

**EXMO. SR. PRESIDENTE CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA, DO  
EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – TCE/SP.**

**REPRESENTAÇÃO AO EDITAL DA CONCORRÊNCIA Nº 001/2024  
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 065/2024  
PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITAPECERICA DA SERRA  
PARCERIA PÚBLICO PRIVADA (PPP) NA MODALIDADE DE CONCESSÃO  
ADMINISTRATIVA PARA MODERNIZAÇÃO, EFICIENTIZAÇÃO,  
EXPANSÃO, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DA INFRAESTRUTURA DA  
REDE DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE ITAPECERICA DA  
SERRA, ESTADO DE SÃO PAULO.**

**DATA E HORA DA ABERTURA DA SESSÃO PÚBLICA:  
06 de agosto de 2.024 às 09:30 horas**

**SERLUZ ILUMINAÇÃO PÚBLICA LTDA.,** pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 39.955.383/0001-97, com sede no Estado de São Paulo, na Rua José Aparecido Olímpio nº 43, Conjunto Habitacional Maurílio Biagi, Sertãozinho, CEP.: 141773-10, neste ato por sua advogada constituída, vem, tempestivamente, **REPRESENTAR** os termos do instrumento convocatório em referência, com fulcro no artigo 113, §1º, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e suas alterações subsequentes, com **PEDIDO CAUTELAR** para **SUSPENSÃO DA ABERTURA DO CERTAME** na data designada, **objetivando ao final a retificação e/ou anulação do procedimento licitatório**, uma vez que há flagrante restrição à ampla participação e competitividade, além de disposições em conflito com a legislação aplicável: **1) na promoção do certame com fulcro em lei revogada, quando deveria reger-se pela NLLC;** **2) na exigência de demonstração de Qualificação Técnica Operacional em item que impossibilita o somatório de atestados pelas empresas proponentes;** **3) na exigência de Qualificação Técnica Profissional em item que possibilita a apresentação de compromisso/promessa de vínculo do profissional detentor dos atestados com a proponente, em desacordo com as demais exigências**

**editais, à lei e Súmula nº 25 desse E.TCE/SP e 4) previsão de procedimentos de arbitragem contrários à legislação correspondente, conforme passaremos a demonstrar e comprovar:**

A Prefeitura Municipal de Itapecerica da Serra lançou à praça edital de Concorrência para celebração de PPP, na modalidade concessão administrativa, pelo prazo de vinte anos<sup>1</sup>, no valor estimado<sup>2</sup> do contrato de R\$ 143.910.000,00 (cento e quarenta e três milhões e novecentos e dez mil reais), equivalente ao somatório das receitas totais da Concessionária projetadas para o prazo da concessão, para “*modernização, eficientização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública do Município*”.

Conforme consta no preâmbulo do respectivo edital<sup>3</sup>, a presente concorrência será regida pelas regras nele previstas e nos seus anexos, pela **Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993**, pela Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, pela Lei Municipal nº 2435, de 7 de abril de 2015, pela Lei Municipal nº 2672, de 17 de agosto de 2017, e pelas demais normas vigentes sobre a matéria.

Contudo, temos que **o instrumento convocatório foi subscrito pelo Sr. Prefeito em 14 de junho de 2024**; assim como também **datam do mesmo mês a divulgação e publicação do certame e o estudo** que o embasa, **promovido pela FIPE**.

Nos termos dispostos na NLLC<sup>4</sup>, em seus artigos 191 e 193, poderia a Administração optar pela antiga legislação até o marco final de 30 de dezembro de 2023 e não além disso.

---

<sup>1</sup> 4.1. A CONCESSÃO terá o prazo de 20 (vinte) anos, contados da DATA DE EFICÁCIA, conforme estabelecido no CONTRATO.

<sup>2</sup> 4.2. O valor estimado do CONTRATO é de R\$ 143.910.000,00 (cento e quarenta e três milhões e novecentos e dez mil reais), equivalente ao somatório das receitas totais da CONCESSIONÁRIA projetadas para o prazo da CONCESSÃO, em valor a preços constantes, com base no valor a ser percebido pelo pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL MÁXIMA.

<sup>3</sup> Fl. 1/88 do arquivo PDF;

<sup>4</sup> Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Sobre o marco legal em comento, destacamos as orientações e entendimento do Exmo. Sr. Conselheiro Dimas Ramalho<sup>5</sup> dessa E. Corte de Contas:

*“A medida provisória especificava, na redação conferida ao art. 191 da Lei nº 14.133/21, as condições que permitiam a ultratividade das leis revogadas. Contemplava, portanto, que o certame e os contratos poderiam ser regidos pela Lei do Pregão, RDC ou o diploma da 8.666/93, mesmo após o fim de suas vigências, desde que houvesse opção expressa por essas leis até 30/12/2023 e a publicação do instrumento convocatório ou do ato autorizativo da contratação direta ocorresse até 29/12/2023.*

*(...) Diante desse cenário de incerteza, devem ser resgatados os precedentes e pareceres técnicos expedidos anteriormente à edição da medida provisória e que ofereciam uma resposta à possibilidade de efeitos intertemporais das legislações pretéritas.*

*Na esfera da União, cito o PARECER n.º 00006/2022/CNLCA/CGU/AGU, que facultava a escolha do regime jurídico de licitações e contratações públicas desde que essa opção fosse exercida na fase preparatória e em data anterior à revogação da legislação aplicável.*

*No mesmo sentido, o Acórdão 507/2023, de 22/03/2023, do Plenário do TCU, segundo o qual a eleição do regime antigo poderia ser feita até o termo final de vigência das leis previsto no art. 193, II, da Lei nº 14.133/21, devendo a publicação do Edital ser materializada até 31/12/2023.*

*No caso do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ainda que em orientação interna, constato a adoção de entendimento semelhante. No Ato GP nº 11/23, publicado em 29/03/2023, a possibilidade de licitar ou contratar com base nas Leis nºs 8.666/93, 10.520/02 e RDC poderia ser exercitada até a data de revogação dessas leis, sendo que as publicações fossem efetivadas até 29/12/2023”. (g.n.)*

Ainda, cabe citarmos o aperfeiçoamento legislativo trazido pela NLLC para possibilitar melhores contratações à Administração Pública:

*“Dentre outras inovações, a Lei Federal nº 14.133/2021 veio mudar paradigmas, introduzir o planejamento, a transparência e a publicidade como princípios a serem constantemente observados, buscar a profissionalização de todos os envolvidos em tão nobre missão de contratar e fiscalizar, introduzir uma cultura de segregação de funções e de licitações em meio digital”<sup>6</sup>.*

---

*Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.*

*Art. 193. Revogam-se:*

*II - em 30 de dezembro de 2023:*

<sup>5</sup> Ainda é possível aplicar a Lei nº 8.666/93, a Lei do Pregão e o RDC? in: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-ainda-e-possivel-aplicar-lei-866693-lei-pregao-e-rdc>

<sup>6</sup> in: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Cartilha%20Nova%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es%20e%20Contratos.2-1.pdf>

Pois bem, o edital está em sua primeira versão; seu objeto é complexo e a contratação decorrente terá vigência por ao menos duas décadas; a divulgação e publicação do extrato somente ocorreu no meio do ano de 2024; assim, é dever da Administração de Itapecerica da Serra readequá-lo à NLLC, sob pena de nulidade.

**DA EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA OPERACIONAL EM ITEM QUE IMPOSSIBILITA O SOMATÓRIO DE ATESTADOS - RESTRICÇÃO À PARTICIPAÇÃO E COMPETITIVIDADE – ITEM 13.2.4.5 c/c 13.3.4.6 do edital:**

O edital dispõe sobre as exigências de Qualificação Técnica em seu item 13.3.4, sendo as relacionadas à empresa<sup>7</sup> nos subitens 13.3.4.1 a 13.3.4.5.

---

<sup>7</sup> 13.3.4. Para comprovação da qualificação técnica:

13.3.4.1. Comprovação, por meio de atestado emitido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, de que a PROPONENTE tenha executado, pelo período mínimo de 1 (um) ano, serviços de operação e manutenção preventiva e corretiva de, no mínimo, 8.600 (oito mil e seiscentos) pontos de ILUMINAÇÃO PÚBLICA e/ou PRIVADA, incluída no escopo da contratação a responsabilidade contratual pelo fornecimento de materiais e equipamentos específicos de ILUMINAÇÃO PÚBLICA-PRIVADA, tais como LUMINÁRIAS, lâmpadas, braços e suportes para instalação, projetores, conectores, condutores, reatores, relés fotoelétricos e tomadas para relés fotoelétricos, sendo indiferente as especificações contratuais acerca do quantitativo do material a ser fornecido.

13.3.4.2. Comprovação por meio de atestado emitido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, de que a PROPONENTE tenha executado gestão de sistemas de ILUMINAÇÃO PÚBLICA e/ou PRIVADA por meio de aplicação de software, o qual realize o gerenciamento informatizado e georreferenciado de pontos de ILUMINAÇÃO envolvendo no mínimo a gestão de 8.600 (oito mil e seiscentos) pontos de iluminação em Parque de ILUMINAÇÃO PÚBLICA e/ou PRIVADA.

13.3.4.3. Comprovação por meio de atestado emitido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, de que a PROPONENTE tenha sido responsável pelo fornecimento, instalação e operação de sistema de telegestão para controle ponto a ponto, comando e supervisão, com no mínimo 8.600 (oito mil e seiscentos) unidades.

13.3.4.4. Comprovação por meio de atestado emitido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, de que a PROPONENTE tenha executado cadastramento ou recadastramento georreferenciado de ao menos 8.600 (oito mil e seiscentos) pontos de ILUMINAÇÃO PÚBLICA e/ou PRIVADA.

13.3.4.4.1. Entende-se por recadastramento a atividade de atualização e/ou manutenção de cadastro preexistente.

13.3.4.5. Comprovação por meio de atestado emitido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, de que a PROPONENTE tenha executado modernização e eficientização de sistema de iluminação pública em vias externas com economia, atingindo no mínimo 54% (cinquenta e quatro por cento), sendo que o sistema de iluminação pública modernizado e eficientizado, tenha no mínimo 8.600 (oito mil e seiscentos) pontos em um único sistema.

Em todas as exigências descritas nos subitens é possível aplicar o **somatório de atestados**<sup>8</sup> para alcance do quantitativo exigido, excetuando-se a prevista no **item 13.3.4.5 que faz referência à comprovação de percentual de economia de 54% em 8.600 pontos em um único sistema**, vejamos:

*“13.3.4.5. **Comprovação por meio de atestado** emitido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, de que a PROPONENTE tenha executado modernização e eficientização de sistema de iluminação pública em vias externas com economia, **atingindo no mínimo 54% (cinquenta e quatro por cento)**, sendo que o sistema de iluminação pública modernizado e eficientizado, **tendo no mínimo 8.600 (oito mil e seiscentos) pontos em um único sistema**”.*

Ora, esse subitem trata da mais relevante exigência técnica no aspecto operacional e limita seu atendimento a um único atestado, ou seja, restringe a participação de todos aqueles que por somatório ou consórcio teriam condições de competir.

**Não há qualquer justificativa legal ou técnica para essa diferenciação em relação às demais exigências de qualificação técnica operacional.**

Essa E. Corte de Contas já sumulou a matéria em consonância à Lei de Licitações, bem como o E. TCU:

*TCE/SP SÚMULA Nº 24 – “Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado”.*

---

<sup>8</sup> 13.3.4.6. Será admitido, para os fins das comprovações e dos quantitativos referidos nos itens acima o somatório de atestados.

**TCU SÚMULA Nº 263** “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”.

É dever da Administração **avaliar a expertise da licitante com observância à lei e aos princípios constitucionais e administrativos**, principalmente aos da **razoabilidade, isonomia e impessoalidade**; para que ao selecionar empresa apta à execução dos serviços, **não comprometa a competitividade** na busca do melhor negócio.

*“E assim o é, além da análise do sentido teleológico da lei, porque a Administração Pública, ao exigir a comprovação de realização de serviços semelhantes, deve ficar submissa também ao princípio da razoabilidade, ou seja, as exigências editalícias devem guardar correlação lógica com o objeto licitado, devendo com este ser pertinentes e compatíveis, a fim de atender ao interesse público (finalidade do ato). Cabe ao administrador público, em decorrência de seu poder discricionário, fixar os critérios para a comprovação por parte dos licitantes da capacidade técnica necessária à execução do objeto licitado. Esses critérios, contudo, devem ser harmonizados com a complexidade dos serviços. A exigência de que as empresas licitantes tenham executado serviços semelhantes ao objeto do certame é indubitavelmente razoável, o mesmo não se podendo dizer, no entanto, das que estabelecem a execução de idêntico serviço objeto da licitação<sup>9</sup>”.*(g.n.)

Ensina o mestre Marçal Justen Filho:

**“A qualificação técnico-operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa,**

<sup>9</sup> MONTEIRO, Cynara Mariano, ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA E HABILITAÇÃO EM LICITAÇÕES PÚBLICAS, in:

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjLl5zn8bn2AhUhqJUCHQpJCKg4ChAWegQlAxAB&url=https%3A%2F%2Fbibliotecadigital.fgv.br%2Fojs%2Findex.php%2Frd%2Farticle%2Fdownload%2F48942%2F47552%2F99003&usq=AOvVaw2xEllHpjX9JiumF2fFzfCm>

*como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública”<sup>10</sup>. (g.n.)*

Nesse passo conveniente destacar brilhante observação feita por Carlos Ari Sunfeld:

*“a) É válida a exigência de comprovação de aptidão técnico operacional, admitindo-se, inclusive, condicionamentos relativos a quantidades mínimas e prazos máximos; isto porque o veto no inc. II do § 1º do artigo 30 da Lei 8.666/93 não eliminou do ordenamento jurídico pátrio tal possibilidade, servindo apenas para afastar as limitações expressas nele contidas. O fundamento de validade para tal exigência é encontrado no inc. II do caput do mesmo artigo 30.*

*b)É juridicamente viável a exigência de comprovação de aptidão técnico-operacional, mesmo quando já se tiver exigido prova de aptidão técnico profissional. As duas exigências não são excludentes entre si. Ao contrário, são complementares e perfeitamente aplicáveis num mesmo certame”<sup>11</sup>.*

Cabe ao órgão licitante, em função da dificuldade da execução do serviço, aferir a capacidade técnico-operacional da empresa em determinados atestados e quantidade de serviços executados de forma a garantir a seleção de proposta mais vantajosa à Administração Pública, estabelecendo parâmetros que viabilizem a execução do objeto licitado satisfatoriamente e a um menor custo, sem que com isso se comprometa a disputa.

Contudo, a exigência imposta nesta peça editalícia ao invés de resguardar o interesse público e garantir aqueles atinentes ao procedimento licitatório, acabou por cercear a participação de interessados, bem como comprometer a legalidade do procedimento.

---

<sup>10</sup> JUSTEN, Marçal Filho. “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, editora Dialética, 8ª ed., pg. 333.

<sup>11</sup> Licitações e Contratos Administrativos – editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 122– A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico operacional - estudo produzido em colaboração como Dr. Jacintho Arruda Câmara, professor de Direito Administrativo da PUC/SP, e da Profª Vera Cristina C. Monteiro Scarpinella Bueno, da Sociedade Brasileira de Direito Público.

**DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PROFISSIONAL –  
POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE  
CARTA OU CONTRATO DE INTENÇÃO,  
EXIGÊNCIA QUE CONFLITA COM AS DEMAIS  
DISPOSIÇÕES DO EDITAL, COM A LEI E  
SÚMULA Nº 25 DO E.TCE – ITEM 13.3.4.10, “d”:**

A Qualificação Técnica Profissional<sup>12</sup> está disposta no subitem 13.3.4.8. e seguintes no edital.

**No caput do subitem 13.3.4.8 há clara menção de que a empresa preponente deverá possuir, na data da entrega dos envelopes, profissional de nível superior detentor de acervo técnico.**

No mesmo diapasão, consta no caput do subitem **13.3.4.10** que **“Os atestados somente serão aceitos se os profissionais possuírem vínculo com a PROPONENTE, na data do recebimento dos envelopes, nas seguintes modalidades:”**

---

<sup>12</sup> 13.3.4.8. Comprovação da PROPONENTE de possuir, na data de entrega dos envelopes, profissional(is) de nível superior detentor(es) de Certidão de Acervo Técnico ou documento equivalente, emitido pelo Conselho de Classe Profissional, que demonstre(m) a execução de obras e serviços de características semelhantes aos do objeto da LICITAÇÃO, assim entendidos:

- a. Execução de obras e serviços de implantação, operação e manutenção de pontos de ILUMINAÇÃO PÚBLICA-PRIVADA;
- b. Elaboração de Projetos Elétricos para circuitos aéreos e subterrâneos de praças, monumentos e/ou avenidas;
- c. Elaboração de Projetos Luminotécnicos de praças, monumentos e/ou avenidas; e
- d. Implantação e operação de sistema informatizado para administração de pontos de ILUMINAÇÃO PÚBLICA e/ou PRIVADA, capaz de realizar o gerenciamento informatizado e georreferenciado de pontos de ILUMINAÇÃO PÚBLICA e/ou PRIVADA.

13.3.4.9. Não serão considerados quantitativos mínimos ou máximos para os itens de “a” a “d” do item acima.

13.3.4.10. Os atestados somente serão aceitos se os profissionais possuírem vínculo com a PROPONENTE, na data do recebimento dos envelopes, nas seguintes modalidades:

- a. por relação de emprego, comprovada mediante apresentação da Carteira de Trabalho e de Ficha de Registro de Empregados, devidamente atualizados;
- b. como sócio, comprovado por meio da apresentação de seu estatuto ou contrato social;
- c. como administrador, comprovado por meio de apresentação de prova de eleição dos administradores em exercício devidamente arquivada no registro empresarial ou cartório competente;
- d. por carta ou contrato de intenção, com firma reconhecida, indicando que, em caso de êxito da PROPONENTE na LICITAÇÃO, o profissional assumirá obrigação de prestar os serviços da Concessão, conforme sua respectiva competência técnica, por uma das modalidades de vínculo descritas nos subitens (a), (b) e (c), deste item.
- e. por meio de contrato de prestação de serviço.

Assim, é evidente que essas previsões estão em conformidade com as disposições da própria Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações subsequentes, especificamente, do inciso I, do §1º, do art. 30:

*“art. 30, §1º, I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos”; (g.n.)*

Desta forma **não é legal** e sequer admissível a **previsão** disposta no subitem 13.3.4.10, “d”, de “**promessa**” do profissional materializada por “**carta ou contrato de intenção**” a depender do êxito da empresa licitante.

*“d. por carta ou contrato de intenção, com firma reconhecida, indicando que, em caso de êxito da PROPONENTE na LICITAÇÃO, o profissional assumirá obrigação de prestar os serviços da Concessão, conforme sua respectiva competência técnica, por uma das modalidades de vínculo descritas nos subitens (a), (b) e (e), deste item”. (g.n.)*

**O item editalício em debate afronta e viola frontalmente as disposições da Súmula nº 25 desse E.TCE/SP:**

*SÚMULA Nº 25 – “Em procedimento licitatório, a comprovação de vínculo profissional pode se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços”.*

O órgão licitante pode, licitamente, exigir requisitos de comprovação técnico operacional relativos à pessoa do licitante, além de outros relativos à qualificação técnico-profissional dos funcionários que integram a sua equipe técnica, desde que as exigências não sejam ilegais e irregulares, favorecendo poucos em detrimento do interesse público.

Pelos motivos e fundamentos expostos, representamos as exigências de Qualificação Técnica Operacional e Profissional que comprometem a lisura do certame.

**DA PREVISÃO DE PROCEDIMENTO DE ARBITRAGEM EM DESACORDO COM A LEI Nº 9307/96 – MEDIDAS CAUTELARES, ITENS 45.2.8 E 45.2.9**

Consta no Anexo 14 do edital “**Minuta de contrato**”, na **cláusula 45.2**, a **previsão expressa de opção pelo procedimento de arbitragem** para dirimir todos os conflitos de interesse que porventura surgirem na execução do contrato.

Contudo, nota-se que **há previsões de procedimentos em desacordo à lei, especialmente naqueles referentes às medidas de urgência e cautelares**, vejamos:

*“45.2.8. Caso seja necessária a obtenção das **medidas coercitivas, cautelares ou de urgência antes ou depois da constituição do tribunal arbitral, as PARTES poderão requerê-las diretamente ao competente órgão do Poder Judiciário.**”*

*45.2.9. Caso as medidas referidas no item 45.2.8 se façam necessárias no curso do procedimento arbitral, deverão ser requeridas e apreciadas pelo tribunal arbitral que, por sua vez, poderá solicitá-las ao competente órgão do Poder Judiciário, se as entender necessárias.*

Nos termos da Lei 9307/96<sup>13</sup>, **antes de instituída a arbitragem**, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência (art. 22-A) e cessará a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no

<sup>13</sup> CAPÍTULO IV-A, DAS TUTELAS CAUTELARES E DE URGÊNCIA

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

**prazo de 30 (trinta) dias**, contado da data de efetivação da respectiva decisão (**parágrafo único**).

Assim, **instituída a arbitragem**, caberá **aos árbitros manterem, modificarem ou revogarem a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário** (art. 22-B), ou seja, **não cabe aos árbitros solicitarem-nas ao Poder Judiciário**; até porque estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros (parágrafo único).

Não cabe à Administração adequar procedimento legal de acordo com seu entendimento.

**A Administração não pode atuar com total liberdade, devendo ater-se ao ordenamento jurídico.** É o que informa o **princípio da legalidade estrita**, no qual a Administração, diferentemente do particular, é obrigada a operar sob o manto da lei. Significa dizer "*que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize*<sup>14</sup>" (g.n.)

A própria Lei de Licitações, por vezes, oferece uma margem de escolha para o administrador. Ele continua atuando conforme a regra legal, mas possui o poder de selecionar, dentre as opções oferecidas e atendidos possíveis critérios, aquela alternativa que melhor atenderá ao interesse da Administração e ao interesse público. É o que se chama discricionariedade.

A mestra Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece esse conceito com maestria:

*... o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é*

---

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 105.

*discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei<sup>15</sup>". (g.n.)*

No presente caso, não há margem a escolha do Administrador, sendo-lhe obrigatória a observância dos termos da lei.

Pelo relatado e comprovado, representamos os itens 45.2.8 e 45.2.9 do Anexo 14 do edital por flagrante ilegalidade.

#### **DA CAUTELAR**

Nos termos do artigo 300 do NCPC, da Lei 13.105/2015, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

No presente caso, referidos requisitos restam perfeitamente demonstrados, vejamos:

**PROBALIDADE DO DIREITO:** demonstrados e comprovados os **vícios de ilegalidade e irregularidades** que inviabilizam a participação de interessados e a ampla competitividade no certame pelas **exigências restritivas de qualificação técnica operacional e profissional**, pelas previsões de **procedimento de arbitragem em conflito à lei e certame promovido com fulcro em lei revogada**, que violam os preceitos da lei de regência, doutrina e jurisprudência pátria.

**DO RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO:** Conforme informado, a **abertura da Sessão Pública está agendada para o dia 06 de agosto de 2.024 às 09:30 horas.**

<sup>15</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 221.

Diante de tais circunstâncias, é inegável a existência de fundado receio de dano irreparável, sendo imprescindível o deferimento do pedido *inaudita altera pars*, para o fim de evitar que a Administração Pública do Município de Itapeçerica da Serra promova certame eivado de ilegalidades.

### **DO PEDIDO**

Pelo relatado e fundamentado nesta Representação é indubitável o desrespeito e afronta às normas vigentes e aos princípios que norteiam o procedimento licitatório pela Administração promotora do certame.

Por todo o exposto, esta empresa na condição de ora REPRESENTANTE requer que sejam conhecidas e acolhidas as razões de sua peça, para o fim de determinar esse Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, **LIMINARMENTE, A SUSPENSÃO DA ABERTURA DO CERTAME NO DIA 06/08/2024 ÀS 9h30m, e, no mérito, a RETIFICAÇÃO e/ou ANULAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO,** por vícios insanáveis, haja vista as ilegalidades e irregularidades noticiadas, garantindo-se assim, a lisura do procedimento, a ampla e justa competitividade e o interesse público.

Nestes termos,  
Pede e espera deferimento.

***Maria Esther Miwa Neves***  
***OAB/SP 179.668***