ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO/CHEFE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO - DME DISTRIBUIÇÃO S.A. – DMED

Ref.: **PROCESSO LICITATÓRIO 03/2022**

Processo Administrativo nº **142/2022**

A empresa **TELES & MATOS ADVOCACIA**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ: 16.537.357/0001-43, com sede na Av. João Baptista Parras, 633/1401, Pria do Suá, Vitória-ES, neste ato representada por sua representante legal Deusa Regina Teles Lopes, inscrita na OAB-ES nº 14.774, vem, tempestivamente, conforme permitido Lei Federal nº 13.303/2016, em tempo hábil, à presença de Vossa Senhoria a fim de **IMPUGNAR** os termos do Edital em referência, que adiante específica o que faz na conformidade seguinte:

I - TEMPESTIVIDADE

A presente Impugnação é plenamente tempestiva, uma vez que o prazo para protocolar o pedido é de 05 dias úteis contados antes da data fixada para recebimento das propostas e habilitação (26/08/2022), conforme consta no item 5.1 do edital.

Considerando o prazo legal para apresentação da presente impugnação, são as razões ora formuladas plenamente tempestivas, uma vez que o termo final do prazo de impugnação se dá em 22/08/2022, razão pela qual deve conhecer e julgar a presente impugnação.

II – FATOS

A Impugnante tem interesse em participar da licitação para Contratação de Sociedades de Advogados, composta por, no mínimo, 03 (três) profissionais, para prestação de serviços técnicos de natureza jurídica às empresas DME Poços de Caldas Participações S.A. - DME, denominada DME, DME Energética S.A. - DMEE, denominada DMEE e DME Distribuição S/A - DMED. denominada DMED, em conjunto denominadas

Empresas DME, sem exclusividade e sem vínculo empregatício, pelo período de 12 (doze) meses, conforme consta no ANEXO III do edital.

Fato é que, da análise do referido Edital e dos anexos que o compõem, foi possível detectar vícios que devem ser imediatamente sanados, sob pena de anular todo o procedimento licitatório.

Isso porque traz exigência de caráter discriminatório que não permitem a participação ampla das empresas do mercado, conforme será demonstrado. A exigência de características que só podem ser atendidas por poucas ou por nenhuma, ou ainda tirar da disputa uma parcela de concorrentes sem motivação expressa para aquele fim, frustra os Princípios da Igualdade, livre concorrência, e legalidade, cernes das compras públicas, devendo, a isonomia, desta forma, deve ser revista desde logo, a fim de se evitar que todo o processo licitatório fique maculado.

Ao verificar as condições para participação na licitação citada, constatou-se que o edital prevê:

> 6.2.4.1. GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social), com as cópias dos contratos de trabalho firmados entre os advogados e a sociedade, acompanhados das anotações na CTPS, ou o instrumento de associação participativa devidamente registrado na OAB.
> 6.2.4.2. Os contratos deverão atender os artigos 17-A e 17-B e parágrafo único do Estatuto da Ordem de Advogados
> 6.2.4.3. Por associados, entendem-se os advogados com contrato de associação averbado ao registro da sociedade de advogados interessada junto à Seccional da OAB, em conformidade com o art. 39, parágrafo único, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB.

algumas exigências que merecem revisão/ alteração, a saber: a exigência de 03 (três) sócios na sociedade além de exigir 03 (três) profissionais para prestação do serviço.

Ora, conforme será demonstrado, com a devida vênia, tal exigência não deve prosperar, considerando que uma das formas de prestação de serviços junto aos escritórios de

advocacia não foi contemplada e é totalmente legal, sendo totalmente contrário ao entendimento da jurisprudência, em especial as dosTribunais de Contas.

III – DIREITO.

Como é cediço, qualquer exigência que restrinja o caráter competitivo deverá ser devidamente justificada nos autos.

É sempre válido destacar que a fase de habilitação do processo licitatório destina-se à verificação da capacidade e da idoneidade do licitante em executar o objeto da contratação frente à documentação exigida no instrumento convocatório, a qual, em função do princípio da legalidade, deve limitar-se à prevista em lei, salvo exigências de qualificação técnica previstas em lei especial.

Ademais, as exigências a título de habilitação consignadas nos instrumentos convocatórios devem se limitar apenas às estritamente necessárias a garantir a adequada execução do objeto, ante regra imposta pela Constituição Federal:

> *"Art. 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".*

Não obstante, a exigência de comprovação de vínculo entre o responsável técnico indicado e a empresa licitante deve ser vista com cautela, bastando a demonstração, na data prevista para a apresentação das propostas, de que dispõem desse para a execução do objeto, seja ele empregado, sócio ou contratado.

A jurisprudência do TCU é pacífica nesse sentido:

> *"3. Configura restrição ao caráter competitivo da licitação a exigência, para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993), da demonstração de vínculo empregatício, por meio de carteira de trabalho, do profissional com a empresa licitante, sendo*

suficiente a comprovação da disponibilidade do profissional mediante contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil.

Acórdão 872/2016 Plenário, Auditoria, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer.

3. É ilegal a exigência, para participação em licitação, de comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico com a empresa licitante.

*Também na Representação acerca da licitação conduzida pelo Município de Brasilândia D'Oeste/RO, fora apontada exigência de vínculo empregatício, na data de entrega da proposta, de engenheiro civil, ambiental e sanitarista com as licitantes. Realizado o contraditório, a relatora destacou que 'a jurisprudência do Tribunal também é pacífica no sentido de ser ilegal a exigência de comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico com a empresa licitante, pois impõe um ônus desnecessário aos concorrentes, na medida em que são obrigados a contratar, ou a manter em seu quadro, profissionais apenas para participar da licitação (acórdãos 103/2009 e 1.808/2011, do Plenário, entre outros)'. Pontuou a relatora que o objetivo da Administração é garantir que os profissionais indicados possam, de fato, desempenhar suas funções para garantir a execução do objeto licitado: '**O vínculo do profissional qualificado não precisa, portanto, ser necessariamente trabalhista ou societário. É suficiente a existência de um contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum'. Nesse passo, ausentes as justificativas que embasassem a exigência editalícia, o Plenário acatou a proposta da relatora para que a Representação fosse considerada procedente, rejeitando-se as razões apresentadas pelos responsáveis e imputando-lhes multas individuais**."* [1]

Portanto, para fins de qualificação técnica-profissional basta que as licitantes comprovem que dispõem, na data de apresentação das propostas, de responsável técnico devidamente habilitado, podendo o vínculo entre eles (empresa e profissional) ser de cunho trabalhista, societário ou mediante contrato de prestação de serviços.

Com isso verifica-se que só foram previstas no anexo III, duas possibilidades de vínculo entre as partes: i) a associação ou ii) o vínculo empregatício quando exigem a GFIP.

[1] TCU. Acórdão nº 1.842/2013 – Plenário.

A possibilidade de criação de sociedades com um único sócio está prevista na lei 13.247/16, que alterou o Estatuto da Advocacia. Portanto, o advogado unipessoal, assim como o advogado associado, pode atuar em alguns processos do escritório, compartilhando clientes e os resultados advindos desta atuação específica, firmado em contrato de prestação de serviço específico.

O escritório que optar por contratar um advogado que tenha uma sociedade unipessoal, deverá firmar contrato de prestação de serviço entre sociedades e deverá ser registrado na OAB. Assim, restringir os contratos de prestação de serviço (que não são no modelo de associativismo) se mostra ilegal restringindo a participação deste modelo.

Nessa linha, tem-se que é viável que a Administração defina no instrumento convocatório a composição mínima da equipe técnica que julgar necessária para a satisfatória execução do objeto, bem como o perfil dos profissionais que a integram (desde que pautada em justificativa adequada e suficiente), sendo que na fase de habilitação o licitante apenas precisará apresentar uma declaração de disponibilidade dessa equipe, sem ser necessário relação nominal dos integrantes ou qualquer outra espécie de comprovação, a qual será exigida após a adjudicação, como condição contratual, que se descumprida sujeitará o particular às sanções cabíveis em face de sua inadimplência.

E o posicionamento do TCU corrobora:

> *[RELATÓRIO]*
>
> *ANÁLISE DAS OITIVAS*
>
> *45.Por sua vez, a exigência contida no Anexo VII do edital em que a licitante deveria juntar o nome dos responsáveis técnicos (peça 3, p. 155), também pode ser considerada cláusula abusiva e desnecessária.*
>
> *46.Compulsando o Anexo VII do Edital (peça 3, p. 155), verifica-se que a exigência contida no item dá o indicativo de que a equipe técnica deve ter no mínimo três componentes. Porém, não se percebe qualquer necessidade de haver a solicitação, eis que não relaciona qual a formação ou experiência exigida, desses componentes. Com exceção, por obviedade, do responsável técnico pela obra. É dizer, não há necessidade de solicitar a informação, uma vez que o edital não prevê que se analise a qualificação da equipe, por meio de critérios técnicos definidos para uma eventual reprovação da equipe.*

47. Ademais, mesmo que a licitante indicasse os nomes no anexo, não haveria como cobrar desta, no momento da contratação, que a equipe permanecesse a mesma, por falta de previsão no edital e até por ser impossível prever acontecimentos futuros, tais como falecimentos, desvinculação da equipe da empresa, dentre outros fatores imprevisíveis.

48.Assim, a cláusula combatida pela representante apenas teve como finalidade excluir possíveis concorrentes que, como no caso da Makri Ltda. não lograram preencher corretamente a tabela do edital.

[ACÓRDÃO]

*9.2 com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, c/c art. 45, caput, da Lei n. 8.443/1992, assinar prazo de 15 (quinze) dias para que o Iphan/AL adote as providências necessárias para anular a Concorrência n. 003/2015, que teve por finalidade a contratação de empresa para Requalificação do Largo da Igreja Nosso Senhor do Bomfim – Taperaguá, dadas as irregularidades concernentes às exigências dos subitens 2.1.1 e 2.1.2 do Edital da Concorrência 003/2015 restritas à comprovação por meio do Sicaf, bem como ao seu Anexo VII**, relativamente à equipe técnica de três componentes, sem justificativas, o que acarreta restrição à competitividade do certame, em afronta aos artigos 37, inc. XXI, da Constituição Federal, e 3º, § 1º, inciso I, 30 e 32 da Lei 8.666/1993, além da ampla jurisprudência do TCU, informando a este Tribunal, nesse mesmo prazo, as medidas adotadas".*** [2] *(grifou-se)*

"[VOTO]

3.4. a exigência contida no subitem 13.4.2 do Edital, da indicação nominal de profissionais de nível superior distintos para cada lote da licitação, bem como pertencentes ao quadro permanente da empresa proponente, com vínculo comprovado mediante cópia da Carteira Profissional de Trabalho ou por meio de contrato de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum, como requisito indispensável para sua habilitação, impõe ônus antecipado às proponentes sem a correspondente garantia de que o participante venha a ser vencedor do certame, com prejuízo ao princípio da competitividade, afrontando o disposto no art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, bem como a jurisprudência do TCU (v.g.

[2] TCU. Acórdão 199/2016. Plenário.

Acórdãos nºs 481/2004; 1.094/2004; 26/2007; 126/2007, todos do Plenário; Acórdão nº 2.178/2006-1ª Câmara; Acórdão nº 2.561/2004-2ª Câmara);

3.5. o fator de permanência atenta contra o princípio da igualdade, previsto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, porquanto pode acarretar uma redução de até 12 (doze) pontos, ou seja, 12% (doze por cento) do total de pontos possíveis, na nota técnica das proponentes que não possuírem em seus quadros permanentes, há mais de um ano, dois profissionais de nível superior disponíveis para cada lote que a empresa pretenda participar, sendo que, para se assegurar da qualidade e da eficiência da prestação dos serviços em questão, é suficiente que a Administração Pública defina de maneira clara, tanto no Edital como no contrato que vier a ser celebrado, o perfil desejado e o quantitativo mínimo de profissionais que entende necessário para sua execução".[3] *(grifou-se)*

"O TCU tem rechaçado a exigência prévia de profissionais de cunho técnico operacional no quadro permanente da empresa licitante. O TCU entende que exigências dessa natureza inibem o caráter competitivo do certame, de forma contrária ao princípio da igualdade.

O argumento do MAPA de que é um desafio para Administração garantir a qualidade do objeto sem a configuração de restrição à competitividade já foi objeto de debate nesse Tribunal. O Ministro Ubiratan Aguiar, no TC 026.646/2006-6, faz orientações sobre como garantir a qualidade do objeto sem implicar em restrições à competitividade, conforme trecho transcrito a seguir:

'12. De outra parte, para que a contratante não fique a mercê de 'licitantes aventureiros' e tenha maior garantia da qualidade do pessoal da contratada, cabe a ela dispor, tanto no edital como no contrato que vier a ser celebrado, o perfil desejado e o quantitativo mínimo de pessoas que entende necessário para realização dos serviços, evitando, assim, eventual favorecimento de determinadas empresas na fase de pontuação técnica, porém garantindo que o objeto contratado será executado por pessoas plenamente qualificadas.'

Assim, o TCU adota posicionamento contrário à exigência de quadro de pessoal com técnicos certificados e qualificados em fase anterior a celebração do contrato. Esse entendimento visa a evitar que os licitantes

[3] TCU. Acórdão 1396/2012. Plenário.

incorram em despesas que sejam desnecessárias e anteriores à própria celebração do contrato."[4] *(grifou-se)*

Dessa forma, ainda que a Administração possa, em face de justificativa técnica, definir a composição mínima da equipe técnica responsável pela execução do serviço, não é válido exigir que as licitantes apresentem relação nominal dos membros que compõem essa equipe, nem que comprovem o vínculo profissional entre eles, bastando, na fase de habilitação, a apresentação de declaração formal do próprio licitante de que dispõe do pessoal técnico adequado para atender as condições do edital e executar regularmente o objeto, o que deverá ser efetivamente comprovado pela empresa vencedora da licitação.

A discricionariedade da Administração Pública encontra limites na própria lei, seus atos devem ser motivados, a fim de especialmente esclarecer o interesse público a ele vinculado, o que não restou demonstrado em tal exigência editalícia.

IV – PEDIDOS

Em face do exposto, requer seja a presente IMPUGNAÇÃO julgada procedente, com a alteração do item 6.2.4, para fazer constar a possibilidade de vínculo com os contratos de prestação de serviço eis que não há qualquer justificativa plausível no edital ou termo de referência.

Requer ainda seja determinada a republicação do Edital, inserindo as alterações aqui pleiteadas, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto.

Nestes Termos
Pede Deferimento.

Vitória-ES, 22 de agosto de 2022.

DEUSA REGINA TELES LOPES

Assinado de forma digital por DEUSA REGINA TELES LOPES
Dados: 2022.08.22 15:43:12 -03'00'

TELES & MATOS ADVOCACIA
Deusa Regina Teles Lopes
Representante legal – OAB-ES 14.774

[4] TCU. Acórdão 2241/2012. Plenário.