

Vara Única da Comarca de Santa Rosa de Viterbo/SP
Autos nº 1000965-31.2021.8.26.0549

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MM. Juiz,

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por **VANNINI E DELATIM SERVIÇOS MÉDICOS E NUTRICIONAIS LTDA EPP** contra a **PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA ROSA DE VITERBO**, na pessoa de seu representante legal.

Aduz, em síntese, que participou do pregão eletrônico nº 32/2021, através da plataforma “Bill Compras”, sendo que, após a inabilitação da primeira colocada PROSEG CONSULTORIA E SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EIRELI, homologou-se o certame em face da ASSOCIAÇÃO CENTRO DE SAÚDE MEDCAL.

Pleiteia, em liminar, a suspensão do certame e, em caráter definitivo, que seja concedida a segurança para anulação do ato de classificação, homologação e realização de contrato com a Associação vencedora, diante de evidente quebra do princípio da isonomia, uma vez que a associação somente apresentou melhor preço, diante dos privilégios tributários, por fazer parte do “terceiro setor” (fls. 01/14).

Com a inicial, vieram documentos (fls. 16/70).

O pedido liminar foi indeferido, pois entendeu o juízo não haver ilegalidade manifesta (fls. 71).

Rua: Francisco Carvalho de Andrade, nº 121 - Centro| Santa Rosa de Viterbo/SP

O impetrante agravou da decisão de indeferimento liminar, sendo improvido o referido recurso (fls. 147/150).

Notificado (fls. 144), O Município de Santa Rosa de Viterbo, em nome de seu representante legal o Sr. Prefeito Municipal Omar Nagib Moussa, apontado como autoridade coatora, prestou informações, defendendo o ato impugnado, com impugnação do valor da causa, batendo pela inexistência de direito líquido e certo.

Sustentou a possibilidade legal de associações participarem de procedimentos licitatórios e por ser a proposta mais vantajosa ao erário público (fls. 154/158 e 162/172).

Juntou-se documentos às fls. 173/506.

A litisconsorte Associação Centro de Saúde Medcal apresentou contestação (fls. 508/520), alegando, em síntese, inadequação da via eleita e, no mérito, alega a possibilidade de contratação com entidades sem fins lucrativos, através de procedimento licitatório

Eis o relato do necessário.

Pois bem.

O parecer é pela concessão da segurança.

De proêmio não se confirma a impugnação ao valor da causa, pois em mandado de segurança, prevalece valor meramente estimativo e para efeitos fiscais, pouco importando o valor do procedimento licitatório.

Nesse sentido o TJSP:

Agravo de Instrumento – Mandado de Segurança – Nulidade de procedimento licitatório – Recurso manejado contra decisão que acolheu a impugnação ao valor da causa, determinando sua equivalência ao valor do contrato administrativo – Provimento de rigor – Valor atribuído à causa meramente estimativo e para efeitos

fiscais – Admissibilidade – Pedido que, versando sobre irregularidades em procedimento licitatório, não se confunde com o valor do objeto do certame – Precedentes desta Corte e do E. STJ – Decisão reformada – Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2146426-49.2020.8.26.0000; Relator (a): Sidney Romano dos Reis; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/06/2021; Data de Registro: 14/06/2021)

Discute-se no âmbito deste *writ* se o impetrante tem ou não direito líquido e certo para anulação do procedimento licitatório, na modalidade pregão eletrônico nº 32/2021, promovido pela prefeitura Municipal de Santa Rosa de Viterbo, por meio da plataforma Ilcompras.com, no dia 01 de julho de 2021, com critério de julgamento menor preço por lote.

Conforme infere-se do instrumento convocatório (fls. 23/42) o procedimento licitatório tinha como objeto: **a contratação de EMPRESA objetivando a prestação de serviços médicos nas especialidades e quantitativos nos Lotes: lote 1- clínica médica; lote 2 – especialidades e lote 3- exame de ecocardiograma.**

O impetrante pretende a anulação do certame alegando a impossibilidade de participação de Associação nas licitações, diante da manifesta desigualdade de competição, uma vez que as entidades sem fins lucrativos têm privilégios tributários que facilitam a apresentação de propostas mais vantajosas.

Ao tratar da obrigatoriedade de licitação, a Constituição Federal assegurou em seu artigo 37, inciso XXI, a igualdade de condições a todos concorrentes.

A E. Corte do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, já decidiu, por diversas vezes, que a participação de entidades sem fins lucrativos compromete o princípio da isonomia, diante dos benefícios que são concedidos a elas.

Nesse sentido:

EMENTA: CONTRATO. LICITAÇÃO. ADITAMENTOS. PARTICIPAÇÃO EM CERTAME LICITATÓRIO DE ENTIDADES DO TERCEIROS SETOR. IRREGULAR. (TC 5522/989/14)

Ademais, a Instrução Normativa 05/2017 do Tribunal de Contas da União, veda a contratação de entidades sem fins lucrativos, em processos licitatórios destinados à contratação de empresas.

Art. 12. Quando da contratação de instituição sem fins lucrativos, o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da instituição.

Parágrafo único. Considerando-se que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa.

Os certames licitatórios são norteados pelos princípios da Administração Pública, dentre eles a vinculação ao instrumento convocatório.

Como se vê, embora não haja proibição explícita de participação de cooperativas, associações e assemelhadas, o ato de chamamento indica em diversas passagens que se direciona à **contratação de empresa**, ainda que na forma de sociedade simples, mas não abre exceção para associações ou cooperativas.

O instrumento convocatório afirma em sua cláusula 4 que:

4. CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

Poderão participar desta Licitação **qualquer sociedade empresarial ou simples** regularmente estabelecida no País, cujo ramo de atividade seja compatível com o objeto desta licitação, que satisfaça todas as exigências, especificações e normas contidas neste Edital e em seus Anexos, bem como que apresentarem toda a documentação exigida para o respectivo cadastramento junto a Bolsa de Licitações e Leilões do Brasil (BLL).

(...)

4.4. Além das vedações estabelecidas pelo artigo 9º da Lei Federal nº 8.666/93, não será permitida a **participação de empresas:**

- a) Estrangeiras que não funcionem no País;
- b) Reunidas sob a forma de consórcio, qualquer que seja sua forma de constituição;
- c) Impedidas e suspensas de licitar e/ou contratar com órgãos da Administração Municipal de SANTA ROSA DE VITERBO nos termos do inciso III do artigo 87 da Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações, do artigo 7º da Lei Federal nº 10.520/02 e da Súmula nº 51 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo;

- d)** Impedidas de licitar e contratar nos termos do artigo 10 da Lei Federal nº9.605/98;
- e)** Declaradas inidôneas pelo Poder Público e não reabilitadas;
- f)** Estiverem sob processo de falência, concordata, concurso de credores, dissolução ou liquidação, exceto as empresas em recuperação judicial ou extrajudicial devidamente comprovada com a homologação / deferimento pelo juízo competente do plano de recuperação judicial/ extrajudicial em vigor.

Diante do quanto declarado, a contratação de associação, coloca-a em uma posição mais favorável e fere o princípio da isonomia tornando o certame ilegal.

No que se refere a contratação de serviços médicos, o TCE já decidiu pela inadmissão de participação de associações e cooperativas:

EDITAL DE LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS E ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS NO CERTAME. RISCO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ARTIGO 5º DA LEI 12.690/12 PROÍBE A UTILIZAÇÃO DE COOPERATIVA DE TRABALHO PARA INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA SUBORDINADA. RELAÇÃO DE EMPREGO. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÕES NA JUSTIÇA DO TRABALHO. EVENTUAIS PREJUÍZOS AO ERÁRIO. PROCEDÊNCIA. (TC-018238/989/19, Pleno, Redator Conselheiro Renato Martins Costa, sessão de 25/09/19).

Ademais, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já considerou regular a vedação de participação de cooperativas e associações e

demais entidades do terceiro setor, diante do tratamento diferenciado e benéfico conferido a elas.

Nesse sentido o TJSP:

MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – PREGÃO ELETRÔNICO – Pretensão de que seja concedida a segurança para "cassar" os efeitos do item 2.1.3 do edital do Pregão Eletrônico nº 49 de 2020, do Município de Pontal, que veda a participação de cooperativas, associações e demais entidades do terceiro setor - Alegação de que tal cláusula é restritiva e ilegal, porquanto viola o artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/93 – Descabimento - Restrição imposta no edital que é justificada pelo tratamento tributário diferenciado e mais benéfico que associações, cooperativas e demais entidades do Terceiro Setor gozam – Preservação do princípio da isonomia - Denegação da segurança – Sentença mantida. Apelo desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1000729-71.2020.8.26.0466; Relator (a): Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Pontal - 1ª Vara; Data do Julgamento: 30/11/2020; Data de Registro: 30/11/2020) Julgamento: 16/12/2014; Data de Registro: 18/12/2014)

Não se desconhece que o tema tem gerado controvérsias na praxe administrativa e na doutrina, porém deve-se preservar a igualdade de contratação e a vinculação ao instrumento convocatório, o qual não compactua com a contratação da possível ganhadora do certame.

Além disso, na representação nº **00018207.989.21-1**, o **E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo suspendeu o certame nº 32/2021**, para

impedir a assinatura do contrato, diante da iminente ofensa ao princípio da isonomia e do potencial prejuízo aos demais participantes do certame.

Dessa forma, conclui-se que o ato impugnado está revestido de ilegalidade, em desacordo com o instrumento convocatório, sendo necessária sua anulação.

Em face do exposto, manifesto-me pela **concessão** da segurança para declarar a nulidade do ato administrativo.

Santa Rosa de Viterbo/SP, 4 de novembro de 2021.

VINÍCIUS HENRIQUES DE RESENDE
Promotor de Justiça

Alice Ortega Campos Borges
Analista Jurídico do Ministério Público