



São Paulo, 05 de Maio de 2017.

De: Assessoria Jurídica
Para: Comissão de Compras

Ref.: Parecer Jurídico - Processo 0452/2017 – Pregão Privado 002/2017 – Objeto: Contratação de Empresa Especializada na Prestação de Serviço de Estacionamento, Administração e Operação de Garagem no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo - InCor HCFMUSP.

MEMO - 125/2017

PARECER JURÍDICO

Processo nº 452/2017

Pregão Privado FZ PP nº 002/2017

Objeto: Contratação de Empresa Especializada na Prestação de Serviço de Estacionamento, Administração e Operação de Garagem no InCor-HCFMUSP.

Recurso: Fundacional

Vem ao exame desta Assessoria Jurídica as petições de fls. 495/502 e fls.504/519 protocoladas pela participante **Serang Serviços Ltda. ("SERANG SERVIÇOS")**, nos autos do Processo nº 0452/2017 - Pregão Privado FZ nº 002/2017, cujo objeto é realização de procedimento para Contratação de Empresa Especializada na Prestação de Serviço de Estacionamento, Administração e Operação de Garagem no Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo ("InCor-HCFMUSP").

Cumprе observar que o recurso objeto do Processo nº 0452/2017 ("**Processo**") é originário do recurso 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.

I - DAS PRELIMINARES

Em 26 de Abril de 2017 a Fundação Zerbini ("**Fundação**") publicou em seu endereço eletrônico, na página destinada a Fornecedores / Processos de Compra¹ (fl.445) comunicação contendo a decisão sobre os Recursos Administrativos interpostos pelas participantes **Merlos Jr. Empreendimentos Ltda. ("MERLOS EMPREENDIMENTOS")** e **Serang Serviços Ltda. ("SERANG SERVIÇOS")** nos autos do Processo relacionado ao Edital de Pregão Privado FZ nº 002/2017, que tem como objeto a Contratação de Empresa Especializada na Prestação de Serviço de Estacionamento, Administração e Operação de Garagem no InCor-HCFMUSP.

¹<http://www.zerbini.org.br>



Na referida decisão, a Assessoria Jurídica recomendou, em sua decisão, pelo “conhecimento do Recurso da participante **Merlos Empreendimentos**, julgando-o improcedente”, e “pelo não conhecimento do Recurso interposto pela participante **Serang Serviços**, em razão de sua intempestividade”.

Ademais, opinou esta Assessoria “pela anulação da decisão prolatada em Sessão Pública datada de 12 de Abril de 2017, que consagrou a participante **Hora Park** como vencedora do procedimento licitatório”, em razão de vício insanável e que resultou como nula sessão realizada em 12 de abril de 2017, recomendando ainda a continuidade do Processo, com a definição de nova data para realização de Sessão Pública, com o aproveitamento dos atos praticados até então, ou seja, anulando a Sessão e validando os atos anteriores a ela.

Na mesma publicação a Fundação colocou à disposição das recorrentes os envelopes de habilitação para retirada, sob pena de serem inutilizados:

Informamos que os Envelopes de nº 02, contendo os documentos de Habilitação das empresas Serang Serviços Ltda e Merlos Jr Empreendimentos Ltda encontram-se disponíveis para retirada até 17:00 horas do dia 28/04/17 e serão inutilizados após esta data.”

Em 27 de Abril de 2017 a Fundação publicou o aviso de licitação deste Processo em grande jornal de circulação (fls.492), convocando todos os interessados para nova sessão a ser realizada no dia 09 de maio de 2017, em conformidade com a recomendação expedida por esta Assessoria..

A participante **Serang Serviços**, estranhamente, protocolou petição junto ao Setor de Compras no dia 28 de abril (fls.495/502), onde alega, resumidamente: (i) que seu recurso protocolado em 17 de abril de 2017 é tempestivo, sendo inaplicável o item 10.1 do Edital e no Regulamento de Compras, prevalecendo o disposto na Lei 10.520/2002 (“**Lei do Pregão**”); (ii) eventual contradição ente o Parecer exarado e a publicação, e; (iii) que deveria ser convocada pelo fato de sua proposta ter sido classificada logo após a proposta da participante vencedora, a qual foi inabilitada posteriormente em sede recursal com a anulação da sessão.

A participante ainda afirma que de que a Fundação, com esta conduta, teria praticado **fraude à licitação**, e para maior surpresa, **teria praticado ato contraditório a boa-fé**, tendo violado o Código Civil, especificamente no que concerne aos pressupostos para se constituir fundação pública, fazendo, portanto, **grave alegação no tocante a finalidade institucional da Fundação e, por consequência, de seus dirigentes (grifo e negrito não estão no original)**:

38. A Fundação Zerbini **ao praticar ato contrário à Lei**, esta se contradizendo e ferindo a boa-fé daqueles licitantes que participam do certame licitatório, bem como viola diretamente o artigo 62, Parágrafo único, VIII, do Código Civil.

Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de:
(..)



VIII - promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos;
(Grifo nosso)

39. Onde há ética ou democracia em frustrar certame licitatório sem quaisquer tipos de fundamentos jurídicos e prejudicar o direito de licitantes de boa-fé que respeitaram todas as exigências do Edital?

40. O que se constata com tais atitudes, estas contrárias às exigências legais para constituição de uma fundação conforme preceitua o artigo 62 do Código Civil como arriba discorrido, é uma suposta fraude licitatória.

Não obstante, e após a publicação de nova data para a realização do Edital, a participante protocolou, em 04 de maio de 2017, nova petição pugnando pela **impugnação do Edital**, na qual repete os argumentos trazidos na petição do dia 28 de abril e alega ainda, em sede de impugnação, que: (i) a publicação do dia 27 de abril refere-se a um "novo processo", registrado sob o mesmo número do Processo; (ii) de que deveria ser processada a anulação da publicação deste "novo edital", até que seja concluso o que se encontra em aberto; (iii) que, se não for adotada tal medida, configurar-se-ia em tese "prática criminosa de uma dispensa de licitação" (iv) de que a Fundação estaria descumprindo as normas dispostas no Edital, violando assim o art.41 da Lei de Licitações;

Encerra sua impugnação requerendo que seja "declarado ilegal o novo Edital publicado no dia 27 de abril de 2017 e suspensa à realização do pregão marcado para o dia 09 de maio de 2017 enquanto houver processo licitatório em andamento e tratando do mesmo objeto, sob pena de violar os princípios da Competividade, Razoabilidade, Equidade e Isonomia que regem todos os procedimentos licitatórios, bem sob suspeita de praticar crimes licitatórios". (grifo nosso, em destaque).

IV – DAS ALEGAÇÕES SOBRE A DECISÃO PROFERIDA EM SEDE RECURSAL

Antes de mais nada, cabe-nos lembrar que a petição apresenta pela empresa **Serang Serviços** em dia 28 de abril ataca em seu mérito a decisão proferida em sede recursal e na qual foram analisados recursos administrativos impetrados por ela e pela participante **Merlos Empreendimentos**, sendo esta última a participante que havia sido desclassificada em sessão.

Ao que nos parece, e pelo que dispõe Edital, o Regulamento de Compras e a Lei do Pregão, não é cabível, em sede administrativa, a discussão sobre matéria de decisão proferida em sede recursal, haja vista que, nos procedimentos processados na modalidade Pregão, existe apenas uma fase recursal, na qual poderá ser objeto de discussão o julgamento das propostas, da habilitação dos participantes ou de decisão proferida na fase de credenciamento.

Vejamos que, tanto no Regulamento de Compras quanto na Lei do Pregão, não resta consignado qualquer disposição quanto a esta questão, prevendo apenas, nos dois instrumentos, e em casos específicos, o recurso administrativo em única instância.

Para ilustrarmos nosso entendimento, transcrevemos o rito processual disposto na Lei do Pregão, iniciando-se de onde está prevista a apresentação de recurso administrativo pelos interessados (note que não há previsão de avaliação da decisão proferida em sede de recurso administrativo):



XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e

XXIII - se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI.

No mesmo sentido, transcrevemos parte do Regulamento de Compras relacionado ao tema:

Subseção VI – Dos Recursos

Artigo 38 Da declaração da(s) vencedora(s), das decisões de inabilitação de participante, anulação, nulidade, revogação ou cancelamento de procedimento na modalidade Pregão Privado, presencial ou eletrônico, qualquer participante, em sessão, poderá manifestar intenção motivada de apresentar recurso cujas razões recursais serão apresentadas em 2 (dois) dias úteis, computando-se no prazo recursal o dia da sessão. As demais participantes, no mesmo ato, restarão intimadas para apresentar suas contrarrazões de recurso em igual número de dias que começarão a contar do término do prazo do recorrente, sendo concedida vista imediata dos autos.

Parágrafo Único A ausência de manifestação da intenção motivada de apresentar o recurso importará em renúncia ao direito de recorrer e conseqüentemente decaindo o seu direito.

Artigo 39 As razões de recurso, bem como as contrarrazões serão endereçadas a Assessoria Jurídica da Fundação Zerbini mediante protocolo em local e horário designados no Edital.



Parágrafo Único Não será admitida apresentação de razões de recurso ou de suas contrarrazões por fac-simile ou via e-mail.

Artigo 40 Os recursos serão decididos no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados a partir do fim do prazo das contrarrazões que tratam do artigo 38 deste Regulamento.

Parágrafo Único O acolhimento do recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento e será divulgado no prazo de até 5 (cinco) dias úteis contados fim do prazo das contrarrazões que tratam do artigo 38 deste Regulamento.

Por fim, segue abaixo, no mesmo sentido, trecho extraído do Pregão Privado FZ PP nº 002/2017:

X – DOS RECURSOS

10.1 Das decisões de inabilitação de participante, revogação do PREGÃO PRIVADO e declaração da(s) vencedora(s), qualquer participante poderá manifestar intenção motivada de apresentar recurso cujas razões recursais serão apresentadas em 2 (dois) dias úteis, computando-se no prazo recursal o dia da Sessão Pública do PREGÃO PRIVADO. As demais participantes, no mesmo ato, restarão intimadas para apresentar suas contrarrazões de recurso em igual número de dias, que começarão a contar do término do prazo do recorrente, sendo concedida vista imediata dos autos.

10.1.1 Intenção motivada de recorrer é aquela que indica, objetivamente, o fato e o direito que a participante deseja ser revisto pela autoridade superior àquela que proferiu a decisão.

10.2 As razões de recurso, bem como as contrarrazões de recurso deverão ser endereçadas à **Assessoria Jurídica da Fundação Zerbini** mediante protocolo, no endereço e horário abaixo:

Setor de Compras da Fundação Zerbini
Avenida Dr. Enéas de Carvalho Aguiar, nº 44, Subsolo, bloco II
Bairro Cerqueira César, cidade de São Paulo, Estado de São Paulo
Horário: De segunda à sexta-feira das 10:00 as 17:00

10.2.1 Não será admitida apresentação de razões de recurso ou de suas contrarrazões por fac-símile ou via e-mail.

10.3 O recurso interposto no prazo deste Edital contra decisão da Comissão não terá efeito suspensivo, salvo decisão em contrário da Assessoria Jurídica da Fundação Zerbini.

10.3.1 Os recursos e impugnações interpostos fora dos prazos não serão conhecidos.



10.4 O acolhimento do recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento e será divulgado no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, contados a partir do fim do prazo das contrarrrazões.

10.5 As participantes poderão, a seu exclusivo critério, renunciar ao seu direito de interposição de recurso decaindo, desta feita, o seu direito de recorrer.

Uma das características marcantes do Pregão é a dar celeridade no procedimento para aquisição de bens e serviços de uso comum, de modo que, é essencial que o rito processual relacionado a esta modalidade não comporte entraves e a possibilidade de que os participantes utilizem de subterfúgios tão somente para fins protelatórios e sem embasamento legal.

Apenas para ilustrar este conceito, trazemos abaixo breve doutrina sobre o tema:

“Observamos que o pregão, em razão de suas características procedimentais, traz uma série de vantagens para a Administração contratante, especialmente por constituir-se em uma modalidade de licitação pouco complexa, possibilitando maior celeridade na contratação de bens e serviços comuns. Além disso, mediante a utilização do pregão, o valor final dos contratos tende a ser mais vantajoso para a Administração comparativamente àquele que ela obteria com a utilização das outras modalidades de licitação.”

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo - Direito Administrativo - 4ª Edição - Rio de Janeiro, Editora Ímpetus, 2002, paginas 400/401.

Neste mesmo sentido, segue julgado do Tribunal de Contas da União:

Por outro lado, o pregão, procedimento simplificado, foi criado para imprimir celeridade ao processo de aquisição e ampliar a competição entre os interessados no contrato, gerando forte estímulo a redução de preços sem, entretanto, constituir instrumentos para que sejam descartadas propostas inexequíveis. O que diferencia o pregão e a estruturação procedimental – a inversão das fases de habilitação e julgamento, bem assim a possibilidade de renovação dos lances pelos licitantes - a forma de elaboração de propostas – por escrito, verbal ou por via eletrônica - e o universo de possíveis participantes - os quais não precisam estar inscritos em cadastro.

Acórdão 2172/2008 Plenário (Relatório do Ministro Relator)

Desta forma, fica prejudicada a análise dos argumentos trazidos na petição juntada a fls.495/502, tendo em vista que, em nome dos preceitos que regem o procedimento realizado na modalidade Pregão, e em razão da total ausência de previsão legal, é incabível a análise, em sede administrativa, de decisão proferida sobre recurso administrativo, como é o caso em tela.



V – DA IMPUGNAÇÃO

Preliminarmente, faz-se necessário, antes de se proceder a análise do mérito, verificar se foram satisfeitos os requisitos de admissibilidade.

O Edital traz em seu Capítulo VIII as disposições atinentes a impugnação do Edital:

VIII - DA IMPUGNAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO

8.1 Até 02 (dois) dias anteriores à data fixada para a sessão pública, qualquer pessoa poderá solicitar providências ou impugnar o ato convocatório do PREGÃO PRIVADO.

A Lei de Licitações, aplicada subsidiariamente, estabelece em seu art.41, § 1º, o seguinte:

Art. 41.(...)

§ 1º 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 § 1º do art. 113.

Pois bem, a empresa **Serang Serviços** protocolou sua impugnação no dia 04 de maio de 2017, e a ela foram juntadas procuração pública com a indicação da sócia Marly Alves outorgando poderes à Sergio Cerqueira Guida e Janaina Varandas Ferreira e ainda, cópia do Contrato Social.

Porém, ao analisarmos a folha de assinatura da impugnação, verifica-se que não há a identificação do signatário, restando desta forma prejudicada a verificação da capacidade de representação do signatário perante a empresa impugnante.

Por consequência, e tendo em vista a impossibilidade de identificação do representante do signatário da impugnação, e por consequência, a sua efetiva capacidade de representação, resta por fim não preenchido todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, razão pela qual justificaria a sua rejeição sem a análise do mérito;

Todavia, em homenagem aos Princípios da Autotutela Administrativa e da Transparência, far-se-á breve análise à impugnação a título de mera peça informativa.

Verifica-se que a empresa impugnante traz em sua peça algumas questões que já foram analisadas em sede recursal, motivo pelas quais não serão consideradas, como por exemplo, a sua não convocação em razão da posterior inabilitação da empresa vencedora.

A empresa impugnante aduz que a Fundação abriu "novo Edital" e que este "tem o mesmo número do edital que se encontra em aberto, ato totalmente estranho, senão bizarro, pois como poderiam existir dois processos licitatórios com o mesmo número" e de que "tal fato é totalmente ilegal, uma vez jamais poderiam coexistir duas licitações com o mesmo número de processo, bem como é incabível que seja instaurado um novo processo licitatório enquanto outro, anterior e com o mesmo objeto, se encontra em andamento".



Sobre o fato supracitado, não nos parece haver qualquer fundamentação, haja vista que é claro e evidente que não se trata de convocação para "novo Edital", sendo a referida publicação a remarcação de data para **nova sessão** do Edital de Pregão Privado nº 002/2017 - Processo 0452/2017, haja vista o Parecer exarado em fls. 428/434 e publicado em 445 no dia 26 de abril de 2017, não havendo, por consequência, qualquer afronta a Lei de Licitações, ao Edital e ao Regulamento de Compras.

Por fim, sobre as alegações trazidas na impugnação, as quais já haviam sido feitas na petição protocolada em 28 de abril, quando a empresa impugnante questiona os atos praticados pela Fundação e de forma jocosa e apelativa questiona "*onde há ética e democracia em frustrar certame licitatório*" cabe a nós salientar que a Fundação tem como pressuposto em suas ações os princípios básicos da legalidade, da moralidade, da boa-fé, da probidade, da impessoalidade, da economicidade, da eficiência, da isonomia, da publicidade, da razoabilidade, da vinculação ao ato convocatório, dentre outros, como bem preceitua o seu Regulamento de Compras e o seu Código de Ética e Conduta, sendo relevante salientar que, compete aos fornecedores compactuarem com estas diretrizes, sendo que as suas ações estão sujeitas a aplicação da legislação pertinente e ainda, das penalidades trazidas no art. 67 da do Regulamento de Compras.

VI - CONCLUSÃO

Tendo em vista todo o exposto, esta Assessoria Jurídica, fundamentada nos termos do instrumento convocatório, na melhor doutrina e nos dispositivos da Lei Federal 8.666/93, bem como nos princípios legais e constitucionais, garantidores da lisura do presente procedimento, opina pelo não conhecimento das alegações dispostas na petição de fls.495/502 e protocoladas na Fundação em 28 de abril de 2017, haja vista a total ausência de previsão legal e ainda, considera prejudicado o deferimento das alegações trazidas sem sede de impugnação, todas elas trazidas pela empresa **Serang Serviços**, haja vista que não houve afronta a qualquer dispositivo legal, resultando desta forma na manutenção do Edital de Pregão Privado nº 002/2017 sem alterações e na manutenção da data para a realização da sessão.

Por derradeiro, mostra-se conveniente ressaltar que compete a esta Assessoria Jurídica a análise sob o prisma eminentemente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, tampouco examinar questões de natureza estritamente técnica, administrativa e/ou financeira.

Estamos remetendo o presente parecer, bem como os autos do Processo à Comissão de Compras para a manifestação e publicação.

É o parecer, *sub censura*.

Assessoria Jurídica
Fundação Zerbini