

JULGAMENTO DE RECURSO

PROCESSO: 0369/2024

ASSUNTO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA ATENDIMENTO NA UTI PEDIÁTRICA DO COMPLEXO HOSPITALAR DE CLÍNICAS DE SÃO CAETANO DO SUL, 24 HORAS/DIA, ATRAVÉS DE PROFISSIONAIS QUALIFICADOS, PELO PRAZO DE 12 (DOZE) MESES.

Trata-se de análise de RECURSO ADMINISTRATIVO oposto em face do resultado do julgamento do Ato Convocatório nº 0369/2024, que julgou vencedora do certame a empresa SMPV SERVIÇOS MÉDICOS E DIAGNÓSTICOS POR IMAGEM LTDA., apresentado pela empresa HERA SERVIÇOS MÉDICOS.

A Recorrente HERA alega que a decisão que julgou a habilitação da empresa SMPV, ora Recorrida, *desvincula-se do Ato Convocatório, porquanto a documentação apresentada pela vencedora apresentaria vícios insanáveis.*

Neste sentido, aponta que a Recorrida não teria apresentado a última alteração contratual em vigor; não teria apresentado prova da inscrição cadastral estadual e/ou municipal; não teria apresentado a Certidão Negativa de Débitos de Tributos Imobiliários emitida pela Prefeitura de São Paulo; não apresentou a Ficha de Dados Cadastrais, que comprovaria a inscrição no Cadastro de Contribuintes Mobiliários; não apresenta as atividades sociais da empresa.

Aduz, outrossim, que a Recorrida teria descumprido as exigências de qualificação econômico-financeira, porquanto teria apresentado conjunto de demonstrações contábeis incompleto e balanço patrimonial inválido, por não conter escrituração ou registro em órgão competente.



Assevera, ademais, que a Recorrida não teria comprovado bom desempenho anterior em contrato da mesma natureza e porte, visto que os Atestados de Capacidade Técnica apresentados não indicariam a prestação de serviços na especialidade de UTI Pediátrica, bem como que a emissora dos atestados sequer contaria com leitos de UTI Pediátrica, requisitando diligência para comprovação da veracidade dos documentos.

Desta forma, requereu a reforma da decisão que julgou habilitada a Recorrida.

Devidamente intimada, a Recorrida apresentou contrarrazões ao Recurso, alegando, em síntese, ter cumprido com todos os requisitos exigidos pelo Ato Convocatório; que a alteração contratual impugnada pela Recorrente encontrava-se em trâmite na data de apresentação da proposta, razão pela qual o contrato social em vigor era aquele que fora apresentado junto de sua documentação; que ostenta situação regular de inscrição perante o município de São Paulo, tendo apresentado a Certidão Conjunta de Débitos de Tributos Mobiliários atestando tal informação; que a documentação de qualificação econômico-financeira está de acordo com a norma vigente e que os Atestados de Capacidade Técnica apresentados comprovam a experiência e habilidade da empresa para prestar os serviços objeto da contratação.

Requereu, por fim, o desacolhimento dos argumentos apresentados pela Recorrente, para julgar-se desprovido o recurso apresentado.

Antes de iniciar-se, destaca-se o expresso no Ato Convocatório 0369/2024:

6.3. Caberá recurso das decisões da Diretoria Geral, no prazo de 02 (dois) dias úteis da publicação do resultado final, através do site www.fuabc.org.br.

6.3.1. Estarão legitimados para a apresentação de recurso, os representantes legais da empresa e/ou aqueles indicados em procuração específica.



6.3.1.1. Os recursos deverão ser formalizados presencialmente das 09h00 às 16h00, endereçados à Diretoria Geral, mediante petição assinada pelo representante legal da empresa interessada e/ou aqueles indicados em procuração específica para análise e julgamento do Departamento Jurídico.

6.3.1.2. Em havendo interposição de recurso por quaisquer das empresas, as demais serão notificadas através do sítio eletrônico www.fuabc.org.br, para que, em havendo interesse, apresentem suas contrarrazões em 02 (dois) dias úteis, impreterivelmente, da notificação.

6.3.1.2.1. As contrarrazões deverão ser formalizadas presencialmente das 09h00 às 16h00, endereçadas à Diretoria Geral, mediante petição assinada pelo representante legal da empresa interessada e/ou aqueles indicados em procuração específica.

6.4. As empresas tomarão ciência através do sítio eletrônico da Fundação do ABC (www.fuabc.org.br) das decisões, recursos, resultados e demais informações pertinentes ao certame.

Assim, o recurso é tempestivo, pois o Julgamento do Ato Convocatório foi publicado em 23/09/2024, com pedido de vistas realizado em 24/09/2024 pela Recorrente. Ocorreu a suspensão do prazo recursal para a Recorrente na mesma data. Vistas efetuadas em 26/09/2024 e recurso apresentado em 30/09/2024.

No tocante à legitimidade da Recorrente, destaca-se o art. 36 do Regulamento de Compras e Contratações, o qual disciplina que “estarão legitimados para a apresentação de recurso, os representantes legais da empresa e/ou aqueles indicados em procuração específica”.

Em complemento, o parágrafo único do art. 36, ressalta que “em havendo interposição de recurso por quaisquer empresas” a FUABC notificará as demais.

Neste sentido, a recorrente HERA encontra-se representada pelo seu Administrador Não Sócio, Thiago Gayer Madureira,



cujos poderes de representação estão delineados na Cláusula Nona do Contrato Social.

Passa-se, assim, à análise o teor do Recurso da empresa.

(i) Da alegação de desvinculação ao Ato Convocatório

“*Ab initio*”, impende esclarecer-se que a Contratante é uma Fundação Pública de Direito Privado e entidade civil sem fins lucrativos que veio a ser declarada de utilidade pública municipal e estadual em virtude de sua extensa atuação em prol da saúde pública. Desse modo, foi qualificada como Organização Social de Saúde, o que lhe outorgou regime jurídico diferenciado para os contratos de gestão estabelecidos junto aos municípios, sendo-lhe concedida maior desenvoltura, agilidade e eficiência na consecução de suas obrigações contratuais¹.

Está, portanto, submetida a regime jurídico híbrido, *sui generis*, alcançada pela aplicação de normas de direito público e de direito privado, dotada de personalidade jurídica bifronte, insuscetível de ser confortavelmente alocada neste ou naquele modelo preestabelecido, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ADI nº 3.026/DF e nº 1923/DF.

Destarte, a FUABC, na condição de Organização Social de Saúde, gerencia a execução de atividades de atendimento à saúde pública – SUS em diversos Municípios (Capital, litoral sul, Grande ABC, dentre outros), por meio de contratos de gestão nos quais há repasse de verba pública e, atualmente, emprega mais de vinte mil funcionários, sendo responsável por enorme parcela de equipamentos do SUS e prestando serviço essencial à população que não dispõe de acesso ao sistema privado de saúde.

¹ https://fuabc.org.br/portaldatransparencia/wp-content/uploads/2020/01/gibi_tac_fuabc.pdf



A Contratante vem a ser uma das unidades gerenciadas pela FUABC e foi criada em razão da celebração do Contrato de Gestão nº 88/2019², entre o Município de São Caetano do Sul, por intermédio da Secretaria Municipal da Saúde e a Fundação Do ABC - FUABC, para a gestão e operacionalização dos serviços de saúde no âmbito da rede hospitalar e ambulatorial municipal.

Assim, para a contratação de bens, serviços e obras destinadas ao atendimento do Contrato de Gestão, a Contratante deve obedecer ao seu Regulamento Interno, que foi aprovado pelo Conselho de Curadores, conforme posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. As normas previstas na Lei de Licitações são aplicáveis apenas de forma subsidiária às contratações realizadas pela unidade.

Tecem-se tais ponderações, haja vista as considerações iniciais ofertadas pela Recorrente, ante a invocação dos princípios inerentes à Administração Pública que evidentemente estão atendidas no escopo do Regulamento de Compras e Contratação de Serviços de Terceiros e Obras da FUABC.

- a) *Da alegada ausência de apresentação da última alteração contratual em vigor pela Recorrida*

Sustenta a Recorrente que a Recorrida teria apresentado, junto de sua documentação de habilitação, o Contrato Social cuja alteração teria ocorrido em 19/06/2024, a despeito de ter solicitado nova alteração em 21/08/2024, um dia antes de apresentar a proposta ao certame em debate.

Assim, argumenta que a documentação apresentada não estaria mais em vigor e seria imprestável para fins habilitatórios.

² https://fuabc.org.br/portaltransparencia/wp-content/uploads/arquivos/sao_caetano/Contrato-de-Gestao-no-88_2019-CHMCS.pdf



A Recorrida, por sua vez, aduz que o protocolo do pedido de alteração do contrato social, realizado em 21/08/2024, não se consubstancia na efetivação da alteração, porquanto apenas após a aprovação da Junta Comercial é que passará a viger eventual alteração. Assim, defende que o contrato social apresentado por ocasião do oferecimento da proposta era o vigente e válido para fins de sua habilitação.

De fato, o protocolo do pedido de alteração do contrato social, por si só, não teria o condão de invalidar o arquivamento prévio, em especial, porque a legislação que rege os registros mercantis, Lei nº 8934/94 e a Junta Comercial do Estado de São Paulo, preconizam o prazo de dois dias úteis para a decisão acerca da validação do novo arquivamento, prevendo a aprovação automática em hipóteses específicas:

Art. 42. Os atos próprios do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, não previstos no artigo anterior, serão objeto de decisão singular proferida pelo presidente da junta comercial, por vogal ou servidor que possua comprovados conhecimentos de Direito Comercial e de Registro de Empresas Mercantis. (...)

(...) § 2º Os pedidos de arquivamento não previstos no inciso I do caput do art. 41 desta Lei serão decididos no prazo de 2 (dois) dias úteis, contado da data de seu recebimento, sob pena de os atos serem considerados arquivados, mediante provocação dos interessados, sem prejuízo do exame das formalidades legais pela procuradoria.

§ 3º O arquivamento dos atos constitutivos e de alterações não previstos no inciso I do caput do art. 41 desta Lei terá o registro deferido automaticamente caso cumpridos os requisitos de:

I - aprovação da consulta prévia da viabilidade do nome empresarial e da viabilidade de localização, quando o ato exigir; e

II - utilização pelo requerente do instrumento padrão estabelecido pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (Drei) da Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.



Outrossim, em que pese a indelével obrigatoriedade de vinculação ao Ato Convocatório, o Regulamento de Compras da FUABC determina a observância aos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade:

*Art. 5º A área de compras seguirá os princípios da igualdade, legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade, **da eficiência**, do interesse público, da probidade administrativa, do planejamento, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital/memorial, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, **da razoabilidade**, da competitividade, **da proporcionalidade**, da celeridade, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável e da transparência de todas as suas atividades, garantindo assim lisura em todo o processo de aquisição de bens e contratação de serviços.*

Não se olvida que o formalismo moderado deve prevalecer no processo administrativo, incluindo o licitatório, motivo pelo qual a Administração Pública poderá superar eventuais irregularidades ou obscuridades de natureza meramente formal a fim de perquirir as melhores condições para contratação.

Assim, a doutrina repele o rigorismo formal e homenageia as decisões administrativas, que pela concreção dos demais princípios norteadores da Administração Pública, afastam a inabilitação e a desclassificação dos oblatos por fatos que não interferem no escopo e na efetividade de suas propostas perante o Poder Público, principalmente quando não os colocam em posição privilegiada em relação aos demais participantes.

A propósito:

"O formalismo moderado, no processo administrativo disciplinar, corresponde à instrumentalidade das formas, em sede de processo jurisdicional, frisando-se que a relação é de correspondência e não de igualdade. É a idéia de que a forma deve ser adequada ao alcance do fim colimado pela lei: o exercício da competência disciplinar dentro dos



quadrantes da legalidade" (BARCELLAR

FILHOS, Romeu Felipe. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 173).

"O princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de rito e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo" (ODETE MEDAUAR. Direito Administrativo Moderno. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 203).

Aplicam-se, portanto, à espécie, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais recomendam a ponderação dos valores jurídicos tutelados pela norma aplicável à situação de fato. Como diz de Marçal Justen Filho, o princípio da proporcionalidade, prestigia a **"instrumentalidade das normas jurídicas em relação aos fins a que se orientam"** e **"exclui interpretações que tornem inútil a (s) finalidade (s) buscada (s) pela norma"**. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9a Ed., São Paulo: Dialética, 2002).

O fundamento de decisões baseadas no princípio da razoabilidade é habitualmente relacionado à refusão ao excesso de formalismo, quando do julgamento de documentos de habilitação ou de propostas técnicas ou comerciais apresentadas por licitantes. Destarte, impõe-se uma abordagem da matéria tanto no aspecto do princípio da razoabilidade, quanto no da rejeição ao rigorismo formal, quando da apreciação de documentos e propostas em licitações públicas.

Verifique-se que o caso dos autos, a despeito da alegada apresentação de contrato social desatualizado quando da habilitação ao certame, o que violaria, em tese, o item "5.3.2" do Ato Convocatório, trata-se de falha que admite saneamento, inclusive porque em nada alterou a substância da proposta da empresa vencedora.



Ademais, ao diligenciar-se à Junta Comercial do Estado de São Paulo, no intuito de obter o objeto social atualizado da empresa SMPV, cuja alteração ocorreu em 21/08/2024, ou seja, após a publicação do Ato Convocatório e apenas um dia antes da apresentação dos envelopes ao certame, evidencia-se a compatibilidade e adequação das alterações com o objeto da contratação e com os demais requisitos apresentados no instrumento de convocação.

Ressalte-se que é facultada à Contratante a realização de diligências em qualquer fase do certame:

2.6. À CONTRATANTE fica reservado o direito de efetuar diligências em qualquer fase da Coleta de Preços para verificar a autenticidade e veracidade dos documentos e informações apresentados nas Propostas, bem como esclarecer ou complementar a instrução do processo, vedada à inclusão, posterior de documento ou informação exigido neste ATO CONVOCATÓRIO.

Nesse sentido, é a lição de Marçal Justen Filho:

“(...) Se o particular apresentou um documento e se reputar existir dúvida quanto a seu conteúdo, é possível que a diligência se traduza para a convocação do particular para explicar e, se formo caso, comprovar documentalmente o conteúdo da documentação anterior” (Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, p. 692).

Os documentos de habilitação jurídica foram juntados pela empresa Recorrida, sendo certo que a posterior diligência da Contratante, atestando a adequação das alterações promovidas, por certo, não pode ser entendido como documento novo que deveria ser apresentado na fase de habilitação.

Assim, na espécie, desabilitar a empresa Recorrida apenas pela juntada de contrato social alegadamente desatualizado seria apego ao formalismo exacerbado, sem qualquer



razoabilidade, porquanto não lhe embaraça a aptidão técnica e econômica para o cumprimento do contrato.

Destarte, desacolhem-se os argumentos da Recorrente, neste quesito.

b) Da alegação de ausência de prova de inscrição estadual e/ou municipal pela Recorrida

Sustenta a Recorrente que a Recorrida não teria apresentado prova da inscrição estadual e/ou municipal, bem como não teria apresentado prova de inscrição perante o cadastro de contribuintes municipal, alegando que as certidões apresentadas pela Recorrida não comprovam que o cadastro é pertinente com o ramo de atividade e compatível com o objeto contratado, nem que a tributação está regular.

Verifica-se a Certidão Conjunta de Débitos de Tributos Mobiliários da Recorrida, presente às fls. 425, do Volume I, dos autos do certame, o qual indica o número do cadastro de contribuintes da Recorrida, como: 5.680.298-6 e aponta situação regular em face da tributação.

A Certidão Conjunta de Débitos e Tributos Imobiliários localiza-se às fls. 426, do Volume I, dos autos do certame, indicando como número do cadastro de contribuintes 171.300.0633-0 e situação tributária regular.

O Ato Convocatório determina:

5.3.6. Prova de inscrição no Cadastro de Contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo à sede da participante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratado;

Da análise do dispositivo supracitado, conclui-se que a comprovação de inscrição no cadastro de contribuintes, seja estadual ou municipal, deve ter pertinência com o ramo de atividade do participante e compatibilidade com o seu objeto social.



O objeto social da Recorrida – de atividades de atendimento hospitalar e ambulatorial - configura-se fato gerador de ISS, nos termos da Lei nº. 116/03.

No caso, a doutrina³ e jurisprudência consolidaram-se no sentido de que “*o dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a natureza da atividade a ser desenvolvida no curso da contratação determinará a inscrição cadastral (...)* Se a atividade objeto da contratação caracterizar incidência de tributo municipal, será desnecessária e imprestável a comprovação de inscrição no cadastro estadual”.

Conforme a jurisprudência do C. STJ⁴, “*a inscrição (da empresa proponente) no cadastro de contribuintes destina-se a permitir a imediata apuração de sua situação frente ao Fisco. Decorre, daí, que se o concorrente não está sujeito à tributação estadual e municipal, em face das atividades que exerce, o registro cadastral constitui exigência que extrapola o objetivo da legislação de regência*”.

É por isso que a necessidade de apresentação de prova da inscrição cadastral deve ser interpretada em consonância com a parte final do dispositivo, isto é, na medida e enquanto for pertinente ao ramo de atividade e o objeto do certame, como, inclusive, consta da doutrina colacionada pela própria Recorrente.

Assim, comprovada a existência e regularidade do cadastro da Recorrida como contribuinte municipal e considerando-se a natureza do objeto da contratação, é decorrência lógica o atendimento aos requisitos formulados no Ato de Convocação.

Rejeita-se, pois, a insurgência da Recorrente neste aspecto.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. Dialética.

⁴ MS 199800096191 MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 5655 Relator (a) DEMÓCRITO REINALDO Sigla do órgão STJ Órgão julgador PRIMEIRA SEÇÃO Fonte DJ DATA:31/08/1998 PG:00004 RSTJ VOL.:00113 PG:00044



- c) *Da alegação de apresentação incompleta das demonstrações contábeis e da ausência de escrituração ou registro do balanço patrimonial*

Assevera a Recorrente que a empresa vencedora teria apresentado suas demonstrações contábeis através do SPED contábil, consoante colaciona o Recibo de Escrituração; enquanto o balanço patrimonial não teria sido gerado pelo mesmo sistema, além de não ter sido objeto de registro perante a Junta Comercial.

O Ato Convocatório determina a apresentação:

5.3.9. Balanço Patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios;

5.3.9.1. As cópias dos termos de abertura e de encerramento do Diário Geral, assinado pelo Contador e registrados na Junta Comercial ou no Cartório de Registro de Títulos e Documentos devem acompanhar o Balanço patrimonial;

5.3.9.2. Para as empresas que efetuaram a escrituração digital, através do SPED, deverão ser apresentados o Recibo de entrega e as folhas referentes às Demonstrações Contábeis e a do Balanço Patrimonial, nos termos da Instrução Normativa DNRC nº 107/08;

Neste aspecto verifico que, de fato, o balanço contábil apresentado pela Recorrida não foi emitido pelo SPED, embora firmado pelo contabilista responsável e pelo representante legal da empresa.

Observo que a condição de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, não se fundamenta apenas no menor preço, mas na proposta que melhor cumpra com os requisitos do Ato Convocatório e das leis, bem como o fiel cumprimento das obrigações do contrato.

É inquestionável que o balanço patrimonial tenha que ser confiável, para não deixar dúvidas quanto à capacidade financeira da empresa para execução do objeto. No entanto, o balanço



patrimonial não deixou de ser apresentado pela empresa para comprovação da sua qualificação econômico-financeira. Assim, deve-se promover diligência, a fim de oportunizar à concorrente a possibilidade de mostrar o balanço contábil, acompanhado das demonstrações contábeis, do último exercício social, extraída diretamente do SPED.

Em situação similar, o Ministério Público de Contas de Santa Catarina pronunciou-se, por meio do Parecer MPC/DRR/1963/2018 (REP 18/00045309):

"Primeiramente, em relação à falta de clareza do edital, concordo com os argumentos exarados pela Conselheira Relatora, no sentido de que as cláusulas editais não trouxeram expressamente a obrigatoriedade de extrair do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED o balanço patrimonial, acompanhado das demonstrações contábeis do último exercício social. (...) Para contextualizar, cabe transcrever os exatos termos do edital:

1.3) Qualificação econômico-financeira: [...]

b) Balanço patrimonial, acompanhado das demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, devidamente assinado por técnico contábil habilitado, ratificado pelo responsável legal da empresa, sendo vedada a substituição dos documentos exigidos, por balancete ou balanços provisórios.

Obs: Serão considerados aceitos como na forma da lei, o balanço patrimonial e demonstrações contábeis assim apresentados:

a) publicados em Diário Oficial; ou

b) publicados em Jornal; ou

c) cópia ou fotocópia registrada ou autenticada na Junta Comercial da sede do domicílio da licitante; ou

d) cópia ou fotocópia do livro Diário, devidamente autenticado na Junta Comercial da sede do domicílio da licitante ou em outro órgão equivalente, inclusive os Termos de Abertura e de Encerramento.



Como se vê, em seu item 1.3, "b", o edital exigiu apenas que o balanço patrimonial estivesse assinado por técnico contábil habilitado e que fosse ratificado pelo responsável legal da empresa. Sendo assim, entende-se que os termos do edital não foram claros sobre a obrigatoriedade de apresentação das demonstrações contábeis diretamente extraídas do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, razão pela qual não haveria como exigir da licitante que procedesse dessa forma. Aliás, a empresa apresentou o balanço patrimonial extraído do seu próprio sistema, junto à cópia do recibo de entrega da escrituração contábil digital (SPED), o que, à primeira vista, seria suficiente para cumprir a exigência literal do edital. (...)

Refere-se à inabilitação da empresa TEMPO BRASIL em face da apresentação do balanço patrimonial em descompasso com o supostamente exigido pelo Unidade Gestora. A área técnica analisou as justificativas apresentadas pelos responsáveis e sugeriu afastar a ocorrência de irregularidade. Sustentou, em suma, que a legislação pertinente ao assunto é clara ao exigir que o balanço patrimonial seja extraído do SPED e que a ninguém é facultado alegar o desconhecimento da lei, sobretudo uma empresa que possui todas as condições de ter o suporte jurídico e contábil necessário. **Nada obstante, entendo que faltou razoabilidade na decisão de inabilitar a representante. Isso porque o balanço patrimonial não deixou de ser apresentado pela empresa para comprovação da sua qualificação econômico-financeira.** E, aliás, foi apresentado conforme as exigências literais do edital. É inquestionável que o balanço patrimonial tenha que ser confiável, para não deixar dúvidas quanto à capacidade financeira da empresa para execução do objeto. **Porém, o impasse verificado deveria ao menos ensejar a realização de diligência nos moldes descritos pelo art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93:**

Art. 43. [...] § 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.



Tal medida seria benéfica e essencial à competitividade do certame, sem ocasionar qualquer espécie de vantagem indevida a qualquer dos licitantes. A propósito, o dispositivo legal apenas veda a inclusão de documento que deveria constar originalmente da proposta. No caso, o balanço patrimonial, acompanhado de demonstrativos contábeis, estava contido entre a documentação entregue. Em outras palavras, não seria dada a oportunidade à licitante de juntar um documento inédito, mas apenas de uma contraprova, pode-se assim dizer, sobre a informação contábil que suscitou dúvidas na comissão julgadora. (...)

Portanto, reitero que bastaria mera diligência para esclarecer/complementar as informações referentes ao balanço patrimonial apresentado tempestivamente pela empresa. (...)"

Cita-se, outrossim, a decisão referenciada em aludido parecer, na qual o TJSC entendeu pela necessidade de promoção de diligência, antes da desclassificação da participante do certame:

AGRADO DE INSTRUMENTO. LIMINAR INDEFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO LICITATÓRIO. INABILITAÇÃO DA EMPRESA AGRAVANTE POR FORÇA DE ENTENDIMENTO DA COMISSÃO LICITANTE QUANTO A DOCUMENTO PARA FIM DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. EDITAL QUE NÃO ENDOSSA EXPRESSAMENTE O QUE DECIDIDO NA SEARA ADMINISTRATIVA. FORMALISMO EXACERBADO. EVENTUAL DÚVIDA QUE PODERIA TER SIDO SANADA POR DILIGÊNCIA, TAL COMO FACULTADO PARA CONCORRENTE QUANTO A OUTRO ASPECTO. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO QUE IDENTIFICOU COMO ÍRRITO O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. MALTRATO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA RAZOABILIDADE E À PRÓPRIA FINALIDADE DA LICITAÇÃO. RECURSO PROVIDO. O modus agendi das autoridades impetradas retrata formalismo exacerbado, que, no fundo, contravém ao princípio reitor da licitação (selecionar a proposta mais vantajosa), eis que redutor das possibilidades de contratação, mais ainda porque alusivo a dados/informações/documentos supríveis por singela diligência, procedimento, aliás, admitido em favor de outra concorrente, e não pode ser aceito por vulneração a valores



intransigíveis como isonomia e razoabilidade. (TJSC, Agravo de Instrumento nº 4028575-59.2017.8.24.0000, de Balneário Camboriú. Rel. Des. João Henrique Blasi. Segunda Câmara de Direito Público. J. em: 04.09.2018.)

A apresentação do balanço patrimonial extraído do sistema SPED, conforme já assinalado, apenas teria o objetivo de comprovar, ou não, que as demonstrações constantes do envelope de habilitação eram fidedignas. Não seria o caso de aceitar um novo documento em afronta às regras do certame.

Destarte, compreendo pela suspensão do feito, determinando-se a realização de diligência para a comprovação de que o balanço contábil apresentado pela Recorrida corresponde ao documento encaminhado pela empresa, ao SPED. Em caso negativo, com a desclassificação, é imperativo ainda indicar-se às autoridades a ocorrência de eventual falsidade documental, com a imposição das penalidades legais.

d) Da alegação de ausência de comprovação pela Recorrida da capacidade técnica exigida pelo certame

Em arremate, a Recorrente aduz que os atestados de capacidade técnica apresentados pela Recorrida não comprovam sua experiência anterior na especialidade de UTI Pediátrica; bem como teriam sido emitidos pela Irmandade da Santa Casa da Misericórdia de São Bernardo do Campo, instituição que sequer disporia de leitos de UTI pediátrica, consoante recorte de pesquisa do CNES apresentado pela Recorrente.

A Recorrida, a seu turno, assevera que os atestados foram emitidos por instituição filantrópica de direito privado, sem fins lucrativos, de utilidade pública federal, estadual e municipal, qualificada como Organização Social de Saúde, pelo que depreende-se que tratar-se-ia de instituição idônea.

Sustenta, em sua defesa, que o ACT serve para confirmar a competência e aptidão da empresa para a execução do objeto da contratação, para serviços similares, de complexidade equivalente ou superior.



Argumenta, ademais, que a Recorrente não teria afastado a ausência de experiência e aptidão técnica da Recorrida para a execução dos serviços.

O Ato Convocatório dispôs:

5.3.10. A proponente deverá apresentar **atestado(s) de bom desempenho anterior em contrato da mesma natureza e porte** (serviços médicos em UTI pediátrica), fornecido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que especifique(m) em seu objeto necessariamente os tipos de serviços realizados, com indicações das quantidades e prazo contratual, datas de início e término e local da prestação dos serviços;

5.3.10.1. **Entende-se por mesma natureza e porte, atestado(s) de serviços similares ao objeto do Ato Convocatório que demonstre(m) que a empresa participante prestou serviços correspondentes a 50% (cinquenta por cento) do objeto do certame (serviços médicos em UTI pediátrica).**

5.3.10.2. A comprovação a que se refere o item 5.3.10. poderá ser efetuada pelo somatório das quantidades realizadas em tantos contratos quanto dispuser a empresa;

5.3.10.3. O(s) atestado(s) deverá(ão) conter a identificação da pessoa jurídica emitente bem como o nome, o cargo do signatário e telefone para contato.

Note-se que o Ato Convocatório é claro quanto a possibilidade de a participante apresentar atestado de capacidade técnica comprovando a execução anterior de trabalhos similares, pertinentes e compatíveis com o objeto da contratação.

Nesse sentido:

"**MANDADO DE SEGURANÇA.** Licitação. Alegação de ilegalidades na fase de habilitação. Atestado de capacidade técnica que não atenderia os requisitos do edital. Rejeição. Decisão administrativa que visou a assegurar o maior número passível de concorrentes, admitindo o requisito da aptidão por similaridade, com base no artigo 30, § 3º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993,



segundo o qual "será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior". Falta de numeração das folhas dos documentos apresentados. Mera irregularidade. Em tema de nulidade vigora entre nós o princípio "pas de nullité sans grief", segundo o qual não há nulidade – mesmo em relação aos vícios mais graves – se do ato impugnado não resultar prejuízo efetivo e concreto ao interessado. Alegação de ilegalidade na fase de julgamento das propostas. Rejeição. Questão referente à inexequibilidade da proposta da concorrente, que – para justificar a nulidade do certame - dependia de apuração em prova pericial, impossível de ser produzida na estreita via do mandado de segurança. Ordem denegada. Recurso desprovido. (TJ-SP - AC: 00100458020108260271 SP 0010045-80.2010.8.26.0271, Relator: Ferreira Rodrigues, Data de Julgamento: 12/08/2019, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 27/08/2019)"

"APELAÇÃO – Mandado de Segurança – Pregão eletrônico – insurgência quanto aos atestados de capacidade técnica apresentados pela empresa vencedora do certame – Decisão de primeiro grau que denegou a ordem – **O edital é claro quanto a possibilidade de a licitante apresentar atestado de capacidade técnica comprovando a execução anterior de trabalhos similares, pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação** – A leitura dos dispositivos deve ser feita de forma topográfica – Atestados de capacidade técnica em pleno atendimento às exigências editálicas, semelhantes ao escopo do objeto do edital – Sentença mantida – Recurso não provido. (TJ-SP - AC: 10020328720228260228 São Paulo, Relator: Mônica Serrano, Data de Julgamento: 16/10/2023, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/10/2023)"

Os ACT apresentados pela Recorrida indicam ter realizado uma média de 350 (trezentos e cinquenta) plantões por mês, na UTI e Enfermaria da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Bernardo do Campo; além de 350 (trezentos e cinquenta) plantões por mês na especialidade de Clínica Médica Semi-Intensiva e Emergência; 170 (cento e setenta) plantões por mês na especialidade de Ginecologia e Obstetrícia; 170 (cento e setenta) plantões por mês na especialidade de

Ortopedia; 520 (quinhentos e vinte) plantões por mês na especialidade de Pediatria e 31 (trinta e um) plantões por mês na especialidade de Psiquiatria.

Assim, somente um dos documentos acima já viabilizaria a declaração da Recorrida como habilitada no certame, uma vez que já satisfaria o exigido no Ato Convocatório. Contudo, as demais experiências comprovadas corroboram e reforçam a correta decisão do julgador.

Concluo, portanto, que os atestados apresentados pela empresa vencedora são adequados e suficientes para atendimento das exigências do Ato Convocatório e hábeis a comprovação de experiência na execução de serviços semelhantes e compatíveis ao objeto contratado. O ato administrativo impugnado se revestiu da formalidade legal e goza de presunção de veracidade e legitimidade, as quais não restaram afastados pela Recorrente.

Conclusão

Diante de todo o exposto, desacolhem-se os argumentos esposados pela Recorrente, determinando-se, contudo, a suspensão do feito para realização de diligência junto à empresa declarada vencedora, para que apresente o balanço patrimonial encaminhado ao SPED, nos termos retro expedidos e sob as cominações dispostas alhures. Com o retorno, certifique o nobre julgador a regularidade ou irregularidade do documento, publicizando-se a decisão, à qual estará vinculada a decisão ora prolatada.

São Caetano do Sul, 05 de novembro de 2024.



Gabrielle Gomes Andrade Suarez
OAB/SP 315.903
Departamento Jurídico