

A

Prefeitura Municipal de Santinho – SP

Ilmo. Sra. Patrícia Ruschel (Secretária da Saúde)

Douta Comissão de Licitações Sr. Pregoeiro e Equipe de Apoio

Departamento de Licitações e Compras

Ref. PREGÃO PRESENCIAL Nº 042/2022

Márcio Almeida Santos, brasileiro, Analista de Licitação, RG. 27.556.257-8, CPF 296.520.178-50, residente e domiciliado na Rua Miquelina 549, Vila Camilopolis, Santo André/SP, vem respeitosamente a presença de Vossa Senhoria, com fulcro no artigo 41, § 2º, da Lei Federal 8.666/93 e demais alterações posteriores, c/c o **item II do edital**, interpor a presente **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do Pregão Presencial nº 063/2016 a fim de corrigir vícios contidos no ato convocatório que comprometem a legalidade do procedimento licitatório em tela, nos termos e nas razões a seguir aduzidas.

### **I – DOS FATOS**

Márcio Almeida Santos, doravante denominada Impugnante, dirige-se respeitosamente ao Sr. Pregoeiro e à Douta Comissão de Licitações e Equipe de

Apoio, para apontar vícios no edital que impõem risco à legalidade do procedimento e, conseqüentemente, do contrato, porque dos atos viciados não se originam direitos, conforme Súmula 473 do STF:

***“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”*** (grifo nosso)

O Pregão Presencial nº 042/2022 tem por objeto a Contratação de pessoa jurídica devidamente constituída na forma da Lei e que possua CNAE – Código e Descrição das Atividades Econômicas compatível com o seguinte objeto: prestação de serviços de disponibilização de médicos que possam realizar plantões presenciais completos (12 horas) ou fracionados, para fins de complementação da prestação de serviços de saúde pública aos usuários do SUS – Sistema Único de Saúde, conforme especificações constantes do “Anexo I – Termo de Referência”, que faz parte integrante e indissociável desse edital.

Seguem os motivos que devem determinar a suspensão do ato convocatório bem como a sua reforma.

## II. DO UNIVERSO DE COMPETIDORES

A Impugnante, com vistas a dar maior clareza ao universo de competidores, no item II, N° 2 (Não será permitida a participação de empresas:) para que seja inserida a proibição à participação de “ORGANIZAÇÕES SOCIAIS, INSTITUTOS, ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS (ONG´s) EM GERAL E OU ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS”.

A solicitação destina-se a conferir maior clareza ao **item III do Edital**, no que tange a participação das empresas.

E a preocupação da Requerente, não é em vão, conforme ***Acórdão do TCU nº 746/2014 – Plenário – (TC-021.605/2012-2)***.

Sobre o tema, cumpre transcrever a lição de Marçal Justen Filho. O jurista alerta “*repele-se a tentativa de utilização abusiva da figura da organização social*” e que “*liberar recursos, pessoal e bens públicos em favor de entidades não existentes ou não atuantes conduzirá à responsabilização patrimonial dos administradores, além da aplicação de outras sanções cabíveis (inclusive penais, se for o caso)*”. Um ente público “ *mascarado sob a aparência de uma organização social*” e a existência de uma entidade apenas de “fachada”, utilizada “*como fonte para recebimento de benesses públicas*”, segundo autor, “*merecem repúdio*” (grifo nosso). (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 32, 33).

Por essa razão e pelos demais motivos que serão relacionados a seguir, a Impugnante entende que as “ORGANIZAÇÕES SOCIAIS; INSTITUTOS;

ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS (ONG´s) EM GERAL E OU ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS”, que possuem contabilidade específica, peculiar e pública; criadas basicamente sob a tutela e fiscalização do poder público; não podem disputar atividade econômica com empresas privadas e tampouco oferecer serviços de terceirização de mão de obra.

As organizações sociais foram criadas para os contratos de gestão. Quando disputam atividade econômica, afastam-se da sua atividade precípua que a deu origem.

### **III. DA MATÉRIA DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**

Subleva-se a Impugnante/Marcio contra o Pregão Presencial nº 042/2022, em face dos motivos a seguir indicados.

#### **III.A) DA FLAGRANTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Viola-se o princípio da isonomia ao permitir a participação de organizações sociais e entidades afins, em procedimentos licitatórios.

As organizações sociais, institutos, organizações não governamentais e ou entidades sem fins lucrativos, possuem isenção de certos tributos. As instituições são isentas da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS); da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF); da contribuição para o PIS/PASEP.

Todos esses tributos são de competência da União. No entanto, assim como a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal podem estabelecer hipóteses de isenção fiscal. Ou seja, no âmbito da respectiva esfera de governo que atua, a entidade poderá ter isenção tributária local.

Com efeito, as organizações sociais e entidades afins, desfrutam de situação benéfica e, ao mesmo tempo, desigual em relação às empresas que respondem pela (pesada) carga tributária da qual as OSs; ONG's e outras afins, estão isentas (ou, em alguns casos, imune).

Nitidamente, ao cotejar as propostas de OSs; ONG's e outras afins e empresas privadas, haverá flagrante diferença sob o aspecto tributário, a instaurar flagrante quebra ao princípio da isonomia.

Além do mais, trata-se de concorrência desleal por conta das prerrogativas e privilégios fiscais que as OSs; ONG's e outras afins, alcançaram gerando vantagem em relação à composição de seus custos e não raro são objeto de recursos em licitações, aplicando-se a pedido dos que interpõe os recursos, os impostos aos valores apresentados pelas OSs; ONG's e outras afins, para verificação do real preço.

A Carta Magna reforça a existência do tratamento igualitário, especialmente nas licitações, por meio do artigo 37, inciso XXI, nos seguintes termos:

“Art. 37.<sup>1</sup> A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

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

O regime jurídico das OSs instituído pela Lei Federal nº 9.637/98, assim como os regulamentos estaduais, municipais e do Distrito Federal, definem a política a ser adotada para estas entidades. As OSs; ONG´s e outras afins, possuem características próprias e peculiares que as distinguem de outras sociedades. A grande questão a ser discutida é a possibilidade de sua participação nas licitações públicas, disputando diretamente com as demais sociedades comerciais e civis.

O ponto crítico da discussão é o “princípio da isonomia”, pois a igualdade entre os participantes do certame é pressuposto essencial à regularidade de todo o procedimento licitatório. Caso a isonomia venha a ser violada, a licitação será considerada nula.

---

<sup>1</sup> Alterado pelas Emendas Constitucionais nºs 18/98, 19/98 e 20/98.

Sendo a Comissão Permanente de Julgamento de Licitações a unidade administrativa responsável pelo julgamento do certame, caberá a ela, em conformidade com a Lei Federal nº 8.666/93 e demais alterações posteriores, julgar as propostas apresentadas dentro dos parâmetros e critérios objetivos definidos no instrumento convocatório.

A Organização Social, Institutos, Organização não Governamental e outras entidades afins, dada sua constituição diferenciada, possui certos e relevantes privilégios não concedidos a toda e qualquer sociedade comercial. É este o maior motivo de transgressão ao princípio da isonomia. Esta diferenciação demonstra o tratamento desigual, a comprometer a legalidade do procedimento.

### **III.B) DO RISCO DA ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO TRABALHISTA. DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Consoante determina a legislação e sendo pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, as OSs; ONG's; Institutos e Entidades afins, em razão de sua natureza, não possuem patrimônio ou capital próprio. Não tendo finalidade lucrativa e tendo a obrigatoriedade de investir os excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades, tais entidades carecem de liquidez para saldar dívidas de curto e médio prazo.

No caso de dívidas ligadas a questões trabalhistas, não há qualquer garantia de que a OS ressarcirá os eventuais prejuízos, deixando para o Poder Público a responsabilidade subsidiária destes encargos trabalhistas, no polo passivo das ações.

*“Em consonância com a jurisprudência do STF, o Pleno do TST deu nova redação à Súmula nº 331 do TST: “IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a **responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços** quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666 , de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora”. ([TST – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 24049820115110004 2404-98.2011.5.11.0004 \(TST\)](#)) (g.n.)*

Como se vê, a nova redação da Súmula TST 331 atribuiu a responsabilidade subsidiária à Administração Pública tomadora dos serviços.

São inúmeras as ações na Justiça do Trabalho em que a Administração Pública é chamada a participar do polo passivo e, ao final, com esteio na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, resta condenada subsidiariamente ao

pagamento de verbas que deveriam ter sido adimplidas pela empresa contratada com valores pagos pela Administração a título da execução contratual.

Inicialmente, impõe salientar que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público também pode decorrer de contratos celebrados com OSCIPS, Organizações Não Governamentais (ONG's), Institutos e Organizações Sociais. Nesse sentido vem decidindo o c. TST, conforme aresto abaixo:

"RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. TOMADOR DE SERVIÇOS. TERMO DE PARCERIA ENTRE MUNICÍPIO E OSCIP. SÚMULA N.º 331, V, DO TST. COMPROVAÇÃO DA CULPA -IN VIGILANDO-. NECESSIDADE. Verifica-se, inicialmente, que, ao contrário do que alega o Município, o reconhecimento da responsabilidade subsidiária também poderá decorrer do reconhecimento da culpa -in vigilando-, constatada em contratos celebrados com as Organizações Sociais Civis de Interesse Público - OSCIPs e as Organizações Sociais (aplicabilidade dos arts. [116](#) da Lei n.º [8.666](#)/93 e [12](#) da Lei n.º [9790](#)/99). (RR - 76800-15.2010.5.17.0004, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 28/08/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2013)."

Portanto, a participação de OSs; ONG's; Institutos e entidades afins, na presente licitação, cujo objeto trata da prestação de serviços diretamente relacionada à contratação de mão de obra e, a considerar a natureza jurídica

destas entidades sem a formação de patrimônio, é alto o risco de a Administração Municipal de Jahu responder subsidiariamente por eventuais dívidas trabalhistas inadimplidas.

### **III.C) DA NATUREZA JURÍDICA DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS QUE AS IMPEDEM DE DISPUTAR ATIVIDADE ECONÔMICA. FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA SEM PREVISÃO LEGAL.**

As Organizações Sociais devem se limitar às atividades sociais previstas taxativamente no artigo 5º da Lei 9.637/98. A finalidade da OS é o contrato de gestão, de natureza e afinidade com o convênio, à formação de parceria (portanto, não se trata de contrato administrativo típico) com o poder público. Por isso, não encontra amparo legal qualquer atividade ou cláusula que se refira à terceirização de mão de obra para órgãos públicos, mesmo que estes estejam sob o manto indevido da titulação de atividades complementares.

O contrato de gestão não se presta ao mero fornecimento de mão de obra à Administração Pública. Desvirtua-se daquele intento a OS que pretende utilizar sua condição favorável e privilegiada para exercer atividade comum do mercado privado. A função da OS é de colaboração com o Poder Público, já que possuem interesses comuns e de mútua cooperação, relação esta distante e antagônica à característica do “contrato administrativo”

A relação estabelecida pela Lei Federal 9.637/98 entre OS e PODER PÚBLICO é de parceria; interesses convergentes; natureza de convênio. Não de contrato.

Os contratos de gestão em nada se assemelham ao típico regime dos contratos administrativos. *Convênio é ato de colaboração entre as partes “nas palavras do professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ou seja, é a conjunção de esforços entre dois entes públicos ou tendo um ente privado como uma das partes, visando à consecução de um bem comum ou a realização de objetivos de interesse comum. Já os contratos têm interesses opostos e contraditórios, vontades antagônicas, não se adicionam, ou seja, diferem dos convênios por não terem a mesma finalidade não se somarem com o intuito de atingir ao mesmo objetivo de interesse público, estando presente em uma das partes envolvidas interesses comerciais* <sup>2</sup>

*“Embora a lei denomine esse instrumento de contrato, na verdade, trata-se de um acordo operacional entre a Administração e a entidade privada - acordo de direito público que mais se aproxima de um convênio, em que as partes fixam os respectivos direitos e obrigações para a realização de objetivos de interesse comum. Mas como os convênios também ficaram desmoralizados (porque ninguém cumpria a sua parte e não havia sanções), resolveu-se procurar instrumento mais eficaz”*<sup>3</sup>.

*“A constatação de que a entidade passa a agir como uma verdadeira empresa comercial, auferindo lucro e colocando no mercado seus produtos e serviços de forma mercantilista configura desvio de suas finalidades sociais para as quais foi instituída, e caracteriza a nocividade de seu objeto”.* (PAES, José Eduardo Sabo. “Fundações e Entidades de Interesse Social. 2. ed. Brasília Jurídica, 2000, 2. ed. p. 298/299). (g.n.)

---

<sup>2</sup> TCU . processo nº TC 007.075/2004. Acórdão nº 1.470/2004 – Plenário.

<sup>3</sup> <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev6.htm>

Por fim, ao admitir as OSs e entidades afins na presente licitação, além da descaracterização da real finalidade das OSs (contrato de gestão), viola-se a lei, uma vez que não há previsão na norma para o propósito de terceirização de mão de obra. As OSs só podem desenvolver atividades de interesse social (e destinação social) e, portanto, em regime de contribuição e parceria com a Administração (com a mesma natureza de convênio), e não com intuitos econômico-comerciais, sendo evidente não poder se valer de sua condição especial – definida em lei – para atividade estranha, uma vez que o objeto da presente licitação tem características de serviços prestados por sociedades comerciais e que se dedicam à atividade econômica com fins de lucro.

Portanto, se Administração pretende firmar parceria com uma Organização Social, Organização Não Governamental, Instituto, deverá fazê-lo pelo instrumento denominado “contrato de gestão” (mesma natureza do convênio) cuja função é fomentar “atividade meio” e não “terceirização de mão de obra”.

#### **III.D) DA INVIABILIDADE DA GESTÃO DE MÃO DE OBRA PRETENDIDA PELO EDITAL, MEDIANTE CONTRATAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL**

Se Administração pretende a contratação de serviços médicos, a despeito de todos os elementos impeditivos anteriormente indicados, a contratação de uma OS inviabiliza a gestão do contratante (Município de Jahu).

Dado o rigor na gerência de uma OS: na contabilidade – com publicação anual da escrituração contábil –; prestação de contas junto ao órgão público outorgante da titulação (de OS); controle externo do Tribunal de Contas;

programa de trabalho e metas a serem atingidas, prazos de execução, avaliação de desempenho e indicadores de qualidade e produtividade; limites para remuneração e vantagens dos dirigentes e empregados; mas sobretudo a forte interferência do Estado no Conselho de Administração da OS; qualquer gestão do Contratante encontrará vários obstáculos e burocracias que emperrariam a motricidade e agilidade que o objeto da licitação requer, a redundar em forte ineficácia e imobilidade.

Diferentemente, a contratação de empresa dentro do regime do contrato administrativo, concede muito maior gestão e privilégios ao Contratante. Em suma, a eficiência preconizada pela Emenda Constitucional nº 19, recomenda, para este caso específico do objeto licitado, a contratação de empresas privadas especializadas sob o regime de contrato administrativo.

#### **IV – Da Exigência do CNES**

Em análise ao edital do pregão em epígrafe, verifica-se irregularidade quanto a apresentação do **Cadastro Nacional de Empresas de Saúde** como condição de habilitação no tocante à qualificação técnica.

Ocorre que tal omissão merece atenção, devendo o edital ser retificado com a finalidade de incluir a apresentação de registro da empresa no **CNES**.

A qualificação técnica nos procedimentos licitatórios é o conjunto de requisitos profissionais que o licitante apresenta para executar o objeto da licitação, sendo que requer da empresa concorrente a comprovação de

experiência anterior mediante a apresentação de atestados de capacidade técnica e o registro em entidades profissionais competentes.

Faz-se necessário asseverar que somente os documentos mencionados pela Lei, cujo rol é taxativo, podem ser exigidos a título de habilitação e, ainda, apenas os que sejam necessários à execução do objeto, conforme determinação constitucional. Para tanto, o art. 37 da Constituição Federal de 1988 prevê que os processos de licitação deverão conter exigências de qualificação indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

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

A apresentação de registro ou inscrição na entidade profissional competente encontra amparo no art. 30, inciso I e IV da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

*Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica  
limitar-se-á a: I – registro ou inscrição na entidade  
profissional competente;  
IV – prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial,  
quando for o caso*

A Portaria nº 186, de 02 de março de 2016, do Ministério da Saúde assim dispõe em seus artigos 3º e 4º:

*Art 3º Fica alterada na tabela de tipos de estabelecimentos de saúde do CNES a descrição do tipo 60 Cooperativa para 60 Cooperativa ou Empresa de Cessão de Trabalhadores na Área de Saúde.*

*Art. 4º Fica definida a obrigatoriedade do cadastramento no CNES e manutenção ou atualização cadastral de todos os tipos de estabelecimentos de saúde citados nesta Portaria.*

Vê-se portanto que a Portaria acima citada estabelece que as empresas deverão fazer seu registro no Cadastro Nacional de Empresas de Saúde, sendo que é uma exigência legal.

Desta forma, não há que se falar que a citada exigência frustrasse o caráter competitivo do certame em epígrafe, sendo necessária a retificação do

edital para que a Administração contrate empresa devidamente cadastrada no CNES, podendo executar os serviços sem quaisquer ônus ao município

#### V – DO PEDIDO

Ante o exposto, a Impugnante clama pelo bom senso e razoabilidade da Prefeitura Municipal de Saltinho, e requer seja a presente Impugnação recebida e no mérito acolhida, a fim de que seja determinada a REFORMA do edital, como medida de legalidade, eficiência e supremacia do interesse público, incluindo na cláusula segunda do edital o impedimento à participação de “organizações sociais, organizações não governamentais (ONG´s), institutos e/ou entidades sem fins lucrativos” e do Cadastro no CNES

Nestes Termos

Pede Deferimento.

São Paulo, 20 de dezembro de 2022.

---

Marcio Almeida Santos

*CPF: 296.520.178-50*

