

ILUSTRÍSSIMO SENHOR AGENTE DE CONTRATAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA MARIA/RS.

EDITAL DE CHAMAMENTO PÚBLICO n. 01/2024

ERNST & YOUNG ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA. (“EY”), pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o n. 59.527.788/0001-31, com sede na Avenida Presidente Juscelino Kubitschek, 1909, Torre Norte, 9º andar, São Paulo, SP, Brasil, CEP 04543-011, por sua advogada infra-assinada, vem, respeitosa e tempestivamente, à presença de V. Sa., apresentar

IMPUGNAÇÃO

em face dos termos do **Edital de Chamamento Público** promovido pela Prefeitura Municipal de Santa Maria/RS através do Agente de Contratação, pelas razões de fato e direito a seguir.

I – DAS CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O fim primordial de qualquer licitação pública consiste na **seleção da melhor proposta**, para a própria Administração, **com observância a todos os princípios constitucionais e administrativos**.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI dispõe que:

Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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.

(g.n.)

Por sua vez, a lei basilar sobre licitações (Lei n. 14.133/21) dispõe:

Artigo 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (g.n)

Nessa sistemática, é essência do processo licitatório não só a seleção da proposta mais vantajosa, mas **a seleção da proposta mais vantajosa em congruência com a observância de todos os princípios constitucionais e administrativos, afastando, ressalte-se, a inclusão no edital de quaisquer cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam, frustrem,**

prejudiquem, a participação e a competição, bem assim o julgamento objetivo das propostas.

Diante dessas premissas e da constatação de exigência irregular no Chamamento Público, cogente concluir-se que **a presente licitação não atingirá o seu fim maior**, como se evidenciará nesta peça.

II. DO CABIMENTO E TEMPESTIVIDADE DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO

Antes de adentrar ao mérito da presente impugnação, cumpre destacar brevemente o seu cabimento. É cediço que a Constituição Federal assegura a qualquer particular o direito de petição em face de possíveis violações a seus direitos. Tal prerrogativa assume estatuto de direito fundamental em nosso sistema constitucional, sendo seu exercício assegurado expressamente pelo inciso XXIV, alínea “a” do artigo 5º da Constituição Federal.

De forma mais específica, na legislação de licitações e contratos administrativos, esta garantia tutelar traduz-se na prerrogativa de impugnação contra os atos convocatórios do Poder Público, eivados por disposições irregulares ou/e ilegais – tal como procede na presente contratação.

O exercício deste direito é disciplinado de forma geral pelo artigo 164 da Lei n. 14.133/21, que expressamente prevê “*qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame*”.

Deste plexo de competência reservada à esta I. Administração, resta evidente o cabimento da presente impugnação, dado que o Edital de Chamamento Público se encontra maculado por condição irregular, que será apresentada com maior vagar a seguir.

No presente caso, as empresas interessadas em participar da seleção deverão apresentar a proposta e documentação de habilitação no dia 21 de outubro de 2024. Disto decorre que a contagem do prazo para a apresentação da impugnação consubstancia-se no artigo 164 da Lei n. 14.133/21, bem como o item 11.1 do instrumento convocatório, sendo de até 3 (três) dias

úteis antes da data final fixada para protocolo dos envelopes. Sendo certo, portanto, que a presente impugnação é tempestiva, afinal seu protocolo insere-se dentro dos prazos legais exigidos para a sua apresentação.

Ante a demonstração de sua tempestividade e cabimento, não resta alternativa a não ser o seu devido conhecimento por este R. Agente de Contratação e a apreciação da irregularidade apresentada a seguir.

III. DO CONTEXTO DA CONTRATAÇÃO

III.1 DA EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA RESTRITIVA

A Prefeitura Municipal de Santa Maria através do Agente de Contratação instaurou Chamamento Público, cuja finalidade é a seleção através de pré-qualificação de VERIFICADOR INDEPENDENTE, para exercer suas obrigações contratuais no CONTRATO DE CONCESSÃO, resultante da Concorrência nº 04/2024. tendo em vista que o PODER CONCEDENTE deverá se valer do serviço técnico, econômico e jurídico de VERIFICADOR INDEPENDENTE, conforme descrito no Edital.

Como de conhecimento, o papel do Verificador Independente deve ser uma **empresa independente com atuação na área de concessões públicas e consultoria, devendo ser demonstrada a experiência em monitoramento de indicadores de desempenho em contratos de concessões / PPPs.**

As atividades de Verificação Independente em nada requerem a atuação de advogados e não podem ser confundidas com serviços de Assessoria Jurídica. Tanto é verdade, que **as atividades de verificação independente são de cunho técnico, e, sumariamente, envolvem mapeamento e desenho de processos, definição de controles, análises de riscos, gestão de indicadores, segurança da informação, gerenciamento de projetos complexos e equilíbrio econômico-financeiro de contratos.**

Como se vê, todas as atividades descritas no edital podem ser executadas por administradores, contadores, engenheiros, economistas, dentre outras formações, não sendo exclusivas de uma formação, de modo que não inclusas nas atividades privativas de advogados

descritas no artigo 1º da Lei n 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil). Veja-se:

Artigo 1º São atividades privativas de advocacia:

(...)

II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

(g.n)

Como se não bastasse, o Agente de Contratação ainda incluiu no Edital de Chamamento Público dois requisitos associados aos serviços jurídicos:

9.5. Para verificação da QUALIFICAÇÃO TÉCNICA deverá ser apresentado:

(...)

9.5.3. Prova de registro do proponente na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), na forma da lei;

(...)

9.5.6. Apresentar outros documentos de qualificação técnica, que comprovem a sua expertise, que serão pontuados, até o máximo de 100 (cem) pontos, conforme quadro abaixo:

CRITÉRIOS		PONTOS
(...)	(...)	(...)
6	Ter atuado em serviços de assessoria e/ou consultoria jurídica de verificação independente em contratos de Concessão Comum ou Parceria Público-Privada pelo prazo mínimo de 12 meses, cujo valor do contrato seja igual ou superior a 50% do valor do CONTRATO da CONCESSÃO.	10 PONTOS

(g.n)

Entretanto, o edital não detalha quais serviços jurídicos serão executados pelo Verificador Independente, de forma que o edital não indica se tais serviços são privativos de advocacia, deixando de demonstrar a necessidade, igualmente a justificativa da exigência em comento.

Ainda, importante esclarecer que os contratos de concessão, têm a previsão da contratação do verificador independente pela Concessionária, destacando como sua responsabilidade a **aferição do desempenho** da Concessionária de acordo com os Indicadores de Desempenho e Qualidade e o Índice de Atraso ou Inexecução. **Os contratos de concessão não**

abordam requerimentos ou serviços jurídicos a serem prestados pelo Verificador Independente.

Ora, Agente de Contratação, é de fácil verificação que a exigência de serviços jurídicos para verificação independente é totalmente incabível, principalmente no que tange as concessões de iluminação pública. Cabe observar ainda os demais processos licitatórios realizados no âmbito nacional para contratação do Verificador Independente. **Nenhum** dos processos analisados e relacionados a seguir possui em seu escopo o serviço de Assessoria Jurídica, como exigido no presente edital.

Objeto	Município/ Estado	Link para acesso
Concorrência 037/2016 - Verificação Independente Iluminação Pública	Belo Horizonte	https://prefeitura.pbh.gov.br/obras-e-infraestrutura/licitacao/concorrenca-037-2016
Concorrência 04/2020 - Verificação Independente Iluminação Pública	Porto Alegre	http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/smf/usu_doc/cp_4-2020_edital.pdf
Concorrência 02/2019 - Verificação Independente Iluminação Pública	Teresina	https://semcop.pmt.pi.gov.br/wp-content/uploads/sites/11/2019/12/Edital-de-Concorr%C3%Aancia-P%C3%BAblica-02.2019-Verificador-Independente-SEMDUH-Relan%C3%A7amento.pdf
Concorrência 698/2019 - Verificação Independente Iluminação Pública	Uberlândia	http://weblicitacoes.uberlandia.mg.gov.br/weblicitacoes/f/n/licitacoesdetalhescon?modoJanelaPlc=popup&evento=y&codigoEmpresa=1&licitacao=CP698-2019
Pregão Eletrônico 031/2020 - Verificação Independente Iluminação Pública	São Paulo	https://www.bec.sp.gov.br/bec_pregao_ui/edital/becprp16001.aspx?uIud20Kp2Ht6%2fmb2Ew%2fqPc5GVX3slDEjXqt9kJgpN6SIR4fa04OQqM1GLedtqo4
Concorrência 007/2020 - Verificação Independente Iluminação Pública	Prefeitura de Uberaba	http://www.uberaba.mg.gov.br/licitacoes/arquivos/900_3_7_2020_1.pdf

I. Agente de Contratação, mediante todos os argumentos aqui elencados, importante ressaltar o motivo dos processos licitatórios não contemplarem requerimentos jurídicos ou mesmo a prestação de serviços jurídicos, privativos de advocacia. Isto não ocorre porque na realidade o **serviço de verificação independente jurídica não existe e não é reconhecido pelo mercado.**

As exigências da presente licitação visam limitar a participação de players na presente licitação, de forma que tal fato é notório, pois o verificador independente não poderá

possuir registro na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e ao mesmo tempo Conselho Regional de Administração (CRA), ou no Conselho Regional de Contabilidade (CRC), ou no Conselho Regional de Economia (CORECON), pois a inscrição no primeiro regulador é privativa de sociedade de advogados, a qual não se justifica.

Ainda, sobre a questão, cumpre informar que no passado, a exigência de atestado de serviço jurídico, já ocasionou a suspensão do processo licitatório do Verificador Independente em Ribeirão das Neves/MG, em função da quantidade de impugnações apresentadas ao edital.

Superada, a análise das impugnações pela Administração de Ribeirão das Neves, a qual manteve a exigência no edital, sendo que ao final, houve a participação de somente duas empresas, o que demonstra, novamente, que as exigências de registro na OAB e de atestado em serviços jurídicos servirão para restringir a competitividade do certame.

III.2. QUANTO AOS SERVIÇOS SUPOSTAMENTE DE CUNHO JURÍDICO A SEREM PRESTADOS PELO VERIFICADOR INDEPENDENTE

Ora, I. Agente de Contratação, é de estranhar a necessidade de apresentação de atestados de consultoria jurídica de verificação independente em contratos de Concessão Comum ou Parceria Público-Privadas, uma vez que não foi possível identificar no edital, quais serviços podem ser enquadrados como privativos de advogados.

Assim, deve ser **excluído** do edital o requisito que indica a necessidade de possuir no corpo técnico da licitante advogados para atender ao escopo e o registro na Ordem dos Advogados do Brasil, uma vez que esta obrigação não está devidamente justificada.

Observa-se, I. Agente de Contratação, que está sendo dito que os serviços jurídicos são desnecessários para a adequada gestão de contratos de concessão. Os serviços jurídicos são essenciais para o bom e justo desempenho contratual, entretanto não devem ser confundidos com o serviço de verificação independente, que possui escopo distinto e estritamente técnico. Não cabe ao Verificador Independente efetuar julgamentos ou fornecer opiniões, mas sim apurar os indicadores que retratam o desempenho da concessionária, através de constatações factuais, obtidas seguindo a metodologia validada pelas partes.

Tão absurda quanto a exigência de comprovações jurídicas para este chamamento público é a exigência de apresentação de atestados para pontuar tecnicamente.

Como se pode verificar, a exigência de apresentação de atestados para pontuar serviço jurídico de verificação independente é, mais uma vez, infundada e injustificada, tendo em vista que afronta diretamente a ampla concorrência no certame, parecendo indicar o favorecimento, visto que influenciará na competitividade.

Ainda, **é importante frisar que a alínea “a”, inciso I do artigo 9º da Lei 14.133/21, veda expressamente que sejam inseridas cláusulas que frustrem ou restrinjam o caráter competitivo do certame**, como ocorre na presente licitação, sendo certo que a exigência deverá ser excluída para que a licitação atinja seu fim primordial que é a contratação mais vantajosa, pois da forma que o edital está, infringi gravemente os ditames da lei de licitações, visto que inibe o universo de concorrente.

IV – DO DIREITO E DA RAZÃO

Antes de adentrar no mérito da presente impugnação, imperioso tecer considerações em relação à ordem jurídica.

Sempre que o Estado age, traz consigo a presunção de que o faz legitimamente (de acordo com a lei e buscando um fim que coadune com o interesse público).

Cabe ao Estado produzir normas de aplicação geral e cogente (função legislativa), dar execução a estas normas (função administrativa) e dirimir conflitos havidos na aplicação (função jurisdicional), tudo isto de acordo com os ditames estabelecidos na Lei Maior.

Em qualquer destas atividades, a presunção de legitimidade dos atos estatais se faz presente. **Isto, contudo, não quer dizer que tais atos não possam ser desconformes às diretrizes constitucionais ou às legais e, conseqüentemente, suscetíveis de invalidação.** Significa dizer que, num primeiro momento, gozam de uma presunção de legitimidade, porém, **presunção essa que admite prova em contrário.**

Em se tratando de atos administrativos, como é o **EDITAL**, acompanhado da premissa da legalidade segue a auto executoriedade, isto é, a condição de aplicação direta, sem a necessidade de pronunciamento judicial prévio.

Embora exista a possibilidade de o edital sofrer invalidação (decorrente de algum vício), se nada for requerido por terceiros, a tendência natural de seu destino é a permanência no ordenamento jurídico, de fato e de direito.

Para que isto não ocorra (preclusão do direito ou mesmo convalidação), imprescindível se faz o uso de peças impugnatórias e/ou de representação perante as Cortes de Contas, demonstrando o vício, à medida que, a partir desse momento, o princípio da segurança jurídica muda de lado – não está mais a determinar a preservação dos efeitos do ato viciado, ao contrário, PUGNA POR DESCONSTITUÍ-LO.

Isso ocorre porque a segurança jurídica é atingida, dentro de um Estado de Direito, com a observância do princípio da legalidade. A legalidade dá garantia ao administrado de como “deve ser” o comportamento do Estado (e o dele próprio). A LEGALIDADE CONDUZ À PREVISIBILIDADE DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS E ESTE É O PRINCIPAL FIM A SER BUSCADO PELO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

Saliente-se: quando alguém (pessoa física ou jurídica) se insurge contra a ilegalidade consubstanciada num ato administrativo, por exemplo um EDITAL, buscando administrativamente a anulação dos efeitos produzidos pelo ato viciado, cai por terra a presunção de legitimidade de que goza o Administrador (obviamente se o ato atacado é ilegal). A confiança de que se tem na Administração é sobreposta pela confiança que se tem na lei, amparada pela garantia constitucional de que não serão criados direitos nem obrigações senão em virtude de lei, **DAÍ O CABIMENTO DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO.**

Feito isto, passa-se ao mérito da presente impugnação.

A Administração Pública tem a discricionariedade para definir as condições da contratação, o momento de realizá-la, os recursos que pretendem contratar, as especificações do objeto entre outros. No entanto, deve ater-se as disposições legais, para estabelecer um edital com cláusulas objetivas e claras, e somente assim a licitação alcançará seu principal escopo, ou seja, a contratação da proposta mais vantajosa.

Conforme já demonstrado, o edital faz a exigência que a empresa interessada tenha registro na OAB para o que preste o serviço de Verificador Independente, bem como, exige na apresentação de atestado que comprove serviço jurídico para verificação independente para fins de pontuação.

Assim, é nítido verificar que a Prefeitura Municipal de Santa Maria, com a vênua, lançou **exigências no edital, condições que reduzem gravemente o número de participantes do procedimento licitatório, de modo que tais condições são restritivas**, pois, o artigo 37 da Constituição Federal em seu inciso XXI estabelece que:

“Artigo 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.”
(g.n)

Nesse mesmo sentido é o entendimento do ilustre professor Hely Lopes Meireles:

“(...) o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto (...).”¹ (g.n)

E, ainda o renomado professor destaca:

“(...) A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou

¹ MEIRELLES, Hely, Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros Editores. 20ª edição. 1995. pág.84/85.

desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.² (g.n)

Assim, conclui-se que no procedimento licitatório em questão, deveria o Agente de Contratação primar pelo cumprimento estrito da legislação pátria, bem como pela aplicação dos conceitos de moralidade e de ética administrativa. Contudo, não é isso que se afigura quando da leitura do presente edital, devido a presença de vícios de legalidade insanáveis.

Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*Licitação. Edital. Anulação. Exigência violadora do princípio da igualdade, restringindo o caráter competitivo do procedimento. Cláusula discriminatória. Artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e Lei 8.666/93. **A regra geral da licitação é a participação do maior número possível de licitantes, devendo o edital ser parcimonioso e criterioso ao fixar requisitos, pois são proibidas condições impertinentes, inúteis ou desnecessárias.***³ (g.n)

Portanto, nos resta claro que tais exigências tão somente restringe a ampla competitividade.

De todo modo, é óbvio que tais exigências terão por efeito inarredável eliminar do certame um largo conjunto de empresas altamente capacitadas, mormente quando as próprias peculiaridades técnicas intrínsecas a esta disputa por si só, são suficientes a diminuir o espectro competitivo do certame.

Estas exigências nada acrescentam nem tampouco representam uma garantia sobre o objeto da licitação, conforme já dito alhures, **apenas afasta o universo de licitantes interessados em participar do certame e mancha a sua lisura**, porquanto, sua manutenção representa ofensa aos princípios norteadores do procedimento licitatório,

² Op.cit. pág.82.

³ TJSP – Apelação Cível nº. 225.567-1, Desembargador Alfredo Migliore, 25/05/95, JTJ, Volume 172, página 109.

Há a necessidade de se escoimar do edital à aplicabilidade das exigências retro mencionadas, pois resultam na restrição de participação na licitação questionada, ainda mais, quando fere os Princípios consagrados pela Constituição Federal.

As divergências ora lançadas merecem ser sanadas pela Prefeitura Municipal de Santa Maria, para que impere o respeito aos ditames legais no presente procedimento licitatório.

Nesse sentido, é o ensinamento do ilustre doutrinador Marçal Justen Filho:⁴

(...) Respeitadas as exigências para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas, que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter “competitivo” da licitação. (g.n)

Ademais, é importante esclarecer que a finalidade do critério técnico é evidenciar que a licitante já tenha executado serviços similares ao licitado, conferindo segurança à Administração Pública de que a licitante possui pleno conhecimento técnico para a execução do contrato, caso se sagre vencedor do certame, pois visa resguardar o interesse da Administração, ou seja, a perfeita execução do objeto da licitação, procurando-se, com a exigência de demonstração de capacidade técnica, preservar a competição entre aqueles que reúnam condições de executar objeto licitado em alto nível.

Portanto, está fulgente que O EDITAL APRESENTA IRREGULARIDADES que AFRONTAM a LEGALIDADE DA LICITAÇÃO. Sendo assim, tais regras não podem permanecer, sob pena de violação dos Princípios do Processo Licitatório.

Desta forma, sob pena de ver frustrada a licitação, por vício, resultante de condições revestidas de ilegalidade, deve o Agente de Contratação, deferir a presente IMPUGNAÇÃO e alterar o instrumento convocatório, para colocá-lo nos trilhos da legalidade.

⁴ Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 8ª Edição, Ed. Dialética, pág. 63.

V – DO PEDIDO

Diante do exposto, requer que seja acolhida e apreciada a presente **IMPUGNAÇÃO**, para que seja reformado o Edital em epígrafe ou, sendo outro o entendimento de Vossa Senhoria, que o procedimento licitatório seja anulado, pois da forma em que se foi delineado jamais atingirá o seu escopo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, aliada ao preço e à qualidade.

Nesses termos,
Pede deferimento.

São Paulo (SP), 16 de outubro de 2024.

ERNST & YOUNG ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.