



ANÁLISE ACERCA DE RECURSO ADMINISTRATIVO REFERENTE
AO PREGÃO PRESENCIAL Nº 002/2020

PROCESSO: PREGÃO PRESENCIAL Nº 002/2020

RECORRENTES:

- SOCIEDADE DE ADVOGADOS RAMOS, BASTOS, BAETA E SILVA;
- BARCELOS & JANSSEN ADVOGADOS ASSOCIADOS;
- AZARIAS, GRANATO & MACARI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

RECORRIDA:

- BARBOSA E LOLI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

I – DAS PRELIMINARES:

Recurso administrativo interposto tempestivamente pelas licitantes: SOCIEDADE DE ADVOGADOS RAMOS, BASTOS, BAETA E SILVA, BARCELOS & JANSSEN ADVOGADOS ASSOCIADOS e AZARIAS, GRANATO & MACARI SOCIEDADE DE ADVOGADOS.

Contrarrazão também apresentada tempestivamente pela licitante BARBOSA E LOLI SOCIEDADE DE ADVOGADOS.

II – DAS FORMALIDADES LEGAIS:

Cumpridas todas as formalidades legais, registra-se que foi dada a devida ciência à todos os licitantes da existência e trâmite do recurso administrativo interposto, sendo que estas já estavam intimadas, desde a data do término do prazo do recorrente para apresentação das razões.

III – BREVE HISTÓRICO DOS FATOS:

Na data de 12.05.2020, foi realizada sessão de abertura das propostas comerciais do Pregão Presencial nº 002/2020, que tem por objeto a contratação de sociedades de advogados, para prestação de serviços técnicos de natureza jurídica para contencioso cível e trabalhista à DME Distribuição S/A – DMED, conforme ANEXO VII – Especificação Técnica, a qual ocorreu às 09 horas.

A referida licitação teve como classificada provisoriamente na fase de lances a sociedade BARBOSA E LOLI SOCIEDADE DE ADVOGADOS. Consequentemente, após



análise da documentação e proposta comercial a pregoeira constatou que a referida empresa atendeu ao solicitado em edital, declarando a empresa BARBOSA E LOLI SOCIEDADE DE ADVOGADOS como vencedora do certame.

Diante disto, a pregoeira questionou aos presentes quanto à intenção de interpor recurso contra o julgamento proferido, e os mesmos manifestaram tal intenção. Diante disso, ficou aberto o prazo de 03 (três) dias úteis, conforme item 14.5 do edital, bem como na sequência o prazo de 03 (três) dias úteis para o envio das contrarrazões, prazos estes cumpridos tempestivamente pelas licitantes.

Em face dos recursos apresentados, foi aberto o prazo de 03 (três) dias úteis para apresentação da contrarrazão.

Este é o breve histórico.

IV – DA FUNDAMENTAÇÃO

A) Da aceitabilidade e inexecuibilidade da proposta

As Recorrentes, Sociedade de Advogados Ramos, Bastos, Baeta e Silva e Azarias, Granato & Macari Sociedade de Advogados, argumentam que o valor proposto pela sociedade Recorrida não é aceitável e inexecuível.

A Recorrente Sociedade de Advogados Ramos, Bastos, Baeta e Silva evoca o art. §1º do 48 da Lei 8.666/93:

Art. 48. Serão desclassificadas:

[...]

I - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecuíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

[...]

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexecuíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos



valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores

- a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou
- b) valor orçado pela administração.

Lado outro, a Recorrente Azarias, Granato & Macari Sociedade de Advogados argumenta que a Recorrida não tem escritório em Poços de Caldas e que o custo para implementação de escritório no local da prestação do serviço, com locação, empregado e encargos, por si só consumirá toda a remuneração auferida. Ademais, argumenta que o piso salarial para advogado empregado segundo CCT de 2017 é de R\$3.000,00(três mil reais). Diz ainda, que a proposta abaixo de 30% do valor máximo estipulado pela DME, o que torna inexecutável, bem como solicita que sejam desclassificadas as licitantes que apresentarem propostas inferiores a R\$70.362,12 (setenta mil trezentos e sessenta e dois reais e doze centavos).

Pois bem, primeiramente cabe esclarecer que a legislação aplicável no presente certame é a Lei 10.520/2002 e Lei 13.303/2016, e não a Lei 8.666/93. Ademais, por amor a retórica, cabe destacar que é pacífico o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) que o art. 48 da Lei 8.666/93 só é aplicável subsidiariamente no Pregão para obras e serviços de engenharia (art. 48, § 1º).

Ademais, a questão da inexecutabilidade da proposta a jurisprudência e a doutrina entendem que quando alegado inverte o ônus da prova quanto ser ou não executável o preço apresentado pelo licitante cuja proposta seja vencedora, cabendo a esse o ônus de provar, neste sentido está a decisão recente do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - PREGÃO ELETRÔNICO - MENOR PREÇO - NULIDADE DO CERTAME - IMPOSSIBILIDADE - **COMPROVAÇÃO DA EXECUTIBILIDADE DA PROPOSTA** - NÃO VERIFICADA A INFRINGÊNCIA ÀS NORMAS DISPOSTAS NO EDITAL - SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO - **PROPOSTA MAIS VANTAJOSA** - ORDEM DENEGADA In casu, a empresa Aquidauana Viagens e Turismo LTDA-ME, comprovou a viabilidade de sua proposta, e ainda, vislumbra-se do processo administrativo nº 3/000378/2014, que esta poderá resultar em uma considerável importância em dinheiro em razão da economia de escala vindo a representar uma grande economia para os cofres públicos, haja vista a natureza da prestação dos serviços de



fornecimento de passagens aéreas, que comporta mecanismos adicionais de remuneração para o particular, não havendo o que se falar em anulação do certame, por descumprimento por parte da empresa vencedora, das normas previstas no Edital. Com efeito, no momento em que foi oportunizado à referida empresa, a apresentação de planilhas a fim de demonstrar a exequibilidade de sua proposta, esta assim o fez, razão pela qual foi devidamente classificada. **Se o licitante puder comprovar que sua proposta é exequível, não se lhe poderá interditar o exercício do direito de apresentá-la, tendo em vista ser inviável proibir que o Estado realize a contratação mais vantajosa" [...]** A Administração tem o DEVER de respeitar aquilo que foi estabelecido pelo diploma editalício, não podendo, de forma alguma, esquivar-se das regras preliminarmente estabelecidas. Tal princípio não é mera conveniência ou simples prerrogativa legal que pode ser facilmente descartada. Jaz aqui a fundamentação exordial de todo e qualquer certame. Jamais poderia se falar no desrespeito a tal princípio, este está atrelado a, praticamente, todos os demais princípios arrolados pela legislação, doutrina e aceitos pela jurisprudência, a Isonomia e o Julgamento **Objetivo são exemplos de princípios adstritos diretamente àquele.** O presente mandamus versa sobre a exigência de características mínimas estabelecidas pelo instrumento convocatório que jamais poderiam ser alteradas. É impossível a execução de um certame sem que seja observado o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório. Sem este jamais poderá ser alcançado o Julgamento Objetivo, já que imperará a subjetividade e o animus contrahendi do julgador.

[...]

Diz-se assim, porque segundo a jurisprudência do TCU, não cabe ao pregoeiro ou a comissão de licitação declarar a inexecutabilidade da proposta licitante, mas facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade das suas propostas, conforme consta do acórdão 559/2009 Primeira Câmara (Sumário). De igual forma, o TCU também já pacificou que a Lei nº 8666/93, utilizada de forma subsidiária no pregão, define parâmetros de cálculo para a verificação da exequibilidade, somente para obras e serviços de engenharia (art. 48, § 1º). Também não há nos Decretos nºs 3.555/2000 e 5.450/2005, que regem o pregão, dispositivo específico



tratando de inexecutabilidade de preços. Diante desta lacuna, não cabe ao pregoeiro estipular, de maneira subjetiva critérios de executabilidade de preços, uma vez que não há espaço para subjetivismos na condução dos certames públicos (art. 44, § 1º, da Lei 8666/1993). A providência a ser tomada pela Pregoeira seria facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a executabilidade das suas propostas. Na ausência desta providência, esta Assessoria Jurídica terminou executando esta tarefa. (...) Dessa forma, as empresas após intimadas, apresentaram suas razões bem como suas planilhas de custos, procurando demonstrar a viabilidade de suas propostas na forma em que apresentadas, tendo em comum a remuneração percebida pela emissão das passagens aéreas e o recebimento de bônus ofertados pelas companhias aéreas, cada qual em percentuais distintos ou mesmo em benefícios, restando, assim, comprovada a executabilidade das propostas ofertadas. Entretanto, antes mesmo de ofertar **às empresas licitantes a faculdade de demonstrarem a viabilidade de suas propostas**, conforme se infere da Ata de realização do Pregão de fls.80/83, a Pregoeira terminou desclassificando a proposta apresentada pela Aquidauana Turismo com valor de R\$3,02 (três reais e dois centavos) sob o argumento de que a mesma não atendeu ao subitem 4.5 do Edital (proposta inexecutável). (...) Muito bem. Atendendo a solicitação desta assessoria jurídica, a empresa Aquidauana Viagens e Turismo LTDA-ME, terminou apresentando suas razões e planilhas demonstrando a viabilidade de sua proposta no valor de R\$3,02 (três reais e dois centavos), a exemplo do que também foi feito pela Empresa Pedra's Serviços e Turismo LTDA-ME, no valor de R\$5,20 (cinco reais e vinte centavos). (...) Desta forma não resta nenhuma dúvida, que tivesse a Pregoeira ao invés de habilitar a proposta apresentada pela empresa Pedra's Serviços e Turismo LTDA-ME, facultado a ela e a empresa Aquidauana Viagens e Turismo LTDA-ME a apresentação de planilhas para demonstrarem a viabilidade de suas propostas, a proposta de menor valor teria sido a vencedora. (...). No tocante ao vilipêndio ao princípio da vinculação ao Edital, importa esclarecer que tal instrumento, comumente conhecido como a "Lei interna da licitação", contém as regras norteadoras de todo o procedimento, conforme bem elucida Marçal Justen Filho, ao discorrer sobre a sua natureza vinculativa,"verbis": (...) Assim, as propostas somente poderão ser **desclassificadas por ausência das condições**



previamente estipuladas no Ato Convocatório, o qual, na hipótese dos autos, adotou o critério de menor preço, ao estipular [...]

Nesse contexto, o **acórdão recorrido não merece reparos, pois a empresa vencedora do pregão, após intimada, comprovou a viabilidade de sua proposta**, na forma como apresentada, mostrando ter em comum, a remuneração percebida pela emissão das passagens aéreas, e o recebimento de bônus ofertados pelas companhias aéreas, cada qual em percentuais distintos, ou mesmo em benefícios. Comprovou-se que a natureza da prestação dos serviços comporta mecanismos adicionais de remuneração para o particular. Desse modo, não restou comprovada a existência de direito líquido e certo a ser amparado pelo Mandado de Segurança. A propósito: "RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. ART. 48, I E II, § 1º, DA LEI 8.666/93. PRESUNÇÃO RELATIVA. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO PELO LICITANTE DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A questão controvertida consiste em saber se o não atendimento dos critérios objetivos previstos no art. 48, I e II, § 1º, a e b, da Lei 8.666/93 ? para fins de análise do caráter exequível/inexequível da proposta apresentada em procedimento licitatório gera presunção absoluta ou relativa de inexequibilidade. 2. A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexequibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida. Ao contrário, deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada, embora enquadrada em alguma das hipóteses de inexequibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. **Destarte, a presunção de inexequibilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível.** 3. **Nesse contexto, a proposta inferior a 70% do valor orçado pela Administração Pública (art. 48, § 1º, b, da Lei 8.666/93) pode ser considerada exequível, se houver comprovação de que o proponente pode realizar o objeto da licitação. Nas palavras de Marçal Justen Filho, 'como é vedado licitação de preço-base, não pode admitir-se que 70% do preço orçado seja o limite absoluto de validade**



das propostas. Tem de reputar-se, também por isso, que o licitante cuja proposta for inferior ao limite do § 1º disporá da faculdade de provar à Administração que dispõe de condições materiais para executar sua proposta. **Haverá uma inversão do ônus da prova, no sentido de que se presume inexecúvel a proposta de valor inferior, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto'** (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 610). 4. Na hipótese dos autos, conforme se pode constatar na r. sentença e no v. acórdão recorrido, houve demonstração por parte da empresa classificada em primeiro lugar (LEÃO & LEÃO LTDA) e por parte do MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO de que a proposta apresentada por aquela era viável e exequível, embora em valor inferior ao orçado pela Administração. Conforme informações apresentadas pelo ora recorrido, a vencedora do certame "demonstrou que seu preço não é deficitário (o preço ofertado cobre o seu custo), tendo inclusive comprovado uma margem de lucratividade". Além disso, a empresa vencedora vem prestando devidamente o serviço contratado, o que demonstra a viabilidade da proposta por ela apresentada durante o procedimento licitatório (fls. 92/109, 170/172, 195/200 e 257/261). Assim, considerando que as instâncias ordinárias, com base na interpretação do contexto fático-probatório dos autos, entenderam que houve a devida comprovação da viabilidade da proposta apresentada pela empresa classificada em primeiro lugar, não há como elidir a referida conclusão, sob pena de incorrer-se no óbice da Súmula 7/STJ. 5. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 11.044/RJ, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros (1ª Turma, DJ de 4.6.2001), consagrou entendimento no sentido de que, 'se a licitante vitoriosa cumpriu integralmente o contrato objeto de licitação, afasta-se logicamente a imputação de que sua proposta era inexecúvel'. 6. Recurso especial desprovido" (STJ, REsp 965.839/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/02/2010). Assim, inafastável a conclusão de que ausente direito líquido e certo a ser amparado mediante a presente ação mandamental. Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, b, do RISTJ, nego provimento ao presente Recurso Ordinário. I. Brasília (DF), 27 de março de 2020. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES Relatora (STJ - RMS: 48584 MS 2015/0144374-1, Relator: Ministra



ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 31/03/2020)
(destacamos)

Neste diapasão, a Recorrida defendeu a exequibilidade da sua proposta, primeiramente ressalta a sólida atuação do escritório em todo o Estado de São Paulo, que no momento da contratação irá disponibilizar toda a equipe técnica necessária e que apresentou a planilha de custo com a composição devida. Refuta ainda, que a remuneração do advogado contratado sob o argumento de que a tabela da OAB apresenta piso diverso não merece provimento, eis que tal tabela é tão somente um referencial e não vinculativo citando jurisprudência do STJ.

Dito isso, cabe-nos então pronunciar. Pois bem, como dito alhures o §1º do art. 48 da Lei 8.666/93 não aplica-se ao caso em análise, da mesmo forma o Acordo Coletivo que a Recorrente Azarias, Granato & Macari Sociedade de Advogados juntou ao seu recurso, primeiro porque a DMED está adstrita as regras previstas no edital do Pregão, este não pede vinculação a nenhuma acordo ou convenção coletiva de trabalho, segundo porque o ACT 2017/2018 vincula tão somente a empresa acordante conforme previsto na sua cláusula primeira, que neste caso é a Ordem dos Advogados do Brasil Seção de Minas Gerais para advogado seus empregados, a título de exemplo, a cláusula quinta que refere-se a pagamento de salários diz que “a OAB/MG se compromete a efetuar o pagamento dos salários dos Advogados Empregados até o quinto dia útil de cada mês.”

Ora, o próprio § 1º do art. 611 da CLT diz que: “ [é] facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, **aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.**” Logo, o acordo coletivo não se aplica a empresas que não participaram do entabulado.

Lado outro, necessário ressaltar, o edital de licitação não prevê prestação de serviços exclusivos a DME, assim, o licitante contratado, como bem destacou o Recorrido em suas contrarrazões poderá prestar serviços advocatícios a diversas pessoas seja jurídica ou física, portanto não cabe a DMED arcar com o custo total do escritório que se instalará no município.

Por todas essas razões im procedem os argumentos das sociedades de advogado Recorrentes.

B) Ausência de juntada da cópia do Ato Constitutivo da sociedade averbado na OAB



A Recorrente Barcelos & Janssen Advogados Associados diz que a Recorrida não apresentou dentro do envelope 02 o ato constitutivo da sociedade devidamente averbado na OAB, bem como não comprovou o vínculo de toda equipe técnica indicada pelo escritório, pois embora apenas comprovou o vínculo do advogado Pero Henrique Loli Comisso e não comprovou o de João Vitor Barbosa e de José Carlos Loli Junior, por isso deve ser inabilitada.

Não obstante, não prospera tais alegações, primeiro, porque foi entregue no ato de credenciamento o Contrato Social de Sociedade de Advogados da Recorrida, no qual constam como sócios os advogados João Vitor Barbosa e de José Loli Junior, fls. 243 dos autos do processo administrativo 079/2020 do Pregão Presencial nº02/2020.

Isto porque, cabe esclarecer que há três possibilidades para a comprovação de vinculação no quadro de pessoal da licitante vencedora, quais sejam: vínculo trabalhista, contratual ou societário. Assim, o vínculo dos referidos advogados é societário.

Ademais, cabe argumentar, na visão do TCU, o profissional integrará o quadro permanente da empresa quando estiver disponível para prestar seus serviços de modo permanente durante a execução do objeto do licitado e, para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional, é irregular a exigência de demonstração de vínculo empregatício do profissional com a empresa licitante, vejamos:

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 (Acórdão nº 1.842/2013-Plenário).

Nesta senda, a licitante vencedora comprovou o vínculo dos profissionais vinculados a prestação de serviço, sendo um de vínculo empregatício e dois de natureza societária/estatutário.

Quanto a alegação de que não fora apresentado no envelope 2 o ato constitutivo em vigor registrado no Conselho Seccional da OAB de Minas Gerais, observadas as normas do Provimento nº112/2006 do Conselho Federal da OAB, cabe esclarecer conforme consta no site da DME na aba licitações, referente ao edital em análise, que o edital foi retificado nos seguintes termos:



RETIFICAÇÕES – 07/05/2020

REF.: EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº. 002/2020

ANEXO I

REF.: EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº. 002/2020

ONDE SE LÊ:

1 - A documentação relativa à habilitação jurídica consistirá em:

- a) Ato constitutivo, em vigor, registrado no Conselho Seccional da OAB de Minas Gerais, observadas as normas do Provimento nº112/2006 do Conselho Federal da OAB.

LEIA-SE:

1 - A documentação relativa à habilitação jurídica consistirá em:

- a) **Ato constitutivo, em vigor, registrado no respectivo Conselho Seccional da OAB, observadas as normas do Provimento nº112/2006 do Conselho Federal da OAB.**

Como já dito alhures a Recorrida apresentou seu Contrato Social devidamente registrado em 12/de junho de 2017 na OAB/SP no ato do credenciamento, portanto, foi cumprido o edital, até porque a Administração não pode se prender a uma formalidade excessiva, eis que a finalidade da licitação é buscar a proposta mais vantajosa observando o princípio da isonomia, essa é o entendimento do TCU, vejamos:

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes **não pode ser exagerado ou absoluto**, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as **simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes**, serem sanadas mediante diligências. (Acórdão 2302/2012-Plenário) (destacamos)

No curso de procedimentos licitatórios, **a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza**, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados (acórdão 357/2015-Plenário) (destacamos)



Entretanto, diante da documentação apresentada pelo Recorrido é patente a veracidade do ato constitutivo da sociedade na OAB/SP, pois tal documento foi autenticado junto ao Cartório de Registro Civil e Tabelião de Notas do Município de Santo Antônio das Posse/SP, portanto, goza de fé pública.

V - DA DECISÃO

Ante o exposto, a pregoeira com fundamento no inciso I, alínea “h” do art. 7º do Decreto Municipal nº 8.243/2005, DECIDE receber os Recursos Administrativos interpostos, e no mérito manter o resultado preferido na ata da sessão ocorrida em 12/05/2020, na qual o Escritório Barbosa e Loli Advogados Associados – ME foi declarado habilitado e vencedor do certame, devendo, portanto, ser a ele adjudicado o objeto da licitação. Por essa razão, encaminha-se o presente RECURSO à autoridade competente para decisão final.

Insta reiterar, os procedimentos adotados para a condução deste certame foram baseados na lisura, na transparência, e sempre buscando atingir os objetivos e princípios propostos pela Administração Pública, ressaltando ainda o cumprimento às leis que norteiam a licitação, ressaltando ainda o cumprimento às leis que norteiam a presente modalidade de licitação, em especial a Lei nº. 10.520/2002, Decreto Municipal nº 8.243/2005 e Lei nº 13.303/2016.

Poços de Caldas, 27 de maio de 2020.

Elaine Rossi Felipe
Pregoeira