justiça do Estado sede e da empresa e, também, dos seus sócios.

h.b) Certidão Negativa Especial – ações cíveis e criminais emitida pelo Poder Judiciário da União e, nome da empresa e, também dos seus sócios..

h.c) Alvará de Funcionamento de Titularidade da empresa licitante, expedido pela Prefeitura Municipal (Sede da licitante), com vigência atualizada.

h.d) Alvará da Vigilância Sanitária, da sede do licitante

h.e) Certidão ou autorização Ambiental emitida pela Secretaria de Meio Ambiente do Município da sede da licitante, em validade.

Inicialmente, insta ressaltar que as referidas exigências acima citadas estão dentro do item que dispõe sobre a regularidade fiscal e trabalhista, isto é, o item 15.1.1.1 do edital. No entanto, tais documentos em nada se relacionam com questões fiscais e trabalhistas, já que as certidões fiscais referem-se tão somente à regularidade ante a fazenda pública, nas esferas federal, estadual e municipal, e a certidão trabalhista refere-se à certidão emitida pela Justiça do

Trabalho. Desta forma, documentos relativos a assuntos sanitários, criminais, ambientais, etc, não podem ser enquadrados para efeito de habilitação fiscal e trabalhista.

De toda forma, tais documentos sequer podem ser exigidos em fase de habilitação em certames licitatórios por violar frontalmente as disposições da Lei nº 8.666/1993. Vejamos o que dispõe a Lei Geral de Licitações e Contratos vigente:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, **exclusivamente**, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

O *caput* do art. 27 supracitado deixa bastante claro que exigir-se-á dos interessados, “**exclusivamente**”, os documentos de habilitação relativos os incisos elencados no artigo. Infere-se, então, que os documentos de habilitação elencados na Lei nº 8.666/1993 constituem rol taxativo, isto é, *numerus clausus*, não podendo a Administração exigir mais do que a Lei prevê, sob pena do instrumento convocatório ser considerado ilegal. É o que ocorre no presente edital, já que este exige mais do que a Lei determina. Este é o entendimento da doutrina majoritária, a exemplo do que leciona o Professor Marçal Justen Filho, quando afirma:

O art. 27 efetivou a classificação dos requisitos de habilitação. As espécies constituem *numerus clausus* e são: habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e a comprovação da utilização regular do trabalho de menores. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 643.)

Em consonância com este entendimento, o Tribunal de Contas da União, em diversas oportunidades, já se manifestou também neste sentido, conforme cita-se a seguir:

É ilegal a exigência de comprovação, para fim de qualificação técnico-profissional, de tempo de experiência ou de exercício em função dos profissionais a serem disponibilizados pela licitante para a execução do objeto, porquanto **o rol de exigências de habilitação previsto na Lei 8.666/1993 é taxativo**. (Acórdão 134/2017 Plenário, Auditoria, Relator Ministro Benjamin Zymler.)

Este entendimento é pacificado no ordenamento jurídico brasileiro a fim de evitar exigências exacerbadas de documentos de forma a restringir a competitividade ou privilegiar uma determinada empresa licitante.

Tendo em vista o caráter exaustivo dos documentos de habilitação elencados nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993, impende-nos tentar enquadrar as exigências do subitem “h” do item 15.1.1.1 do edital em um dos incisos do art. 27 da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos. Tais exigências não podem enquadrarem-se como habilitação jurídica, visto que esta modalidade de habilitação refere-se à existência da empresa no plano jurídico. Por tal motivo, o art. 28 da Lei nº 8.666/1993 determina que a habilitação jurídica consistirá na exigência de cédula de identidade e no contrato social da empresa ou outro semelhante, conforme a forma da pessoa jurídica e nas hipóteses elencadas nos incisos deste artigo.

Conforme já afirmado anteriormente, também não podem ser exigidos como habilitação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, porquanto esta forma de habilitação refere-se à regularidade das obrigações tão somente fiscais perante à fazenda pública e perante à Justiça do Trabalho, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666/1993.

Poderia caracterizar tais exigências como habilitação relativa à qualificação técnica. No entanto, o art. 30 da Lei nº 8.666/1993 também possui caráter de rol taxativo, conforme observa-se a seguir segundo o entendimento do TCU:

Sumário

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. REJEIÇÃO DA MELHOR OFERTA MOTIVADA PELA AUSÊNCIA DAS NOTAS FISCAIS ASSOCIADAS AOS ATESTADOS TÉCNICOS DA PROPONENTE E, AINDA, PELA INCLUSÃO DE TEXTOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA SEM TRADUÇÃO JURAMENTADA. EXORBITÂNCIA DA EXIGÊNCIA HABILITATÓRIA ALUSIVA À APRESENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITO DE COMPREENSÃO E AVALIAÇÃO DA PROPOSTA, DA UTILIZAÇÃO, EM CARÁTER ACESSÓRIO, DE MATERIAL TÉCNICO EM IDIOMA ESTRANGEIRO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DOS ATOS IRREGULARES DE INABILITAÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS (...)

Voto do Ministro Relator: (...)

11. No que se refere às notas fiscais, a jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o art. 30 da Lei 8.666/1993, ao utilizar a expressão "limitar-se-á", elenca de forma exaustiva todos os documentos que podem ser exigidos para habilitar tecnicamente um licitante (v.g. Decisão 739/2001 - Plenário; Acórdão 597/2007 - Plenário). (TCU, Acórdão 944/13. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Data da sessão: 17/04/13.) (sem grifos no original).

Percebe-se então que a expressão “limitar-se-á” contida no *caput* do art. 30 da Lei Geral de Licitações indica exaustivamente os documentos que podem ser exigidos na forma de qualificação técnica. O mesmo entendimento aplica-se à qualificação econômico-financeira, porquanto o art. 31, *caput*, também traz a expressão “limitar-se-á”.

Desta forma, exigências como licença ambiental, certidão criminal, alvará de vigilância sanitária, autorização ambiental, etc, não podem ser dispostas como requisitos de habilitação em certames licitatórios por violar os artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993.

Surpreende a caracterização teratológica que o edital faz ao referir-se a tais documentos. O edital afirma que tais documentos são exigidos na condição de documentos complementares. Neste viés, aproveita-se o fundamento normativo constante no preâmbulo do edital, o qual cita o Decreto Federal nº 10.024/2019, que define com exatidão os documentos complementares:

Art. 26. § 9º Os **documentos complementares** à proposta e à habilitação, **quando necessários à confirmação daqueles exigidos no edital e já apresentados**, serão encaminhados pelo licitante melhor classificado após o encerramento do envio de lances, observado o prazo de que trata o § 2º do art. 38.

O dispositivo do Decreto Federal nº 10.024/2019 define, então, que documentos complementares são os que se destinam a **confirmar** os documentos exigidos no edital e já apresentados. Portanto, é um documento que serve apenas para confirmar a legitimidade de um outro documento exigido anteriormente. Por exemplo, o edital exige um atestado de capacidade técnica. O pregoeiro pode exigir um documento para confirmar as informações deste atestado, que pode ser a nota fiscal referente a este atestado. No caso, esta nota fiscal é o documento complementar. Há, portanto, uma relação entre o documento exigido no edital e o seu respectivo documento complementar. Esta interpretação possui fundamento doutrinário, conforme nos ensinam Victor Amorim e Rafael Oliveira, que afirmam que “... por documentos complementares entenda-se aqueles cuja função é confirmar os já apresentados no momento oportuno...” (AMORIM, Victor Aguiar Jardim de; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O novo pregão eletrônico: comentários ao decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019. Recife: Portal L&C, 2019. E-Book. Disponível em: <<http://www.licitacaocontrato.com.br/baixar-eBook-novo-pregaoEletronico-portalLEC.html>>.)

Ocorre que o edital em comento desvirtua a funcionalidade dos documentos complementares, posto que exige, para fins de habilitação, documentos que exorbitam os limites impostos pela Lei sob a condição equivocada de documentos complementares. Há uma clara violação à Lei nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002 e ao Decreto Federal nº 10.024/2019, já que os documentos listados no subitem “h” do item 15.1.1.1 do edital não podem ser exigidos como documentos complementares, porquanto não se destinam a confirmar documentos exigidos anteriormente no edital.

b) Alvará de funcionamento

O subitem “h.c” do item 15.1.1.1 do edital exige, de forma ilegal, o alvará de funcionamento. Tal exigência é ilegal porque afronta, conforme já explanado anteriormente, os arts. 28 e 30 da Lei nº 8.666/1993. À luz de tais dispositivos, podemos concluir sobre a legalidade de se exigir alvará de funcionamento nas licitações o seguinte: o alvará de funcionamento, como

o próprio nome diz, não é documento hábil, nem legal para comprovar a experiência anterior da licitante de forma a demonstrar que sabe executar bem o objeto da licitação, como define o artigo 30 da lei 8.666/93. O Alvará de funcionamento é o documento exigido pelo poder público para que uma pessoa jurídica possa funcionar e nada mais além disso. Portanto, não pode ser exigido em editais de licitações como requisito de habilitação técnica, conforme o artigo 30 da lei 8.666/93, nenhum tipo de alvará de funcionamento, ele não se presta a isso.

Entretanto, outra análise se faz quando o edital exige o alvará de funcionamento como requisito de comprovar a habilitação jurídica da licitante. Vamos observar o seguinte: O legislador no artigo 30 da lei 8.666/93 criou um limitador, quando diz: “Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a”. Observe a expressão da lei “limitar-se-á”. Indica que além do que está previsto no artigo nada mais pode ser exigido, exceto, segundo o inciso IV do mesmo artigo, ocorrer a hipótese de outra lei trazer uma exigência específica, como é o caso da legislação da Engenharia e de outras profissões regulamentadas por leis específicas.

No caso da habilitação técnica, somente uma lei pode trazer outras exigências, excluindo, portanto, normas infralegais como é o caso de Resoluções, Portarias, Instruções Normativas, etc. Tais normas se caracterizam como atos administrativos normativos do Poder Executivo, isto é, não tem força de lei. Tais atos normativos podem somente trazer definições sobre o cumprimento do que já está previsto em uma lei, não criar regras além do que a lei exige. Fazer uso de atos administrativos normativos do Executivo para exigir documentos de habilitação não previstos em leis, é o mesmo que autorizar o Edital a descumprir a legislação, visto que o Edital é outro tipo de ato administrativo.

Vamos observar agora o artigo 28 da lei 8.666/93 que trata da habilitação jurídica: “Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso consistirá em:” Observe que o legislador usou a expressão “conforme o caso”, dando abertura para outras hipóteses legais, a depender de cada segmento das atividades empresariais. Nesse sentido, vamos ver como o Tribunal de Contas da União se manifestou:

“Para fins de habilitação jurídica, é vedada a exigência de apresentação de alvará de funcionamento sem a demonstração de que o documento constitui exigência do Poder Público para o funcionamento da licitante, o que deve ser evidenciado mediante indicação expressa da norma de regência no edital da licitação. Acórdão 7982/2017-Segunda Câmara.

Podemos ver que o TCU deu interpretação à luz do referido artigo 28 da lei 8.666/93, ou seja, a exigência é possível para fins de habilitação jurídica, desde que se comprove haver uma exigência do Poder Público, admitindo-se neste caso, exigências feitas em norma infralegais. Assim se deu razão à expressão que o legislador utilizou no artigo 28 da lei 8.666/93: “conforme o caso”.

O alvará de funcionamento só é possível ser exigido para cumprimento da habilitação jurídica, quando houver normas jurídicas de qualquer nível hierárquico do Poder Público que faça outras exigências para uma empresa funcionar, o que não é o caso, porquanto não há esta norma jurídica na esfera do Município de Itaúbal-AP.

Desta forma, a Impugnante requer a retificação do edital a fim de que o seu subitem “h.c” do item 15.1.1.1 seja excluído.

c) Alvará da vigilância sanitária

O subitem “h.d” do item 15.1.1.1 do edital exige a apresentação do alvará da vigilância sanitária. Aliás, repisa-se, o absurdo de exigir este alvará como “documento complementar” para efeito de “habilitação fiscal”. São duas ilegalidades, para não afirmar absurdos, num mesmo dispositivo. Primeiro, como já dito, porque este alvará não pode exigido como documento complementar, já que este destina-se apenas a confirmar um documento já enviado, conforme o já demonstrado art. 26, § 9º, do Decreto Federal nº 10.024/2019. Indaga-se: qual o outro documento de habilitação que seria confirmado por um alvará de vigilância sanitária? A resposta é simples: não há. É ilegal exigir o alvará de vigilância sanitária nos moldes como estabelece o edital em comento. Segundo, alvará de vigilância sanitária em nada se relaciona com habilitação fiscal. Ora, habilitação fiscal refere-se às certidões de regularidade perante às fazendas municipal, estadual e federal. E estas são aferidas mediante certidões emitidas nos termos do Código Tributário Nacional. Isto nada tem a ver com normas sanitárias. O art. 29 da Lei nº 8.666/1993 dispõe sobre a documentação relativa à regularidade fiscal, senão vejamos:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.

A Lei nº 8.666/1993 é bastante clara ao dispor sobre a documentação relativa à regularidade fiscal, não havendo margem para enquadrar o alvará de vigilância sanitária como requisito de habilitação fiscal. Esta disposição do edital, além de ilegal, é teratológica e não encontra respaldo em qualquer interpretação normativa do ordenamento jurídico pátrio.

No mais, mesmo que a referida exigência não fosse enquadrada para efeito de habilitação fiscal, seria necessário observar estritamente o princípio da legalidade, o que orienta que a Administração Pública somente pode fazer o que a lei determina ou autoriza. Desta forma, qualquer exigência relativa à alvará de vigilância sanitária deveria observar eventuais determinações normativas emanadas pelo poder público. Além disso, tais normas deveriam estar devidamente indicadas no instrumento convocatório, a fim de observar os princípios da legalidade e da segurança jurídica. Este entendimento é pacificado no Tribunal de Contas da União, conforme acórdão citado a seguir:

9.3.2. abstenha-se de exigir dos licitantes a apresentação de autorização de funcionamento de empresa, **alvará expedido por órgão de vigilância sanitária ou documentação semelhante, salvo se a existência de algum desses documentos for imposta pelo Poder Público como requisito para funcionamento da empresa, o que deverá ser expressamente indicado no edital mediante citação da norma de regência;** (Acórdão nº 3409/2013 – Plenário. TCU. Representação. Relator Aroldo Cedraz)

Nos termos do entendimento de nossa Corte de Contas, o alvará expedido por órgão de vigilância sanitária somente pode ser exigido em caráter excepcional, impondo-se a condição de decorrer de imposição do Poder Público como requisito para funcionamento da empresa. Além disso, a referida norma que impõe tal condição deve ser expressamente indicada no edital da licitação, em observância ao princípio da legalidade.

Desta feita, a Impugnante requer a retificação do edital a fim de excluir o subitem “h.d” do item 15.1.1.1 do edital. Caso contrário, o edital deve ser retificado a fim de indicar expressamente a norma que impõe esta condição como requisito de funcionamento da empresa.

d) Autorização ambiental

O subitem “h.e” do item 15.1.1.1 do edital exige, como documento complementar à habilitação fiscal, que a empresa licitante apresente certidão ou autorização ambiental. Cabe aqui, inicialmente, as mesmas observações feitas no tópico anterior relativas ao equivocado enquadramento deste documento em relação à regularidade fiscal. Feita esta observação preliminar, passemos a análise mais restrita à referida certidão ambiental.

É *mister* lembrar que as exigências que poderão ser disciplinadas pela Administração Pública, em sede editalícia, quando da contratação de seus futuros fornecedores/prestadores de serviços limitar-se-ão àquelas estritamente indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações a serem assumidas pelo particular. É o que dispõe o art. 37, inc. XXI, da Constituição

da República. Tendo, pois, as referidas exigências, como rol de documentos máximo, aqueles listados pelos arts. 28 a 31 da Lei 8.666/93.

Neste diapasão, uma vez que a referida “licença ambiental” não se afeiçoa aos documentos em espécie listados pelos referidos arts. da Lei 8.666/93, esta só poderia ser oponível, a título habilitatório, se prevista em lei especial, com espeque no art. 30, inc. IV, desta mesma lei.

Ademais disso, há que igualmente se ter em mente que, ao exigir-se a referida licença de todos os participantes, à exceção daquele que vencer o certame, os demais teriam incorridos em custos desnecessários para a sua participação na licitação; em descompasso, portanto, com a Súmula 272/12 do TCU, assim assentada: “No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato”. Sendo oportuno mencionar, ainda, o que dispõe o item 2.2 do Anexo VII-B da Instrução Normativa 05/17 (MPDG): “Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só serão devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno”.

Considerando isso, o entendimento adotado pela referida Corte de Contas é no sentido de que as licenças ambientais devem ser exigidas tão somente em face do licitante vencedor do certame, e não de todos os seus participantes, a título habilitatório. Neste sentido, vede: TCU. Acórdão 5.900/10 - Segunda Câmara; TCU. Acórdão 2.872/14 – Plenário.

Trata-se, pois, de providência a ser tomada após encerrada a licitação, apenas por parte do licitante vencedor. A imposição de apresentação de licenciamento ambiental, a título habilitatório (e não para fins de assinatura do contrato), revela-se indevida. Por conseguinte, terá cabimento a anulação do edital.

Nos termos pretendidos pela Administração, com o propósito de fiscalização e controle posto que, supostamente, a atividade em questão agride “as condições ambientais ou utilizam os recursos naturais”, necessário se faz observar que, nos termos do art. 10 da Lei 6.938/81, a qual estabelece a Política Nacional de Meio Ambiente, o licenciamento ambiental não é exigido para toda e qualquer atividade. Vejamos o que dispõe o referido comando normativo: “A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e **atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental** dependerão de prévio licenciamento ambiental”. (Sem grifos no original).

Sendo assim, advirta-se que, para que determinada atividade seja considerada potencialmente poluidora ou capaz de degradar o meio ambiente, deverá haver a avaliação do órgão/entidade ambiental competente para tanto, após a avaliação dos “aspectos ambientais

relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco”, com base no inc. III, do art. 1º, da Resolução 237/97, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

Desta feita, à luz dos fundamentos apresentados, a Impugnante requer a retificação do edital a fim de excluir o subitem “h.e” do item 15.1.1.1 do edital.

e) Certificado técnico em tanatopraxia

O item 8.8 do termo de referência exige que seja apresentado, para fins de qualificação técnica, certificado técnico em tanatopraxia reconhecido pelo Ministério da Educação. No entanto, esta exigência, além de ilegal, serve apenas para restringir a competitividade, pois os cursos cujo o reconhecimento pelo MEC é exigível são apenas os de graduação, pós-graduação e técnicos. O curso de tanatopraxia não se encaixa em nenhuma destas modalidades, pois é um curso profissionalizante, não sendo, portanto, exigível o reconhecimento pelo MEC. Tanto assim é que o concluinte deste curso não recebe um diploma, e sim um certificado de conclusão.

Curso profissionalizante, também chamado de curso livre, é todo curso voltado à capacitação no mercado de trabalho e que possa ser cursado sem a exigência de grau de escolaridade. De acordo com a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases), o curso livre enquadra-se na categoria “formação inicial e continuada ou qualificação profissional”.

Bem assim, o MEC reconhece apenas os cursos de nível fundamental, médio, técnico e superior; frise-se que “reconhecer” aqui quer dizer “impor normas de funcionamento”. No caso do curso livre, o MEC prevê a legalidade de sua existência e oferta, porém não impõe regras para o seu funcionamento: apenas impõe regras que limitam o alcance do curso livre, ou seja, não pode ser o curso livre ofertado como se fosse curso de nível fundamental, médio, técnico ou superior. Sendo assim o MEC Regulamenta os Cursos Livres. Entenda-se: apesar de o MEC não carimbar o certificado de conclusão ou por ali o seu selo, reconhece como válido o curso livre pois este é autorizado por lei.

Vejamos o que dispõe a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação):

Art. 7º O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino;

II - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público;

III - capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal.

E ainda:

Art. 39. A educação profissional e tecnológica, no cumprimento dos objetivos da educação nacional, integra-se aos diferentes níveis e modalidades de educação e às dimensões do trabalho, da ciência e da tecnologia.

§ 1º Os cursos de educação profissional e tecnológica poderão ser organizados por eixos tecnológicos, possibilitando a construção de diferentes itinerários formativos, observadas as normas do respectivo sistema e nível de ensino

§ 2º A educação profissional e tecnológica abrangerá os seguintes cursos:

I – de formação inicial e continuada ou qualificação profissional;

II – de educação profissional técnica de nível médio;

III – de educação profissional tecnológica de graduação e pós-graduação.

§ 3º Os cursos de educação profissional tecnológica de graduação e pós-graduação organizar-se-ão, no que concerne a objetivos, características e duração, de acordo com as diretrizes curriculares nacionais estabelecidas pelo Conselho Nacional de Educação.

Percebe-se então que o §2º do art. 39 faz clara distinção entre cursos profissionalizantes (inciso I), profissionalização técnica de nível médio (inciso II) e profissionalização tecnológica de graduação e pós-graduação (inciso III). Logicamente, o curso de tanatopraxia não podem ser encaixados nos incisos II, por não ser técnico de nível médio, e III, por também não ser de graduação ou pós-graduação. Encaixa-se, desta forma, no inciso I, cuja a autorização decorre diretamente da Lei.

O Decreto Federal nº 5.154/2004 regulamente o acima citado art. 39 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Vejamos como:

Art. 1º A educação profissional, prevista no art. 39 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), observadas as diretrizes curriculares nacionais definidas pelo Conselho Nacional de Educação, será desenvolvida por meio de cursos e programas de:

I - qualificação profissional, inclusive formação inicial e continuada de trabalhadores;

II - educação profissional técnica de nível médio; e

III - educação profissional tecnológica de graduação e de pós-graduação.

Conforme já explanado anteriormente, o curso de tanatopraxia enquadra-se como qualificação profissional, conforme negrito acima. Agora vejamos o que dispõe o art. 3º do citado Decreto:

Art. 3º Os cursos e programas de formação inicial e continuada de trabalhadores, referidos no inciso I do art. 1º, incluídos a capacitação, o aperfeiçoamento, a especialização e a atualização, em todos os níveis de escolaridade, poderão ser ofertados segundo itinerários formativos, objetivando o desenvolvimento de aptidões para a vida produtiva e social.

[...]

§ 2º Os cursos mencionados no caput articular-se-ão, preferencialmente, com os cursos de educação de jovens e adultos, objetivando a qualificação para o trabalho e a elevação do nível de escolaridade do trabalhador, o qual, após a conclusão com aproveitamento dos referidos cursos, **fará jus a certificados de formação inicial ou continuada para o trabalho.**

Note-se que os concluintes dos referidos cursos em comento fazem jus a certificados, e não a diplomas. Para deixar ainda mais claro esta diferenciação, vejamos outro dispositivo do mesmo decreto:

Art. 7º Os cursos de **educação profissional técnica de nível médio** e os cursos de **educação profissional tecnológica de graduação** conduzem à diplomação após sua conclusão com aproveitamento.

Percebam o distintivo que o Decreto faz quando referem-se a educação profissional técnica de nível médio e tecnológica de graduação, os quais conduzem a diplomação, e não a certificação.

Desta forma, a Administração não pode exigir que o certificado do curso de tanatopraxia seja reconhecido pelo MEC.

A rigor, tal exigência de habilitação classifica-se como qualificação técnico-profissional. No entanto, quando se fala em qualificação técnico-profissional, esta exigência deve ser disposta em edital observando-se a legislação pertinente, no caso, o art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8.666/1993, que dispõe nos seguintes termos:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica **limitar-se-á a:**

[...]

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, **profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de**

maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

Ressalte-se, inicialmente, que as disposições do art. 30 da Lei de Licitações e Contratos elencam os documentos que podem ser exigidos como requisitos de qualificação técnica de forma **exaustiva**, porquanto o *caput* do referido artigo é claro ao afirmar que “a documentação relativa à qualificação técnica **limitar-se-á...**”, ou seja, não pode a Administração exigir documentos ou informações além dos que estão elencados exaustivamente no art. 30, conforme já demonstrado nesta peça.

De acordo com o art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8.666/1993, a capacitação técnico-profissional deve limitar-se a profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente e detentor de atestado de responsabilidade técnica. Ocorre que, *in casu*, e conforme já demonstrado, o curso de tanatopraxia não é de nível superior e nem técnico. É um curso profissionalizante e livre. No mais, não existe entidade competente para reconhecer o certificado de tal curso, inclusive porque é um curso livre (não querendo ser redundante). E ainda, não existe atestado de responsabilidade técnica para este tipo de atividade.

Diante do demonstrado, a referida exigência de qualificação técnica do item 8.8 do termo de referência é ilegal, motivo pelo qual a Impugnante requer a retificação do instrumento convocatório a fim de que o referido dispositivo seja excluído.

f) Acabamento externo em verniz de alto brilho e detalhes em silkscreen

A especificação do objeto contida no termo de referência exige que o serviço funeral deve incluir detalhes em *silk screen*. Sobre esta especificação, vale ressaltar que o Ministério Público do Amapá, recomendou à Prefeitura Municipal de Santana a anulação do Pregão Eletrônico nº 15/2020 – CL/PMS por, dentre outros motivos, exigir que o serviço funeral incluísse esta mesma especificação (detalhes em *silk screen*). Vejamos como se manifestou o MP-AP na Recomendação nº 0000013/2020-PJDPPCC sobre este assunto:

CONSIDERANDO a ausência de economicidade na escolha do objeto, obrigação expressa no art. 70 da Constituição Federal, conceituando-se como a obtenção do resultado esperado com o menor custo possível, mantendo-se a qualidade da oferta e sua prestação, haja vista que o item 01, dos lotes de serviço funeral de criança, adulta e gorda do Edital de Pregão Eletrônico n. 015/2020-CL/PMS, não correspondem a descrição de urna funerária de menor valor no mercado, mas de padrão médio ou de alto valor, em razão da especificação “acabamento externo em verniz de alto brilho e detalhes em silkscreen”, no que redundará em prejuízos não justificados ao erário público.

Relevante salientar que a referida recomendação do MP-AP foi devidamente cumprida pela Prefeitura Municipal de Santana, que anulou o referido edital de pregão eletrônico.

Tal especificação restringe a competitividade e exige que o serviço a ser contratado não seja o praticado de forma comum no mercado.

Por tais razões, a Impugnante requer a exclusão da referida especificação do termo de referência.

VI – CONCLUSÃO DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

Desta forma, a presente impugnação conclui que os requisitos objetos para o julgamento da proposta e dos documentos de habilitação foram dispostos no edital sem observar as devidas normas regentes, tornando o instrumento convocatório ilegal. Esta Impugnante possui plena convicção de todos os fundamentos aqui expostos. Caso a presente impugnação seja indeferida, será impetrado mandado de segurança a fim de que o direito líquido e certo seja resguardado e protegido pela tutela jurisdicional. Considerando também haver clara restrição de competitividade de forma a privilegiar determinada empresa, ofertaremos também denúncia ao Ministério Público do Estado do Amapá e também ao Tribunal de Contas do Estado do Amapá, semelhante ao que ocorreu o pregão para o mesmo objeto ocorrido na Prefeitura Municipal de Santana no ano de 2020, aqui citado.

VII – PEDIDO

Ante todo o exposto, a Recorrente requer:

- a) Conhecimento do presente recurso hierárquico;
- b) Imediata suspensão do certame *a quo* a fim de que sejam examinados os apontamentos de vícios de legalidade no instrumento convocatório;
- c) Conhecida a impugnação, requer a exclusão de todas as exigências do subitem “h” do item 15.1.1.1 do edital, a saber:
 - a.1) Certidão Cível e Criminal, emitida pelo Tribunal de Justiça do Estado sede e da empresa e, também, dos seus sócios;
 - a.2) Certidão Negativa Especial – ações cíveis e criminais emitida pelo Poder Judiciário da União e, nome da empresa e, também dos seus sócios;
 - a.3) Alvará de Funcionamento de Titularidade da empresa licitante, expedido pela Prefeitura Municipal (Sede da licitante), com vigência atualizada;
 - a.4) Alvará da Vigilância Sanitária, da sede do licitante;
 - a.5) Certidão ou autorização Ambiental emitida pela Secretaria de Meio Ambiente do Município da sede da licitante, em validade.
- d) Retificação do item 8.8 do termo de referência, a fim de que não seja exigido que o certificado seja reconhecido pelo MEC; e
- e) Exclusão da especificação “acabamento externo em verniz de alto brilho e detalhes em silkscreen” constante no termo de referência.



Macapá, 23 de julho de 2021.

ALAN DE CARVALHO QUEIROZ
DYKA CONSULTORIA E SERVIÇOS