

São Paulo, 09 de Setembro de 2019.

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 - 144/2019

PARECER JURÍDICO

Área Solicitante - Setor de Compras do Instituto do Coração - InCor-HCFMUSP
Responsável – Marcel Nascimento
Processo 1989/19 - Pregão Privado Tipo Menor Preço - PP 022/19
Recurso: Fundacional - FZ
Impugnante: Martinez & Martinez Advogados Associados.

1 - DAS PRELIMINARES

Retornam ao exame desta Assessoria Jurídica os autos do Processo em razão da Impugnação interposta pela sociedade de advogados denominada **MARTINEZ & MARTINEZ ADVOGADOS ASSOCIADOS – ME (“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.

Cumprir 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 (fls.292) e também encaminhou e-mail (fls.293) comunicando a data e horário da sessão do Pregão Privado Tipo Menor Preço Global para diversos escritórios de advocacia, para comparecimento na sessão a ser realizada no dia 11 de setembro de 2019 as 9:30hs.

2 - DA TEMPESTIVIDADE E DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

A Impugnação em comento foi recepcionada no dia 06 de Setembro de 2019 as 18:55h, endereçada ao e-mail comprasfz@incor.usp.br, conforme disposto em fls.391. 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 (fls.244) 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 11 de Setembro de 2019, 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, *"de acordo com o Aviso de Errata datado de 29 de agosto de 2019, referente ao Pregão Privado n ° 022/2019, no que concerne ao Item 6.4, que versa sobre Qualificação Técnica, segundo a Comissão de Licitação da Fundação Zerbini, as sociedades de advocacia devem apresentar comprovante de registro na Ordem dos Advogados do Brasil perante o Conselho Seccional da sede e da(s) filial(s) da participante, quando aplicável e observado o disposto no Item 7.1.2 do Memorial Descritivo (...)"*.

Expõe também a Impugnante que, em resposta ao questionamento feito pelo Escritório Athayde Advogados Associados, ***"a Assessoria Jurídica da Fundação Zerbini esclareceu que será necessária a comprovação na SESSÃO de que o participante tenha sede ou filial na cidade de São Paulo e de que esta esteja devidamente registrada, conforme os preceitos legais dispostos na Lei n ° 8.906/1994 (...)"***(fls.419).

Ainda, segundo a Impugnante *"é certo que o Item ora impugnado merece se revisto pela ilustre Comissão de Licitação da Fundação Zerbini, uma vez que macula os princípios previstos no artigo 3º da Lei n ° 8.666/93, ferindo, especialmente, os princípios da ampla participação dos interessados, da isonomia e da razoabilidade."* e de que ***"a Constituição***

¹<http://www.zerbini.org.br>

Federal estabeleceu, em seu artigo 37, XXI, que somente poderão ser exigidas qualificações técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações.” (fls.420).

A Impugnante assevera ainda que, **“Por este motivo, toda e qualquer exigência que venha a restringir a competição no certame licitatório, além de justificada e pertinente ao objeto, deve ater-se ao que permite a lei, face ao princípio da legalidade”** e que **“(…) devem ser evitados formalismos e requisitos desnecessários, de modo a não ocasionar uma restrição ainda maior à competitividade.”**

A Impugnante argumenta ainda que **“de acordo com os princípios que regulam os procedimentos licitatórios, em consonância com a Lei n ° 8.666/93, devem ser vetados requisitos que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame, estabeleçam preferências ou distinções impertinentes em relação aos interessados e/ou contrariem os princípios da isonomia, da legalidade, da competitividade, da proporcionalidade e da razoabilidade, nos termos dos artigos 30, § 1º, inciso I e 30, § 1º, do dispositivo legal supracitado”,** esclarecendo ainda que **“acerca da questão em apreço, já se manifestou o TCU no sentido de que a exigência de inscrição na Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil ou em qualquer conselho de fiscalização do exercício profissional da jurisdição na qual o serviço será prestado ou a obra executada, devendo tal imposição ser exigida apenas na fase de contratação (TCU - GRUPO 1 - CLASSE 1 7 PLENÁRIO - TC-012.165/2009-7).”** trazendo na sequência parte do referido julgado. (fls.421/422).

No sentido de corroborar sua fundamentação, a Impugnante faz ainda a citação de alguns trechos de doutrinas e novamente de um trecho de julgado do TCU (fls.423/424).

Ao final, a Impugnante requer em seu pedido: **“a) Que seja excluído do Edital, o Subitem 7.1.2, pois, conforme matéria já pacificada no TCU, a exigência de filial em São Paulo só pode ocorrer após a contratação da licitante vencedora do certame, sob pena de violação aos princípios da igualdade e da obtenção de competitividade;”** e alternativamente, **“b) Caso o pedido “a” seja indeferido, (….) a modificação do Subitem 7.1.2, conferindo às licitantes, prazo não inferior a 60 dias, para que sejam cumpridas as exigências constante do citado item, uma vez que existem trâmites burocráticos a serem cumpridos para abertura de filial e retirada das carteiras suplementares dos advogados naquele conselho de ordem.”**

É o breve relatório.

4 - DO MÉRITO

O âmago da questão recai sobre eventual ilegalidade quanto a exigência disposta no nos critérios de habilitação, especificamente quanto a Qualificação Técnica, mais precisamente no disposto no item 6.4.”b”, o que segundo a Impugnante é passível de ser exigido somente no momento da contratação, e não como critério de habilitação, 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 seu inconformismo e sua afirmação de que a presente exigência é ilegal, 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% (291 processos) do total de processos catalogados (318 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, devendo ser levado em consideração o fato de 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, lotada na cidade de São Paulo. 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 quarta-feira (11 de setembro de 2019), ou seja, daqui a dois dias.

Isto posto, não se pode aceitar que aquele que promova a contratação tenha suas necessidades maculadas pelo interesse de eventuais interessados em participar do procedimento, como requereu em sua petição a Impugnante, quando alternativamente pediu que fosse concedido o prazo de 60 dias para que o escritório vencedor pudesse abrir sua filial na cidade de São Paulo e fizesse os registros exigíveis para a execução das atividades na subseção da referida cidade. Ora, nos parece totalmente desprovido de razoabilidade tal pedido, pois como ficarão os processos em curso durante o referido pedido sem o amparo do escritório de advocacia?

Entendemos ainda que a colocação feita pela Impugnante de que a manutenção da exigência na Qualificação Técnica está em desacordo com os Princípios da Isonomia e da Razoabilidade não pode ser considerada como verdade absoluta. Neste sentido, trazemos para fins de ilustração os ensinamentos do brilhante jurista Marçal Justen Filho, que faz algumas observações no tocante ao Art.3º, I da Lei de Licitações, e que corrobora nosso entendimento de que se pode exigir algumas particularidades no Edital, desde que estas estejam em conformidade com as necessidades da cada contratação (grifo e negrito não estão no documento original):

“20.3.4) Prejuízo ao caráter competitivo

*O inc. I contempla um elenco exemplificativo de discriminações reputadas ilícitas. Antes de passar à sua análise, é relevante destacar **que é perfeitamente cabível o ato convocatório adotar cláusulas restritivas da participação.** Não há impedimento à previsão de exigências rigorosas nem impossibilidade de exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. O que se veda é a adoção de exigência desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar ou prejudicar alguns particulares.*

*Portanto, a invalidade não reside na restrição em si mesma, **mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação e com os critérios de seleção da proposta mais vantajosa.** Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, XXI, da CF/1988 "(...) o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações)". A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração.²*

Portanto, não há que se falar que as exigências dispostas no Edital estão lá pura e simplesmente para restringir a participação de eventuais interessados, pois restou mais que evidente e claro no presente Parecer os motivos pelos quais se fizeram necessárias.

² Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos- Lei 8.66/1993 – 17ª Edição – Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs.122/123.

Ainda sobre esta questão, 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 desiguale 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 público**³. (Grifou-se)*

Há ainda 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”

Ao final, faz-se pertinente lembrar 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, o que não se configura no caso em tela em razão das justificativas trazidas aos autos por este Parecer.

³ Hely Lopes Meirelles - Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed., Malheiros Editores, pág. 262

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 dos pedidos “a” e “b” da Impugnação trazida em fls.391/428**, mantendo-se o Edital sem modificações, haja vista todo os apontamentos processados no presente parecer.

É o parecer, *sub censura*.

X 

Assessoria Jurídica
Fundação Zerbini
Assinado por: MARCOS FOLLA