

TC/016726/2024

Objeto: Representação em face do Edital do Pregão Eletrônico 18/2023/CET, cujo objeto é a contratação de empresa para prestação de serviços especializados de assistência médica, hospitalar, cirúrgica, ambulatorial e obstétrica à saúde, atendimentos de urgência e emergência, exames complementares e serviços auxiliares e de apoio diagnóstico, conforme planos básico e opcionais aos empregados e diretores da Companhia de Engenharia de Tráfego - CET/SP e seus dependentes regularmente nomeados através de Plano de Assistência Médica Empresarial, com registro na ANS.

Interessado(s): Companhia de Engenharia de Tráfego (*), Nyso Fernandes de Oliveira Netto

Relator: Roberto Braguim

Competência: PLENO

SENHOR ASSESSOR JURÍDICO CHEFE

Trata-se de **representação** proposta pelo sr. **Nyso Fernandes de Oliveira Netto**, com pedido de suspensão cautelar, contra o **Edital do Pregão Eletrônico CET nº 018/2023¹**, cujo objeto é *a prestação de serviços especializados de Assistência Médica, Hospitalar, Cirúrgica, Ambulatorial e Obstétrica à Saúde, aos empregados e Diretores da Companhia de Engenharia de Tráfego – CET/SP e seus dependentes, pelo período de 12 (doze) meses (Peças 01 a 05).*

Em síntese, pleiteia-se o recebimento da representação e a suspensão cautelar do PE CET nº 018/2023 e, no mérito, a anulação do Edital, a retificação das exigências impugnadas e nova publicação.

No **Relatório Preliminar de Representação**, a Coordenadoria VI de SCE concluiu sobre a inicial da seguinte forma (Peça 11):

¹ Expediente CET nº 0087/23.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto no item 2 deste Relatório Preliminar, conclui-se pela:

- **improcedência** do item 2.1²;
- **improcedência** do item 2.2³;
- **procedência parcial** do item 2.3⁴, apenas no que se refere ao teor contraditório do item 11.2.2.7.1 do edital;
- **improcedência** do item 2.4⁵;
- **procedência parcial** do item 2.5⁶, apenas no que se refere à ausência de critérios objetivos que definam o que será considerado “equivalência” no âmbito da possibilidade de modificação dos hospitais ou laboratórios a serem fornecidos, prevista ao final do item 9.4 do Termo de Referência;
- **improcedência** do item 2.6⁷.

Ressalta-se que a abertura da sessão pública deste Pregão Eletrônico estava marcada para as 10h30min do dia 03.09.2024, entretanto, o certame encontra-se suspenso “sine die”, conforme publicação no DOC em 03.09.2024. [...]

Assim vieram os autos para análise e manifestação desta Assessoria Jurídica, *“...com o esclarecimento de que o Pregão Eletrônico 18/2023 teve sua Sessão de Abertura adiada pela própria CET, tendo esta Relatoria determinado, conforme publicação levada a efeito no Diário Oficial de hoje, que antes da abertura do Certame, agora designada para o dia 24/09 p.f., a Companhia preste os esclarecimentos necessários e adote as providências cabíveis para sanar os apontamentos efetuados pelos*

² “2.1. Das “vantagens da participação de microempresas e empresas de pequeno porte”

³ “2.2. Da “Qualificação Econômico Financeira – Balanço”

⁴ “2.3. Da “Qualificação Econômico Financeira – Falência”

⁵ “2.4. Da “Qualificação Técnico Operacional”

⁶ “2.5. Da “Rede de Atendimento”

⁷ “2.6. Da “Condição de Execução do Contrato – Prazo”

Órgãos Técnicos deste Tribunal no e-TCM nº 15479/2024, sob pena de suspensão da Licitação em comento.” (Peça 12).

É o relatório.

Opina-se.

I – Considerações iniciais

01. A presente opinião cinge-se aos aspectos jurídicos em torno da pretensão inaugural (Peças 01 a 05), à luz das balizas definidas no artigo 3º, §1º, da Resolução TCMSP nº 18/2019⁸.

02. Destaca-se a etapa inicial da instrução processual, prévia ao contraditório e a ampla defesa.

03. Por razões de uniformidade e clareza, será utilizada a mesma sequência do Relatório Preliminar (Peça 11), sob a forma dos itens **2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5 e 2.6**.

II – Admissibilidade

04. A peça inaugural encontra-se desacompanhada da cópia do título de eleitor ou documento que a ele corresponda, em descumprimento ao artigo 55, §1º, do RITCMSP⁹.

⁸ “Art. 3º Nos processos de Representação referidos no artigo 1º, “caput”, incisos X e XI, desta Resolução, a petição inicial será encaminhada ao Conselheiro Relator, que deliberará sobre a sua admissibilidade e sobre eventual medida de urgência, caso preenchidos os requisitos legais.

§ 1º Havendo necessidade de prévia manifestação, o Conselheiro Relator poderá submeter os autos aos órgãos técnicos antes de sua deliberação.”

⁹ “Art. 55 - A representação ou denúncia sobre matérias de competência do Tribunal deverá preencher os seguintes requisitos:

[...]

§ 1º - Em se tratando de representação ou denúncia formulada por cidadão, é indispensável a prova de cidadania, mediante a juntada à inicial de cópia do título de eleitor ou documento que a ele corresponda.”

05. Em se tratando de *vício sanável*, cabe aplicação do disposto no art. 56, §2º, do RITCMSP¹⁰, a critério superior.

06. Saneado o vício mencionado, não se vislumbra óbice ao conhecimento da representação, uma vez que foram preenchidos os demais requisitos de admissibilidade previstos no art. 55 do RITCMSP.

III – Mérito

07. Passa-se ao exame do mérito, sem prejuízo do alcançado após contraditório e ampla defesa.

2.1. Das “vantagens da participação de microempresas e empresas de pequeno porte”

08. Acompanha-se AUD no sentido da **improcedência** da representação neste ponto (Peça 11, fls. 02-05).

09. Em se tratando de edital sob responsabilidade de empresa estatal, a norma de regência aplicável é a **Lei nº 13.303/2016** (Lei das Estatais).

10. À luz do artigo 1º, §1º, da Lei nº 14.133/2021¹¹, conforme já defendido em outra oportunidade¹², merece cautela entendimento no sentido da aplicação subsidiária de dispositivos deste diploma às licitações e contratações regidas pela Lei nº 13.303/2016¹³.

¹⁰ “Art. 56 - A petição inicial será dirigida ao Presidente, que determinará a sua autuação, sendo encaminhada, em seguida, à apreciação do Conselheiro Relator.

^{2º} - O Conselheiro Relator poderá determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais, concedendo ao requerente ou à parte a oportunidade para, se possível, corrigir o vício, antes de decidir pelo arquivamento dos autos.”

¹¹ “Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

§ 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei.”

11. Embora ainda se vislumbre como controverso na doutrina e jurisprudência especializadas os exatos limites do entendimento no sentido da possibilidade de aplicação subsidiária de dispositivos da Lei nº 14.133/2021 às contratações regidas pela Lei nº 13.303/2016, parece oportuno e seguro assinalar que o art. 1º, §1º, da Lei nº 14.133/2021 reforçou expressamente o estreitamento desse entendimento.

12. À luz do artigo 173, §1º, inciso III, da CRFB de 1988¹⁴, c/c art. 1º, §1º, da Lei nº 14.133/2021, perfilha-se diretriz consoante a qual, para além das hipóteses previstas no artigo 189 da NLLC¹⁵ e daquelas contempladas em entendimentos jurisprudenciais consolidados acerca de institutos de uso compartilhado entre as leis¹⁶, a *postura conservadora* é a mais indicada no que concerne à aplicação subsidiária da Lei nº 14.133/2021 às licitações e contratações regidas pela Lei nº 13.303/2016, até do ponto de vista da segurança jurídica.

¹² Vide TC/000393-2024 – Acompanhamento de Edital – Concorrência SPObras n. 214.2013.

¹³ Sob a égide da Lei nº 8.666/1993, a temática já era controvertida à luz da literatura especializada, tendo sido abordada no enunciado nº 17 do Conselho Nacional de Justiça, fruto da I Jornada de Direito Administrativo, da seguinte forma:

“Os contratos celebrados pelas empresas estatais, regidos pela Lei n. 13.303/2016, não possuem aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/1993. Em casos de lacuna contratual, aplicam-se as disposições daquela Lei e as regras e os princípios de direito privado.”

¹⁴ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; [...]”

¹⁵ “Art. 189. Aplica-se esta Lei às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.”

¹⁶ Sobre o tema, assinala-se o artigo intitulado “É possível a aplicação subsidiária da nova lei de licitações às empresas estatais?”, assinado por GUIMARÃES, Bernardo Strobel; MADALENA, Luis Henrique Braga; e VITA, Pedro Henrique Braz de; publicado no site “Consultor Jurídico”, na data de 06/10/22. Acesso em: 10/05/2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-06/opiniao-aplicacao-subsidiaria-lei-licitacoes-estatais/>.

13. Desse ângulo, compreende-se que, para além das hipóteses acima aludidas, é legítima a aplicação subsidiária da Lei nº 14.133/2021 às contratações regidas pela Lei nº 13.303/2016 se assim expressamente dispuser o regulamento interno de licitações e contratações de cada estatal e/ou o instrumento convocatório correspondente.

14. Feita essa consideração geral, no caso ora examinado, em que pese o item **1.1**¹⁷ do Edital ter franqueado a possibilidade de aplicação subsidiária da Lei nº 14.133/2021, verifica-se, especificamente quanto ao dispositivo sobre o qual se reclamou aplicabilidade ao caso concreto (art. 4º, §1º, I, da Lei nº 14.133/2021¹⁸), que o art. 28, §1º, da Lei nº 13.303/2016¹⁹ disciplina em particular essa matéria, remetendo apenas as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei nº 123/2006, as quais, por sua vez, não contemplam o conteúdo previsto no aludido artigo 4º, §1º, I, da Lei nº 14.133/2021, pelo que resta afastada a possibilidade de sua aplicação subsidiária, segundo se compreende.

2.2. Da “Qualificação Econômico Financeira – Balanço”

¹⁷ “**1.1.** A COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO - CET torna público, para conhecimento de quantos possam se interessar, que fará realizar licitação na modalidade de PREGÃO ELETRÔNICO, a ser processada e julgada em conformidade com o Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios - RILCC da CET, Lei Federal 13.303/16, Lei Federal 14.133/21 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos no que se refere à modalidade Pregão exclusivamente para uso do sistema compras.gov.br), Decreto Federal 10.024/19 e com a Lei Complementar nº 123/06 e suas alterações posteriores, na seguinte conformidade: [...]” [Peça 09, fls. 03]

¹⁸ “Art. 4º Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

§ 1º As disposições a que se refere o *caput* deste artigo não são aplicadas:

I - no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte; [...]”

¹⁹ “Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

§ 1º Aplicam-se às licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista as disposições constantes dos [arts. 42 a 49](#) da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 .”

15. Sem prejuízo das considerações gerais acima expendidas a respeito da possibilidade de aplicação subsidiária de dispositivos da Lei nº 14.133/2021 às licitações e contratações regidas pela Lei nº 13.303/2016, de novo, no caso ora examinado, em que pese o item **1.1**²⁰ do Edital ter franqueado a possibilidade de aplicação subsidiária da Lei nº 14.133/2021, verifica-se, especificamente quanto ao dispositivo sobre o qual se reclamou aplicabilidade ao caso concreto (art. 69, I, da Lei nº 14.133/2021²¹), que o artigo 58, III, da Lei nº 13.303/2016²², c/c artigo 48 do RILCC – CET²³ disciplinam em particular essa matéria de forma diversa do conteúdo previsto no aludido artigo 69, inciso I, da Lei nº 14.133/2021, pelo que resta, também aqui, afastada a possibilidade de sua aplicação subsidiária.

16. Assim, também aqui, acompanha-se AUD no sentido da **improcedência** da representação.

2.3. Da “Qualificação Econômico Financeira – Falência”

²⁰ “**1.1.** A COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO - CET torna público, para conhecimento de quantos possam se interessar, que fará realizar licitação na modalidade de PREGÃO ELETRÔNICO, a ser processada e julgada em conformidade com o Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios - RILCC da CET, Lei Federal 13.303/16, Lei Federal 14.133/21 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos no que se refere à modalidade Pregão exclusivamente para uso do sistema compras.gov.br), Decreto Federal 10.024/19 e com a Lei Complementar nº 123/06 e suas alterações posteriores, na seguinte conformidade: [...]” [Peça 09, fls. 03]

²¹ “Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais; [...]”

²² “Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros: [...]

III - capacidade econômica e financeira; [...]”

²³ “Art. 48 A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á:

I – apresentação de balanço patrimonial do último exercício social já exigível na forma da lei;”

17. Por bastantes do ponto de vista jurídico, acompanham-se os fundamentos e a conclusão de AUD constante do Relatório Preliminar, no sentido da **parcial procedência** do item **2.3**.

18. No tocante à parte procedente (contradição identificada no item **11.2.2.7.1** do Edital, à luz do item **4.2, c**, do Edital²⁴), destaca-se a possibilidade de sua superação, desde que haja alteração da redação utilizada, reparando a contradição identificada.

2.4. Da “Qualificação Técnico Operacional”

19. Por bastantes do ponto de vista jurídico, em relação à exigência de aptidão técnica aludida no subitem **11.2.4.4** do Edital²⁵, acompanham-se, sem acréscimos, os fundamentos e a conclusão de AUD no sentido da **improcedência** deste item da representação (Peça 11, fls. 11-14).

2.5. Da “Rede de Atendimento”

20. Por bastantes do ponto de vista jurídico, em relação à flexibilização da lista de hospitais e laboratórios a serem atendidos (item **9.4** do Termo de Referência²⁶), acompanham-se, sem acréscimos, os fundamentos e a conclusão de AUD no sentido da **parcial procedência** deste item da representação (Peça 11, fls. 14-18).

21. Quanto à parte procedente, com AUD, anota-se a ausência de critérios objetivos que definam o que será considerado “equivalência” no âmbito da possibilidade de modificação dos hospitais ou laboratórios a serem fornecidos, prevista ao final do item **9.4** do Termo de Referência – Anexo I do Edital.

²⁴ “**11.2.2.7.1.** No caso de certidão positiva, a empresa deverá juntar a certidão de objeto e pé, expedida pelo órgão competente, esclarecendo o posicionamento da(s) ação(ões).” (Peça 09, fls. 15)

“**4.2.** Estão impedidas de participar, ainda, as empresas: [...] **c**) Sob processo de falência.” (Peça 09, fls. 07)

²⁵ “**11.2.4.4.** Apresentar o Índice de Desempenho da Saúde Suplementar (IDSS) referente ao resultado da última divulgação pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, conforme legislação vigente, comprovando pontuação mínima na faixa de intervalos, maior ou igual a 0,80 pontos.” (Peça 09, fls. 17)

²⁶ “[...]Fica admitida a possibilidade de substituição dos hospitais ou laboratórios especificados acima por outros equivalentes ou pertencentes a rede própria da CONTRATADA. [...]” [Peça 09, fls. 29]

2.6. Da “Condição de Execução do Contrato – Prazo”

22. Por bastantes do ponto de vista jurídico, em relação à exigência contida no subitem **9.5.1** do Edital²⁷, acompanham-se, sem acréscimos, os fundamentos e a conclusão de AUD no sentido da **improcedência** deste item da representação (Peça 11, fls. 11-14).

IV – Conclusão

23. Diante do exposto, no que se refere à admissibilidade, após saneado o vício relativo ao art. 55, §1º, do RITCMSP, não se vislumbra óbice ao conhecimento desta representação, uma vez que foram preenchidos os demais requisitos de admissibilidade previstos no art. 55 do RITCMSP.

24. Quanto ao mérito, opina-se pela **parcial procedência** da representação: **(i) improcedência** dos itens **2.1, 2.2, 2.4 e 2.6**; **(ii) parcial procedência** do **2.3**, no tocante à parte procedente destacando a possibilidade de sua superação, desde que haja alteração da redação utilizada, com o devido saneamento da *contradição* apontada (subitem **11.2.2.7.1** do Edital); e **(iii) parcial procedência** do **2.5**, destacando a falta de critérios objetivos que definam o que será considerado “equivalência” no âmbito da possibilidade de modificação dos hospitais ou laboratórios a serem fornecidos, prevista ao final do item **9.4** do Termo de Referência – Anexo I do Edital.

São Paulo, 5 de setembro de 2024.

DANIEL RÉGIS E SILVA
Assessor de Controle Externo
OAB/SP nº 384.543

²⁷ “**9.5.1.** Em caso de deliberação pela Diretoria Colegiada da COMPANHIA ou aprovação em Acordo Coletivo, a COMPANHIA poderá solicitar a permanência no plano, em prazos mais vantajosos aos beneficiários do que o previsto atualmente nas leis vigentes e resoluções normativas da ANS.” (Peça 09, fls. 31)

DRS/