



**ILMA. SENHORA DANIELE UGHINI SCARANTO - PREGOEIRA
RESPONSÁVEL PELO CERTAME DO BADESUL
DESENVOLVIMENTO S.A. - AGÊNCIA DE FOMENTO/RS**

CÓPIA

Referente ao Pregão Eletrônico nº **0010/2020**

Processo nº **031/2020**

GIOVANI GAZEN ADVOGADOS ASSOCIADOS S.S., pessoa jurídica de direito privado, com sede na Avenida Goethe, 71, sala 1004, bairro Rio Branco, Porto Alegre/RS, inscrita no CNPJ sob o nº 01.368.305/0001-13, potencial licitante na licitação em referência, por seu representante legal infrafirmado, com amparo no art. 5º inciso XXXIV da Carta Magna e nos termos Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016, bem como subsidiariamente pela Lei nº 8666/93 e suas alterações, vem, respeitosamente, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** pelas razões de fato e de direito a seguir deduzidas.



2



1. O CERCEAMENTO IRREGULAR DO AMPLO COMPETITÓRIO - EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA ILEGAL

1. PRELIMINARMENTE

A Impugnante, empresa do ramo de serviços advocatícios, tem o máximo interesse de participar e competir da licitação referenciada, tendo ampla capacidade técnica e estrutura operacional para tanto. Porém, quer participar do certame, e esse é um direito público subjetivo, a partir de regras editalícias, na presente licitação, que esteja amparada na legislação incidente, presente as especificidades do objeto da licitação.

Assim, a presente manifestação se justifica na busca da legalidade do certame para que possa competir em igualdade de condições com seus concorrentes, vez que entende que determinada regra inserida nesse procedimento licitatório ora instaurado direciona o julgamento licitatório a partir do cerceamento ilegal de acesso à esta licitação pública, e desta forma ILEGAL reduzindo o amplo competitivo.

É o que adiante procuraremos demonstrar a Vossas Senhorias.

2. A ILEGAL EXIGÊNCIA DO EDITAL – DOCUMENTOS RELATIVOS À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA – ITEM 13.4.1 E SUBITENS





O item em questão exige o que segue:

13.1.4 Documentos Relativos à Qualificação Técnica

13.2 As sociedades licitantes deverão apresentar:

13.2.1 Atestado (s) de Capacidade Técnica, expedido (s) por pessoa jurídica de direito público ou privado para a qual a empresa tenha fornecido ou esteja fornecendo serviços pertinentes e compatíveis em características com o objeto do presente Termo de Referência, de forma satisfatória (conforme cada Lote),

13.2.2 O atestado deverá comprovar que a licitante tenha executado satisfatoriamente serviços compatíveis em características com o objeto licitado por período não inferior a 03 (três) anos em:

13.2.2.1 (LOTE 01) defesas trabalhistas de instituição financeira na matéria bancária e

13.2.2.2 (LOTE 02) emissão de pareceres e consultoria para empresas estatais. (Grifo nosso)

Conforme depreende-se da leitura da exigência acima exposta a comprovação de capacidade técnica é de, no mínimo, 03 (três) anos dos serviços ali expostos. O período exigido é superior ao que se pretende contratar, ou seja, ao do serviço que será prestado.

Conforme consta do edital e anexos, o prazo de vigência do contrato é de 12 (doze) meses, transcrevo:

CLÁUSULA 12ª. DOS PRAZOS

12.1. O prazo de duração do contrato é de 12 (doze) meses, contados da sua celebração.

12.2. A expedição da ordem de início somente se efetivará a partir da publicação da súmula do contrato no Diário Oficial do Estado.

12.3. O prazo de vigência do presente contrato pode ser prorrogado por interesse das partes até o limite de 60 (sessenta)





meses, desde que haja autorização formal da Autoridade Administrativa e observados os seguintes requisitos:

12.4. Os serviços tenham sido prestados regularmente;

12.5. O Badesul mantenha interesse na realização do serviço;

12.6. Mantiverem-se as situações justificadoras da contratação direta; e

12.7. O valor do contrato permaneça economicamente vantajoso para o Badesul.

12.8. A CONTRATADA não tem direito subjetivo a prorrogação contratual.

A Lei nº 13.303/16 estabelece para a comprovação de qualificação técnica o que segue:

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante;

II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

III - capacidade econômica e financeira;

IV - recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.

§ 1º Quando o critério de julgamento utilizado for a maior oferta de preço, os requisitos de qualificação técnica e de capacidade econômica e financeira poderão ser dispensados.

Trazemos a colação, também e principalmente, o que estabelece o **Regulamento Interno de Licitações e Contratos do Badesul – RILC**, transcrevo:





Art.175. Para atendimento ao art. 169, o edital estabelecerá os requisitos de habilitação observando o que segue:

II - como habilitação técnica, poderá ser exigido, conforme o caso:

a) atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado que **comprovem o fornecimento ou a prestação de serviço anterior compatível com as características, quantidades e prazos** restritos a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, devidamente discriminada de forma clara e objetiva no edital, **sendo vedada a exigência de quantidades mínimas de atestados ou de prazos mínimos ou máximos dos mesmos; (Grifo nosso)**

Podemos verificar que a regra a ser aplicada para as licitações do Badesul é a de que se deve comprovar a prestação de serviço anterior **compatível** com o objeto em características, quantidades e prazos, bem como, **é vedada a exigência de prazos mínimos dos atestados.**

A exigência que ora atacamos descumpra as orientações e regras estabelecidas pela própria instituição, extrapolando de forma injustificada as exigências de comprovação técnica e, por consequência, afastando sociedades capacitadas para o serviço objeto deste processo.

Exigir comprovação em quantitativos, características ou períodos superiores ao que se pretende contratar é **irregular**, este é o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme segue:

É irregular a exigência de atestado de capacidade técnica com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, exceto se houver justificativa técnica plausível. (Acórdão 2696/2019-Primeira Câmara | Relator: BRUNO DANTAS)





É irregular a exigência de atestado de capacidade técnica com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, exceto nos casos em que a especificidade do objeto recomende e não haja comprometimento à competitividade do certame, circunstância que deve ser devidamente justificada no processo licitatório. (Acórdão 3663/2016-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN)

É irregular a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo licitatório. (Acórdão 2924/2019-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER)

São irregulares cláusulas de edital de licitação que fixam número mínimo de atestados para comprovar capacidade técnica de licitante ou fixam patamares mínimos desproporcionais para os quantitativos dos serviços exigidos nos atestados. (Acórdão 1873/2015-Plenário | Relator: ANA ARRAES)

É ilícita a exigência de número mínimo de atestados de capacidade técnica, assim como a fixação de quantitativo mínimo nesses atestados superior a 50% dos quantitativos dos bens ou serviços pretendidos, a não ser que a especificidade do objeto recomende o estabelecimento de tais requisitos. (Acórdão 1052/2012-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER)

Resta claro da leitura das decisões supracitadas que não há guarida para a exigência de atestados em quantitativos ou prazos superiores aos do serviço que se pretende contratar, pelo contrário, a jurisprudência limita a 50% do mesmo.

Considerando o prazo de vigência do contrato, de 12 meses, o máximo que se poderia exigir seria a comprovação de prestação do serviço pelo período de 6 meses. Caso o entendimento seja de considerar a vigência





total do contrato, ou seja, com as possíveis prorrogações, o máximo que se poderia exigir é a comprovação de ter prestado o serviço pelo período de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses.

Deve, portanto, a referida exigência ser alterada e adequada aos parâmetros legais e usuais, ou seja, passar a se exigir 50% (cinquenta por cento) do serviço que se pretende contratar.

Por todas as razões anteriores e mais as de direito que seguem, não pode prosperar o instrumento convocatório deste processo licitatório. Deve o Edital ser revisto e adequado à legalidade, **significando isso a alteração da exigência aqui atacada.**

2. O DIREITO DA IMPUGNANTE À PROCEDIMENTALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO NOS TERMOS FIXADOS NA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Estão expressamente contidas no Estatuto das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista no seu art. 31 que as licitações devem observar os princípios, dentre outros, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

O Direito desta Impugnante ao cumprimento da Lei incidente nesta licitação, em especial no tocante a um julgamento objeto e imparcial, está consagrada na Carta Magna e na Lei 13.303/16. Senão vejamos:





Nesse sentido diz a Lei Maior:

Art. 37 - A Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

...

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...].

No caso, como antes demonstrado, existe **REGRA NO EDITAL que transborda a legalidade necessária, determinando, por conseguinte a sua extirpação** à sua indispensável conformação legal.

A toda evidência, ao se elaborar Edital defeituoso como está esse, foi afrontado um conjunto de princípios aplicáveis não só às licitações como a administração pública em geral, **maculando, irremediavelmente, de início, de ilegalidade o procedimento.**

A melhor doutrina refere com precisão o que se entende por *juízo objetivo* em um procedimento licitatório:

"O juízo objetivo há de ser o que se funda em premissas possíveis, consistentes com o objeto a ser alcançado e suscetíveis de quantificação ou qualificação, **e que prescindam de**





estimativas, conjecturas, suposições ou preferências "intuitu personae". (Diogo de Figueiredo Moreira Neto)

A toda evidência, ao estabelecer para fins de participação no certame exigência de prazo superior ao do objeto pretendido, foi afrontada a legalidade e o direito das licitantes.

Assim, é intuitivo que o gestor da coisa pública, envolvido na procedimentalização das licitações e execuções contratuais **deve ensanchar segurança jurídica aos licitantes de que as exigências contidas estão autorizadas na lei incidente,** por ser esse o comportamento pré-delineado por essa norma legal e único comportamento moral e legalmente aceitável.

Ademais, é dever da autoridade anular seus atos quando presentes ilegalidades, este é o entendimento da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Ora, como já referido, é corrente que ato administrativo praticado em desacordo com o ordenamento jurídico é inválido. Porque sempre é inválido o ato que, ao nascer, afrontou as prescrições legais - carece de legalidade e





se ressentido de defeitos jurídicos. Os atos inválidos são comumente chamados de nulos e afetam retroativamente (efeito *ex tunc*) o procedimento licitatório.

Já Diógenes Gasparini analisa com precisão a possibilidade de convalidação de atos administrativos inválidos:

"Se os atos administrativos afrontam o ordenamento jurídico e, por essa razão, são tidos como inválidos, não cabe falar em convalidação (supressão retroativa da ilegalidade de um ato administrativo). Não se convalida o que é inválido. O que se admite é a correção de pequenas irregularidades, a exemplo de vícios gráficos (troca de letras e números).

Assim, a invalidação ou anulação de um ato inicial ou intermediário de um procedimento administrativo importa no desfazimento de todos os atos subseqüentes. Do mesmo modo que a anulação de uma licitação, implica na do contrato já eventualmente firmado, a nulificação de Edital, ainda em sua de publicidade, determina seu refazimento adequado à legalidade.

O controle administrativo de qualquer comportamento (autotutela) da Administração Pública, seja ela direta ou indireta ocorre nesse mister espontânea ou provocadamente – comprovadas ilegalidades - a licitação deve ser fulminada com a declaração de sua anulação, por dever de assim agir da Autoridade Administrativa.

Da análise anterior, decorrem os direitos da IMPUGNANTE à reprocedimentalização da licitação ora atacada, sem a mácula de





ilegalidade contida na regra editalícia ora impugnada, eis que, como visto, **assim determina a legislação incidente a que se deve submissão - administração e administrados.**

3. CONCLUSÃO

Como visto, trata-se aqui de impugnação a exigência comprobatória de qualificação técnica que extrapola os limites do regramento interno do próprio BADESUL, bem como os limites estabelecidos pela Lei das Estatais (art. 58, II) e pela jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União.

A exigência deveria adequar-se ao prazo de vigência do contrato a ser firmado, mostrando-se excessiva e direcionadora a condição vinculada.

Dessa forma, faz-se necessária e imperiosa a alteração do edital, adequando-se à orientação aplicável, para que o item 13.4.1 passe a exigir, comprovação de prestação de serviços similares ao licitado pelo período de 6 (seis) meses e - no máximo - pelo período de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses.

Portanto, parece-nos clara e necessária a alteração do edital, especialmente do item 13.4.1 e seus subitens, para que se viabilize a mais ampla competitividade no presente certame, na busca da obtenção da proposta mais vantajosa para o BADESUL.





4. REQUERIMENTO

Por todo o exposto e, considerando os demais elevados suprimentos de Vossas Senhorias sobre a matéria, requer seja **reexaminada, sob a ótica legal, a exigência habilitatória-técnica ora impugnada, para que seja dada procedência a presente impugnação, alterando-se a exigência atacada constante no item 13.4.1 do Edital para os limites legais estabelecidos.**

Pede deferimento.

Porto Alegre/RS, 10 de junho de 2020.


GIOVANI GAZEN ADVOGADOS ASSOCIADOS S/S

MAURÍCIO GAZEN

OAB/RS 71.456

