

ILUSTRÍSSIMO SENHOR, EGÍDIO ALMEIDA NETO, PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA DE CAMPOS SALES/CE.

Tomada de Preços nº 002/2019

MARCO VILLAR SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ n.º 27.899.622/0001-50, Av: Argemiro de Souza, nº 79, Centro - João Pessoa - PB, por seu representante legal infra-assinado, tempestivamente, vem, com fulcro na alínea "a", do inciso I, do art. 109, da Lei nº 8666 / 93, à presença de Vossa Senhoria, a fim de apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Contra exigências dos itens 5.4.5.2, sua alínea "a", e 5.4.5.6 do edital acima nominado, demonstrando os motivos de seu inconformismo pelas razões a seguir articuladas:

DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO

O Artigo 41 da Lei de Licitações – Lei nº 8.666/1993 prevê em seu § 1º o prazo legal e os legitimados para interposição da impugnação ao edital:

Artigo 41, § 1º: Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos

envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 três dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

Assim a presente impugnação apresentada no dia 10/10/2019 atende aos requisitos legais.

Logo, a impugnante não só é parte legítima para o ato, como também o pratica tempestivamente.

De toda sorte, é poder-dever do Administrador Público conhecer e rever, de ofício, aqueles atos administrativos que afrontem a legislação pátria, eis que a existência de ilegalidades nestes atos, caso não sejam sanadas em tempo hábil, fatalmente ensejarão no fracasso do certame licitatório, seja por macular todas suas fases sucessivas, seja por eivar o próprio contrato dela decorrente de nulidade, causando enormes prejuízos à Administração Pública, o que não é admissível.

Portanto, a presente impugnação deverá ser recebida pelo Pregoeiro Oficial e sua equipe de apoio para que, na forma da lei, seja admitida, processada e, ao final, julgada procedente, nos termos do requerimento.

1- DOS FATOS:

O impugnante atua há mais de 10 anos prestando os serviços objeto da referida licitação no Estado da Paraíba e Pernambuco, sempre prestando serviço de qualidade aos seus contratantes, o que gerou a condição de expandir a outros Estados brasileiros.

O licitante vem participando de certames no Estado do Ceará e se deparou com situação inusitada ao buscar se inscrever neste certame. A exigência constante no item 5.4.5.6 do edital obriga os licitantes a já haverem atuado junto aos Tribunais localizados no Estado do Ceará particularmente ao TJCE. Além do item 5.4.5.2. que obriga os candidatos a possuírem em seus quadros funcionais, ainda na fase de habilitação um mínimo de 4 advogados com expertise específica para o objeto da licitação. A condição se adequa nos casos de restrição à competitividade, tendo em vista que a licitação, que

deve buscar maior vantagem ao contratante, acaba por diminuir drasticamente o numero de competidores.

Nesse contexto, não há outra medida cabível se não a impugnação do referido item de modo que a Comissão altere os itens em comento para admitir os advogados e sociedades que atuem em qualquer dos Tribunais Estaduais, e não apenas no Estado do Ceará. Além de que não se exija quantitativo mínimo de profissionais vinculados aos licitantes.

2- DO DIREITO

2.1 - DO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE

Resta consignado que as exigências trazidas pelo edital como condição prévia são extremamente restritivas. Exigir previamente que a empresa possua no mínimo 4 profissionais contratados antes mesmo de realizar o efetivo contrato de prestação de serviços com a licitante constitui séria restrição ao caráter competitivo da licitação uma vez que limita a participação a pouquíssimos escritórios de advocacia.

Outrossim, exigir que se tenha atuado no Tribunal de Justiça do estado do Ceará, flagrantemente consubstancia-se em seríssima afronta à livre concorrência uma vez que tanto a legislação quanto a Justiça que é aplicada na imensa maioria dos casos ao estado do Ceará é a mesma aplicada ao restante do Brasil. E ainda, o advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil tem total autonomia para atuar em qualquer esfera do judiciário em qualquer Tribunal de Justiça de qualquer unidade da Federação.

Deste modo, não se demonstra razoável exigir que o advogado tenha participado previamente de processo no Estado do Ceará, como se o judiciário, ou Tribunal de Contas deste Estado julgassem em regime de exceção.

No entanto, tal violação exorbita a castração do direito dos licitantes de competirem em igualdade de condições em busca do contrato. A exclusão do certame de todos estes potenciais vencedores, que poderiam perfeitamente executar as atividades enumeradas no objeto da licitação, com qualidade e eficiência, em nada se identifica com os interesses da Administração.



Ao revés, deseja a Administração Pública o maior número de competidores disputando o menor preço, para, só assim, auferir a proposta mais vantajosa.

Ciente dos perigos da violação do princípio da igualdade também para o interesse público, houve por bem o legislador pátrio positivar o dever para o agente público de não proporcionar, nos atos convocatórios, preferências e distinções a uns ou a outros licitantes. O artigo 3º, §1º, da Lei 8666/93 dispõe que:

Artigo 3º, §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 n. 8.248 de 23 de outubro de 1991. (grifos)

O artigo 3º, §1º da Lei 8666/93 positiva o princípio da competitividade. Este princípio implementa o princípio da igualdade ao vedar ao administrador público estabelecer regras ou condições no ato convocatório do certame que, por serem dispensáveis ou desproporcionais acabem por excluir potenciais competidores, comprometendo, restringindo ou frustrando o seu caráter competitivo. 3 É a competição que proporciona a obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração. E para que esse objetivo seja alcançado, é indispensável oportunizar o acesso à competição do maior número possível de licitantes competidores.

Tamanha é a preocupação do legislador em garantir a competitividade dos procedimentos licitatórios que tipificou como crime a referida conduta no artigo 90 da lei 8666/93 quando, evidentemente, praticada com dolo especial.

Em todos os casos, por ser imposição legal, ao tomar conhecimento de cláusula editalícia impertinente ou irrelevante capaz de comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame, o administrador público, no exercício do seu poder-

dever de autotutela, deverá retificar o ato convocatório a fim de excluir as cláusulas eivadas de vício de legalidade, sob pena de manutenção de sua nulidade.

O edital convocatório determinou que os licitantes estejam inscritos na OAB/CE, sem qualquer permissivo legal. Ao revés, conforme exaustivamente demonstrado, a cláusula é desnecessária, dispensável e desproporcional, causando a exclusão prematura e injusta de inúmeros licitantes do certame.

Ressaltamos que a Ordem dos Advogados do Brasil é entidade de nível nacional dividida em subseções. O advogado inscrito na OAB tem liberdade e autorização legal para exercer seu mister em todo território nacional, constituindo grave violação à lei a restrição imposta no edital.

Importante ressaltar que, em contratações públicas, há possibilidade de exigência de registro ou inscrição de prestadores de serviços em conselhos de fiscalização do exercício profissional, como a OAB, desde que de acordo com a legislação aplicável, previstos no regimento ou normas internas do conselho profissional competente para regulação da atividade licitada e restritos à fase da efetiva contratação – o que significa que não é cabível, para garantia da maior competitividade e isonomia entre interessados, que restringirem a eventual participação no certame. Nesse sentido são diversos precedentes, a exemplo do Acórdão 852/2010-TCU-Plenário, que abordou ponto similar ao tratado nestes autos:

“(…) nos editais de licitação ou credenciamento, condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame, estabeleçam preferências ou distinções impertinentes em relação aos interessados e/ou contrariem os princípios da isonomia, da legalidade, da competitividade, da proporcionalidade e da razoabilidade, nos termos dos arts. 3º, § 1º, inc. I, e 30, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, tais como as seguintes exigências para habilitação técnica e/ou para participação no certame”: a) “registro ou inscrição na Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil ou em qualquer conselho de fiscalização do exercício profissional da jurisdição na qual o serviço será prestado ou a obra executada, devendo tal imposição ater-se à fase de contratação;”
(ACÓRDÃO Nº 424/2016 – TCU – 1ª Câmara 1. Processo nº TC 027.924/2015-7.)

Ou seja, mesmo que não se estivesse discutindo a restrição ao território de atuação do advogado ou escritório de advocacia, atingindo, portanto, o caráter competitivo da licitação, a Corte de Contas decidiu no sentido em que a exigência de registro ou inscrição na Seccional da OAB deve ater-se à fase de contratação, e não na fase de habilitação, o que permite a atuação do profissional nos precisos termos do art. 10, §2º, da Lei 8.906/1994.

O mesmo princípio se aplica quanto à exigência de atuação junto a Tribunais de específicas jurisdições estaduais, e não de jurisdições em razão da matéria, o que seria mais plausível. E pior, no edital em vertente, não se admite, por exemplo, que os candidatos tenham, ao longo da carreira obtido êxito nas suas demandas antes mesmo de discutir as questões nas mais altas Cortes.

Sabemos que, com o passar do tempo, após a promulgação da Constituição Federal de 88, os Recursos dirigidos às Cortes Superiores têm sofrido cada vez mais restrições, não se admitindo, portanto, que se exija atuação nestas cortes. Mesmo porque o exercício da profissão de advogado pressupõe capacidade para exercer seu mister em qualquer nível de jurisdição, não precisando necessariamente de comprovação de que haja atuado nas Cortes Supremas, haja vista estas não constituírem, em regra, Cortes de jurisdição originária.

Para comprovação de capacidade técnica, são bastantes os atestados de capacidade exigidos no item 5.4.5.4.

Cumprе ressaltar que os licitantes excluídos do certame são, em quase sua totalidade, Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte, sendo também dever do administrador oportunizar sua disputa, em igualdade de condições, pela execução dos contratos administrativos.

Por outro lado, exigir uma quantidade mínima de profissionais para a execução do serviço ainda na fase de habilitação, constitui uma exigência que ultrapassa os limites da razoabilidade, uma vez que isto é de competência exclusivamente da empresa licitante. À empresa licitante cabe definir qual o quantitativo de pessoas para atender às demandas que por ventura vierem a surgir. Isto é de caráter extremamente subjetivo,

uma vez que a forma de execução dos serviços objeto desta licitação difere entre cada profissional, podendo uns, dada sua capacidade técnica, e habilidade pessoal, atender sozinho a demandas que normalmente necessitariam, por exemplo, mais de uma pessoa.

A obrigação da empresa que vier a vencer a licitação e, por conseguinte, ser contratada é executar seu serviço a contento. O modo como vai prestar seu serviço é de responsabilidade única e exclusiva da empresa contratada, se responsabilizando, inclusive pela má prestação do serviço.

Outrossim, exigir um mínimo de profissionais vinculados às empresas licitantes, demonstra ululante impeditivo de se buscar a proposta mais vantajosa à administração pública, pois onera excessivamente a prestação do serviço e consequentemente o preço.

Objetivamente, em relação ao edital, frisamos a impossibilidade das exigências contidas nos itens ora impugnados. Incluir como requisito para habilitação que a empresa tenha atuado no TJCE ou que possua em seus quadros no mínimo 4 advogados sejam sócios ou empregados, constitui grave afronta aos princípios inerentes às licitações.

Ora, empresas com sede em outras unidades da Federação e profissionais domiciliados em outros Estados, por óbvio, estarão registradas e inscritos nos conselhos de seu local de origem, e não na entidade do lugar em que será realizado o certame ou executado o contrato. Desta forma, naturalmente, atuam nos Tribunais de seus Estados, o que, em hipótese alguma o desqualifica para atuar em quaisquer outros Tribunais.

Ademais, com os sistemas de peticionamento digital em todas as esferas e instâncias do judiciário e Tribunais de Contas, audiências em vídeo conferências, e demais praticidades do mundo digital, um escritório de advocacia encontram-se, hoje, conseguem exercer seu mister à distância, sem a necessidade da presença exclusivamente física do advogado para exercer seu mister.

Assim, resta demonstrado que as exigências ora debatidas constituem restrição ao caráter competitivo da licitação, bem como ofensa à norma contida no

inciso I do §1º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, aqui já citada, que também veda aos agentes públicos "admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos convocatórios, cláusulas ou condições que.. estabeleçam preferências ou distinções em razão da sede ou domicílio dos licitantes".

Nos termos da prescrição legal, que constitui desdobramento do princípio da isonomia, a qualquer empresa ou profissional brasileiro deve ser permitido participar, em regime de igualdade, de procedimentos licitatórios realizados em todo o território nacional.

Sobre o tema, voltam à baila as lições de Marçal Justen Filho, que nos ensina que "é proibida a distinção fundada exclusivamente na sede, domicílio ou naturalidade dos licitantes", e que a regra apanha também a "discriminação velada ou indireta".

Ainda que as leis e regulamentos que normatizam o exercício das profissões exijam inscrição das empresas no conselho profissional de sua sede e dos locais em que atuar, consideramos que, para fins de licitação, diante das normas da Lei nº 8.666/93, exigências dessa natureza não possuem qualquer validade.

3- DOS PEDIDOS:

Pelo exposto, requer que o administrador público responsável pelo edital nº 001/2019, realize a retificação do Edital, no exercício de seu poder-dever, fazendo-se alterar as exigências dos itens 5.4.5.2 e sua alínea "a", e o item 5.4.5.6 para admitir advogados e sociedades com atuação em Tribunais de outros Estados da Federação, além de que não se exija quantitativo mínimo de profissionais vinculados às empresas licitantes.

Nestes Termos

P. Deferimento



Campos Sales/CE, 10 de outubro de 2019


MARCO VILLAR ADVOGADOS ASSOCIADOS
CNPJ. 27.899.622/0001-50
Marco Aurélio de Medeiros Villar
Sócio Gerente
CPF. 032.671.554-10

Marco Aurélio de Medeiros Villar

OAB/PB 12.902