

#### PARECER ASJUR/PRESI Nº 72/2018

# I – INTRODUÇÃO E OBJETO DO PARECER

Trata-se do processo nº 00.043/2018 referente à alocação de recursos do Plano de Benefícios JusMP-Prev em Fundos de Investimento Multimercado, cujo objeto "é a seleção de instituições autorizadas e registradas pela CVM para a prestação dos serviços de administração e de gestão da carteira de valores mobiliários, títulos e direitos que correspondam às reservas técnicas, provisões e fundos do Plano de Benefícios (PB) administrado pela Funpresp-Jud, objetivando futuras contratações, nos termos deste instrumento e conforme quantitativos e parâmetros de contratação descritos no Projeto Básico".

Em 05/11/2018 realizou-se, nas dependências da Funpresp-Jud, a sessão de abertura e julgamento das propostas dos licitantes referentes à Licitação em comento, a qual está sendo realizada pela modalidade CONCORRÊNCIA, conforme se verifica da Ata de fls. 162 a 163.

Na referida assentada e conforme relatado pela Comissão Especial de Licitação no Despacho nº 447, de 13/11/2018 (fls. 177), houve "manifestações recebidas por Instituições Financeiras Administradoras de fundos de investimento acerca de apontamentos realizados ao longo do evento licitatório e registrados na referida Ata (fls. 162 a 163)", sendo que em face destas foi emitido o Parecer ASJUR/PRESI nº 69/2018 (fls. 178 a 183).

Retomada, em 28/11/18, às 10:02h, a sessão interrompida em 05/11/2018, a Comissão Especial de Licitação apresentou aos licitantes presentes o resultado final da etapa de habilitação, cuja tabela contida na referida Ata (fls. 194) ora se replica, *verbis*:

LICITANTES		SITUAÇÃO	
Banco Santander (Brasil) S.A.		Inabilitada	
Caixa Econômica Federal		Inabilitada	
Western Asset Management Company DTVM Ltda	•	Inabilitada	
Sul América Investimentos Distribuidora DTVM S.A.		Habilitada	
BB Gestão de Recursos – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A.		Habilitada	•
Banco BNP Paribas Brasil S.A.		Habilitada	
BTG Pactual Asset Management S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários	•	Inabilitada	

Inconformados, os bancos Santander Brasil S.A. e Caixa Econômica Federal interpuseram recursos (fls. 203 a 209 e 210 a 211, respectivamente), tendo a Comissão Especial de Licitação, consoante Despacho nº 484, de 07 de dezembro de 2018 (fls. 220), se manifestado no sentido de não reconsiderar a decisão constante da Ata de fls. 194, por meio da qual deu ciência aos licitantes do resultado da



habilitação, conforme previsto no item 12.3, do Edital nº 021/2018.

Ainda em atendimento ao item 12.3 do Edital nº 021/2018, foram os autos encaminhados ao Diretor de Administração, o qual determinou seu encaminhamento "à Assessoria Jurídica para análise das razões recursais apresentadas pelo Banco santander e Caixa Econômica Federal, constantes deste Processo" (fls. 220, verso).

Nesse contexto, passa a ASJUR a tratar dos recursos acima mencionadas.

### II - DOS RECURSOS APRESENTADOS PELOS LICITANTES

Antes de passarmos à análise dos recursos propriamente dita, cumpre registrar que estes possuem os mesmos argumentos de mérito deduzidos nas manifestrações protocolizadas após a sessão do dia 05/11/18 (fls. 164 a 165 e 166 a 176), nada tendo sido alterado nesse sentido.

Assim sendo, essa ASJUR adotará os mesmos fundamentos apresentados em seu Parecer ASJUR/PRESI nº 69/2018 (fls. 178 a 183), sendo que estes tomarão por base, além das razões recursais prórpiamente ditas, a Ata da Sessão de Abertura do dia 05/11 (fls. 162 a 163), bem como o Despacho nº 447/2018 (fls. 177), visto que lá se encontram discriminados os tópicos objeto da irresignação dos ora recorrentes.

Conforme se verifica do Despacho nº 447/2018 (fls. 177) supracitado, são essas, especificamente, as insurgências dos licitantes/recorrentes acerca do que ocorreu durante a assentada do dia 05/11/2018, **verbis**:

1) A apresentação, pelo **Banco Santander (Brasil) S.A.** de 03 (três) Regulamentos de Fundos de Investimento, sendo que, em 02 (dois) destes, ele não figura como Administrador, mas como Gestor de Fundos, como forma de suprir o que se demanda pelo item 7, subitem 7.1, 'xi', Anexo I do já referido Edital, transcrito abaixo:

apresentar, no mínimo, 3 (três) comprovantes de aptidão para desempenho de atividade <u>fornecido por diferentes EFPCs</u> de empresas públicas ou privadas para quem a instituição preste <u>o serviço de administradora de fundos</u> ou tenha prestado nos últimos 10 anos; (grifo nosso).

2) A não inserção, no interior do Envelope 01 – Documentos de Habilitação, da prova de regularidade com a Fazenda estadual pelos licitantes Caixa Econômica Federal e Western Asset Management Company DTVM Ltda., em atendimento ao demandado pelo subitem 6.1.2, 'b', do já referido Edital, transcrito abaixo:

Prova de regularidade com a Fazenda Federal (Certidão Negativa ou Positiva com efeito de negativa de Débitos de Tributos e Contribuições Federais), emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e Certidão quanto à Dívida Ativa da União emitida pela Procuradoria-Geral da



Fazenda Nacional – PGFN), e com a Fazenda Estadual e a Municipal, do domicilio ou sede da licitante, na forma da lei.

Além desses itens especificamente citados pela Comissão Especial de Licitação, informou dito colegiado "que todos os licitantes indicados neste Despacho alegam que a apresentação da Declaração de Atendimento aos Requisitos do Edital, ANEXO IV do Edital nº 021/2018, supre, por si apenas, a necessidade de prova documental no momento da habilitação, uma vez que o item 6.2, do já referido Edital, cita que a comprovação de regularidade poderia ser feita pela emissão de Certidão, não sendo esta uma exigência expressa e unicamente determinante".

### III – DA ANÁLISE JURÍDICA DOS RECURSOS

Relativamente aos tópicos supracitados e à luz da legislação que rege o processo licitatório, bem como levando-se em conta os estritos termos do Edital nº 021/2018, os quais vinculam todo o processo licitatório consoante expressamente previsto no art. 41, da Lei nº 8.666/93, passa a ASJUR a tecer suas considerações:

Resposta ao Tópico nº 1: A apresentação, pelo banco Santander, de 03 (três) Regulamentos de Fundos de Investimento, sendo que em 02 (dois) deles não figura como Administrador e sim como Gestor de Fundos NÃO SUPRE a exigência editalícia, mais especificamente a contida no item 7, subitem 7.1, 'xi', Anexo I do Edital nº 021/2018.

Observe-se que o Edital, no item supracitado, foi absolutamente claro ao exigir a apresentação de "3 (três) comprovantes de aptidão para desempenho de atividade fornecido por diferentes EFPCs de empresas públicas ou privadas para quem a instituição preste o serviço de administradora de fundos", sendo que o referido banco não só desatendeu a parte que trata dos comprovantes de aptidão emitidos por EFPC, como também não atendeu à exigência editalícia no que diz respeito à prestação dos serviços de administrador do fundos de investimento, visto que os Regulamentos de Fundos de Investimento demonstram que determinado banco opera com uma EFPC, que está tecnicamente APTO para o desempenho de tal mister, que atua como ADMINISTRADOR, mas não esclarece se, na visão do cliente, o faz de forma satisfatória, sendo esta última a razão de se solicitar Declarações emitidas por EFPC.

Com efeito, é cediço que o Edital, mais comumente conhecido como Ato Convocatório, é o instrumento que regula a contratação, definindo quem licita, o que é licitado, as exigências de habilitação, a forma de apresentação das propostas e documentos, as condições e os prazos de pagamento (e de reajustamento de preços, se for o caso), bem como todas as demais condições julgadas necessárias pela Administração, desde que respeitada a ordem jurídica.

Nesse sentido, temos que o Edital vincula a Administração Pública, pois é o elemento fundamental do procedimento licitatório.

Segundo Renato Geraldo Mendes<sup>1</sup>, o Edital "é o ato que decorre

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> In Lei de Licitações e Contratos Anotada, editora Zenite, 9<sup>a</sup> ed., pag. 793.



do planejamento e que condiciona toda a fase externa (julgamento dos licitantes e propostas) e, também, a fase contratual".

E por decorrer de planejamento, verifica-se que o Edital em questão foi elaborado a partir de estudo técnico pormenorizado e consistente realizado pela área solicitante, a DIRIN, teve sua publicidade veiculada na imprensa oficial com observância do prazo exigido em lei ou seja, houve tempo suficiente para que todos os licitantes pudessem tomar conhecimento de seus termos e providenciar a documentação exigida, sendo que não se verifica qualquer afronta, pela Funpresp-Jud, aos princípios da igualdade, da competitividade, da legalidade, da moralidade administrativa e da publicidade.

Resposta ao Tópico nº 2: Consoante se verifica do Edital nº 021/2018, subitem 6.2.2, a regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista da licitante será "comprovada mediante a apresentação" dos documentos elencados nas letras "a" a "f" do subitem em questão, não havendo margens para interpretações diversas, de modo que a sua não apresentação na forma como previsto no item 6.1, ou seja, dentro do Envelope nº 1 – Habilitação, ensejará a inabilitação (item 6.5, do Edital nº 021/2018).

Observe-se que a licitante/recorrente Caixa Econômica Federal deixou de apresentar a Certidão de regularidade fiscal com a Fazenda do local onde o CNPJ da empresa está registrado, sendo que também não apresentou a Declaração do SICAF — Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, o qual "viabiliza o cadastramento de fornecedores de materiais e serviços para os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, no âmbito do Sistema Integrado de Serviços Gerais — SISG"<sup>2</sup> e que certamente supriria dito documento.

Ou seja, a afirmação feita pelos licitantes/recorrentes no sentido de que "a comprovação de regularidade <u>poderia</u> ser feita pela emissão de Certidão, não sendo esta uma exigência expressa e unicamente determinante" e com isso quererem fazer crer que a apresentação de tal Certidão não seria uma exigência e sim uma faculdade, não tem qualquer pertinência, visto que trata-se de pré-requisito básico exigido pela Administração em qualquer processo licitatório, imprescindível para que as licitantes "comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto", conforme dispõe o § 1º do art. 22, da Lei nº 8.666, de 21/06/1993, o qual trata especificamente da modalidade licitatória CONCORRÊNCIA.

Observe-se, ademais, que a própria Lei nº 8.666/1993 é imperativa quando afirma, em seu art. 27, <u>a exigência de documentação que comprove a regularidade fiscal do licitante para fins de habilitação, verbis:</u>

Art. 27. **Para a habilitação nas licitações** <u>exigir-se-á</u> dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

-

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/sicaf



II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

## IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. ºo da Constituição Federal. (grifamos)

Nesse contexto, cumpre citar o art. 29, da Lei de Licitações, o qual assim dispõe sobre a documentação que deverá ser apresentada, *verbis*:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1° de maio de 1943.(grifamos)

Com efeito, não restam dúvidas quanto à imperiosidade de que a documentação elencada no item 6.2.2 do Edital nº 021/2018 é imprescidível à habilitação das licitantes, não havendo margens para outras interpretações.

Não custa registrar, ademais, que o item 5.2³ do Edital nº 021/2018 foi claro ao indicar os documentos que deveriam constar no **Envelope nº 01** a ser entregue pelas Licitantes à Funpresp-Jud (Administração), inclusive prevendo a respectiva sanção para o caso de eventual descumprimento da referida indicação, qual seja, **a inabilitação**, consoante se verifica do item 5.4, **verbis**:

5.4. Serão inabilitadas as licitantes que apresentarem a documentação relativa à habilitação de forma irregular, incompleta ou com vícios insanáveis.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> 5.2. O ENVELOPE № 01 de cada licitante, contendo os documentos relativos à HABILITAÇÃO, será aberto pela Comissão Especial de Licitação, que fará a conferência, apondo a rubrica na documentação. Em seguida, os documentos serão disponibilizados para análise pelos representantes legais credenciados das licitantes, que também poderão rubricá-los, caso se interessem.

<sup>5.2.1.</sup> A relação dos documentos que deverão ser apresentados para fins de habilitação das licitantes está disposta no item 6 deste Edital, no Anexo I – Projeto Básico em seus subitens 7.1 e 7.2. e, resumida, no Anexo X – Check-List de Documentos.



Verifica-se, pois, que os documentos previstos no item 6 do Edital nº 021/2018 deveriam estar, todos, dentro do Envelope nº 01, sob pena de inabilitação daquele licitante que deixar de observar dita exigência.

Outrossim e mais especificamente quanto à informação da Comissão Especial de Licitação no Despacho nº 447, de 13/11/18, de que "os licitantes indicados neste Despacho alegam que a apresentação da Declaração de Atendimento aos Requisitos do Edital, ANEXO IV do Edital nº 021/2018, supre, por si apenas, a necessidade de prova documental no momento da habilitação", cumpre registrar a sua impertinência, conforme será demonstrado a seguir. Vejamos.

O item 6.3 do Edital nº 021/2018 trata das comprovações que deverão ser feitas pelos licitações para fins de habilitação, estando previsto no item 6.3.1 especificamente que, *verbis*:

- 6.3. Além das comprovações acima elencadas, a licitante deverá apresentar no ENVELOPE nº 1 HABILITAÇÃO os seguintes documentos:
- 6.3.1. Declaração informando que o serviço ofertado atende integralmente a todos os requisitos especificados neste Edital e seus anexos, conforme modelo que integra o Anexo IV Modelo de Declaração de Atendimento aos Requisitos do Edital. (...)

Observe-se que o próprio texto do *caput* do item 6.3 supracitado é absolutamente claro ao prever que **ALÉM** das comprovações elencadas nos itens anteriores do Edital, **outras deverão ser apresentadas pelos licitantes**, dentre elas a Declaração constante no Anexo IV do Edital, que é a Declaração de Atendimento aos Requisitos do Edital.

Ou seja, a simples entrega da referida Declaração preenchida NÃO SUPRE a necessidade de apresentação dos documentos elencados nos subitens do item 6.2, sendo que não tendo atendido, integralmente, o disposto no item em questão, as licitantes sequer deveriam ter preenchido dita Declaração, posto que não atendem, de fato, a todos os requisitos do Edital. Muito ao contrário: o que se verificou foi a falta de documentos imprescindíveis à habilitação dos licitantes, à luz do disposto no art. 27 da Lei de Licitações, já citado no presente Parecer.

Ademais e consoante já mencionado, a Administração está estritamente vinculada aos termos do Edital, não podendo descumpri-lo, conforme se verifica do *caput* art. 41, da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

IV - CONCLUSÃO



Diante de todo o exposto, esta Assessoria Jurídica OPINA pela observância dos estritos termos do Edital nº 021/2018, o qual está em consonância com as normas que regem o processo licitatório, sendo impertinentes as razões deduzidas pelos licitantes/recorrentes em seus recursos de fls. 203 a 209 e 210 a 211.

Nesse contexto, registra a ASJUR que deverá ser observado o disposto no art. 43, da Lei nº 8.666/93, relativamente aos procedimentos decorrentes da improcedência dos recursos interpostos, se assim julgar a Comissão Especial de Licitação, bem como o disposto no art. 41<sup>4</sup>, do mesmo Diploma Legal.

Outrossim e até julgamento final, deverá ser atribuído efeito suspensivo aos recursos interpostos, consoante o disposto no § 2º do art. 109, da Lei nº 8.666/93.

Este é o Parecer desta Assessoria Jurídica.

Brasília, 10 de dezembro de 2018.

Jordana Perfeito Castro Assessora Jurídica

Aprovado pelo Diretor de Administração. Brasília, 10 de dezembro de 2018.

Marco Antônio Martins Garcia
Diretor de Administração

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

<sup>§ 1</sup>º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 10 do art. 113.

<sup>§ 2</sup>º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

<sup>§ 3</sup>º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

<sup>§ 4</sup>º A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subseqüentes.