

**À COMISSÃO ESPECIAL JULGADORA DE LICITAÇÃO DA COMPANHIA DE
SANEAMENTO DE SERGIPE-DESO**

LICITAÇÃO PÚBLICA nº 026/2018-DESO

inscrita no CNPJ:

, situada

, por seu representante legal

, advogado, inscrito

na OAB/ : , com documento de identidade RG:

e inscrito no CPF/MF

sob nº , vem, tempestivamente, à ilibada presença dessa autoridade administrativa, tempestivamente, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, nos termos do art. 41, § 2º, da Lei nº 8.666/93 e item 5.3 do edital, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

Trata-se de processo licitatório destinado a Contratação de Sociedade de Advogados para a prestação de serviços técnicos profissionais de natureza contenciosa, em demandas de massa, conforme Termo de Referência.

Ocorre que o instrumento convocatório apresenta ilegalidades que possuem o condão de macular o caráter competitivo do certame, as quais merecem reparos, senão vejamos:

QUANTO À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Os itens do edital que neste aspecto são objeto de nossa irresignação estão dispostos nos itens 9.5.4 e 9.5.5, os quais transcrevemos:

9.5.4. Comprovação de experiência profissional da Sociedade (pessoa jurídica), de pelo menos 05(cinco) anos, em serviços iguais ou semelhantes ao objeto licitado, para órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta, em assessoria e consultoria jurídica, através de atestados ou contratos, em processos de natureza do Direito Tributário, Previdenciário, civil, Consumidor, Comercial, Societário, Processual Civil e Juizados Especiais;

9.5.5. Experiência profissional da Sociedade (pessoa jurídica) através da atuação em processos(ativos) que corram nas Varas Cíveis, juizados, Justiça Federal, Tribunais de 2ª Instância ou superiores, por meio de certidões emitidas por estas ou pela INTERNET comprovando o número de processos em que os sócios constantes do Contrato Social atuaram (processos ativos), sendo admitido como critério de habilitação o número mínimo de 1000 (um mil) processos. Grifos nossos.

Tais requisitos inseridos no edital limitam sobremaneira o universo de licitantes em total afronta ao disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

1) Não deve a administração comprovar a experiência por tempo mínimo de atuação, que no presente caso é de 05(cinco) anos.

Nos termos do § 5º do art. 31 da lei de licitações, há expressa vedação à limitação de tempo para comprovação de experiência, vejamos:

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais

específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação. (grifos nossos)

De certo que o edital é o instrumento legal que rege o certame, todavia, não deve inovar e prever condições as quais não estão previstas na lei de licitação, sob pena de nulidade.

A Lei nº 8.666/93 é clara ao dispor que basta a comprovação de inscrição, nos termos do art. 30, I. Assim, não pode a administração inovar e prever cláusula que frustre o caráter competitivo da licitação.

Portanto, merece ser retificado o edital no sentido de retirar a previsão de comprovação de experiência anterior de no mínimo 05 (cinco) anos.

Eventualmente, não sendo esse o entendimento da Comissão, o que se admite apenas por argumentação, e, considerando-se a natureza jurídica de sociedade simples das sociedades de advogados, as quais se extemam através da união (ou não, no caso de sociedades unipessoais) para, em nome próprio exercer o mister, temos que os sócios que compõem a pessoa jurídica são os detentores da capacidade técnica, haja visto que estes exercem a atividade intelectual inerente ao serviço jurídico e disposto no art. 1º, II da Lei nº 8906/1994- Estatuto da Advocacia.

Desta feita, requer seja admitida a comprovação de capacidade técnica na pessoa dos sócios que compõem a pessoa jurídica.

2) No mais, conforme previsto no § 3º do art. 30 da lei de licitações, para a comprovação da capacidade técnica, a licitante deve ser feita através da apresentação de atestados emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado. Veja:

§ 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

peças jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

Da análise do edital se constata que a licitante deverá comprovar expertise em demandas adstritas a Direito Tributário, Previdenciário, civil, Consumidor, Comercial, Societário, Processual Civil e Juizados Especiais, de modo que, de modo que, para a comprovação de atuação em tais searas é perfeitamente possível através da apresentação de Atestados de Capacidade Técnica emitidos por pessoas jurídicas de Direito Privado.

Portanto, o edital também merece ser retificado para o fim de previsão de possibilidade de apresentação de Atestados de Capacidade técnica emitidos por pessoas jurídicas de direito privado.

Imperioso trazemos à lume a vedação contida no inciso I do art. 3º da Lei nº 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da

naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

3) Ainda, deverá a licitante comprovar, através de seus sócios a atuação em 1000 processos ativos.

Referida exigência também deverá ser suprimida, vez que em total descompasso com o art. 3º c.c. inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93, este que assim prevê:

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. (grifos nossos).

A exigência de comprovação de atuação em no mínimo 1000 processos ativos restringe sobremaneira o universo de licitantes, vez que exige a comprovação de que, na data de abertura do certame, os sócios comprovem o patrocínio de citado número de demandas.

Conforme excerto legal acima citado, a comprovação da capacitação se dará pela demonstração de experiências anteriores bem sucedidas. No caso da atividade jurídica, essa se comprova por processos findos e ativos, que comprovem a atuação dos advogados integrantes do corpo social.

Nesse interim, a comprovação de atividade em 1000 processos ativos não demonstra a capacidade técnica por completo, uma vez que a capacidade técnica da sociedade de advogados se demonstra pela carteira de processos adquiridos ao longo do tempo, sejam findos ou em andamento.

Portanto, referida disposição deve ser retificada para o fim de comprovação da quantidade desejada (1000 processos) por processos findos e/ou em andamento.

Pois bem, diante de tais premissas, temos que o edital está eivado de ilegalidade ao prever:

- Experiência mínima de 05 anos da pessoa jurídica;
- Atestados de Capacidade Técnica emitidos somente por pessoa jurídica de direito público;
- Comprovação de atuação em 1000(mil) processos ativos.

Nesse sentido, o magistério de Marçal Justen Filho:

O ato convocatório viola o princípio da isonomia quando (a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; (b) prevê exigência desnecessária e que não envolvem vantagem para a Administração; (c) impõe requisitos desproporcionados com necessidades da futura contratação; e (d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais. (Marçal Justen Filho. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15 ed. Dialética, 2012, fl.60) grifos nossos

Ora, não é crível à administração inovar e lançar no instrumento convocatório regras incondizentes com o previsto na lei de licitações, motivo pelo qual, também por esse motivo o edital deve ser retificado.

Sobre o assunto, Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 81 e 85) assim leciona:

Portanto, a inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação e com os critérios de seleção da proposta mais vantajosa. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (“(...) o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”). A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração.

...

Ou seja, o próprio § 1º, inc. I, do art. 3º admite, de modo implícito, a adoção de qualquer cláusula discriminatória desde que tenha pertinência e relevância para a seleção da proposta mais vantajosa. A parte final do dispositivo examinado deve ser interpretada como consagrando o princípio da proporcionalidade.

Isso significa que será inválida a cláusula discriminatória quando não tiver pertinência ou relevância. (g.n.)

Ainda segundo o magistério de Marçal Justen Filho (p. 81):

O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para a seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as

cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter "competitivo" da licitação (g.n.).

DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO- FINANCEIRA

1) No item 9.6.2, item "b", a administração prevê que a licitante deverá apresentar cópias legíveis e autenticadas das páginas do Livro Diário, onde foram transcritos o balanço patrimonial e a documentação do resultado do último exercício social, com os respectivos termos de abertura e encerramentos registrados na Junta Comercial ou no Cartório de Títulos e Documentos.

Considerando que o objeto da licitação é a contratação de sociedade de advogados;

Considerando que as sociedades de advogados constituem-se sob a natureza jurídica de sociedade simples pura, não estando sujeita às normativas inerentes às JUCESP, órgão que disciplina as pessoas jurídicas denominadas empresas, as quais possuem fim estritamente econômico e mercantil;

Considerando que todos os atos da Sociedade de Advogados devem ser averbados à margem de seu assento na Seção da Ordem dos Advogados do Brasil de sua sede;

Considerando o previsto no inciso V do art. 8º Provimento nº 112/2006 que determina que os livros da sociedade de advogados devem ser averbados à margem do registro da Sociedade de Advogados, *in verbis*:

Art. 8º Serão averbados à margem do registro da sociedade e, a juízo de cada Conselho Seccional, em livro próprio ou ficha de controle mantidos para tal fim:

V - o requerimento de registro e autenticação de livros e documentos da sociedade;

Considerando que o Balanço Patrimonial e as Demonstrações de Resultado do Exercício, termo de abertura e encerramento são extraídos do livro diário do exercício, temos que o edital deve ser retificado para o fim de se prever que o Balanço Patrimonial e Demonstrações do Resultado do Exercício, com os termos de abertura e encerramento do livro diário sejam autenticados e registrados perante a Ordem dos Advogados do Brasil, conforme Provimento 112/2006.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer seja recebida, processada e julgada a presente impugnação, dando-lhe total provimento e seja determinada a retificação do instrumento convocatório, para a correção dos seguintes termos:

- 1) Experiência mínima de 05 anos da pessoa jurídica;
- Atestados de Capacidade Técnica emitidos somente por pessoa jurídica de direito público;
- Comprovação de atuação em 1000(mil) processos ativos;
- Registro do Balanço Patrimonial e Demonstração do Resultado do Exercício perante a Junta Comercial ou Cartório de Títulos e Documentos, conforme exposição fática e jurídica acima ventilada.

Se por remota hipótese não for esse o entendimento do r. Presidente da Comissão de Licitação, requer a remessa de ofício para superior decisão, bem como seja imediatamente notificada a impugnante para que busque seus mais amplos direitos perante os órgãos competentes.

Nestes termos,

Pede deferimento.

02 de Janeiro de 2019.

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

LICITAÇÃO PÚBLICA Nº 026/2018- DESO

Trata-se de IMPUGNAÇÃO apresentada pelo licitante inscrito no CNPJ sob o nº
situado na
por intermédio de seu representante legal, com fundamento no art. 41, §1º, da Lei nº 8.666/93, c/c item 5.3 do Edital nº 026/2018 – DESO.

A irresignação do interessado reside, inicialmente, nos itens 9.5.4 e 9.5.5 do edital, que versam acerca de requisitos quanto à qualificação técnica dos licitantes, sendo esses os pontos em específico:

9.5.4 - Comprovação de experiência profissional da Sociedade (pessoa jurídica), de pelo menos 05 (cinco) anos, em serviços iguais ou semelhantes ao objeto licitado, para órgão ou entidade integrante da Administração Pública direta ou indireta, em assessoria e consultoria jurídica, através de atestados ou contratos, em processos de natureza do Direito Tributário, Previdenciário, Civil, Consumidor, Comercial, Societário, Processual Civil e Julgados Especiais.

9.5.5 - Experiência profissional da Sociedade (pessoa jurídica) através de atuação em processos (ativos) que corram nas Varas Cíveis, julgados, Justiça Federal, Tribunais de 2ª Instância de Superiores, por meio de certidões emitidas por estas ou pela INTERNET comprovando o número de processos em que os sócios contantes no Contrato Social atuaram (processos ativos), sendo admitida como critério de habilitação o mínimo de 1000 (um mil) processos.

Na leitura do Impugnante, tratam-se de cláusulas editalícias que frustram o caráter competitivo da licitação.

Inicialmente, cumpre destacar que, conforme a sistemática adotada pela Lei nº 13.303/2016, bem como pelo Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios (RILC) da DESO, na etapa de habilitação, entre outros aspectos, a Administração Pública deverá analisar a qualificação técnica dos licitantes, com o objetivo de aferir se dispõem de conhecimento, experiência e aparelhamentos técnico e humano suficientes para satisfazer o contrato a ser celebrado.

Para isso, a legislação que versa sobre processo licitatório autoriza a Administração Pública a exigir a comprovação da capacitação técnico-operacional e a comprovação da capacitação técnico-profissional dos licitantes.

No primeiro caso (qualificação técnico-operacional), a experiência a ser verificada é a da pessoa licitante, devendo comprovar, enquanto organização empresarial, sua aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Já no segundo caso (qualificação técnico-profissional), o foco da exigência é a demonstração da experiência do profissional indicado pelo licitante para atuar como seu responsável técnico.

Os itens impugnados tratam sobre requisitos acerca da capacidade técnico-operacional, uma vez que são exigências que incidem sobre a sociedade licitante (Pessoa Jurídica), notadamente quanto à prazos e quantitativos mínimos de experiência para execução do objeto, que se mostram extremamente razoáveis em decorrência da complexidade e intelectualidade da matéria a ser contratada.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União reconheceu, por meio da publicação da Súmula nº 263, que:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Dessa forma, vê-se que o quantitativo mínimo de 1.000 (mil) processos ativos exigidos da Pessoa Jurídica licitante na cláusula 9.5.5 do edital impugnado encontra respaldo na jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União, por se tratar de quantitativo razoável de serviço complexo de natureza eminentemente intelectual, qual seja, prestação de serviços profissionais nas áreas de Direito Tributário, Previdenciário, Civil, Consumidor, Comercial, Societário, Processual Civil e Juizados Especiais.

Ademais, também não há que se falar em frustração ao caráter competitivo do processo licitatório quando do estabelecimento de prazo mínimo a ser comprovado pelos licitantes em serviços iguais ou semelhantes ao objeto licitado, por se tratar, tão somente, de

garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais, que, destaque-se mais uma vez, são de alta complexidade. Nesse sentido, prevê o Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios (RILC) da DESO, senão vejamos:

Art. 36. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á:

II – A comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações, 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;

De mais a mais, o Impugnante questiona a previsão editalícia da cláusula 9.5.4, quando exige *"comprovação de experiência profissional da Sociedade (pessoa jurídica), de pelo menos 05 (cinco) anos, em serviços iguais ou semelhantes ao objeto licitado, para órgão ou entidade integrante da Administração Pública direta ou indireta, em assessoria e consultoria jurídica (...)"*, por violar o art. 30, § 3º da Lei nº 8.666/93.

Apenas para ressaltar novamente, as licitações implementadas por esta Companhia de Saneamento são, essencialmente, regidas pela Lei nº 13.303/2016, bem como pelo Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios (RILC) da DESO.

A Lei nº 13.303/2016 foi criada para simplificar o processo licitatório e garantir celeridade às contratações pelas Entidades da Administração Pública de Direito Privado, visando resguardar princípios basilares da livre iniciativa, na forma do art. 170 da Constituição Federal, o que fez por derrogar o parágrafo único, do art. 1º da Lei nº 8.666/93, em relação à incidência de suas regras às empresas públicas e sociedade de economia mista, de uma forma geral.

Dessa forma, a referência legal que o Impugnante colaciona à sua insurgência não se coaduna com os preceitos e disposições atinentes a esta Entidade Estatal, notadamente por seguir as orientações descritas na Lei nº 13.303/2016 e no seu Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios.

Assim, não há qualquer restrição à exigência de comprovação de experiência em serviços iguais ou semelhantes ao objeto licitado para órgão ou entidade integrante da Administração Pública direta ou indireta, uma vez que a DESO é pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Indireta do Estado de Sergipe, restando evidente que eventual prestador de serviços de natureza jurídica deve ter comprovada experiência nas demandas judiciais atinentes à sua atividade, natureza jurídica e prerrogativas, uma vez que se insere na estrutura da Administração Pública Estatal.

Conclui-se, destarte, que razão não assiste ao Impugnante, uma vez que as exigências relativas à capacidade técnica questionadas guardam compatibilidade com a legislação regulamentadora das licitações da DESO e não constituem, por si só, restrições indevidas ao caráter competitivo do processo licitatório. Tratam-se, em verdade, de requisitos que foram estabelecidos de forma razoável diante da alta complexidade do objeto a ser executado e que fixam garantias mínimas de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais.

Por fim, o Insurgente confronta o item 9.6.2, "b", do edital, que trata da qualificação econômico-financeira, com a seguinte redação, *in verbis*:

9.6.2 - O Balanço patrimonial e as demonstrações contábeis deverão ser apresentados da seguinte forma:

b) Para as demais empresas, cópias legíveis e autenticadas das páginas do Livro Diário, onde foram transcritos o balanço patrimonial e a documentação do resultado do último exercício social, com os respectivos termos de abertura e encerramentos registrados na Junta Comercial ou no Cartório de Títulos e Documentos;

De fato, assiste razão ao Postulante, em razão das peculiaridades que o requerimento de registro e autenticação de livros e documentos das sociedades de advogado possuem.

A autenticação de livros contábeis das sociedades de advogados é diferente das pessoas jurídicas sujeitas a registro em juntas comerciais, em razão de expressa previsão no Estatuto da Advocacia e no Provimento nº 112/2006, que versa sobre as sociedades de advogados, uma vez que tais sociedades não podem apresentar formas ou características mercantis.

Nesse sentido, o artigo 9º do Provimento nº 112/2006 prevê que:

Art. 9º Os documentos e livros contábeis que venham a ser adotados pela Sociedade de Advogados, para conferir, em face de terceiros, eficácia ao respectivo conteúdo ou aos lançamentos neles realizados, podem ser registrados e autenticados no Conselho Seccional competente.

Parágrafo único. Os Conselhos Seccionais devem manter o controle dos registros de que trata este artigo mediante numeração sucessiva, conjugada ao número do registro de constituição da sociedade, anotando-os nos respectivos requerimentos de registro, averbados na forma do art. 8º, caput, inciso V.

Portanto, mostra-se necessário o acolhimento do ponto impugnado, para se retificar a cláusula 9.6.2, "b", do edital, a fim de que passe a ter a seguinte redação, *in litteris*:

9.6.2 - O Balanço patrimonial e as demonstrações contábeis deverão ser apresentados da seguinte forma:

b) Para as demais empresas, cópias legíveis e autenticadas das páginas do Livro Diário, onde foram transcritos o balanço patrimonial e a documentação do resultado do último exercício social, com os respectivos termos de abertura e encerramentos registrados na Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Por todo o exposto, esta Companhia de Saneamento, através de sua Comissão Permanente de Licitação, vem manifestar-se pela **IMPROCEDÊNCIA** das impugnações relativas aos itens 9.5.4 e 9.5.5 do edital de licitação pública nº 026/2018 – DESO, na forma do artigo 31, §§ 1º e 5º do Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios (RILC) da DESO e dos itens 5.1.1 e 5.1.3 do citado edital e considerar a **PROCEDÊNCIA** da impugnação relativa ao item 9.6.2, "b", do edital, na forma do artigo 31, §4º, inciso II do RILC, para que passe a ter a seguinte redação:

9.6.2 - O Balanço patrimonial e as demonstrações contábeis deverão ser apresentados da seguinte forma:

b) Para as demais empresas, cópias legíveis e autenticadas das páginas do Livro Diário, onde foram transcritas o balanço patrimonial e a documentação do resultado do último exercício social, com os respectivos termos de abertura e encerramentos registrados na Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Considerando, por derradeiro, que tal alteração se trata de vício sanável, caberá a DESO, tão somente, corrigir a irregularidade e republicar, através de errata, pela mesma forma que se deu o texto original, a nova redação do item 9.6.2, sem devolução do prazo de publicidade inicialmente previsto, por se tratar de alteração que não afeta a formulação das propostas.

Aracaju/SE, 07 de janeiro de 2018.

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO