

**Excelentíssimo Senhor
Conselheiro Relator**

Relatório Conclusivo de Representação

Ref.: 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.

1. INTRODUÇÃO

Trata o presente de Representação interposta em 29.08.2024 por Nyso Fernandes De Oliveira Netto, em face do Edital de Pregão Eletrônico CET nº 018/2023 (expediente nº 0087/23), cujo objeto é:

[...] a 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 Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, pelo período de 12 (doze) meses, de acordo com o Anexo I - Termo de Referência

(fl. 3 da peça 03)

Pleiteia o Representante, ao final: a suspensão liminar do certame, sua posterior anulação, e a retificação dos itens impugnados.

Destaca-se que essa análise se limitou à abrangência do objeto da Representação, em conformidade com a determinação proferida na 2.922ª Sessão Ordinária deste Tribunal¹.

¹ “ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a cientificação do presente Acórdão à Secretaria Geral, à Assessoria Jurídica de Controle Externo e à Secretaria de Fiscalização e Controle deste Tribunal, a fim de que se atenham à abrangência do objeto no curso da instrução processual, em observância ao princípio da adstrição, previsto expressamente no artigo 492 do Novo Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária no âmbito desta Corte de Contas, cujo teor é o que segue: ‘Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado’”.

Ressalta-se que o referido Edital foi objeto de trabalho de Acompanhamento por esta Auditoria (art. 1º, VIII, da Resolução nº 18/19 desta E. Corte), eTCM 15.479/2024.

Em 03.09.2024, esta Auditoria emitiu o Relatório Preliminar de peça 11.

Em 19.09.2024, apresentou manifestação prévia a CET (peça 34), nos termos do art. 2º, §1º, da Resolução nº 18/19 desta E. Corte.

Em 24.09.2024, os autos foram encaminhados a esta Secretaria de Controle Externo, para manifestação (peça 37).

Atendendo a despacho de peça 39, passa-se, na sequência, à análise do conteúdo da Representação, em sede de Relatório Conclusivo.

2. ANÁLISE

A presente análise será organizada em função dos pontos trazidos pelo Representante (peça 1).

Ressalta-se que a CET só apresentou manifestação prévia quanto aos itens para os quais essa Auditoria compreendeu haver parcial procedência, quais sejam, itens 2.3 e 2.5.

Registra-se, ainda, que as análises preliminares realizadas no âmbito do Relatório Preliminar terão seus textos mantidos na íntegra no presente Relatório Conclusivo. Em seguida a tais análises preliminares, de forma destacada, no próprio tópico, serão descritas as manifestações prévias da CET e emitidas as respectivas análises conclusivas por esta Auditoria.

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

Argumentos apresentados pelo Representante (fls. 3/5 da peça 1):

Alega que o edital estaria seguindo estritamente regras da Lei Complementar 123/2006, deixando de observar diferenças previstas na Lei Federal nº 14.133/2021 (que afirma ser a lei aplicável ao certame, porque citadas em seu preâmbulo, conforme fls. 2/3 da peça 1):

13. Conforme se verifica da transcrição do texto do ato convocatório, as empresas enquadradas como Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte - EPP, terão, entre outras vantagens, a possibilidade de ofertar novo lance, a fim de se sagrar vencedora do certame mediante duas condições: 1) se sua proposta estiver

a 5% (cinco por cento) da proposta mais bem classificada e 2) se esta proposta não seja de empresa que se enquadre como ME ou EPP.

14. Esta vantagem é conferida pelos artigos 42 a 49 da Lei Complementar 123/2006, atualizada pela Lei Complementar 147/2014, que prevê tal benefício.

15. Entretanto, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 14.133/2021, prevê exceções que não estão sendo observadas pelo Órgão Licitante e deverão ser corrigidas, a fim de atender ao princípio da legalidade esculpido na Carta Magna/88 e no artigo 5º do novo diploma que disciplina as compras e contratos no nosso país.

16. Conforme se verifica pelo disposto no inciso I, do § 1º, do artigo 4º, da Lei 14.133/2021, as MEs e EPPs não terão o benefício de ofertar melhor lance quando estiverem em empate ficto com empresa que não se enquadre da mesma maneira que si nas seguintes hipóteses:

[...]

19. Considerando o valor per capita de cada beneficiário/segurado, em razão da rede de atendimento exigida, o valor da contratação supera em muito a previsão legal do inciso I, do § 1º, do artigo 4º, da Lei 14.133/2021, motivo pelo qual, não se pode considerar as benesses da Lei 123/2006 e 147/14 às MEs e EPPs, em razão da norma em regência – 14.133/2021.

20. Uma vez que o valor da contratação não é divulgado, tal fato pode ser facilmente comprovado pelo valor das cotações recebidas pelo órgão licitante.

21. Verifica-se, portanto, que não está sendo observado pelo Órgão Licitante o disposto no inciso I, do § 1º do artigo 4º da Lei 14.133/2021, vez que é expresso no texto inaugural que as empresas enquadradas como MEs ou EPPs teriam benefício que a lei veda.

Análise e conclusão:

Deve-se notar inicialmente que a Lei Federal nº 14.133/2021, conquanto citada no preâmbulo do edital, não é efetivamente a norma de regência do certame. Tratando-se de sociedade de economia mista, o regime aplicável é o da Lei Federal nº 13.303/2016. Isso decorre

expressamente de tais diplomas legais, nos termos do art. 1º, §1º, II, da Lei Federal nº 14.133/2021², e do art. 1º da Lei Federal nº 13.303/2016³.

Sendo normas de aplicabilidade *ex lege*, a inserção da Lei Federal nº 14.133/2021 no preâmbulo do edital, diferentemente do que sugere o Representante (item 7 da representação, fls. 2/3 da peça 1), não tem o condão de modificá-las. Evidentemente, não é o edital que determina a norma legal que a ele será aplicada (ao contrário, são as próprias normas legais que estabelecem por quais delas reger-se-ão as diferentes espécies de certame licitatório). Nesse sentido, a menção à Lei Federal nº 14.133/2021 no preâmbulo deve ser entendida apenas como indicação de norma a ser aplicada subsidiariamente, em eventual lacuna que venha a ser verificada, ou em casos específicos em que a própria Lei Federal nº 13.303/2016 a ela remete.

Nesse sentido, como o próprio Representante ressalta, o edital está prevendo a aplicação dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar Federal nº 123/2006, exatamente nos termos em que prevê o §1º do art. 28 da Lei Federal nº 13.303/2016:

§ 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.

Na Lei Federal nº 13.303/2016, não constam as disposições específicas da Lei Federal nº 14.133/2021 delineadas pelo Representante, que estabeleceram novas restrições a essas regras. Assim, por falta de expressa previsão legal, entende-se que as normas previstas no inciso I, do § 1º do artigo 4º da Lei 14.133/2021, ao contrário do argumentado pelo Representante, não se aplicam ao presente certame.

Confirmando tal entendimento, a lição de Cristiana Fortini e Renila Lacerda Bragagnoli, em artigo publicado no Conjur⁴, precisamente sobre o tema em questão:

² § 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.

³ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

⁴ <https://www.conjur.com.br/2021-ago-19/interesse-publico-tratamento-favorecido-micro-pequenas-empresas/>. Acesso em 30.08.2024.

Isso posto, vê-se que a Lei 14.133/21 calibrou a influência da LC 123/06.

[...]

Pois bem... e como ficam as empresas estatais?

O § 1º do artigo 1º da Lei 14.133/21 diz não serem por ela abrangidas as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, que continuam regidas pela Lei 13.303/16, salvo o disposto no artigo 178, que cuida dos aspectos penais.

Portanto, em tese, a resposta seria simples. Bastaria avaliar o que diz a Lei 13.303/16. E assim, lendo o artigo 28 § 1º da referida Lei das Estatais, **a resposta seria: nada se alterou.**

(grifo nosso)

Assim, as normas específicas que o licitante afirma que teriam deixado de constar no edital não são efetivamente a ele aplicáveis, porque o certame é regido pela Lei Federal nº 13.303/2016, e não pela Lei Federal nº 14.133/2021.

Diante do exposto, conclui-se neste item pela **improcedência** da Representação quanto a este ponto.

2.2. Da “Qualificação Econômico Financeira – Balanço”

Argumentos apresentados pelo Representante (fls. 5/7 da peça 1):

Alega que o edital conteria “exigência de qualificação econômico financeira e patente descompasso com o dispositivo legal, previsto no inciso I, do artigo 69” da Lei Federal nº 14.133/2021 (que afirma ser a lei aplicável ao certame, porque citada em seu preâmbulo, conforme fls. 2/3 da peça 1), porque exige apenas o balanço do último exercício social, enquanto, pela Lei Federal nº 14.133/2021, deveria exigir o dos dois últimos exercícios:

25. Conforme se verifica acima, a exigência de habilitação econômica financeira restringe ao resultado de um exercício social. Contudo, não é desta maneira que dispõe a nova Lei de licitações, senão vejamos.

26. O inciso I, do artigo 69, da Lei 14.133/2021 assim dispõe: 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;

27. Conforme se constata pela letra da Lei, a exigência de comprovação de índices econômicos não deve se restringir a apenas um exercício social, a nova lei inovou ao exigir os últimos dois balanços e demonstrações contábeis a fim de verificar a saúde financeira daqueles que pretendem contratar com os órgãos públicos.

28. A exigência dos números de apenas um exercício social colide frontalmente com a exigência legal, e não pode subsistir, sob pena de tornar nulos todos os atos desde o edital até o contrato firmado.

Análise e conclusão:

Reitera-se que a Lei Federal nº 14.133/2021, conquanto citada no preâmbulo do edital, não é efetivamente a norma de regência do certame. Tratando-se de sociedade de economia mista, o regime aplicável é o da Lei Federal nº 13.303/2016. Isso decorre expressamente de tais diplomas legais, nos termos do art. 1º, §1º, II, da Lei Federal nº 14.133/2021⁵, e do art. 1º da Lei Federal nº 13.303/2016⁶.

Sendo normas de aplicabilidade *ex lege*, a inserção da Lei Federal nº 14.133/2021 no preâmbulo do edital, diferentemente do que sugere o Representante (item 7 da representação, fls. 2/3 da peça 1), não tem o condão de modificá-las. Evidentemente, não é o edital que determina a norma legal que a ele será aplicada (ao contrário, são as próprias normas legais que estabelecem por quais delas reger-se-ão as diferentes espécies de certame licitatório). Nesse sentido, a menção à Lei Federal nº 14.133/2021 no preâmbulo deve ser entendida apenas como indicação de norma a ser aplicada subsidiariamente, em eventual lacuna que venha a ser verificada, ou em casos específicos em que a própria Lei Federal nº 13.303/2016 a ela remete.

No caso da qualificação econômico financeira, tem-se que, para as entidades da administração indireta regidas pela Lei Federal nº 13.303/2016, aplica-se o disposto no art. 58, III dessa Lei,

⁵ § 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.

⁶ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

complementado pelos respectivos regulamentos internos específicos, que são de elaboração obrigatória para as sociedades de economia mista, nos termos do art. 40, IV, da Lei Federal nº 13.303/2016⁷). A Lei Federal nº 13.303/2016 pouco dispôs a respeito de qualificação econômico-financeira, não fazendo nenhuma determinação específica a respeito de determinações contábeis, à diferença da Lei Federal nº 14.133/2021, em que se equivocadamente se baseia o Representante. Referidos detalhes foram delegados para os regulamentos internos.

Assim, para fins do presente edital, a qualificação econômico-financeira deve ser elaborada nos termos do art. 58, III, c/c art. 48 do Regulamento Interno de Licitações, Contratos E Convênios – RILCC da Companhia De Engenharia De Tráfego – CET (doravante denominado apenas RILCC-CET).

Lei Federal nº 13.303/2016:

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

[...]

III - capacidade econômica e financeira;

RILCC-CET:

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;

II – Certidão de Negativa de Falência.

O edital, ao exigir o balanço patrimonial do último exercício social, nesse sentido, foi ao encontro da legislação (primária e secundária) a ele aplicável, nos termos dos arts. 58, III, e 40, IV da Lei Federal nº 13.303/2016 c/c art. 48, I, do RILCC-CET.

Diante do exposto, conclui-se pela **improcedência** deste ponto da Representação.

⁷ Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a: IV - procedimentos de licitação e contratação direta;

Vale ressaltar, não obstante, que apontamentos (de outra natureza) a respeito do presente tópico foram realizados por esta Auditoria no Acompanhamento de Edital encartado sob eTCM 15.479/2024.

2.3. Da “Qualificação Econômico Financeira – Falência”

Argumentos apresentados pelo Representante (fls. 7/8 da peça 1):

Alega que o edital conteria disposições contraditória, vedando a participação de empresas com falência decretada e exigindo certidão negativa de falência, mas, ao mesmo tempo, exigindo, em caso de certidão positiva, certidão de objeto e pé. Afirma ainda que a jurisprudência teria consolidado o entendimento de que é ilícito, em licitações, vedar a participação de empresas em processo de recuperação judicial:

32. Os itens 4.2 e 11.2.2.7 do edital assim dispõe:

“4.2. Estão impedidas de participar, ainda, as empresas:

- a) Reunidas em consórcio, qualquer que seja sua formação.
- b) Cooperativas de mão de obra.
- c) Sob processo de falência.”

...

“11.2.2.7. Apresentar Certidão negativa de falência, em se tratando de sociedade empresária, deverá ser expedida pelo distribuidor do principal estabelecimento da pessoa jurídica.

33. Nos termos dos itens acima colacionados, verifica-se que existe uma clara previsão de vedação da participação de empresas que tiverem sua falência decretada.

34. A vedação tem coerência com a legislação em vigor e com a jurisprudência das cortes de Contas do país que proíbem a participação de empresas que não tenham como honrar suas obrigações contratuais futuras.

[...] Entretanto, não é isso que se observa no texto publicado.

37. Isto porquê, o item 11.2.2.7.1. prevê o seguinte:

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).

38. Ora, se o edital veda corretamente empresas que tenham sua falência decretada de participarem do certame, porque no item imediatamente abaixo preveem exatamente o contrário?

[...]

40. Vejam que a jurisprudência convencionou que empresas em recuperação judicial podem participar de certames públicos, desde que seus planos de soerguimento tenham sido homologados pela justiça.

41. Ademais, constata-se que tal entendimento não possibilita a mera expedição de certidões de objeto e pé que não delimitam o que é exigido ou o desejado. Tal imprudência, pode levar a contratação de empresa que não cumprirá com suas obrigações e certamente trará prejuízo ao erário.

Análise preliminar:

É importante, primeiro, que se diferencie o entendimento jurisprudencial firmado a respeito de empresas em recuperação judicial, do caso de empresas em processo de falência. Enquanto há entendimento do STJ (baseado na Lei Federal nº 8.666/1993) a respeito da impossibilidade de vedar empresas em recuperação judicial, não há entendimento de mesma natureza a respeito de empresas em processo de falência.

A esse respeito, é claro e didático o voto do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, do TCE-MG, no âmbito do Acórdão proferido no Processo 1076985 – Denúncia, da Segunda Câmara, de 10.11.2022⁸:

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou entendimento segundo o qual não é possível exigir certidão negativa de recuperação judicial entre os documentos de qualificação econômico-financeira dos licitantes, pois não seria possível interpretar-se extensivamente o art. 31, II, da Lei nº 8.666/93, que continua a mencionar apenas a concordata. Além disso, entendeu que permitir a participação de empresa em recuperação judicial se coaduna com a finalidade da Lei nº 11.101/05 de promover a função social da empresa e da atividade econômica.

Note-se que **o raciocínio desenvolvido pelo STJ condena a restrição do edital à participação de empresas em processo de recuperação judicial ou extrajudicial**, pois não autorizada expressamente no art. 31, II, da Lei nº 8.666/93. **Não há irregularidade, assim, na vedação à participação de empresas em processo de falência.**

⁸ <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/BaixarArquivoArq?arquivo=2961847>. Acesso em 30.08.2024.

(TCE-MG, Processo 1076985 – Denúncia, da Segunda Câmara, de 10.11.2022, Relator Cláudio Couto Terrão, grifo nosso)

No caso do presente certame, constata-se que a vedação que é feita é especificamente para empresas em processo de falência, nada se falando a respeito de empresas em recuperação judicial, diferentemente do que sugere o Representante.

Além disso, é importante que se diferencie, novamente, o âmbito de aplicação da Lei Federal nº 8.666/1993 (ou 14.133/2021) e o âmbito de aplicação da Lei Federal nº 13.303/2016. No caso das sociedades de economia mista, nesse sentido, o tema é regido pelos arts. 58, III, e 40, IV da Lei Federal nº 13.303/2016 c/c art. 48, II, do RILCC-CET.

Lei Federal nº 13.303/2016:

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

[...]

III - capacidade econômica e financeira;

RILCC-CET:

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

[...]

II – Certidão de Negativa de Falência.

O edital, assim, está de acordo com a legislação aplicável (primária e secundária) no que toca à vedação de participação de empresas em processo de falência e à exigência de certidão negativa de falência, sendo a Representação **improcedente** quanto a este ponto.

No entanto, observa-se assistir razão ao Representante quando afirma ser incompreensível e contraditória a exigência contida no item 11.2.2.7.1 do edital:

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).

Com efeito, se há vedação à participação de empresas *em processo* de falência, não se vislumbra qual seria a necessidade do esclarecimento do estado (objeto e pé) deste processo.

Isso porque, estando a empresa em processo de falência, está vedada sua participação, por força do item 4.2 do edital. O item 11.2.2.7.1, no entanto, pode sugerir entendimento contrário, indicando que em determinados casos (em nenhum momento delineados ou objetivamente fixados no edital), empresas com certidão positiva de falência poderiam ser eventualmente consideradas habilitadas.

Assim, trata-se de exigência aparentemente contraditória, que pode prejudicar o adequado desenvolvimento do processo de habilitação de empresas no certame, porque joga dúvidas sobre a vedação da participação de empresas em processo de falência.

Do exposto, a Representação, quanto a este ponto, é **parcialmente procedente**, apenas no que se refere ao teor contraditório do item 11.2.2.7.1 do edital.

Manifestação prévia da CET (peça 34, fl. 3)

Afirma:

Nota-se que o Edital veda a participação de empresas em processo de falência, não em recuperação judicial.

A recuperação judicial e a falência são institutos distintos, eis que enquanto a recuperação judicial visa manter a empresa no mercado por meio de acordos judiciais de pagamento de dívidas, a falência é decretada pela justiça quando a empresa realmente não tem mais condições financeiras de permanecer atuando.

Dito isso, a solicitação de certidão de objeto e pé é justamente para saber a situação exata de eventual ação; se foi decretada a falência ou se há homologação de recuperação judicial, sendo certo que, em havendo recuperação judicial homologada em juízo e com plano de pagamento, a empresa poderá participar do certame.

Conclui, informando ter realizado alteração para ampliar o esclarecimento:

Desta forma, temos que a divergência apontada é apenas aparente, sendo necessário exigir os documentos citados para a correta aferição, nos termos do edital. Para fins de esclarecimento, complementamos o item 11.2.2.7.1 para trazer maior explicação sobre o assunto.

Referida alteração consta juntada à peça 35 (fl. 15 da peça 35)

Análise Conclusiva:

Assente-se, primeiramente, no que se refere ao fato de que a vedação de participação em editais de licitação se aplica apenas à falência, e não à recuperação judicial, que houve expressa afirmação a esse respeito por esta Auditoria no âmbito do Relatório Preliminar de Representação, motivo pelo qual, inclusive, foi considerada improcedente a primeira parte da manifestação do Representante.

No que toca, no entanto, à exigência do item 11.2.2.7.1, tem-se que, diferentemente do sugerido pela CET, a cláusula editalícia dava a entender que se referia apenas à falência, o que se pode se concluir da observação da parte do edital em que inserida (tratando-se do item 11.2.2.7.1, à míngua qualquer outra ressalva ou explicação, estaria qualificando apenas o item 11.2.2.7, que trata especificamente de certidão negativa de falência). Assim, no mérito, mantém-se o entendimento afirmado anteriormente.

Em prosseguimento, no edital republicado, foi proposta pela CET emenda ao texto original, que, avalia-se, esclarece, aos licitantes, o alcance e a finalidade da exigência em questão:

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) que a Licitante possa ter, ou seja, se já foi decretada a falência ou se há o processo de Recuperação Judicial, sendo que nesse último caso a Licitante poderá participar do Certame. (fl. 15 da peça 35)

Como se nota, com a modificação, passaria a ser expresso que a finalidade da exigência em questão é a verificação de eventual situação de recuperação judicial, sem que se possa interpretar que se referiria de qualquer forma a situações de falência. Assim, considera-se que a irregularidade anteriormente apontada no edital pode ser superada com essa alteração no certame proposta pela CET, caso confirmada.

Em suma: i) mantém-se, no mérito, a conclusão pela **parcial procedência** do argumento trazido pelo Representante, em face da redação original do edital; ii) avalia-se ser possível superar referida conclusão em função das alterações que a Administração indica que fará na cláusula impugnada, caso efetivamente realizadas.

2.4. Da “Qualificação Técnico Operacional”

Argumentos apresentados pelo Representante (fls. 8/9 da peça 1):

Insurge-se contra a exigência prevista no item 11.2.4.4 do edital, que trata do Índice de Desempenho da Saúde Suplementar - IDSS, afirmando que o artigo 67 da Lei Federal nº 14.133/2021 (que afirma ser a lei aplicável ao certame, porque citada em seu preâmbulo, conforme fls. 2/3 da peça 1) é taxativo e não prevê esse tipo de exigência:

44. Ocorre, que as empresas operadoras de planos de saúde que estejam em direção fiscal ou técnica, não possuem tais índices divulgados pela ANS, nos termos do artigo 23, inciso I da RN 505/2022, o qual assim dispõe: Art. 23. Não será divulgado o IDSS da operadora que, no momento da publicação do referido resultado, se encontrar em uma das seguintes situações: I - em regime especial de direção fiscal; II - em regime de direção técnica; ou III - em processo de cancelamento do registro da operadora.

45. O Regime Especial de Direção Fiscal e Técnica ocorre quando uma operadora de saúde suplementar fica sob acompanhamento especial da ANS, mas não se encontra impedida de operar, ou seja, o resultado desta avaliação, traduzida por meio do índice IDSS, não tem como objetivo de comprovar a capacidade técnica ou econômica da futura contratada na execução do contrato.

46. Ademais, a exigência se demonstra ilegal, na medida que afasta da disputa possíveis interessadas, pois empresas que já completaram um ano de existência, e que comprovem que tenham capacidade jurídica, fiscal, econômico financeira e principalmente técnica, por meio de atestados que atendem as quantidades mínimas exigidas no certame, igualmente estarão alijadas da disputa, visto que a nota de IDSS demora até dois anos para serem publicadas pela ANS - <https://www.gov.br/ans/ptbr/assuntos/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/qualificacao-ans>.

47. Portanto, há que se observar que a exigência de IDSS para habilitação técnica, contraria os princípios da legalidade, isonomia e da competitividade, pois se até empresas em recuperação judicial podem participar de licitações, por quê impedir uma empresa operadora de plano de saúde, que se encontra em direção fiscal ou técnica junto a ANS, ou pior, que ainda não tenha seu índice divulgado por esta última?

48. Neste sentido, temos que o art. 67, da Lei 14.133/2021, é taxativo em relacionar a documentação necessária para comprovação técnica operacional de uma licitante, não havendo qualquer menção a exigência aqui combatida, demonstrando, assim, ser excessiva, motivo pelo qual deverá tal exigência ser expurgada do edital.

Análise e conclusão:

Reitera-se que a Lei Federal nº 14.133/2021, conquanto citada no preâmbulo do edital, não é efetivamente a norma de regência do certame. Tratando-se de sociedade de economia mista, o regime aplicável é o da Lei Federal nº 13.303/2016. Isso decorre expressamente de tais

diplomas legais, nos termos do art. 1º, §1º, II, da Lei Federal nº 14.133/2021⁹, e do art. 1º da Lei Federal nº 13.303/2016¹⁰.

Sendo normas de aplicabilidade *ex lege*, a inserção da Lei Federal nº 14.133/2021 no preâmbulo do edital, diferentemente do que sugere o Representante (item 7 da representação, fls. 2/3 da peça 1), não tem o condão de modificá-las. Evidentemente, não é o edital que determina a norma legal que a ele será aplicada (ao contrário, são as próprias normas legais que estabelecem por quais delas reger-se-ão as diferentes espécies de certame licitatório). Nesse sentido, a menção à Lei Federal nº 14.133/2021 no preâmbulo deve ser entendida apenas como indicação de norma a ser aplicada subsidiariamente, em eventual lacuna que venha a ser verificada, ou em casos específicos em que a própria Lei Federal nº 13.303/2016 a ela remete.

Assim, o art. 67 da Lei Federal nº 14.133/2021, em que se baseia o Representante, não é aplicável ao presente certame.

Além disso, a princípio, entende-se que se trata, no caso, de um indicador objetivo relacionado à garantia do cumprimento do serviço em um determinado patamar de qualidade, por se tratar de índice oficial divulgado por autarquia federal especializada¹¹. O Representante não indicou haver vedações específicas na legislação a tal respeito (especialmente porque se baseou apenas em um artigo legal não aplicável ao caso).

Nesse sentido, constata-se haver decisão judicial no âmbito do TJ-SP que entende ser cabível a exigência de IDSS em contratações da espécie, da qual se cita excerto:

A exigência do IDSS Índice de Desempenho de Saúde Suplementar que antes era previsto na RN n. 423/17 e, agora, está na RN n. 505/22, ambas da ANS, constitui um critério objetivo em termos de comprovação da qualificação a ser exigida do licitante, visando conferir segurança à idoneidade do futuro contratado.

⁹ § 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.

¹⁰ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

¹¹ <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/qualificacao-ans>. Acesso em 30.08.2024.

Não se trata de requisito abusivo e/ou ilegal, visto que o Poder Público, dentro da sua discricionariedade técnica, pode exigir que os licitantes apresentem documentos suficientes a demonstrar a plena capacidade de prestar os serviços objeto da contratação, com segurança e de forma contínua.

Corresponde, em verdade, à exigência de requisito que se encontra em consonância com o disposto no inciso II, do art. 30, da Lei nº 8.666/93, que permite ao Poder Público exigir do licitante, para fins de comprovação da respectiva qualificação técnica, a comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

[...]

Sob esse prisma, não há razão para impedir que a Administração Pública, à exemplo dos consumidores em geral, usufrua dos mesmos recursos que são disponibilizados a todos os potenciais usuários e que permitem uma escolha segura para contratação dos serviços na área de saúde, estabelecendo um status mínimo do que se espera da prestadora em prol dos usuários - servidores e dependentes.

Ademais, a experiência tem demonstrado que se trata de um campo onde os contratantes devem agir com cautela, pois a prestação de serviços de forma inadequada, tende a gerar prejuízos de difícil reparação que, inclusive, são ampliados, em extensão, no caso de um plano coletivo – além da judicialização de questões que envolvam sensíveis e complexos tratamentos de saúde.

Logo, não houve ofensa à isonomia ou ao caráter competitivo do certame, pois a exigência da documentação em questão se afigura razoável à luz do objeto do edital, atendendo, assim, o interesse público-coletivo e a impetrante, por sua vez, não possui condições de apresentá-lo por circunstâncias temporárias e subjetivas não houve um direcionamento para excluí-la do certame.

Diante de todo o exposto, concluindo pela inexistência de abuso ou ilegalidade, DENEGO a segurança.

(TJ-SP, Mandado de Segurança Cível – Licitações, Juiz de Direito: Fernando Leonardi Campanella, Processo Digital nº: 1049034-59.2023.8.26.0053, DJE: 11/10/2023, publicação 16/10/2023).

Vale ressaltar que há também jurisprudência do TCE-SP no sentido de admitir a exigência do IDSS como indicador exigível de qualidade em certames, conforme processos TC-010301.989.21-6 e TC-010786.989.23-6.

Ressalta-se que, em tais julgados do TCE-SP, houve entendimento de que determinados valores de índice do IDSS (acima de determinado valor mínimo) poderiam ser excessivamente restritivos. No entanto, não tendo havido argumentação do Representante especificamente

quando ao valor do índice exigido¹², descabe digressão a esse respeito em sede do presente Relatório Preliminar de Representação, por força do art. 55, III, do Regimento Interno desta E. Corte¹³ (RITCMSP), e do princípio da congruência, nos termos da determinação proferida na 2.922ª Sessão Ordinária deste Tribunal¹⁴. Não se realiza aqui, nesse sentido, análise específica a respeito do valor específico do IDSS exigido no certame.

Do exposto, entende-se que a Representação, nesse ponto, é **improcedente**.

2.5. Da “Rede de Atendimento”

Argumentos apresentados pelo Representante (fls. 9/13 da peça 1):

Afirma que a exigência do item 9.4 do edital (lista de hospitais e laboratórios a serem fornecidos) seria “restritiva em certo ponto, pois determina locais pré-determinados de atendimento e após, flexibiliza-os sem qualquer tipo de objetividade, o que dê certo colocará em risco o atendimento da população da contratante”

51. O edital, impropriamente, e sem justificativa ou motivação, enumera uma série de hospitais e laboratórios que deverão compor a rede de atendimento da futura contratada. Entretanto, tal lista não se justifica, vez que vários outros hospitais de renome na cidade de São Paulo não a compõe, como por exemplo: Hospital Israelita Albert Einstein; Hospital Sírio Libanês ou até mesmo o Hospital de referência para atendimento pediátrico como o Hospital Sabará.

52. A exigência do item 9.4, prevê a necessidade de atendimento de 83% da lista dos hospitais para o plano básico – 25 de 30 hospitais, 83% da lista dos laboratórios, igualmente para o plano básico - exige 13 de 16 laboratórios enumerados, e 75% dos hospitais do plano superior - exige 9 de 12 enumerados.

53. Pergunta-se quem redigiu esta lista de hospitais? Como se motivou a escolha destes nomes em detrimento de outros? É claro e patente que tais listas deveriam ser muito mais amplas e exigir no máximo 50% delas, sob pena de cerceamento da disputa.

¹² O Representante, inclusive, cita valor que não é o que efetivamente consta no edital, à fl. 8 da Representação (peça 1).

¹³ Art. 55 - A representação ou denúncia sobre matérias de competência do Tribunal deverá preencher os seguintes requisitos:

III - estar acompanhada de documentos que constituam prova ou indícios relativos ao fato denunciado ou à existência de ilegalidade ou irregularidade;

¹⁴ “ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a cientificação do presente Acórdão à Secretaria Geral, à Assessoria Jurídica de Controle Externo e à Secretaria de Fiscalização e Controle deste Tribunal, a fim de que se atenham à abrangência do objeto no curso da instrução processual, em observância ao princípio da adstrição, previsto expressamente no artigo 492 do Novo Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária no âmbito desta Corte de Contas, cujo teor é o que segue: ‘Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado’”.

54. Aqui existe um claro direcionamento para empresas que tem redes próprias de saúde em detrimento de outras empresas do setor, nos explicamos.

[...]

55. Após enumerar, repisa-se, sem qualquer justificativa/motivação uma lista de restritiva de hospitais e laboratórios, esquecendo mais da metade dos hospitais e laboratórios na cidade de São Paulo, o edital prevê que os hospitais acima poderão ser substituídos por hospitais “equivalentes” sem determinar qual o critério de equivalência a ser considerado.

[...]

56. E pior, caso não tenha um hospital “equivalente” pode a licitante oferecer qualquer outro de sua rede própria, mesmo que não preencha requisitos mínimos de atendimento ou qualidade.

57. O critério de equivalência não pode ser vago e deixado a cargo da discricionariedade do agente público no momento do julgamento da proposta, vez que este é critério de desclassificação da empresa licitante.

58. Ademais, não pode um texto editalício prever que somente serão aceitos a substituição por hospitais próprios, sem qualquer critério de equivalência, tais como: número de leitos, pronto atendimento adulto e infantil, quantidade de especialidades, UTI adulto e pediátrico, realização de exames, maternidade, etc., ou seja, aquela empresa que não detenha rede própria, pode ser desclassificada por entregar rede de atendimento a menor do que aquela exigida, e não ser aceita a substituição solicitada por não haver critérios objetivos de equivalência. 59. Ademais, temos que a exigência de contratação de hospitais pré-definidos no edital, nos permite afirmar que esta possui não só condão de afastar, de forma injustificada, eventuais interessados no certame, mas também de direcioná-lo à prestadores de serviços específicos, o que é vedado pelo art. 5º, da Lei 14.133/2021.

60. Ou seja, não há justificativa, sendo certo que a predileção pelos hospitais exigidos no edital, conforme já relatado, demonstram inegável restrição a competitividade, além de indicar o direcionamento da licitação à prestadores de serviços específicos, o que, REPITA-SE, é vedado pela lei.

61. Diante de tais motivos, temos que os itens acima combatidos deverão ser revistos, para excluir a exigência de contratação dos hospitais e laboratórios específicos sem que haja fundamentação técnica para tanto, bem como prever, caso necessário, quais serão os critérios de equivalência que serão aceitos para a indicação de rede para atendimento do serviço a ser contratado.

Análise preliminar:

Primeiramente, com relação à fundamentação para a lista de hospitais escolhidos (motivação dos atos administrativos), tem-se que não é matéria a ser exposta no edital, por ser pertinente

à fase interna do certame (art. 51, I, da Lei Federal nº 13.303/2016). A tal respeito, o Representante não trouxe elementos específicos que indiquem irrazoabilidade ou motivação inadequada da lista elencada no edital, nos termos do que seria exigível por força do art. 55, III, do RITCMSP¹⁵.

No entanto, assiste razão ao Representante quanto ao segundo ponto levantado: denota-se que, ao final do item 9.4 do Termo de Referência, há regra excessivamente genérica e, adicionalmente, com redação confusa, que impede a adequada fixação, em termos objetivos, dos níveis de serviço mínimos a serem prestados pelas empresas contratadas, de forma a prejudicar tanto a eventual prestação do serviço como a adequada formulação de propostas no âmbito do certame, além do julgamento objetivo das propostas apresentadas.

Com efeito, após apresentar lista fixa de hospitais e laboratórios a serem atendidos (lista de 30 hospitais, dos quais devem ser atendidos ao menos 25, e lista de 16 laboratórios, dos quais devem ser atendidos ao menos 13), o edital apresenta uma regra de flexibilização desacompanhada de critérios objetivos que instrumentalizem sua aplicação:

No município de São Paulo, este plano deve incluir, pelo menos, 25 (vinte e cinco) hospitais com pronto socorro dos 30 (trinta) a seguir relacionados e, dentre esses, obrigatoriamente, deverão estar incluídas 02 (duas) maternidades:

[...]

No município de São Paulo, este plano deve incluir, pelo menos, 13 (treze) laboratórios/imagem dos 16 (dezesesseis) a seguir relacionados:

[...]

Fica admitida a possibilidade de substituição dos hospitais ou laboratórios especificados acima por outros equivalentes ou pertencentes a rede própria da CONTRATADA. (fl. 29 da peça 09)

À míngua de quaisquer outras especificações a respeito, faltam critérios que definam a referida equivalência, como apontado pelo Representante, maculando-se o caráter objetivo do certame.

¹⁵ Art. 55 - A representação ou denúncia sobre matérias de competência do Tribunal deverá preencher os seguintes requisitos:
III - estar acompanhada de documentos que constituam prova ou indícios relativos ao fato denunciado ou à existência de ilegalidade ou irregularidade;

Parece contraditório, de fato, estabelecer uma lista específica de hospitais e laboratórios a serem atendidos, para logo depois flexibilizar, sem critérios objetivos previamente definidos, o cumprimento de referida lista.

Com relação aos hospitais da rede própria, é razoável que a compreensão a ser extraída da norma editalícia é a de que também devam ser equivalentes aos listados, conquanto a redação do edital de fato permita, em leitura literal descontextualizada, a interpretação sugerida pelo Representante (de que “qualquer” hospital ou laboratório, desde que próprio, poderia substituir os contidos na lista). No entanto, analogamente, também faltam critérios que estabeleçam e o que seria tido como aceitável para fins de averiguar a “equivalência” exigida (para hospitais e laboratórios em geral, sejam próprios ou não).

Diante de tais deficiências: i) prejudica-se a definição do objeto sob parâmetros objetivos, em violação ao 32, IV, da Lei Federal nº 13.303/2016, porque o rol de hospitais e laboratórios fornecido por cada licitante poderá variar em relação à lista prevista no edital e ainda deixar de ser comparável ao apresentado pelos demais licitantes; ii) prejudica-se o julgamento objetivo das propostas, por restarem ausentes critérios pré-definidos no edital que embasem a avaliação de eventual equivalência entre as diferentes propostas apresentadas e objeto do edital, em violação ao art. 31 da Lei Federal nº 13.303/2016:

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade **e do julgamento objetivo.**

Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

IV - adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser **objetivamente definidos pelo edital**, por meio de especificações usuais no mercado;

Do exposto, a Representação, nesse ponto, é **parcialmente procedente**, sendo procedente 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, em violação ao art. 31 e ao art. 32, IV, da Lei Federal nº 13.303/2016.

Manifestação prévia da CET (peça 34, fls. 3/4)

Apenas comunica proposta de alteração no edital:

Consultada a Superintendência de Recursos Humanos – SRH, foi proposta a inserção do item 9.4.1 no TR que estabelece os critérios de equivalência reclamados na Representação. Atualizamos também a RN constante no item 8.5 do Termo de Referência, a pedido da SRH.

As alterações mencionadas constam às fls. 27 e 31/32 da peça 35.

No mérito, não apresenta impugnações ou manifestações.

Análise Conclusiva:

Constata-se que não houve manifestação ou impugnação do mérito desenvolvido por esta Auditoria no Relatório Preliminar, mas apenas indicação de alteração do edital.

Assim, no mérito, mantém-se a conclusão alcançada no Relatório Preliminar, cabendo avaliar, ao ensejo, se a alteração indicada pela CET poderia permitir, caso confirmada, a superação dessa conclusão.

Verifica-se que essa proposta de alteração no certame contempla mudança no entendimento anteriormente extraível do item 9.4 do Termo de Referência, já que: i) passa a definir a possibilidade de substituição de hospitais/laboratórios, estabelecendo critérios para avaliação da equivalência entre as unidades substituída/substituta; ii) indica o entendimento de que a substituição de hospitais a que se refere o item é possível apenas durante a execução contratual, e não no âmbito da própria licitação. Confira-se:

Redação original do edital (após a lista de hospitais e laboratórios exigidos):
“Fica admitida a possibilidade de substituição dos hospitais ou laboratórios

especificados acima por outros equivalentes ou pertencentes a rede própria da CONTRATADA” (fl. 29 da peça 29).

Redação proposta (após a lista de hospitais e laboratórios exigidos): 9.4.1. Fica admitida a possibilidade de substituição dos hospitais ou laboratórios especificados acima por outros equivalentes ou pertencentes a rede própria da CONTRATADA. 9.4.1.1. A equivalência de entidades hospitalares para fins de substituição, em atendimento ao artigo 17 da Lei nº 9.656, de 1998, será realizada a partir da comparação dos serviços hospitalares e do atendimento de urgência e emergência, utilizados nos últimos 12 (doze) meses no prestador a ser substituído, pelos beneficiários dos produtos a serem alterados. 9.4.1.2. Será considerada a utilização em cada uma das seguintes categorias de serviços hospitalares: Internação Psiquiátrica, Internação Obstétrica, Internação Pediátrica, Internação Clínica, Internação Cirúrgica, Internação em UTI Neonatal, Internação em UTI Pediátrica, Internação em UTI Adulto, Atendimento de Urgência e Emergência Adulto e Atendimento de Urgência e Emergência Pediátrico. 9.4.1.3. As categorias de serviços em que forem observadas utilização deverão ser substituídas. 9.4.1.4. Para a substituição serão considerados: a) será realizada com base nos dados do Padrão de Troca de Informações da Saúde Suplementar (TISS) enviados pelas operadoras à ANS. b) A utilização de serviços de saúde nas categorias descritas será realizada com base nos dados do Padrão de Troca de Informações da Saúde Suplementar(TISS) enviados pelas operadoras à ANS. c) O prestador substituto deverá estar localizado no mesmo município da entidade hospitalar a ser excluída. c.I - em caso de indisponibilidade ou inexistência de prestador no mesmo município, deverá ser indicado prestador em município limítrofe a este; c.II - em caso de indisponibilidade ou inexistência de prestador nos municípios limítrofes, deverá ser indicado prestador na Região de Saúde à qual faz parte o município. d) Caso o prestador a ser excluído possua um dos seguintes atributos de qualificação, ordenados de acordo com a seguinte hierarquia: Acreditação segundo critérios estabelecidos pelo Programa de Qualificação dos Prestadores de Serviços na Saúde Suplementar (Qualiss); (ii) Outras Certificações, com reconhecimento pela International Society for Quality in Health Care (ISQua); ou (iii) Segurança do Paciente, a substituição deste prestador deverá ser feita por outro prestador que possua atributo de qualificação do mesmo nível ou superior, considerando a hierarquia apresentada. d.I - Na impossibilidade de contratação de prestador substituto com atributo de qualificação do mesmo nível ou superior, deverá ser indicado prestador com atributo de qualificação inferior, respeitando-se a hierarquização apresentada. d.II - Na impossibilidade de contratação de prestador substituto com atributo de qualificação inferior, respeitando a hierarquização apresentada, a operadora poderá indicar prestador de serviço sem atributo de qualificação. e) As alternativas de localidade para o prestador substituto, nos casos de indisponibilidade ou inexistência de prestador no mesmo município do estabelecimento a ser excluído, será possibilitada a contratação de outro(s) prestador(es), hospitalares ou não-hospitalares, de forma complementar, para fins de substituição de serviços hospitalares que não constem no prestador substituto.

Como se vê, passaram a ser previstos diversos critérios para a aferição da equivalência, que incluem a especificação da necessidade de substituição nas categorias em que for observada

utilização nos últimos 12 meses no prestador substituído, a utilização de dados do Padrão de Troca de Informações da Saúde Suplementar (TISS) enviados pelas operadoras à ANS, a expressa remissão à legislação de referência, além de exigências de localidade e de certificação.

Além disso, passou a ser extraível o entendimento de que essa substituição a que se refere o termo de referência será possível somente após a realização do procedimento licitatório (durante a execução contratual), porque estabelece critérios de substituição que preveem utilização prévia do prestador substituído pelos beneficiários, e que remetem à legislação de referência para substituição de prestadores já incluídos em planos como contratados, referenciados ou credenciados (art. 17 da Lei Federal nº 9.656/1998¹⁶). Nesse sentido, compreende-se de que, por ocasião do certame, a proposta dos licitantes deverá contemplar lista mínima de hospitais e laboratórios à forma do especificado no item 9.4.a) do Termo de Referência, sendo possível eventual substituição apenas posteriormente, não havendo possibilidade de avaliação de substituição de hospitais/laboratórios por ocasião do julgamento das propostas (fls. 28/29 da peça 35).

Do exposto, entende-se que, se efetivamente realizadas as alterações propostas pela Administração, pode ser superada a irregularidade verificada no relatório preliminar, já que passaram a ser previstos critérios específicos e previamente definidos para avaliação de

¹⁶ Art. 17. A inclusão de qualquer prestador de serviço de saúde como contratado, referenciado ou credenciado dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei implica compromisso com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos, permitindo-se sua substituição, desde que seja por outro prestador equivalente e mediante comunicação aos consumidores com 30 (trinta) dias de antecedência. [\(Redação dada pela Lei nº 13.003, de 2014\)](#) § 1º É facultada a substituição de entidade hospitalar, a que se refere o caput deste artigo, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores e à ANS com trinta dias de antecedência, ressalvados desse prazo mínimo os casos decorrentes de rescisão por fraude ou infração das normas sanitárias e fiscais em vigor. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#) § 2º Na hipótese de a substituição do estabelecimento hospitalar a que se refere o § 1º ocorrer por vontade da operadora durante período de internação do consumidor, o estabelecimento obriga-se a manter a internação e a operadora, a pagar as despesas até a alta hospitalar, a critério médico, na forma do contrato. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#) § 3º Excetua-se do previsto no § 2º os casos de substituição do estabelecimento hospitalar por infração às normas sanitárias em vigor, durante período de internação, quando a operadora arcará com a responsabilidade pela transferência imediata para outro estabelecimento equivalente, garantindo a continuação da assistência, sem ônus adicional para o consumidor. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#) § 4º Em caso de redimensionamento da rede hospitalar por redução, as empresas deverão solicitar à ANS autorização expressa para tanto, informando: [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#) I - nome da entidade a ser excluída; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#) II - capacidade operacional a ser reduzida com a exclusão; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#) III - impacto sobre a massa assistida, a partir de parâmetros definidos pela ANS, correlacionando a necessidade de leitos e a capacidade operacional restante; e [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#) IV - justificativa para a decisão, observando a obrigatoriedade de manter cobertura com padrões de qualidade equivalente e sem ônus adicional para o consumidor. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

equivalência no âmbito de eventual substituição dos hospitais exigidos nos moldes do item 9.4.a) do Termo de Referência.

Em suma: i) mantém-se, no mérito, a conclusão pela **parcial procedência** do argumento trazido pelo Representante, em face da redação original do edital; ii) avalia-se ser possível superar referida conclusão em função das alterações que a Administração indica que fará na cláusula impugnada, caso efetivamente realizadas.

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

Argumentos apresentados pelo Representante (fls. 14/17 da peça 1):

Insurge-se contra a exigência prevista no item 9.5.1 do edital, que estabelece a possibilidade de que a CET venha a exigir da contratada benefícios aos funcionários eventualmente desligados, superiores àqueles mínimos exigidos na regulação de referência, afirmando haver em tal item violação ao princípio da legalidade e ao julgamento objetivo do certame.

62. Verifica-se ainda, que o edital em tela prevê ainda mais uma ilegalidade que deverá ser corrigida, a fim de que tal exigência não conflite com os princípios esculpidos no artigo 5º, da Lei 14.133/2021 e no artigo 37 da CF.

63. O item 9.5.1 do edital prevê o seguinte: 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.

64. O edital aqui inova expressamente além da previsão legal. A ilegalidade é patente, pois possibilita, por simples deliberação do órgão contratante, que este estenda a validade da contratação por prazos não previstos na legislação vigente ou em resoluções normativas da ANS.

65. Nunca é demais lembrar que os entes públicos somente podem fazer aquilo que a lei determina - princípio da legalidade, vedado qualquer outro tipo de ação, mesmo que supostamente se invoque o interesse público. A previsão legal prévia para delimitar a ação do Estado é premissa pétrea, que não pode ser alterada ao bel prazer dos interesses de um particular.

66. O texto acima está eivado de subjetividade que não pode subsistir em um texto público. Verifica-se, que a exigência condiciona a possibilidade de extrapolar a lei ou normativas da ANS mediante uma análise de “vantajosidade”. Entretanto, não se qualifica como será avaliada tal “vantajosidade”

67. Pergunta-se: quem é o destinatário da “vantajosidade”, o órgão licitante, ou os beneficiários do serviço, e mais, quais seriam os critérios de análise: a) preço? b) melhor rede de atendimento? c) condições de atendimento dos beneficiários? 68. Ou seja, como se não bastasse a afronta ao princípio da legalidade, verifica-se uma clara afronta do princípio do julgamento objetivo do certame, que não pode ser aceito.

Afirma ainda que a CET estaria descumprindo o Acordo Coletivo da categoria.

76. Conforme se extrai da reclamação trabalhista acima informada, constata-se erro de natureza legal cometido pela CET que não cumpriu requisito formal e previsto em acordo coletivo de trabalho que pode macular todo o processo administrativo de contratação dos serviços ora licitados.

77. A análise deste critério de legalidade, não pode ser ignorado na esfera administrativa, devendo todos os atos serem sustados, a fim de que não se criem expectativas e direitos que deverão ser indenizados pelo erário na hipótese de serem confirmados.

Análise e conclusão:

Reitera-se que a Lei Federal nº 14.133/2021, conquanto citada no preâmbulo do edital, não é efetivamente a norma de regência do certame. Tratando-se de sociedade de economia mista, o regime aplicável é o da Lei Federal nº 13.303/2016. Isso decorre expressamente de tais diplomas legais, nos termos do art. 1º, §1º, II, da Lei Federal nº 14.133/2021¹⁷, e do art. 1º da Lei Federal nº 13.303/2016¹⁸.

Sendo normas de aplicabilidade *ex lege*, a inserção da Lei Federal nº 14.133/2021 no preâmbulo do edital, diferentemente do que sugere o Representante (item 7 da representação, fls. 2/3 da peça 1), não tem o condão de modificá-las. Evidentemente, não é o edital que determina a norma legal que a ele será aplicada (ao contrário, são as próprias normas legais que estabelecem por quais delas reger-se-ão as diferentes espécies de certame licitatório). Nesse sentido, a menção à Lei Federal nº 14.133/2021 no preâmbulo deve ser entendida apenas como indicação de norma a ser aplicada subsidiariamente, em eventual lacuna que

¹⁷ § 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.

¹⁸ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

venha a ser verificada, ou em casos específicos em que a própria Lei Federal nº 13.303/2016 a ela remete.

Assim, o art. 5º da Lei Federal nº 14.133/2021, citado pelo Representante, não se aplica ao presente certame.

Com relação ao item 9.5.1 do Termo de Referência, observa-se que se trata de fixação de permissivo abstrato, no próprio contrato, para que a prestação do serviço possa se ajustar a necessidades eventualmente decorrentes de possíveis mudanças no Acordo Coletivo ou nas regulações aplicáveis. No caso, tem-se que ainda não se sabe se essas possíveis mudanças aventadas no item 9.5.1 do contrato de fato ocorrerão, ou em que grau se darão, tratando-se de eventos incertos, previstos em abstrato. A tal respeito, a princípio, tem-se que, havendo concordância de ambas as partes, é legalmente possível que se faça eventual alteração do contrato para adequação a condições cambiantes e ainda imprevisíveis de prestação do serviço, nos termos do art. 81 da Lei Federal nº 13.303/2016, regulamentado pelo art. 147, §1º, do RILCC-CET¹⁹, desde que respeitados os limites do 149 do RILCC-CET²⁰. O que se entende que o item 9.5.1 faz, nesse sentido, é deixar clara e preestabelecida uma possível causa de modificação contratual, sedimentando a concordância das partes a seu respeito (unilateralmente, não seria possível impor tal mudança, nos termos da Lei Federal nº 13.303/2016). A mera previsão geral de um evento apto a dar causa a alteração do contrato, portanto, tal como feita no item 9.5.1, não representa, em si, violação ao princípio da legalidade. A simples previsão de hipótese em abstrato, além disso, não implica necessária subjetividade. Ressalta-se que, sendo ainda desconhecidas e meramente cogitadas as mudanças aventadas em respectivo item 9.5.1, tem-se que, aprioristicamente, não é possível afirmar haver violação

¹⁹ § 1º A alteração qualitativa do objeto poderá ocorrer quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos objetivos da CET.

²⁰ Art. 149 As alterações qualitativas deverão ser precedidas de despacho autorizador fundamentado, circunstanciado e específico da Autoridade Competente, esclarecendo os motivos da alteração, desde que observadas as seguintes condições: I – não acarrete para a CET encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse da Companhia, acrescidos aos custos da instauração de um novo processo licitatório; II – não inviabilize a execução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico–financeira da contratada; III – decorra de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; IV – não ocasione a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; V – seja necessária à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; VI – demonstre, na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual, que as consequências de uma rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação, importam em gravame para a CET.

aos limites estabelecidos no art. 149 do RILCC-CET, o que só se poderia avaliar casuisticamente, a depender das circunstâncias verificadas.

Por outro lado, com relação ao outro ponto arguido pelo Representante (suposto descumprimento do Acordo Coletivo pela CET), tem-se que não foram trazidos elementos aptos a serem avaliados em sede da presente Representação. Com efeito, o próprio Representante esclarece que a matéria já é objeto de processo na seara judicial trabalhista:

[...] em ação recente distribuída no TRT da 2ª Região, que o Sindicato dos Trabalhadores no Sistema de Operação, Sinalização, Fiscalização, Manutenção, e Planejamento Viário e Urbano do Estado de São Paulo também questionou a legalidade do edital em epígrafe.

72. Verifica-se no texto da petição inicial, protocolizada do TRT 2º Região - n.º 1014188-62.2024.5.02.0000, que o Sindicato questiona a quebra da convenção coletiva por parte da CET.

A evidência trazida pelo Representante, além disso, é essencialmente apenas a própria existência do processo trabalhista em questão (não foram trazidas outras evidências específicas indicando que a CET tenha deixado de discutir ou tenha descumprido o ACT de qualquer forma).

O julgamento de conflitos a respeito do cumprimento de acordos coletivos é de competência exclusiva da Justiça do Trabalho. Nesse sentido:

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO COMINATÓRIO - CUMPRIMENTO DE ACORDO COLETIVO DE TRABALHO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA - COMPETÊNCIA DECLINADA DE OFÍCIO. - A Justiça Estadual não é competente para julgar ação em que se busca o cumprimento de cláusula constante de Acordo Coletivo de Trabalho, estabelecendo a Lei n.º 8.984/95, em seu art. 1.º, expressamente, que competete à Justiça especializada conciliar e julgar os dissídios decorrentes da aplicação de instrumentos normativos trabalhistas.

(TJ-MG - AI: 10525120211004001 MG, Relator: Márcio Idalmo Santos Miranda, Data de Julgamento: 30/06/2015, Data de Publicação: 14/07/2015, GRIFO NOSSO)

É esse o entendimento que se extrai da Lei Federal nº 8.984/1995:

Art. 1º Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos

de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador.

Assim, tratando-se de matéria de competência exclusiva da Justiça do Trabalho, que até mesmo já é objeto de processo específico no respectivo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (litispendência na justiça especializada), com o Representante trazendo como elemento probatório essencialmente apenas a própria existência desse processo na seara trabalhista, avalia-se que descabe avaliação a respeito em sede da presente Representação.

Do exposto, considera a representação **improcedente** quanto a esse quesito.

3. CONCLUSÃO

Concluiu-se, no Relatório Preliminar, pela **procedência parcial** dos itens **2.3** e **2.5**, e pela **improcedência** dos itens **2.1**, **2.2**, **2.4** e **2.6**.

Intimada a respeito do Relatório Preliminar nos termos do art. 2º, §1º, da Resolução nº 18/19 desta E. Corte, a CET apresentou manifestação prévia apenas ao conteúdo dos itens 2.3 e 2.5, deixando de comentar os demais itens.

Assim, primeiramente, quanto aos itens 2.1, 2.2, 2.4 e 2.6, conclui-se por sua improcedência, como já havia constado no Relatório Preliminar.

Quanto aos **itens 2.3** e **2.5**, após manifestação prévia da CET a respeito do Relatório Preliminar, entende-se que:

- i) em relação ao **item 2.3**, mantém-se, no mérito, a conclusão por sua **parcial procedência**, com relação à redação original do edital, nos termos colocados no Relatório Preliminar;
- ii) em relação ao **item 2.5**, mantém-se, no mérito, a conclusão por sua **parcial procedência**, com relação à redação original do edital, nos termos colocados no Relatório Preliminar;

Avalia-se, no entanto, que, diante das propostas de alterações comunicadas pela CET, essas irregularidades dos **itens 2.3 e 2.5** supracitadas **podem ser superadas**, se efetivamente confirmadas tais propostas de alterações no certame que vier a ser eventualmente republicado.

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 18.09.2024 (peça 36).

Em 25.09.2024

PEDRO LUÍS DE VASCONCELOS OLIVEIRA
Auditor de Controle Externo

RAFAEL ROCHA LINS
Supervisor de Controle Externo

CARLOS RICHELLE SOARES DA SILVA
Coordenador de Controle Externo - CVI

De acordo,

MARIA CLARA WATANABE TANABE
Secretaria de Controle Externo
Subsecretária Adjunta