

ILUSTRÍSSIMO PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE BOM JESUS DOS PERDÕES/SP,

Convite n.º 02/2022

Processo n.º 06/2022

ZAMPIERI & LUFT ADVOGADOS ASSOCIADOS, sociedade de advogados, inscrita na OAB/MS sob n.º 725/2015 e no CNPJ n.º 22.963.735/0001-53, com sede na Rua Manoel Inácio de Souza, n.º 37, Jardim dos Estados, CEP. 79.020-220, Campo Grande/MS, neste ato representada por seu sócio *Marlon Eduardo Libman Luft*, brasileiro, solteiro, advogado inscrito na OAB/MS sob n.º 15.138, vem perante Vossa Senhoria, ofertar, tempestivamente, **IMPUGNAÇÃO** ao edital do **CONVITE n.º 02/2022**, nos termos do item 3.2 do Edital, por conter vícios sanáveis, suscetíveis de correção, como será demonstrado:

1. Síntese fática.

A Impugnante, na qualidade de licitante participante do certame constituído pela **CONVITE n.º 02/2022**, que tem por escopo os serviços delimitados no objeto da licitação, qual seja: *Contratação dos serviços técnicos de Empresa especializada na Assessoria e Consultoria Administrativa e Jurídica na área Previdenciária para o INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE BOM JESUS DOS PERDÕES, assessorando o PREV BOM JESUS no acompanhamento da gestão previdenciária junto ao Ministério da Previdência Social, Tribunal de Contas de São Paulo, emitindo pareceres acerca dos atos atinentes à gestão previdenciária (aposentadorias e pensões), orientando na confecção dos Demonstrativos de Informações Previdenciárias e Repasses – DIRP, na operacionalização do CADPREV, do COMPREV e na Assessoria do Contencioso Forense e Administrativo, devendo ser executado de acordo com as especificações contidas no Processo Administrativo em epígrafe e na proposta apresentada pela contratada, documentos esses que ficam fazendo parte integrante do presente procedimento.*

2. Tempestividade da impugnação.

A Impugnante ao obter o edital do setor de licitações, demonstrou o seu interesse em participar deste certame, não restando dúvidas quanto a sua condição de licitante.

No que se refere à tempestividade desta impugnação, vejamos que a abertura do certame está agendada para **04/11/22**, e sendo o prazo para apresentar impugnação de 02 (dois) dias úteis da abertura dos envelopes de habilitação conforme preconiza a Lei 8.666/93 e o item 3.1 do Edital.

Portanto, é **tempestiva esta impugnação.**

3. ILEGALIDADES E RESTRIÇÕES INDEVIDAS.

a) Objeto social específico. Atividade privativa de advogados.

Lei federal. Subcontratação vedada.

Conforme o **item 4.1** do Edital poderão participar da licitação empresas que sejam especializadas e credenciadas no objeto desta licitação, com objeto social compatível com o serviço a ser contratado.

Ainda, extrai-se do objeto que o serviço licitado apresenta atividades exclusivas de sociedades de advogados, com destaque:

O Instituto de Previdência dos Servidores públicos do Município de Bom Jesus dos Perdões/SP, pessoa jurídica de direito público, na qualidade Autarquia Municipal inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas sob o nº 10.642.943/0001-71, por meio de sua Superintendência, torna público que realizará licitação na modalidade de CARTA CONVTE, com critério de julgamento previstos no artigo 45, §1º, I da lei 8.666/1993 – menor preço, destinado ao recebimento de propostas para a *Contratação dos serviços técnicos de Empresa especializada na Assessoria e Consultoria Administrativa e Jurídica na área Previdenciária para o INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE BOM JESUS DOS PERDÕES, assessorando o PREV BOM JESUS no acompanhamento da gestão previdenciária junto ao Ministério da Previdência Social, Tribunal de Contas de São Paulo, emitindo pareceres acerca dos atos atinentes à gestão previdenciária (aposentadorias e pensões), orientando na confecção dos Demonstrativos de Informações Previdenciárias e Repasses – DIRP, na operacionalização do CADPREV, do COMPREV e na Assessoria do Contencioso Forense e Administrativo, devendo ser executado de acordo com as especificações contidas no Processo Administrativo em epígrafe e na proposta apresentada pela contratada, documentos esses que ficam fazendo parte integrante do presente procedimento.* O presente certame licitatório reger-se-á pelas disposições da Lei 8.666/93 e suas alterações, se houver e demais legislações pertinentes.

Aliás, o próprio atestado de capacidade técnica exigido engloba diversos serviços **jurídicos** os quais **não** podem, por lei, ser prestados por outros tipos de empresa, senão aquelas registradas na Ordem dos Advogados do Brasil, em especial empresas de consultoria que possuem registro nos Conselhos de Administração (CRA) entre outros.

O Tribunal de Contas da União já pacificou o entendimento de que “*para fins de habilitação jurídica nas licitações, faz-se necessária a compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes*”. (TCU. Acórdão n.º 642/2014 - Plenário).

Dessa forma, nota-se que as empresas que não possuem registro na entidade de classe necessária para a execução do objeto, **não poderão ser habilitadas**, tendo em vista que o serviço licitado é JURÍDICO.

Aliás, o **item 6.8** exige atestado comprovando ASSESSORIA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA, NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS E ASSESSORIA JURÍDICA, e equipe técnica de, pelo menos, 01 (um) advogado, ou seja, **TODOS** serviços licitados somente podem ser prestados por sociedades de advogados, sob pena de caracterizar subcontratação INTEGRAL do objeto - vedada por lei pelo próprio Edital: *Cláusula Quarta do Contrato - A Contratada obriga-se a: 4.7-) Não transferir a terceiros, por qualquer forma, nem mesmo parcialmente, as obrigações assumidas, nem subcontratar qualquer das prestações a que está obrigada, exceto nas condições autorizadas no Termo de Referência ou na minuta de contrato.*

Se admitida a participação de empresas que não possuem registro na Ordem dos Advogados do Brasil, estará sendo permitida a **subcontratação INTEGRAL** do objeto, onde uma empresa de consultoria previdenciária transfere toda a execução do contrato para advogado contratado (terceiro).

Vejamos a Lei 8.906/94 a qual instituiu o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil:

Art. 1º. São atividade **privativas** de advocacia: I - a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. § 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal. § 2º Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados. § 3º É vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade.

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB);

Art. 4º São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas.

Portanto, deve ser alterado o Edital para fins de exigir, como condição de habilitação, que a empresa apresente o **respectivo registro na Ordem dos Advogados do Brasil**, tendo em vista que os serviços licitados são, por força de lei, privativos de advocacia, não sendo possível a execução do contrato por empresas de consultoria ou qualquer outro tipo, inclusive pela natureza contenciosa e de postulação exclusiva de advogados.

b) Prazo de validade dos atestados de capacidade técnica.

O Edital estabelece no item 6.4.2 que *os documentos que omitirem o prazo de validade serão considerados como válidos pelo período de 6 (seis) meses, em conformidade com os emitidos pela Fazenda Federal, pelo princípio da analogia previsto no artigo 4º da LINDB;*

Todavia, nota-se que os atestados de capacidade técnica não possuem prazo de validade, ao contrário das certidões eventualmente sem prazo de validade, sendo que deve ser corrigido o Edital, incluindo exceção à regra de validade dos documentos sem prazo - em especial os atestados de capacidade técnica - os quais tem validade perpétua.

Colocar um prazo de validade (vencimento) nos atestados de é contrário ao art. 30, §1º, inciso I e §5º da Lei 8.666/93.

c) Critério de desclassificação. Incompatibilidade.

Verifica-se que o item 8.19 do Edital determina expressamente que:

b.1) Será considerado preço excessivo aquele que estiver acima de R\$66.000,00 (sessenta e seis mil reais) por ano; No entanto, o item 8.20 delimita que: *8.20.1-) As Propostas consideradas aceitáveis serão analisadas pela Comissão Municipal de Licitações, que fará a classificação, levando-se em conta exclusivamente o menor preço global, desde que não ultrapasse o valor de R\$116.799,96 (cento e dezesseis mil, setecentos e noventa e nove reais e noventa e seis centavos) por ano.*

Dessa forma, deve ser corrigido o Edital para excluir a regra do item 8.19 o qual considera excessivo, passível de desclassificação, as propostas de preço superiores a R\$ 66.000,00.

d) Atestados de capacidade técnica. Especificidade.

No item 6.8 do Edital, nota-se que a empresa deverá apresentar serviços compatíveis com o objeto da presente licitação, com um **rol bastante específico** dos serviços descritos no atestado.

No entanto, pelos acórdãos do TCU, as licitantes devem comprovar aptidão da licitante no objeto licitado, e não na execução de serviços idênticos aos do objeto licitado, sendo imprescindível motivar tecnicamente as situações excepcionais (Acórdão 449/2017 - José Múcio Monteiro).

Acórdão 361/2017 – Plenário | Ministro Vital do Rego: *É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha prestado **serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos** com o objeto da licitação* (art. 30, II, Lei 8.666/1993).

Outro ponto é que o art. 30 da Lei 8.666/93 ao definir a documentação inerente à capacidade técnica determina que será mediante comprovação por atestados comprovando a aptidão em serviços similares.

Ou seja, na letra da lei, deve ser comprovada aptidão em serviços similares de complexidade equivalente ou superior, sem desprezar o *caput* do art. 30 da Lei 8.666/93, que exige motivação técnica e situações excepcionais justificando a não aceitação dos atestados de capacidade técnica.

Deve, nos termos da lei, admitir-se apresentação de atestados **similares e compatíveis**, os quais devem se basear em **normativos, conhecimento técnico e na legislação federal aplicável**, sem implicar em redação específica dos atestados com termos exatos e bastante específicos, sob pena de caracterizar direcionamento para um único fornecedor.

Aliás o TCU definiu que é adequada a exigência de atestado de capacidade técnica com capacidade técnico-operacional com quantitativo equivalente a 50% (cinquenta por cento) do objeto/serviço licitado - Acórdãos 2924/19 - Rel. Benjamin Zymler; 2696/19 - Rel. Bruno Dantas.

Ou seja, os Atestados apresentados deveriam comprovar execução de serviço e **capacidade técnica compatível**:

É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha fornecido bens pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993). (Tribunal de Contas da União. Acórdão 914/2019 - Plenário - Relatora Ana Arraes)

Nesse sentido são os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

*A vedação do §5º conjuga-se com o art. 25, I, a cujo comentário se remete. É possível a contratação de fornecedores exclusivos ou a preferência por certas marcas, desde que presente o interesse público. Não se admite a opção arbitrária, destinada a beneficiar determinado fornecedor ou fabricante. A proibição não atinge, obviamente, a mera utilização da marca como instrumento de identificação de um bem – selecionado pela administração em virtude de suas características intrínsecas. **O que se proíbe é a escolha do bem fundada exclusivamente em uma preferência arbitrária pela marca, processo psicológico usual entre os particulares e irrelevante nos lindes do direito privado.***

Com base no **princípio da igualdade**, a Administração não pode cercar a igual oportunidade de contratarem com ela (art. 37, XXI, da CF), prevalece o direito de com ela contratar, desde que observem as exigências impostas, sendo **vedado estabelecer condições que prejudiquem os licitantes**, impedindo-os de participar, ou trazendo a eles condições mais gravosas, ou os beneficiar, dando preferência a determinados licitantes.

O benefício concedido a quaisquer licitantes, traz situação gravosa aos outros licitantes, pois, desta forma, uns terão mais possibilidades de alcançar o contrato com a Administração do que outros.

Isso, fere **o princípio da isonomia, da indisponibilidade do bem público e da moralidade**, pois os licitantes somente podem ser desiguais por critérios objetivos, previstos na lei ou no edital, desde que importe na busca da PROPOSTA MAIS VANTAJOSA¹.

¹ MOREIRA NETO, Diogo, Curso de Direito Administrativo, Forense, 2001, p. 175.

A impessoalidade determina a adoção de critérios objetivos à contratação, não podendo a Administração eleger critérios discrepantes com a finalidade, nem tampouco tratar de maneira desigual, os licitantes, devendo permanecer impessoal, eqüidistante dos licitantes.

Benedicto de Tolosa Filho leciona: “o princípio da impessoalidade se caracteriza no ajuste ao princípio da isonomia e da igualdade, na medida em que, através da formulação de um instrumento convocatório que se restrinja ao permitido pela lei (legalidade), tenha um objeto, de acordo com as necessidades sociais (princípio da moralidade) e se balize num julgamento objetivo.”.²

Outro princípio (art. 3º, Lei 8.666/93), é o da legalidade, que determina que os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e conforme os fins para os quais foram conferidos.

A Administração só pode agir segundo a determinação legal, seu raio de ação não está amparado em fazer o que a lei não veda, mas sim, somente o que a lei determina como ação executória, sob pena de violação dos princípios e preceitos legais da licitação pública.

Ilustrando esse entendimento, é a lição de Hely Lopes Meirelles: “**A vinculação ao edital é o princípio básico de toda a licitação. Nem se compreenderia a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu**”.

O art. 44 da Lei 8.666/93 expressamente delimita: § 1º *É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes*, e mesmo que assim não entenda a respeitável CPL.

² TOLOSA FILHO, Licitações: comentários, teoria e prática, Forense, 2000, p. 13.

Assim, a **única cura do ato lesivo, eliminando a possibilidade de contratação equivocada pela Administração Pública**, para que não haja “escolhe” o prestador de serviço, é a alteração do edital com a correção das regras que limitam a competitividade (atestado extremamente específico).

A pretensão é corrigir lesão de direito líquido e certo - aplicação das regras do edital de maneira igualitária e legal, além de **preservar o interesse público** em especial de todos os servidores públicos vinculados ao objeto.

Como dito, decisões do TCU delimitam que as licitantes devem comprovar aptidão ao objeto licitado, e **não na execução exata de serviços idênticos aos do objeto licitado**, sendo imprescindível motivar tecnicamente as situações excepcionais (Acórdão 449/2017 - José Múcio Monteiro).

A Lei 13.303/2016, assim como qualquer regra ou entendimento sobre a qualificação técnica vigente no país, define que a documentação inerente à capacidade técnica será mediante comprovação por atestados comprovando a aptidão em serviços similares (não idênticos).

Não importa se o serviço é azul ou vermelho, mas sim se possui a mesma tecnicidade, dimensão e compatibilidade, e o serviço licitado não é único ou personalíssimo que justifique a limitação na admissão dos atestados apresentados conforme a regra do Edital, sem fundamento ou norma positivada no ordenamento jurídico que a justifique.

Dessa forma, deve ser acolhida a presente impugnação com objetivo de corrigir a redação do Edital no que tange à redação dos atestados de capacidade técnica, sendo admitido apresentação de atestados que comprovem a assessoria jurídico-administrativa, assessoria na concessão de benefícios e assessoria jurídica, sem exigir que sejam comprovadas exatamente todas as atividades descritas no item 6.8 - item I da qualificação técnica e operacional, sob pena de caracterizar restrição indevida à competitividade, ocasionando direcionamento do certame.

4. Requerimento final.

Pelo exposto, e diante das ilegalidades, pleiteia a impugnante, que Vossa Senhoria digno-se a adequação do edital do certame, por conter vícios insanáveis que desrespeitam a lei e caracterizam limitação à concorrência (art. 30, §5º c/c art. 3º, I, §1º da Lei 8.666/93), em especial para:

- a) **Exigir**, como condição de habilitação, **comprovante de inscrição e regularidade da licitante na Ordem dos Advogados do Brasil**, tendo em vista que o serviço licitado, por força do art. 1º, 3º e 4º da Lei 8.906/94 é privativo da advocacia, e admitir a participação de "empresas de consultoria" resulta em subcontratação **INTEGRAL** do objeto - vedada pela lei e pelas regras do Edital, sem falar nas responsabilidades perante o respectivo conselho de ética (fiscalização);
- b) **Excluir** o prazo de 06 (seis) meses de validade dos atestados de capacidade técnica (**item 6.4.2**), e demais documentos que não possuem prazo de vencimento - validade perpétua;
- c) **Excluir** o critério de **desclassificação** previsto no **item 8.19** do Edital, admitindo que as propostas possam ser apresentadas até o valor fixado pelo objeto (item 8.20.1) e não à quantia de R\$ 66.000,00 (sessenta e seis mil reais);
- d) **Excluir** os termos específicos de redação dos atestados de capacidade técnica, admitindo documentos que comprovem a **assessoria jurídico-administrativa, assessoria na concessão de benefícios e assessoria jurídica**, em matéria previdenciária, sem exigir que sejam comprovadas exatamente todas as atividades descritas no item 6.8 - item I da qualificação técnica e operacional, sob pena de caracterizar restrição indevida à competitividade, ocasionando direcionamento do certame (art. 30, §1º, inciso I e §5º da Lei 8.666/93);

Campo Grande/MS, 27 de outubro de 2022.

ZAMPIERI & LUFT ADVOGADOS ASSOCIADOS
MARLON EDUARDO LIBMAN LUFT
OAB/MS 15.138