

À SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 5333/2022
PREGÃO PRESENCIAL Nº 33/2022
PARECER JURÍDICO

DIREITO ADMINISTRATIVO. LEI FEDERAL Nº 8.666/93. LEI FEDERAL Nº 10.520/02 - PREGÃO PRESENCIAL. DECRETO FEDERAL Nº 7.892/13 - SISTEMA REGISTRO DE PREÇOS. IMPUGNAÇÃO DE EDITAL.

I. DO RELATÓRIO

Trata-se de solicitação da Secretaria Municipal de Licitações de parecer jurídico quanto à impugnação protocolada pela empresa Medprime Clínica Gestão e Saúde S/A, inscrita no CNPJ sob o nº 23.481.981/0001-31, em face do edital de licitação do Pregão Presencial nº 33/2022, cujo objeto é o "Registro de Preço para contratação de empresa especializada na prestação de serviços médicos de pronto atendimento nas especialidades de clínica geral e pediatria, em plantões de 12 (doze) horas por turno, em atendimento à Unidade de Pronto Atendimento de Iguaba Grande (UPAIG), pelo período de 12 (doze) meses".

Procuração, fls. 03/04.

Impugnação, fls. 05/09.

Documentos da empresa e seus representantes legais, fls. 10/25.

Encaminhamento à Secretaria de Licitação, fl. 26.

Decisão Administrativa proferida pelo Pregoeiro, fls. 27/30.

É o breve relatório. Passa-se ao cerne propriamente dito da questão.

II. DA ANÁLISE JURÍDICA

Preliminarmente, quanto ao juízo de admissibilidade, verifica-se que foram obedecidos os devidos pressupostos, especialmente quanto a tempestividade, legitimidade, interesse para recorrer e regularidade formal e material, conforme preconiza os itens 19.1/19.5 do edital, respeitando, assim, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93.

No mérito, destaca-se que a impugnante requer a retificação do edital para **vedar a participação de entidades do terceiro setor**, tais como Organizações Sociais, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público e Cooperativas. Requer ainda, a alteração do instrumento convocatório a fim de **exigir a comprovação de capital social e patrimônio líquido de no mínimo 10% (dez por cento) e capital circulante líquido ou capital de giro de 16,66% do valor estimado da contratação**, independente do resultado obtido dos seus índices contábeis.



P.M.I.G.
Proc. nº 5333
Folha nº 32
Rub.: B90

Quanto ao primeiro ponto suscitado pela impugnante, destaca-se que o Tribunal de Contas da União já enfrentou essa questão, consolidando seu entendimento no **Acórdão nº 2426/2020**, de que é possível a participação de instituições sem fins lucrativos em procedimentos licitatórios, desde que o objeto do contrato seja compatível com o objeto social da entidade, **com exceção das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), participando sob esta condição**, vejamos:

9.3.1. restringir a participação em licitações públicas somente às instituições sem fins lucrativos qualificadas como Oscip, participantes sob esta condição;

9.3.2. harmonizar o dispositivo com preceitos constitucionais e legais estabelecidos (art. 5º, caput; e art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993) e com entendimentos jurisprudenciais do TCU: Acórdãos 746/2014, 1.406/2017 e 2.847/2019, todos do Plenário desta Corte de Contas; e

9.3.3. **ampliar a competitividade em certames públicos e, por conseguinte, a seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública, em que o objeto também possa ser atendido por instituições sem fins lucrativos, tendo em vista que inexistente norma legal que discipline, de forma indistinta, vedação de participação em processos licitatórios a essas entidades;** (Grifamos.)

O Tribunal de Contas da União reforçou seu entendimento através do **Acórdão 238/2021 - Plenário**, veja-se:

7. Como já descrita anteriormente, **a argumentação da representante** Atmosfera Gestão e Higienização de Têxteis S/A pode ser sintetizada em sustentar o seguinte (peça 1):

a) **o edital da licitação é omissivo quanto à regra da vedação à participação de entidades sem fins lucrativos quando deveria ser absoluta a vedação**, conforme interpretação conjunta do parágrafo único do art. 12 da IN/Seges/MPDG 5/2017, parágrafo único, c/c a letra 'a' do inciso 2 do art. 2º da Lei 13.019/2014, o que é reforçado pelo fato de que o Acórdão 1406/2017- TCU-Plenário não menciona OSCIP e outras entidades sem fins lucrativos dentre as exceções permitidas, que, no caso dessas entidades, restringe-se a OS nas condições delimitadas naquele acórdão;

9. **A impugnação foi julgada improcedente**, conforme consta da peça 6, p. 3. **Relativamente à questão da vedação imposta às**



organizações em fins lucrativos, transcreve o entendimento do TCU expresso no Voto que conduziu o Acórdão 2426/2020-TCU-Plenário (Relator: Ministro Vital do Rêgo), em sessão de 9/9/2020, cujo excerto segue transcrito:

(...)

Resposta 16/11/2020 17:10:36

PONTO 1 - DAS OMISSÃO DAS VEDAÇÕES IMPOSTAS PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA 05 DE 2017. Em resposta ao ponto 1 da referida impugnação trazemos o Acórdão 2426/2020-TCU-Plenário, no qual relata que a IN fala em vedação de participação de empresas sem fins lucrativos, entretanto, relata que essa vedação **É ILEGAL**. Desta forma, NÃO foi inserida no edital de Lavanderia. Segue referido acórdão para ciência: 2. A vedação à participação de instituições sem fins lucrativos em licitações públicas alcança somente as entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), **participantes nessa condição**. [...] (grifo nosso)

Vale destacar ainda que a Lei nº 9.790/99 dispõe que o vínculo entre a OSCIP e o Poder Público se dará por meio de Termo de Parceria, não se admitindo o vínculo entre o Poder Público e OSCIP's por meio de contratos comerciais.

Portanto, ressalta que predomina o entendimento de que é ilegal a vedação genérica de participação em licitações de entidades sem fins lucrativos, desde que haja nexos entre o objeto a ser licitado e o objeto social da entidade prestadora dos serviços.

Sendo assim, a Autoridade poderá retificar o Edital para vedar expressamente a possibilidade de participação de instituições sem fins lucrativos **qualificadas como OSCIP, participantes sob esta condição**.

O segundo ponto suscitado pela impugnante é que exigir comprovação de que as empresas atingem índices contábeis iguais ou menores que 1,0 (um) não traz segurança para a Administração Pública de que a empresa tenha capacidade financeira de executar o contrato. Entende a mesma pela **necessidade de se exigir o capital social e patrimônio líquido de no mínimo 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação**, bem como, **apresentação de Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro de no mínimo 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis décimos por cento) do valor estimado para a contratação**, tomando por base o balanço patrimonial e demonstrações contábeis.

Inicialmente, destaca-se que, conforme o art. o artigo 31, inciso I da Lei Federal nº 8666/93, poderá ser exigido dos licitantes, para fins de habilitação econômico-financeira,



o balanço patrimonial e demonstração contábeis do último exercício, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vejamos:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira **limitar-se-á** a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, **que comprovem a boa situação financeira da empresa**, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta; *(grifo nosso)*

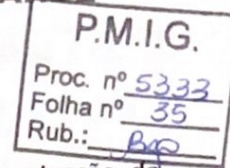
Já o parágrafo segundo, do art. 31, traz que a Administração, poderá, ainda, estabelecer no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo **ou** de patrimônio líquido mínimo, sendo estes, limitados a no máximo de 10 (dez por cento) do valor estimado da contratação, conforme estipulado no parágrafo terceiro do mesmo dispositivo legal, veja-se:

§ 2º **A Administração**, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, **poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo [...]**

§ 3º O capital mínimo **ou** o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior **não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação**, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais. *(grifos nosso)*

Sendo assim, verifica-se que a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo é facultativa ao órgão licitante, tendo em vista que na redação do parágrafo segundo consta o verbo "poderá" e não "deverá". Ainda assim, caso a Autoridade Superior entenda ser necessário retificar o edital para passar a exigir estes documentos, não poderá exigir os dois, pois a redação do parágrafo terceiro é clara ao estabelecer sua exigência de forma alternativa e não cumulativa.

Quanto ao pedido de exigência de apresentação de **Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro** de no mínimo 16,66% do valor estimado para a contratação, destaca-se os dispositivos da Lei de Licitações que tratam dos índices contábeis a serem exigidos no edital de licitação, vejamos:



§1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

§5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (grifo nosso)

Sobre o tema, importante ainda citar a **Súmula 289 do Tribunal de Contas da União**, onde fica estabelecido que os índices contábeis devem "[...] conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade."

Quanto a exigência do Capital Circulante Líquido de no mínimo 16,66% do valor estimado da contratação, **vale destacar que o Tribunal de Contas da União já se manifestou ser possível apenas nas licitações destinadas a contratação de serviços contínuos com cessão de mão de obra exclusiva em regime de dedicação exclusiva, conforme se verifica no trecho do Acórdão nº 592/2016**, abaixo colacionado.

1. **A exigência de capital circulante líquido (CCL) mínimo de 16,66% do valor estimado da contratação**, prevista no art. 19, inciso XXIV, alínea b, da IN SLTI 2/2008, **é adequada apenas nas licitações destinadas a serviços continuados com cessão de mão de obra em regime de dedicação exclusiva**. As licitações para contratos por escopo devem adotar critérios de habilitação econômico-financeira com requisitos diferenciados de CCL, estabelecidos conforme as peculiaridades do objeto a ser licitado, devendo constar justificativa do percentual adotado nos autos do procedimento licitatório.

Considerando que os diversos índices contábeis podem ser calculados com base em informações extraídas do Balanço Patrimonial e que cada objeto possui suas especificidades, o legislador optou por não estabelecer padrões rígidos de avaliação da confiabilidade financeira dos licitantes para assumir as responsabilidades do contrato, ficando a cargo do gestor público eleger, conforme o caso, os índices mais adequados à



P.M.I.G.
Proc. nº 5333
Folha nº 36
Rub.: 100

contratação.

De outro lado, a escolha da Administração não pode inviabilizar a competitividade do certame, devendo optar pelo índice considerado confiável e que, simultaneamente, possibilite a participação de um número razoável de empresas que integram o mercado, no intuito de atingir um grau máximo de certeza junto a um risco mínimo à contratação.

Portanto, alerta-se que esta Procuradoria **não detém expertise técnica para adentrar no mérito dos índices utilizados no edital da licitação**, se limitando apenas a orientar a Autoridade Superior a tomar a melhor decisão observando aos princípios norteadores da Administração Pública, cabendo a este, com amparo do setor técnico contábil, estabelecer qual melhor índice a ser adotado em cada licitação realizada.

Sendo assim, passa-se à fase conclusiva do parecer.

III. DA CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, quanto ao primeiro ponto questionado pela impugnante entende esta Procuradoria que a Autoridade Superior pode retificar o Edital para constar expressamente a vedação apenas das instituições sem fins lucrativos **qualificadas como OSCIP, participantes sob esta condição**.

Quanto a retificação para passar a exigir capital mínimo e patrimônio líquido mínimo, entende esta Procuradoria que trata-se de uma faculdade da Autoridade Superior, e caso, opte por retificar, poderá exigir apenas um dos dois documentos, tendo em vista ser alternativo e não cumulativo.

Quanto a retificação para exigir Capital Circulante Líquido de no mínimo 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis décimos por cento), entende esta Procuradoria ser juridicamente viável, porém, compete a Autoridade Superior analisar, com amparo do setor técnico contábil, a necessidade de se exigir.

Por fim, destaca-se que, o parecer jurídico, conforme orientação da melhor doutrina e da jurisprudência, é ato de natureza meramente opinativa e não vinculante, cabendo ao Gestor tomar a decisão que lhe parecer mais oportuna e conveniente.

É o que nos cumpria apreciar, sendo este o parecer. S.M.J.

Iguaba Grande, 12 de julho 2022.


ALEX VIOTI VIDAL LEITE
DIRETOR DE DEP. JURÍDICO

JOÃO F. CAVALCANTI NETO
PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO