

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE PARACURU-CE.

Ref.: EDITAL DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 11.005/2020-CP

IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

Eu, MARCIO ROBERTO GOMES ARAUJO, pessoa física de direito privado, inscrita no CPF sob o nº 830.884.153-87, venho, tempestivamente, conforme permitido no § 2º, do art. 41, da Lei nº 8666/93, em tempo hábil, à presença de Vossa Senhoria a fim de IMPUGNAR os termos do Edital em referência, que adiante especifica o que faz na conformidade seguinte:

I – DA TEMPESTIVIDADE

A presente Impugnação é plenamente tempestiva, uma vez que o próprio instrumento convocatório prenuncia em seu subitem 11.1, vejamos:

11. CONSULTAS, RESPOSTAS, ADITAMENTO, DILIGÊNCIAS, REVOGAÇÃO E ANULAÇÃO

11.1. Qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar este edital. No caso de impugnação, **qualquer cidadão** é parte legítima para impugnar um edital de licitação por irregularidade na aplicação da Lei nº 8.666/93 no prazo de **até 05 (cinco) dias** antes da data fixada recebimento das propostas. Quando for **licitante**, a impugnação deverá ser realizada **até o segundo dia útil** que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação.

02/04
M.

Recebido em 20 de Agosto de 2020. Nelson Gomes M. nº 01. P. 121 Paracuru-CE

No mesmo sentido, é o que está previsto expressamente na lei 8.666/93, que qualquer vício do edital pode sujeitá-lo à impugnação dentro dos prazos a seguir:

Qualquer **cidadão** protocolando o pedido até 5 dias úteis antes da abertura dos envelopes de habilitação (§1º do art. 41).

Qualquer **licitante** protocolando o pedido até 2 dias úteis antes da abertura dos envelopes de habilitação (§2º do art. 41).

Considerando o prazo legal para apresentação da presente impugnação, são as razões ora formuladas plenamente tempestivas, uma vez que o termo final do prazo de impugnação para a licitante se dá em 21 de agosto de 2020, razão pela qual deve conhecer e julgar a presente impugnação.

II – FATOS

O subscrevente tem interesse em participar da licitação para PERMISSÃO ONEROSA DE USO DE ESPAÇO PÚBLICO PARA EXPLORAÇÃO COMERCIAL DE 13 (TREZE) QUIOSQUES DA BEIRA-MAR, PRAÇA JOAQUIM DE CARVALHO (PRAÇA DO FAROL) E PRAÇA RAUL DE PONTES BARROSO (PRAÇA PROX. AO BANCO DO BRASIL), CENTRO DE PARACURU/CE – CEP 62.680-000, VISANDO A INSTALAÇÃO E EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS COMERCIAIS, PELO PERÍODO DE 05 (CINCO) ANOS, CONFORME PROJETO BÁSICO/TERMO DE REFERÊNCIA EM ANEXO DO EDITAL, conforme consta no Termo de Referência anexo ao edital.

Ao verificar as condições para participação na licitação citada, constatou que o edital prevê em seu subitem **5.4.8.1.1 a exigência de apresentação do Alvará de Funcionamento** da empresa concorrente.

III – DIREITO.

Com relação à exigência de Alvará de Funcionamento no presente edital, apresentamos 5 (cinco) situações que demonstram a abusividade em exigir este documento no presente instrumento convocatório, conforme será exposto a seguir:

1ª SITUAÇÃO – Extrapola as exigências previstas no artigo 28 da lei 8.666/93:

02/09
Ji.

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso consistirá em:

- I – cédula de identidade;
- II – registro comercial, no caso de empresa individual;
- III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;
- IV – Inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;
- 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.

2ª SITUAÇÃO – Extrapola as exigências previstas no artigo 30 da lei 8.666/93:

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

- I – registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
- III – comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
- IV – prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

3ª SITUAÇÃO – Finalidade do artigo 30 da lei 8.666/93:

O alvará de funcionamento não tem por finalidade jurídica declarar competência técnica da licitante para a realização de um serviço ou fornecer. O legislador no artigo 30 da lei 8.666/93 tem por espírito da norma que a licitante comprove que tem expertise na execução do objeto, por experiências anteriores, nada mais.

4ª SITUAÇÃO – Finalidade do artigo 28 da lei 8.666/93:

03/09
OK

Por outro lado, temos o artigo 28 da lei 8.666/93, cujo espírito da norma é a comprovação de que a licitante cumpre os requisitos legais para sua constituição e funcionamento para exercer suas atividades. Como exigência indispensável para essa finalidade, como prevê a Constituição Federal, a lei não exigiu alvará de funcionamento.

5ª SITUAÇÃO – O Princípio da Isonomia, Princípio da Competitividade e o Princípio da Proposta Mais Vantajosa:

A Constituição Federal em seu artigo 37 estipulou que a exigência legal para participar da licitação pública deve ser aquelas indispensáveis para a realização do objeto.

CF/88 – ART. 37

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Para não descumprir o direito de todos participarem das licitações públicas (Isonomia); para que seja o maior número possível de participantes para fomentar a concorrência (competitividade) e para promover a diminuição do custo e gerar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, a partir da competitividade, é que a Constituição dispõe de forma imperativa que **se exija somente aquilo de fato é indispensável à qualificação técnica e condições financeiras da licitante.**

Portanto, podemos concluir sobre a legalidade de se exigir alvará de funcionamento nas licitações o seguinte:

O que é o alvará de funcionamento? O próprio nome do documento por si só já explica: O alvará de funcionamento 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 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.

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, 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.

05/09
M.

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".

Não se admite sua exigência para fins de habilitação técnica, porque não é documento próprio para comprovar a experiência anterior da licitante acerca da execução do objeto da licitação, conforme o artigo 30 lei 8.666/93.

Não se pode desprezar nesta análise a principiologia jurídica aplicada às licitações. Nesse caso, vamos compreender que as exigências que não estão elencadas no artigo 28 da lei 8.666/93 devem ser evitadas na fase de participação na licitação, ou seja, **é necessário evitar o afastamento de fornecedores, sob o risco de comprometer a competitividade que é corolário da proposta mais vantajosa, esse é um aspecto de natureza negocial, outro aspecto de natureza legal é que a exigência na fase da licitação promove a proibição de todos participarem, contrariando o princípio constitucional da isonomia.**

Na verdade, a exigência de alvará, assim como outras não elencadas pelo legislador, só contribui para afastar licitantes dos certames, quando exigidas para fins de participação na licitação.

Complementando o entendimento aqui colacionado, perguntamos a Prefeitura Municipal de Paracuru, o porquê da exigência do Alvará de Funcionamento de uma Pessoa Jurídica para a participação no processo licitatório, se a mesma, após o processo licitatório, sagrando-se vencedora do certame, deverá solicitar da Prefeitura Municipal o Alvará de funcionamento para abertura e regularização do quiosque, conforme previsão na alínea "c" do subitem 8 do edital, aí sim, como uma obrigação do Concessionário, vejamos:

8. DAS OBRIGAÇÕES DO(A) CONCESSIONÁRIO(A):

(...)

c) responsabilizar-se pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais da execução do contrato tais como tributos, taxas, tarifas, emolumentos, licenças, **alvarás**, multas e/ou quaisquer infrações e a sua inadimplência referente a estes encargos, não poderá transferir à Administração Pública a responsabilidade por seu

06/09
CP

pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato;
(Grifo nosso).

Conforme exposto, entendemos ser uma exigência totalmente abusiva, tanto é que não se encontra amparada em nenhuma justificativa. Estando solta no instrumento convocatório no subitem 5.4.8 "demais documentos de habilitação", sem nenhuma motivação ou fundamentação legal apresentada, notemos:

5.4.8 - Relativos aos DEMAIS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO:

5.4.8.1 - EMPRESAS:

5.4.8.1.1 - Alvará de Funcionamento;

III.II – DA ALTERAÇÃO DO EDITAL E REPUBLICAÇÃO DOS ATOS

As alterações do edital de licitação, mesmo as mais singelas, que não impliquem em nova divulgação, estão disciplinadas no § 4º do artigo 21 da Lei 8.666/1993, da seguinte forma:

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Pelo teor do dispositivo legal destacado, a exceção prevista à republicação do edital só pode ser utilizada quando, a alteração não afetar a formulação das propostas, aqui entendendo o termo "proposta" como sendo o conjunto formado pela documentação de habilitação, a propostas técnica (quando houver) e a proposta comercial.

Mesmo que a alteração do edital ocorra nos documentos de habilitação exigidos dos interessados em disputar o certame, sem nenhuma relação com a elaboração da proposta propriamente dita, **a republicação é obrigatória, tal qual já está pacificado na doutrina e na jurisprudência.**

Cabe destacar que, **inclusive quando a modificação é para diminuir as exigências de habilitação, é necessária a republicação do edital com reabertura de prazo, pois um interessado que não tinha condições de disputar com a regra inicial pode conseguir se habilitar com as novas exigências.**

07/09
D.C.

A obrigatoriedade de republicar o edital e reabrir o prazo da licitação, mesmo nos casos em que hajam diminuição de exigências já foi vastamente apresentada na doutrina, como por exemplo, no Acórdão nº 1197/2010 – TCU – Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti:

9.2.2. atente para a necessidade de divulgação, pela mesma forma que se deu o texto original, das eventuais alterações do instrumento convocatório, com a reabertura do prazo inicialmente estabelecido, mesmo em hipóteses que resultem na ampliação do universo de competidores, a fim de viabilizar que os novos possíveis interessados contem com tempo hábil para a elaboração de suas propostas, com vistas a dar pleno cumprimento ao disposto no § 4º do art. 21 da Lei 8.666/93;

Também precisa ficar claro que a alteração no edital tratada no dispositivo legal pode estar no corpo principal do edital, assim como em qualquer de seus anexos. O que importa, para impor a necessidade de republicação do edital é que haja uma modificação em qualquer parte do edital, que interfira na forma de conseguir a habilitação ou na elaboração das condições de disputar o certame, seja na proposta comercial ou na proposta de técnica, se esta for exigida.

Para que não haja dúvida de relevância da modificação que implique na republicação do edital o legislador teve o cuidado de limitar a utilização da exceção aqui tratada para os casos em que a alteração na proposta (extensível também para a habilitação) for incontestável. Assim, se houver dúvida se a modificação do edital vai afetar ou não a proposta (compreendida como proposta comercial e documentação), essa modificação deve ser republicada.

Dessa forma, só restariam permitidas as modificações do edital, sem a reabertura de prazo, para aquelas alterações que efetivamente não iriam trazer nenhuma consequência para a montagem da habilitação ou da elaboração da proposta, como, por exemplo, a troca da sala onde ocorrerá a sessão da licitação.

IV – PEDIDOS.

Em face do exposto, requer-se seja a presente IMPUGNAÇÃO julgada procedente, com efeito de alterar o Edital, deixando de exigir o Alvará de funcionamento previsto no subitem 5.4.8.1.1.


02/10/09
Ji.

Requer ainda que seja determinada a republicação do Edital, inserindo a alteração aqui pleiteada, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8666/93, *in verbis*:

Nestes Termos

Pede Deferimento.

Paracuru, 20 de agosto de 2020.



MARCIO ROBERTO GOMES ARAUJO
CPF Nº 830.884.153-87

09/09
21