



ESTADO DE SANTA CATARINA
PREFEITURA DE GASPAR
CNPJ 83.102.244/0001-02

DEPARTAMENTO DE COMPRAS E LICITAÇÕES
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO
DECRETO MUNICIPAL 6.800/2016

Ofício nº 004/2016.

Gaspar, 26 de fevereiro de 2016.

Ilustríssimo Senhor
Representante Legal da Empresa
MARMORARIA E FUNERÁRIA HAAS LTDA-EPP
CNPJ: 82.653.346/0001-53
Rua São Paulo, 561 - Centro, CEP: 89.012-001 - Blumenau/SC.

Assunto: Resposta a Impugnação ao Edital de Concorrência Pública nº 01/2016.

A empresa "MARMORARIA E FUNERÁRIA HAAS LTDA – EPP", pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 82.653.346/0001-53, estabelecida na Rua São Paulo, 561, na cidade de Blumenau, estado de Santa Catarina, CEP 892012-001, apresentou impugnação ao Edital de Concorrência n. 01/2016, em 23 de fevereiro de 2016.

Em síntese, a empresa impugnou o Edital em 4 pontos: a outorga do objeto em favor de duas empresas, a autorização para que o serviço de tanatopraxia seja prestado por terceiros, o rodízio entre as empresas e a velocidade máxima a ser praticada pelos veículos nos cortejos.

Em atendimento aos princípios que disciplinam a atuação da Administração Pública, em especial da publicidade, motivação, legalidade, impessoalidade e autotutela, passa-se a esclarecer cada um dos aspectos impugnados pela Empresa.

1. Da outorga do objeto em favor de duas empresas.

A empresa questiona o item 1.1. do Edital e 2.3. do Termo de Referência, que define que os serviços funerários do Município de Gaspar serão explorados, sob o regime de concessão, por duas empresas.

A empresa alega que a Lei Municipal 3.671/2015, em seu art. 5º, §3º, prevê que o Poder Concedente fixará o número de empresas concessionárias do serviço, na proporção de 50.000 (cinquenta mil habitantes) por concessionária. Deste modo, somente uma concessionária deveria prestar o serviço, tendo em vista que o Município de Gaspar possui 57.981 habitantes.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PREFEITURA DE GASPAR
CNPJ 83.102.244/0001-02

Contudo, a interpretação da empresa desvirtua a inteligência da norma. A Lei Municipal indica que cada grupo de 50 mil habitantes deve ser atendido por uma concessionária. É possível inferir que esta é a capacidade máxima de habitantes que se estima que uma empresa tenha condições de atender, sem que haja prejuízo à adequada prestação do serviço público. Se o número de habitantes supera os 50 mil, devem ser contratadas duas empresas concessionárias. Caso houvesse 100.001 (cem mil e um) habitantes residentes em Gaspar, como hipótese apresentada pela empresa, o Município deveria contratar 3 empresas concessionárias, e assim por diante.

Portanto, respeitando a obrigatoriedade da prestação do serviço público adequado, prevista no art. 6º da Lei 8.987/1995¹, os serviços funerários do Município de Gaspar serão explorados, sob o regime de concessão, por duas empresas. Desta forma, resta improcedente a impugnação apresentada pela empresa, neste ponto.

2. Do serviço de tanatopraxia: prestação do serviço por terceiros.

A empresa alega que o item 2.4. do Termo de Referência não prevê o serviço de tanatopraxia, enquanto o item 3.4. do mesmo Termo de Referência menciona expressamente o serviço, permitindo que seja prestado por Clínicas Especializadas com laboratórios próprios – e não diretamente pelo concessionário.

Alega, ainda, que os itens 5.8., 5.8.3., 8.1. e 9.3.6. obrigam o licitante a manter obrigatoriamente sala de execução de serviços de tanatopraxia, como atividade exclusiva da concessionária, o que impediria a subcontratação do serviço. Segundo a empresa, o edital seria contraditório e afrontaria o texto legal, permitindo que o serviço exclusivo do concessionário fosse prestado também por clínicas especializadas. A empresa entende que o serviço de tanatopraxia deveria ser prestado exclusivamente pela concessionária.

A contratação de terceiros para a execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido é autorizada por lei, desde que o concessionário continue responsável pela execução de seu objeto e a natureza deste o permita.

O que ocorre na subcontratação do contrato de concessão é uma espécie de terceirização, um contrato de direito privado. A relação jurídica da concessão permanece imutável, pois não se forma

¹ **Art. 6º** Toda concessão ou permissão pressupõe a **prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários**, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.





ESTADO DE SANTA CATARINA
PREFEITURA DE GASPAR
CNPJ 83.102.244/0001-02

vínculo entre o Poder Público e o terceiro contratado. É o que prevê o art. 25, §§ 1º e 2º e o art. 31 da Lei 8.987/1995.²

Para os casos de subcontratação, não se exige nova licitação. É o ensinamento a seguir exposto:

No caso da subcontratação, não será exigida licitação, porque ela não incidirá sobre a atividade principal do objeto concedido, ficará adstrita às cláusulas regulamentares estipuladas para a concessão e, finalmente, porque a contratação não eximirá o concessionário de responsabilidade, nem formará qualquer vínculo do terceiro contratado com a Administração, conforme já salientado. É o que conclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "No caso da contratação de terceiros prevista no art. 25, não há subconcessão; o que a lei prevê é a celebração de contratos de prestação de serviços ou de obras por terceiros; em vez do concessionário exercer diretamente todas as atividades ligadas ao contrato de concessão, ele contrata terceiros para realizar determinadas atividades, como serviços de limpeza, vigilância, contabilidade, obras, reformas, reparos etc. São os contratos de obras e serviços a que se refere a Lei nº 8.666; no entanto, por serem contratados pela concessionária e não pelo poder concedente, não se submetem às normas dessa lei; não são contratos administrativos, mas contratos de direito privado".³

² **Art. 25.** Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

Art. 31. Incumbe à concessionária:

- I** - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;
- II** - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;
- III** - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;
- IV** - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
- V** - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;
- VI** - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;
- VII** - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e
- VIII** - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

Parágrafo único. As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.

³ LANIUS, Danielle Cristina. *Da necessidade de licitação nos casos de subcontratação, subconcessão, transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária de serviço público.* Revista de Informação Legislativa. Link: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/608/r147-06.PDF?sequence=4>. Acesso em 25/02/20169.





ESTADO DE SANTA CATARINA
PREFEITURA DE GASPAR
CNPJ 83.102.244/0001-02

Portanto, não há qualquer irregularidade na previsão editalícia que autoriza que o serviço de tanatopraxia seja prestado por empresa contratada pela concessionária.

O item 2.4. do Termo de Referência arrola os serviços objeto do contrato de concessão. Apesar de não citar expressamente a tanatopraxia, prevê que também serão objeto da concessão “demais atividades correlatas”, o que torna o rol previsto exemplificativo. Desse modo, quando o Termo de Referência relaciona o serviço de tanatopraxia, em outros itens, não há qualquer contradição.

O item 3.4. do Termo de Referência prevê que o serviço de tanatopraxia pode ser prestado de duas formas: a) por clínicas especializadas com laboratórios próprios e licenciados com profissionais técnicos habilitados – serviço prestado por terceiro, através de subcontratação; ou b) por profissionais técnicos habilitados, sob a responsabilidade de um Diretor e Agente Funerário devidamente qualificado e regularmente cadastrado na Associação Brasileira de Empresas e Diretores Funerários, responsável pelos procedimentos técnicos, legais e administrativos, inerentes à execução de toda atividade funerária da concessionária – serviço prestado diretamente pela concessionária.

O que o edital permite é que a concessionária opte a forma pela qual prestará o serviço de tanatopraxia, diretamente ou através de empresa subcontratada, sob sua conta e risco. Em ambos os casos, saliente-se, a prestação do serviço é de responsabilidade exclusiva da empresa concessionária, vez que não haverá qualquer espécie de vínculo formado entre o Poder Público e a empresa eventualmente subcontratada.

Assim, o item 8.1. do Termo de Referência, quando define a tanatopraxia como atividade funerária, não exclui a subcontratação deste serviço. A atividade não é exclusiva da concessionária.

Deste modo, fica esclarecido que somente será exigido o cumprimento dos itens 5.8.3 e 9.3.6 do Termo de Referência se a empresa vencedora não optar pela subcontratação.

Portanto, a impugnação ao item 3.4. do Termo de Referência, que autoriza a prestação dos serviços de tanatopraxia por terceiros, sob o argumento de que é serviço exclusivo do concessionário, não merece prosperar.

3. Do rodízio entre as empresas concessionárias

A empresa impugna o item 5.10.1. do Termo de Referência, alegando que a divisão equitativa do número de atendimentos entre todas as concessionárias na forma de rodízio diário afronta a Constituição, a Lei 8.987/1995 e o Código de Defesa do Consumidor, por violar os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a reserva legal, a livre concorrência e a liberdade de escolha dos consumidores.

Segundo o Termo de Referência, a Central de Atendimento do Serviço Funerário de Gaspar – CASERFG possuirá atribuição para realizar uma divisão equitativa do número de atendimentos entre todas as concessionárias na forma de rodízio diário (item 5.10.1.) e para assegurar a gratuidade de





ESTADO DE SANTA CATARINA
PREFEITURA DE GASPAR
CNPJ 83.102.244/0001-02

prestação de serviços nos casos assim considerados, mediante rodízio entre as concessionárias (item 5.10.5.).

É importante destacar que o Edital de forma alguma infringe o Código de Defesa do Consumidor, nem fere qualquer dos princípios elencados pela Impugnante. O Edital apenas busca evitar a prática de agenciamento, conforme disposto no art. I e II do Decreto Municipal nº 6.620/2015.

Não há qualquer impedimento quanto a livre escolha do usuário, somente deve ficar claro que quando o usuário optar por empresa diversa da que estiver na vez, considerar-se-á como serviço executado sendo a mesma alocada no final do rodízio.

O Edital busca com isso evitar a concorrência entre as concessionárias e o agenciamento, cumprindo o disposto no art. 6º, II do Decreto 6.620/2015.

Sendo assim não deve ser provida a impugnação neste item.

4. Da velocidade máxima de tráfego

A empresa impugna o item do Termo de Referência que prevê como 30 km/h o limite de velocidade a ser praticado pelos veículos no cortejo fúnebres, tendo em vista que a legislação municipal fixa a velocidade máxima em 40 km/h.

Entretanto, se a velocidade máxima a ser praticada, de acordo com a lei, é de 40km/h, quando o Termo de Referência estabelece um limite de 30km/h, está atendendo ao princípio da legalidade. A lei prevê que a velocidade não pode ser superior a 40km/h, ou seja, qualquer velocidade abaixo deste limite é permitida e pode ser estipulada pelo Poder Concedente, quando da elaboração do Termo de Referência e do Edital, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Não seria permitido qualquer limite que ultrapassasse o máximo estabelecido por lei.

Fixar o limite em 30 km/h atende ao princípio de legalidade e representa atuação discricionária da Administração Pública quando da elaboração do Termo de Referência e do Edital, dentro dos limites previstos em lei. Diante do caso concreto, cabe à Administração elaborar o instrumento convocatório da licitação, de modo que melhor atenda ao interesse público. Neste sentido, afirma Marçal Justen Filho que “o instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos” e que “todas as limitações e exigências contempladas no ato convocatório deverão observar o princípio da proporcionalidade”.⁴

Portanto, se a Administração agiu a fim de atender ao interesse público, dentro dos limites previstos em lei, e sem criar obrigações desnecessárias e formalidade excessivas, não há que se falar em necessidade de correção deste ponto impugnado.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 395.





ESTADO DE SANTA CATARINA
PREFEITURA DE GASPAR
CNPJ 83.102.244/0001-02

5. Dos esclarecimentos com efeito vinculante para todos os envolvidos

Segundo Marçal Justen Filho, “é prática usual, fomentada pelo próprio art. 40, inc. VIII (da Lei 8.666/1993), que a Administração forneça esclarecimentos sobre as regras editalícias. A resposta formulada administrativamente apresenta cunho vinculante para todos os envolvidos, sendo impossível invocar o princípio da vinculação ao edital para negar eficácia à resposta apresentada pela própria Administração”.⁵

No mesmo sentido, segue entendimento jurisprudencial:

*EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONSULTA. A resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital. (...). Resp. nº 198.665-RJ, Rel. Min. Ari Pargendler.*⁶

Desta forma, seguindo entendimento doutrinário e jurisprudencial e respeitando os princípios que regem a atuação da Administração Pública em geral e os constantes na Lei 8666/1993, entre eles da publicidade, interesse público, proporcionalidade e razoabilidade, vinculação ao instrumento convocatório, autotutela e eficiência, entende o Poder Concedente por dar ampla publicidade a esta decisão, para que os esclarecimentos ora prestados gerem efeito vinculante entre todos os interessados.

Diante de todo o exposto, a Presidente julga IMPROCEDENTE a impugnação e determina que permaneça intacto o Edital do processo de Licitação, na modalidade de Concorrência Pública nº 001/2016, dando a esta Decisão efeitos vinculantes entre todos os interessados.

Atenciosamente,


ELIZABETH OTIQUIR

Presidente da Comissão Permanente de Licitação | Dec. 6.800/2016

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 396.

⁶ STJ: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=198665&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 25/02/2016.