

São Paulo, 17 de Fevereiro de 2020.

De: Assessoria Jurídica

Para: Setor de Compras

Ref.: Parecer Jurídico – Processo nº 1989/19 - Pregão Privado Tipo Menor Preço nº 022/19 – Contratação de Escritório de Advocacia para defesa dos interesses da Fundação Zerbini em processos judiciais e administrativos no âmbito Cível, Trabalhista, Tributário e Direito Público em trâmite nas Comarcas das unidades Federativas da República Federativa do Brasil.

MEMO - 028/2020

PARECER JURÍDICO

Área Solicitante - Setor de Compras do Instituto do Coração - InCor-HCFMUSP

Responsável – Valmir Oliveira

Processo 1989/19 - Pregão Privado Tipo Menor Preço - PP 022/19

Recurso: Fundacional - FZ

Impugnante: Leonardo Falcão Ribeiro Sociedade Individual de Advocacia.

1 - DAS PRELIMINARES

Retornam ao exame desta Assessoria Jurídica a Impugnação interposta pela sociedade de advogados denominada **LEONARDO FALCÃO RIBEIRO SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA** (“**IMPUGNANTE**”), nos autos do Processo nº 1989/2019 - Pregão Privado Tipo Menor Preço - PP 022/19, cujo objeto é a Contratação de Escritório de Advocacia para defesa dos interesses da Fundação Zerbini (“**Fundação**”) em processos judiciais e administrativos no âmbito Cível, Trabalhista, Tributário e Direito Público em trâmite nas Comarcas das unidades Federativas da República Federativa do Brasil.

Cumpramos observar que os recursos objeto do Processo nº 1989/19 (“**Processo**”) são de origem fundacional. Desta feita, a presente contratação encontra-se sob a égide do Regulamento de Compras da Fundação Zerbini (“**Regulamento de Compras**”), sendo aplicável a esta contratação, **de forma análoga**, a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (“**Lei de Licitações**”) e legislação aplicável, na forma do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que institui normas relativas às licitações e contratos administrativos.

A Fundação publicou o aviso de procedimento em seu endereço eletrônico, especificamente na página Fornecedores / Processos de Compras do seu site¹ e também encaminhou e-mail comunicando a data

¹<http://www.zerbini.org.br>



e horário da sessão do Pregão Privado Tipo Menor Preço para diversos escritórios de advocacia, para comparecimento na sessão a ser realizada no dia 21 de fevereiro de 2020 as 13:00hs.

2 - DA TEMPESTIVIDADE E DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

A Impugnação em comento foi recepcionada no dia 14 de fevereiro de 2020, endereçada ao e-mail comprasfz@incor.usp.br. Desta feita, inicialmente cabe a análise inicial com relação a tempestividade da presente Impugnação.

Com relação ao prazo para impugnação, o Edital é expresso em determinar em seu item 8.1 que “(...) até 02 (dois) dias anteriores à data fixada para abertura dos trabalhos, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do PREGÃO PRIVADO TIPO MENOR PREÇO GLOBAL.”

O item 8.1.1 traz ainda a forma de como o referido documento será recepcionado: “(...) a impugnação poderá ser encaminhada através de e-mail, mediante arquivo protegido (pdf), diretamente à Comissão de Licitação no seguinte endereço: comprasfz@incor.usp.br.”

Tendo como preceito a norma editalícia supracitada, e considerando que a Sessão Pública do Pregão Privado estar agendada para o dia 21 de fevereiro de 2020, a presente impugnação mostra-se **tempestiva, motivo pela qual será conhecida.**

3 – DAS ARGUMENTAÇÕES DA IMPUGNANTE

Na peça exordial da Impugnante, esta assevera inicialmente em sua impugnação que, “*um dos requisitos de habilitação jurídica no certame é a exigência de possuir o licitante já na data de abertura da Sessão Pública do Pregão, sede ou filial regularmente constituída na cidade de São Paulo, conforme pode-se observar na redação do item 7.1.2, na página 20 do referido edital de licitação*” (fls.1871, verso).

Em seguida, a Impugnante menciona que “(...) consta edital (...) cláusula que caracteriza ilicitude, vez que há contrariedade ao que rege a lei n. 8.666/93 (...)”, e que “*tal afirmativa encontra embasamento na restrição ao caráter competitivo da licitação*”, pelo fato de que, “(...) quando o edital de licitação delimita que antes mesmo de determinado licitante ser declarado vencedor da licitação, já deve, previamente, na data de abertura da sessão pública do pregão, demonstrar que possui sede ou filial regularmente constituída na cidade de São Paulo, impede que escritórios de advocacia de demais estados, que não possuam sede ou filial na cidade indicada, participem da licitação.” (fls.1871, verso).

A Impugnante argumenta que “*sociedades Advocatícias que possuem sede em estado diverso não deveriam ser impedidas de participar da licitação por tal quesito, vez que nada o impedirá de providenciar antes da assinatura do contrato, abertura de filial em São Paulo, caso vencedor do certame*”, e que “o referido

*requisito somente poderia ser solicitado para empresa que ganhasse a licitação”. Argumenta ainda que “a referida exigência ora impugnada gera restrição ao universo de participantes **violando o princípio da competitividade (...)**” e que “tal ato fere de morte o interesse público, pois oportuniza a contratação de empresa que não seja, efetivamente, a mais vantajosa”. (fls.1872).*

Neste sentido, a Impugnante traz ainda a redação do Art.3º, I da Lei de Licitações, e argumenta em seguida “(...) que a exigência requerida no tópico 7.1.2 classifica-se como condição de contratação, não como condição para participação na licitação” e que “(...) não se sabe se o licitante que não possui sede em São Paulo irá lograr êxito no processo licitatório, caso esse não seja o vencedor o que terá implicado sua participação na licitação?”, e ainda que “(...) deve ser necessário que o licitante vencedor demonstre até a assinatura do contrato que possui sede ou filial regularmente constituída na cidade de São Paulo para a prática de quaisquer atos necessários ao fiel cumprimento do contrato, mas não condicionar tal requisito apenas para participar do certame.” (fls.1872, verso).

Ainda sobre esta questão, a Impugnante menciona algumas decisões do TCU que corroborariam o seu entendimento e, ao final, a Impugnante requer em seu pedido que a Fundação “(...) conheça a presente impugnação e no mérito realize a modificação da redação editalícia, para que assim o presente edital impugnado adeque-se aos termos legais.” (fls.1873).

É o breve relatório.

4 - DO MÉRITO

O âmago da questão recai sobre eventual ilegalidade quanto a exigência disposta no Memorial Descritivo, o que segundo a Impugnante é passível de ser exigido somente no momento da contratação, de modo que a sua manutenção cercearia o direito de eventuais interessados.

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que a Fundação é uma **fundação privada** e que, para contratação de serviços com recursos de origem fundacional faz uso de seu Regulamento de Compras e Contratações, sendo aplicável, **de forma análoga aos procedimentos de contratação dispostos no referido Regulamento**, as disposições e princípios estabelecidos na Lei de Licitações, na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 e demais legislação correlata aplicável. Para maiores esclarecimentos e compreensão de todo o exposto, fazemos o convite para que acesse o site da Fundação Zerbini (<http://www.zerbini.org.br/v2/>).

É importante fazermos esta distinção para clarificar que o presente procedimento não está subordinado de forma direta aos ditames da Lei de Licitações e as demais leis supracitadas.

Muito embora a Impugnante tenha exposto em sua reclamação alguns julgados sobre o tema, tem-se por certo e sacramentado também que a exigência colocada no Edital não se torna ilegal quando houver **justa fundamentação para sua exigência**.

Neste sentido, a exigência de que o escritório participante tenha sede ou filial na cidade de São Paulo

se faz necessária em razão da quantidade de ações nesta cidade, os quais totalizam mais de 90% (245 processos) do total de processos catalogados (272 processos) no Memorial Descritivo do Edital (vide tabela 1 do Memorial Descritivo).

Desta forma, tal exigência não tem e nunca teve como escopo a delimitação de participação de eventuais interessados no procedimento de contratação, e visa tão somente garantir a excelência na prestação dos serviços objeto da contratação, bem como não onerar a Fundação com o dispêndio de custos com locomoção e demais despesas correlacionadas de eventual contratada.

Reforça ainda a exigência de que eventual participante tenha sede ou filial na cidade de São Paulo o fato das ações trabalhistas estarem concentradas quase que na sua totalidade na cidade de São Paulo, considerando que ações deste segmento exige o comparecimento de um advogado em audiências no decorrer de todo o processo, bem como o acompanhamento e agendamento de reuniões com a equipe de Recursos Humanos da Fundação. Pelo exposto, conclui-se que é essencial uma equipe jurídica com escritório já instalado na cidade de São Paulo para atendimento das demandas supracitadas.

Neste mesmo sentido, é pertinente fazermos menção ao item 3.3. do Memorial Descritivo, que delimita a atuação de eventual correspondente do escritório a ser contratado.

Ademais, deve-se levar em consideração de que, caso se adote o posicionamento requerido pela Impugnante de se exigir a referida condição no momento da contratação e não como está disposto no Edital, qual seja, na sessão e na qualificação das participantes, não haverá tempo hábil para que o vencedor que não dispuser de sede ou filial na cidade de São Paulo se organize operacionalmente, haja vista que a abertura, contratação de pessoal qualificado e de regularização da eventual filial da subseção da cidade de São Paulo certamente não será concluída até a data de início dos trabalhos objeto do procedimento, considerando que a sessão para definição da proposta vencedora será realizada na próxima sexta-feira (21 de fevereiro de 2020), ou seja, há aproximadamente em 04 dias úteis.

Entendemos ainda que não configura eventual restrição ao caráter competitivo do procedimento quando houver justa motivação, e tendo como escopo garantir que a perfeita execução do objeto do Contrato. Neste mesmo sentido, temos a expor os ensinamentos do Prof. Hely Lopes Meireles:

Igualdade entre os licitantes: a igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desigule os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º, § 1º).

*O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público. **Todavia, não configura atentado ao princípio da igualdade entre os licitantes o estabelecimento de requisitos mínimos de participação no edital ou convite, porque a Administração pode e***

deve fixá-los sempre que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviços, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público². (Grifou-se)

Por fim, há entendimento do Tribunal de Contas da União no sentido de que, em contratação semelhante a esta, não há que se falar em irregularidade quando as exigências editalícias estiverem pautadas em critérios objetivos e para garantirem que sejam alcançados os objetivos atinentes a busca da melhor proposta:

Representação. Eletrobrás. Contratação de serviços advocatícios. Suspensão liminar da licitação. Audiência dos responsáveis. Justificativas acolhidas. Revogação da cautelar. Improcedência da representação. Não configura irregularidade a fixação de critérios objetivos, pautados pelos vetores da razoabilidade, em vista do objetivo que se almeja alcançar. Comunicação à interessada e à Eletrobrás. Acórdão 271/2004

Por fim, há de se considerar ainda que a entidade que promove o procedimento possui discricionariedade para adquirir bens e serviços que mais se adequem as suas necessidades técnicas e operacionais, mediante justa fundamentação e em conformidade com o objeto a ser contratado, sempre envidando esforços de modo a impedir que se utilize desta discricionariedade para uma finalidade indevida, que em tese não se configura em razão das justificativas trazidas aos autos por este Parecer.

5 - CONCLUSÃO:

Tendo em vista todo o exposto, esta Assessoria Jurídica, fundamentada nos termos do instrumento convocatório, na melhor doutrina e no que consta disposto no Regulamento de Compras, na Lei Federal 8.666/93, bem como nos princípios legais e constitucionais garantidores da lisura do presente procedimento, conhece o pedido da Impugnante e **opina pelo indeferimento de seu pedido**, mantendo-se o Edital sem modificações, haja vista todo o apontamento processados no presente parecer.

É o parecer, *sub censura*.

X 

Assessoria Jurídica
Fundação Zerbini
Assinado por: MARCOS FOLLA

² Hely Lopes Meirelles - Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed., Malheiros Editores, pág. 262