

São Paulo, 19 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 - 032/2020

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: Ferreira Rosa Sociedade de Advogados.

1 - DAS PRELIMINARES

Vem ao exame desta Assessoria Jurídica a Impugnação interposta pela sociedade de advogados denominada **FERREIRA ROSA SOCIEDADE DE ADVOGADOS** (“**IMPUGNANTE**”), nos autos do Processo nº 1989/19 - 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 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 18 de fevereiro de 2020, endereçada ao e-mail comprasfz@incor.usp.br. Desta feita, inicialmente cabe a análise inicial com relação sua a tempestividade.

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 que o Edital, do modo como se encontra, restringe a competitividade entre os licitantes, “na medida em que impõe como requisito que os Escritórios Licitantes demonstrem que o valor da proposta ofertada garanta **TODOS OS SEUS CUSTOS INTEGRAIS DE OPERAÇÃO E FUNCIONAMENTO COM O VALOR EVENTUALMENTE RECEBIDO NO CONTRATO FIRMADO (...)**”(fls.1901), e ainda que “restringir a demonstração de exequibilidade do Escritório Licitante com base apenas nos valores ofertados na presente Licitação implica na **PERDA DA FINALIDADE DO OBJETO DA LICITAÇÃO EM COMENTO (...)**, a contratação do Escritório de Advocacia (...) pelo **MENOR PREÇO**” (fls.1902).

Ainda neste sentido, a Impugnante argumenta ainda que “tal fato importa em evidente restrição da competitividade (...) em evidente conflito com o quanto instruído no art.31 da Lei nº 13.303/2016 (...)” (fls.1902), trazendo logo na sequência o referido artigo em sua petição em fls.1903.

¹<http://www.zerbini.org.br>



A Impugnante traz ainda o art.45, §1º, I da Lei de Licitações em fls.1904 e argumenta que “a Licitação realizada na modalidade MENOR PREÇO deve buscar proposta MAIS VANTAJOSA à Administração Pública, a qual deve se ater as condições estipuladas no Edital (...)” (fls.1903)

A Impugnante aduz também que o Edital “(...) não indica qual será o critério de desempate adotado para indicar que a oferta do Escritório Licitante, ainda que abaixo dos 70% (setenta por cento) do valor estipulado para cada processo (...)” (fls.1904).

Ao final, a Impugnante requer em seu pedido que “(...) seja retificado o Edital (...), afim de que não haja qualquer restrição a participação e habilitação dos licitantes que apresentem proposta inferior a 70% (setenta por cento) do valor limitado no Edital por processo (...) viabilizando a demonstração de exequibilidade da proposta da forma que o Escritório Licitante julgar melhor, bem como que haja a alteração do instrumento licitatório tendo em vista que o critério relativo a exequibilidade é subjetivo, assim como não há nenhum critério de desempate estipulado (...)” (fls.1905).

É o breve relatório.

4 - DO MÉRITO

A Impugnante procurou, em linhas gerais, demonstrar em sua petição que o Edital traz eventual restrição a competitividade quando estabelece a possibilidade de que o licitante demonstre através de planilha de custos a exequibilidade de sua proposta (item 7..15.2 do Edital), e ainda, argumenta que não foi estabelecido o critério de desempate para as propostas.

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.

Nesse diapasão, não nos parece ser pertinente a menção feita pela Impugnante à Lei nº 13.303/2016 (fls.1902/1903), aplicável a empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, como se pode concluir pela redação disposta em seu art.1º:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

Ao nos debruçarmos sobre as alegações da Impugnante no tocante a restrição à competitividade, entendemos que esta não merece prosperar, pois a inserção de critérios objetivos relacionado ao exame da inexequibilidade das propostas visa tão somente minimizar eventuais riscos quanto a eventual inexecução contratual já que o participante, ao apresentar proposta com preços muito baixos, pode estar assumindo obrigação que não poderá cumprir, adimplindo futuramente o contrato. Com isto, tem-se por certo e sacramentado que as disposições inseridas no referido Edital não se tornam ilegais, uma vez que há **justa fundamentação para sua existência.**

Ademais, nos parece descabido o argumento da Impugnante quando este aduz ser subjetivo o critério adotado no Edital para caracterizar o que será considerado como proposta inexequível, ainda mais se levarmos em consideração o fato de que em seu pedido a Impugnante requereu que a demonstração de exequibilidade pelos escritórios de advocacia interessados em participar do procedimento sejam processados “*da forma que o Escritório Licitante julgar melhor*” (fls.1905). Ora, nos parece claro que se acolhermos o pedido da Impugnante e deixarmos que cada participante demonstre da sua forma a exequibilidade de sua proposta, aí sim estaremos tratando com subjetividade esta questão, ou pior ainda, deixaremos o Edital sem qualquer critério que possa balizar a decisão de aceitar ou não as propostas trazidas pelos participantes.

Desta forma, e conforme disposto no Edital, verifica-se a existência prévia de critérios objetivos para classificar se determinada proposta será considerada de imediato inexequível ou não, e ainda, verifica-se tratar de presunção não absoluta, ao passo que dá ao participante a possibilidade deste comprovar posteriormente que a sua proposta é exequível, estando tal disposição em consonância com a Súmula 262 do Tribunal de Contas da União:

Súmula 262 - O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Ainda neste sentido, trazemos abaixo outra decisão que corrobora este entendimento (grifo e negrito não constam no documento original):

Licitação de obra pública: 1 – Para o fim de cálculo de inexequibilidade de proposta comercial, os critérios estabelecidos na Lei 8.666/1993 não são absolutos, devendo a instituição pública contratante adotar providências com vistas à aferição da viabilidade dos valores ofertados, antes da



desclassificação da proponente.

*Mediante auditoria realizada no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Amazonas – (Ifam), com o objetivo de fiscalizar obras do Programa de Trabalho “Funcionamento da Educação Profissional no Estado do Amazonas”, o Tribunal identificou possíveis irregularidades, dentre elas, a desclassificação sumária de empresa privada em processo licitatório no qual apresentara preço inferior em cerca de 25% da empresa que fora contratada. Para o relator, o Ifam **agira de modo indevido ao desclassificar a empresa que apresentara o menor preço sem lhe conferir oportunidade de comprovar a viabilidade de sua proposta**, isso porque “os critérios elencados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para definir a proposta inexequível apenas conduzem a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços”. Nesse cenário, para o relator, considerando que a empresa desclassificada houvera apresentado a melhor proposta, caberia ao Ifam diligenciar junto a tal pessoa jurídica, “de modo a comprovar a viabilidade dos valores de sua oferta, de modo que, ao não agir assim, a entidade contratou com preço mais elevado sem justificativa plausível para tanto”. Todavia, deixou de imputar responsabilidade pelo fato ao Diretor do Ifam, por não haver nos autos elementos que vinculassem sua conduta à adoção das medidas requeridas. Ainda para o relator, a lógica por trás disso é que medidas dessa natureza estariam afetas a setores operacionais, a exemplo da comissão de licitação, não competindo esse tipo de atribuição ao nível gerencial da entidade, na qual se insere o dirigente máximo. Assim, no ponto, votou pela não responsabilização do Diretor do Ifam, sem prejuízo que fossem sancionados os servidores diretamente envolvidos com a irregularidade, o que foi acolhido pelo Plenário.*

Acórdão n.º 1857/2011, TC-009.006/2009-9, rel. Min.-Subst. André Luis de Carvalho, 13.07.2011.

Por fim, não nos pareceu claro a alegação da Impugnante quando esta argumenta em fls.1904 “(...) que o Edital de Licitação (...) não indica qual será o critério de desempate adotado para indicar que a oferta do Escritório Licitante, ainda que abaixo dos 70% (setenta por cento) do valor estipulado no Edital para cada processo (...)” (????).



Sobre a questão supracitada, e mesmo se mostrando de difícil compreensão, cabe-nos esclarecer que o Edital dispõe em seu item 7.9. o procedimento a ser adotado caso haja empate entre os participantes do Pregão Privado:

7.9 Se os preços ofertados por duas ou mais participantes forem idênticos, a ordem para oferta de lances será decidida por sorteio, facultando-se à participante vencedora do sorteio escolher sua posição em relação às demais participantes empatadas.

Em razão dos argumentos trazidos no presente Parecer Jurídico, não nos resta dúvida de que o Edital em comento não traz em seu bojo qualquer disposição que restrinja a competitividade, ou que esteja eivado de irregularidade, ensejando assim a necessidade de sua retificação.

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 seus pedidos**, 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

