



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

À:

Excelentíssima Senhora Prefeita Municipal

Ref.: Impugnação ao edital de Pregão Eletrônico nº 177/2022 (Novo Edital)

Trata-se de impugnação apresentada pela senhora MARIA IDALINA T. BETONI, em relação ao Edital de Pregão Eletrônico nº 177/2022 (Novo Edital), cujo objeto é o registro de preços de serviços médicos especializados em neuropediatria.

Em breve e apertada síntese, requer a impugnante:

a) LIMINARMENTE, a proibição da participação de COOPERATIVAS, ASSOCIAÇÕES E DEMAIS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS, para a sessão designada, visando que o princípio da isonomia e da competitividade não sejam feridos; e o edital RETIFICADO;

b) Seja a presente representação julgada totalmente procedente, com a consequente decretação da proibição da participação de COOPERATIVAS, ASSOCIAÇÕES E DEMAIS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS; e

c) Seja a presente julgada procedente para inclusão da apresentação do cadastrado CNES, registro no CREMESP.

Foram apresentadas as competentes razões para as alegações interpostas; todavia, não a reproduziremos neste julgamento, estando o teor integral dos memoriais devidamente anexado aos autos para consulta e eventual análise.

Adiante, observado que a realização do certame foi suspensa para análise das razões da impugnação, não trataremos sobre o pedido de liminar e o consideraremos superado.

Sem mais, iniciaremos a análise das razões da impugnação. Passo a opinar:

SOBRE A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS, ASSOCIAÇÕES E ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

A possibilidade de contratação de entidades sem fins lucrativos depende da natureza do serviço e dela não demandar relação de subordinação entre quaisquer das partes, além de viabilidade de gestão operacional compartilhada ou em rodízio das atividades de coordenação e supervisão da execução dos serviços, de forma a evitar possível configuração de responsabilidade trabalhista à Administração.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

O artigo 5º da Lei 12.690, de 19 de julho de 2012, é expresso ao dispor que a Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada.

Tal entendimento é recíproco também entre os tribunais de contas. O Tribunal de Contas da União pacificou o assunto através da Súmula nº 281:

SÚMULA Nº 281: É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade.

Fundamento Legal: - Decreto-Lei nº 5.452/1943, art. 442, parágrafo único; - Lei nº 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I - Lei nº 5.764/1971, art. 86 Precedentes: - Acórdão nº 975/2005 - Segunda Câmara, Sessão de 14/06/2005, Ata nº 21, Proc. nº 018.283/2002-0, in DOU de 23/06/2005 - Acórdão nº 724/2006 - Plenário, Sessão de 17/05/2006, Ata nº 19, Proc. nº 016.860/2002-0, in DOU de 19/05/2006 - Acórdão nº 2172/2005 - Plenário, Sessão de 07/12/2005, Ata nº 48, Proc. nº 016.828/2005-7, in DOU de 23/12/2005 - Acórdão nº 1815/2003 - Plenário, Sessão de 26/11/2003, Ata nº 47, Proc. nº 016.860/2002-0, in DOU de 09/12/2003 - Acórdão nº 23/2003 - Plenário, Sessão de 22/01/2003, Ata nº 01, Proc. nº 014.030/2002-8, in DOU de 05/02/2003 - Acórdão nº 22/2003 - Plenário, Sessão de 22/01/2003, Ata nº 01, Proc. nº 012.485/2002-9, in DOU de 05/02/2003.

Dados de aprovação: Acórdão nº 1789 - TCU - Plenário, 11 de julho de 2012.

Também o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, através de diversos julgados (TC-024306/026/10, TC-010651/026/10, TC010820/026/10, TC-011447/026/10, TC-8389/989/17 e TC-8214/989/18, entre outros), tratou da mesma forma a matéria.

Inclusive, em decisão análoga do TCESP, foi decidido que:

“(...) a contratação de profissionais médicos não deve ser feita por meio de cooperativas de trabalho como apontam diversas decisões desta Corte de Contas, por configurar terceirização de mão de obra caracterizada por relação de subordinação entre os médicos cooperados e a Administração, o que não se conforma com a ideia de cooperativismo”. TC-000752/006/11.

Diante do que foi constatado, assiste razão à impugnante quando alega que não é permitida a participação de entidades sem fins lucrativos, uma vez que o objeto do certame é a contratação de mão-de-obra para a prestação de serviços médicos. Sendo assim, entendemos que deve ser reformado o edital neste aspecto, com a inclusão de cláusula proibindo a participação das referidas entidades.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

SOBRE A EXIGÊNCIA DA APRESENTAÇÃO DO CNES E DO CREMESP PARA FINS DA HABILITAÇÃO

Preliminarmente, entendemos que a escolha dos documentos de habilitação que serão exigidos para a contratação é discricionária à Administração e o edital somente deverá solicitar os documentos indispensáveis à execução do contrato, conforme o teor do artigo 37, inciso XXI da Constituição:

Art. 37(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Podemos afirmar, sem temor, que os requisitos de habilitação servem para estabelecer critérios que tem como objetivo fundamental a análise de idoneidade do licitante e sua aptidão para o cumprimento do que foi contratado. Quando ultrapassam essas características, passam a desestimular a competitividade, gerando, assim, efeitos contrários ao que se pretende, que é a execução segura dos serviços e a preservação do erário.

O consagrado Prof. Marçal Justen Filho salienta que é preciso ponderar quais documentos de habilitação serão exigidos em um determinado procedimento licitatório, destacando a importante finalidade da licitação no que diz respeito à seleção da proposta mais vantajosa:

“A administração necessita tanto de segurança quanto de vantajosidade em suas contratações. A finalidade da licitação é selecionar a proposta com a qualidade adequada, pelo menor preço possível. A conjugação de ambos os valores conduz à necessidade de ponderação nas exigências de habilitação. Não é correto, por isso, estabelecer soluções extremadas. É indispensável estabelecer requisitos de participação, cuja eliminação seria desastrosa. Mas tais requisitos devem ser restritos ao mínimo necessário para assegurar a obtenção de uma prestação adequadamente executada”.
JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.P.387

Aproveito para transcrever a ementa de um aresto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e trecho das razões expendidas pelo Julgador quando avaliou um edital que afastou algumas exigências habilitatórias contidas na Lei nº 8.666/93:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. PREGÃO. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA EXIGIDA. NÃO OCORRÊNCIA.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

Inexiste qualquer ilegalidade quanto à qualificação técnica exigida, haja vista que a administração pode fazer exigências até o limite previsto no artigo 30 da Lei 8.666/93, e, achando conveniente, pode exigir menos, de acordo com a natureza, o valor e a complexidade do objeto e de sua execução.(...)

Nesse particular, tampouco entendo assistir razão à impetrante. Como lido supra, o artigo 30 da Lei nº 8.666/93 trata restritamente de impor à Administração a proibição da adoção de exigências exorbitantes do mínimo possível em atenção ao objeto licitado, em momento algum estipulando sua vinculação à veiculação de critério mínimo concebido por lei. Em outros termos, fixa um teto de exigências, com vistas apenas a evitar que indevidamente sejam aliçados da disputa interessados prejudicados por obrigações excessivas e desnecessárias, silenciando quanto a um suposto piso das mesmas, sujeito tão-somente ao concebido discricionariamente pela Administração como indispensáveis no caso concreto ao cumprimento do objeto contratado. A respeito desse poder discricionário, trata Justen Filho (ob. cit., p. 405):

*Como decorrência, a determinação dos requisitos de qualificação técnica far-se-á caso a caso, em face das circunstâncias e peculiaridades das necessidades que o Estado deve realizar. **Caberá à Administração, na fase interna antecedente à própria elaboração do ato convocatório, avaliar os requisitos necessários, restringindo-se ao estritamente indispensável a assegurar um mínimo de segurança quanto à idoneidade dos licitantes**". (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AC 5019407-03.2011.404.7200, Quarta Turma, relator p/ Acórdão Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 04.09.2015). (grifei)*

Revestidos das considerações acima, acreditamos que não há motivação para a reforma do texto editalício sobre as condições de habilitação pois entendemos que a documentação originalmente solicitada é suficiente para garantir a segurança da contratação.

Necessitando, por óbvio, das devidas fundamentações jurídicas para justificar nossa escolha, trataremos inicialmente sobre a necessidade de se exigir a prova de inscrição no CREMESP. Cabe considerar que existem atividades que estão submetidas ao controle de seus respectivos conselhos profissionais, como é o caso dos empreendimentos de saúde, conforme se depreende do art. 3º da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.980/2011:

Art. 3º. *As empresas, instituições, entidades ou estabelecimentos prestadores e/ou intermediadores de assistência à saúde com personalidade jurídica de direito privado devem registrar-se nos conselhos regionais de medicina da jurisdição em que atuarem, nos termos das Leis nº 6.839/80 e nº 9.656/98.*

No entanto, ao consultar o Novo Edital de Pregão Eletrônico nº 177/2022, mais precisamente o item 8.7.4, letra "a", reconhece-se que não assiste razão à impugnante, pois houve a preocupação desta Administração em se exigir o registro no respectivo Conselho, senão vejamos:



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

8.7.4. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

a) Prova de registro no Conselho Regional de Medicina (CRM) da empresa licitante, dentro do prazo de validade;

Obviamente, o edital não pode impor que a disputa seja realizada apenas entre sociedades empresárias inscritas no Estado de São Paulo, sob pena de violação do art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei n.º 8.666/93, pelo qual veda a admissão, previsão, inclusão ou permissão de cláusulas que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo, notadamente em razão de preferência do local da sede ou domicílio do licitante. Portanto, irregular seria limitar à disputa as empresas de saúde sediadas apenas no território do Estado de São Paulo.

Já quanto ao comprovante de inscrição no CNES, entendemos que não é cabível a sua inserção no edital pois extrapola o rol previsto no art. 30 da Lei de Licitações. Logo, o cadastro não está diretamente atrelado ao conjunto de capacidades técnicas ou profissionais que o estabelecimento deve reunir para execução das atividades pretendidas pela Administração Pública.

Todavia, é importante deixar claro que todas as empresas devem cumprir com suas obrigações e atenderem a legislação vigente e que lhes é cabível. Não é a intenção desta Administração o afrouxamento das regras ou a suspensão de descrença acerca dos participantes.

Aqui estamos tratando unicamente da necessidade (e legalidade) ao se exigir a documentação necessária para fins de HABILITAÇÃO NA LICITAÇÃO, o que não pode extrapolar os limites impostos e, dessa forma, inibir a competitividade e acarretar prejuízos ao erário.

Finalmente, entendemos que a fiscalização desta Prefeitura pode (e até mesmo deve) atuar após o encerramento do certame e acompanhar o atendimento, por parte do vencedor, às obrigações que lhe são inerentes, inclusive quanto ao CNES e à inscrição no CREMESP para o desenvolvimento de suas atividades.

CONCLUSÃO

Apreciados os memoriais da impugnante, tem-se que as razões trazidas possuem fundamento parcial e devem prosperar em parte, motivo pelo qual deve ser dado provimento somente ao ponto ora relatado, com a inclusão de cláusula proibindo a participação de entidades sem fins lucrativos.

Eram essas, Senhora Prefeita, as informações a que submetemos à apreciação de Vossa Excelência para que possa decidir a respeito.

Pederneiras, 24 de fevereiro de 2023.

CENDY BIAZUZO RAMOS
Compras e Licitações