

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 13ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL – RJ.

Processo nº 0040369-87.2007.8.19.0001

UNIÃO DE CLÍNICAS DE TRÂNSITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UCTRERJ, vêm à presença de V.Exa., por intermédio de seu procurador e advogado que ao final assina, nos autos da presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** que é movida pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, apresentar suas **CONTRARRAZÕES** aos Recursos de Apelação de fls. 1287/1308, 1167/1176 e 3947/3957, pugnando pelo pronto recebimento das razões de contrariedade em anexo e sua posterior remessa à competente Câmara *Ad quem*.

Termos em que, pede deferimento.

Niterói, 11 de agosto de 2020.

Fabiano Couto
OAB/RJ 145.273

RECURSO DE APELAÇÃO

Recorrentes: TODOS.

Recorridos: TODOS.

Processo Originário nº 13ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL – RJ.

COLENDAS CÂMARAS,
EMÉRITOS JULGADORES,

RESUMO DOS FATOS

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro propõe ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face de Eduardo Chuahy, Pedro Osório Vargas da Silva Filho, Hugo Leal Melo da Silva e do DETRAN - Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro que tramitou junto ao juízo da 13ª Vara de Fazenda Pública nesta Comarca sob o nº 0040369-87.2007.8.19.0001.

A mencionada demanda objetiva, entre outras coisas, a condenação do Detran/RJ a promover a revogação de todos os credenciamentos de clínicas médicas e psicológicas realizadas sem licitação e promover a seleção, através de processo licitatório das mesmas.

No que tange aos demais pedidos da presente lide, de certo que a ora recorrente, UCTRERJ – União de Clínicas de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro não possui interesse a legitimar a interposição do presente recurso.

No entanto, no que tange à divergência quanto o ato de credenciamento, uma vez que o réu DETRAN/RJ entende que o credenciamento prescinde de licitação, tendo contratados as referidas clínicas através de credenciamento dos eventuais interessados, de certo que subsiste aqui o interesse recursal da União.

Isso porque, o Ministério Público, contrariamente, entende ser necessária a realização do certame público na modalidade de licitação.

Diante dessa questão, restou o feito sentenciado nos seguintes termos:

“Com efeito, os embargos de declaração opostos pelo MP devem ser acolhidos para corrigir a omissão contida na sentença originária, que é integrada com os termos da redação de índice 1204 (fls. 1136/1138).

Esta sentença é o marco para o fim da possibilidade de credenciamento na medida em que está provada a existência de outras clínicas interessadas em prestar o serviço e o Estado impõe limites ao número de clínicas em cada local para viabilizar um faturamento mínimo capaz de mantê-la.

(...) O Ministério Público nestes embargos ressalta omissão da sentença em relação da ressalva quanto à possibilidade da realização dos exames por órgãos públicos. Na verdade, trata-se de discricionariedade do Administrador. (...) Assim, fica a critério do Administrador optar por admitir ou não a realização dos exames em outros órgãos públicos.

*Existe também uma contradição na sentença. Esta sentença ressalta a melhora do serviço com a opção pelas clínicas e sua implementação. Nos últimos quinze anos o serviço melhorou de forma notória. O que demonstra uma opção legítima por parte do Administrador quando do exercício de sua discricionariedade. **Assim, exigir licitação com o descredenciamento de todas as clínicas, além de ferir o princípio da segurança jurídica, configura uma interferência na discricionariedade administrativa do administrador por parte do Poder Judiciário e viola o princípio da separação dos poderes. ISSO PORQUE ESTA SENTENÇA CONSIDEROU LÍCITO O CREDENCIAMENTO ATÉ ESTE MOMENTO. Assim, é caso de aplicar efeitos infringentes à esses***

embargos de declaração para impor apenas a licitação para novas clínicas, ficando a cargo do Poder Executivo a discricionariedade para escolher a conveniência e a oportunidade de manter as clínicas credenciadas e realizar licitação para as próximas ou realizar uma licitação geral, optando pelo descredenciamento das clínicas existentes. Os critérios utilizados tanto para as futuras licitações quanto para o descredenciamento das clínicas devem ser objetivos, com a garantia do devido processo administrativo.

Em face do exposto, ACOLHO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO para fazer com que a fundamentação deste seja parte da sentença suprimindo eventuais contradições e omissões e concedo efeitos infringentes para fazer constar o seguinte dispositivo:

Em face do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO para condenar o DETRA/RJ a se abster de credenciar novas clínicas médicas e psicológicas sem a realização prévia de processo licitatório, realizado com base em critérios objetivos.

Fica a cargo da discricionariedade do Detran/RJ a possibilidade de descredenciar as clínicas que prestam serviço atualmente e realizar uma licitação geral. Num caso ou em outro, deve o Detran/RJ através de critérios objetivos definir o número de clínicas que podem existir em cada área para garantir a viabilidade econômica do serviço. Também fica a cargo do Detran/RJ optar em admitir ou não a realização do exame em outros órgãos públicos. E JULGO IMPROCEDENTES OS DEMAIS PEDIDOS. (...) “ (grifo nosso)

Entretanto, conforme se depreenderá da narrativa a seguir, a douta sentença ora impugnada merece ser em uma pequena parte reformada.

DO CREDENCIAMENTO

A Constituição da República traz como regra geral a necessidade de realização de procedimento licitatório para a prestação de serviços públicos, sob o regime de concessão ou permissão, conforme se depreende do art. 175 da CRFB que dispõe:

"Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

Ocorre que a adoção do credenciamento para seleção das clínicas tem expressa previsão no artigo 148 do Código de Trânsito Brasileiro, que diz:

"Os exames de habilitação, exceto os de direção veicular, poderão ser aplicados por entidades públicas ou privadas credenciadas pelo órgão executivo de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, de acordo com as normas estabelecidas pelo CONTRAN."

A Resolução Contran nº 425/2012 -- fundamento da recente Portaria DETRAN 4422/2013 -- também prevê o *credenciamento das entidades públicas e privadas para realização* dos exames de aptidão física e mental (artigo 1º).

A mesma regulamentação, no artigo 16 exige que "os locais de realização da Avaliação da Aptidão Física e Mental devem ser de atividade exclusiva para esse tipo de procedimento. Não podendo estar localizados em ambulatórios, hospitais ou conjuntamente em consultórios de outras especialidades".

Tal Resolução, por exigir exclusividade para esses serviços, impede o credenciamento de toda e qualquer clínica existente, pois o retorno financeiro deixa de ser um atrativo.

A solução encontrada pela Administração foi a de definir quantas clínicas podem existir para garantir a prestação do serviço conferindo-lhe o retorno financeiro dos investimentos necessários para a construção e manutenção da clínica, tanto é verdade que as Portarias dos Presidentes do Detran envolvidos neste feito impõe limites ao número de clínicas (exemplo: Portaria PRES DETRAN/RJ nº 2878/02 e 2952/02).

O credenciamento decorre da interpretação do art. 25, inc. II, da Lei nº 8.666/1993. Vejamos:

"É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(-..)

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

(-..)

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato."

A inviabilidade de abertura de processo licitatório, no presente caso, resulta da possibilidade de contratação de todos os interessados do ramo do objeto pretendido, e que atendam às condições mínimas estabelecidas no regulamento. Ou seja, não há possibilidade de competição, pois todos podem ser contratados pela Administração.

Nesse sentido, a douda sentença proferida, *in verbis*, afirmou:

“A inviabilidade, no presente caso, resulta da possibilidade de contratação de todos os interessados do ramo do objeto pretendido, e que atendam às condições mínimas estabelecidas no regulamento.

Ou seja, não há possibilidade de competição, pois todos podem ser contratados pela Administração.

Nestes termos Marçal Justen Filho explica que: “Não haverá necessidade de licitação quando houver número ilimitado de contratações e (ou) quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração. Isso se verifica quando uma alternativa de contratar não for excludente de outras, de molde que todo o particular que o desejar poderá fazê-lo. “

(...) Nas hipóteses em que não se verifica a exclusão entre as contratações públicas, a solução será o credenciamento. (...) credenciamento envolve uma espécie de cadastro de prestadores de serviços ou fornecedores. O credenciamento é ato pelo qual o sujeito obtém a inscrição de seu nome no referido cadastro.

*Verifica-se, portanto, que o credenciamento só é admissível quando todos os interessados aptos a prestar o serviço são credenciados pelo Poder Público. A partir do momento em que se limita o número de clínicas em determinada região ou em todo o Estado, afastada fica a possibilidade de credenciamento. **Existindo viabilidade de concorrência, inafastável é a licitação.***

Quanto ao sistema de credenciamento, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, menciona que:

“Se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, fixando ela própria o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação. É a figura do “credenciamento”, que o Tribunal de Contas da

União vem recomendando para a contratação de serviços médicos, jurídicos e de treinamento.”” (grifo nosso)

Nesse sentido, merece se esclarece que diversos tribunais do país já reconheceram a legalidade do mesmo, conforme se depreende a seguir:

Ação Civil Pública. Exame Médico/Psicológico. Carteira Nacional de Habilitação. Escolha de Clínica. Credenciamento. Legalidade. Negar provimento. O procedimento licitatório se mostra inadequado para seleção de clínica médica para realização de exames médicos/psicológicos necessários à obtenção ou à renovação da Carteira Nacional de Habilitação, pois não se trata de selecionar apenas um interessado para prestar o serviço, mas todos aqueles que preencham os requisitos objetivos estabelecidos no decreto estadual que tratada da matéria. Tal fato, por si só, não implica em violação aos princípios que regem a Administração (TJMG — Apelação Cível 1.0105.04.127145-0/0001 —Rei. Des. Maria Elza, DJ 19.6.2009.

Além disso, a manutenção do credenciamento ocorre em Estados como São Paulo, Rio Grande do Norte, Alagoas e, inclusive, no Distrito Federal.

Não obstante, com o surgimento de múltiplos interessados para figurar como clínica de trânsito em determinado setor geográfico de atuação, nasce então o dever de realização do certame o Ilmo. Magistrado da 13ª Vara de Fazenda Pública desta Comarca entendeu por proferir a seguinte sentença:

(...) Em face do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO para condenar o DETRA/RJ a se abster de credenciar novas clínicas médicas e psicológicas sem a realização prévia de processo licitatório, realizado com base em critérios objetivos. (...) (grifo nosso)

Ou seja, o juízo *a quo* acabou por determinar a obrigatoriedade do processo de licitação, NÃO OBSTANTE A EXISTÊNCIA DE MAIS DE UM INTERESSADO PARA FIGURAR COMO CLÍNICA EM DETERMINADA REGIÃO.

Nesse sentido, o reconhecimento da necessidade de processo de licitação deve estar vinculado à existência comprovada de interessados para a contratação, pois caso contrário, estar-se-ia criando uma modalidade de licitação obrigatória.

Para melhor esclarecimento, vale pontuar que a abertura de vaga de uma clínica de trânsito obedece a uma série de requisitos objetivos, sendo um deles o populacional e outro a necessidade de existência de uma clínica em cada comarca deste Estado, não obstante o quantidade demográfico da região, se a distância a ser percorrida para o encontro da clínica mais próxima seja superior ao determinado pelo regulamento em vigor.

Ou seja, existem clínicas que deverão ser instaladas em determinados municípios do Estado, apesar da baixíssima intensidade populacional, onde devemos entender como sendo usuários/pacientes, tendo em vista que a distância a ser percorrida para encontrar a clínica mais próxima seja, pela Administração, entendido como desproporcional.

Assim, surge a situação inversa, qual seja, a inexistência de quantidade suficiente de interessados para figurar como clínica de trânsito, diante da baixa probabilidade de garantia da viabilidade econômica da atividade.

Nessas oportunidades, a imposição de abertura de certame impõe uma nova modalidade de licitação obrigatória, sem autorizar à Administração a utilização do instrumento de credenciamento, o qual teve a sua legalidade reconhecida pela sentença.

Em suma, se faz necessário pontuar que a licitação não pode ser geral, mas sim apenas das vagas que possuam mais de um interessado para figurar como clínicas, sendo essa a modificação que se procura com o presente recurso.

DO DETERMINADO NA PORTARIA 2.878/02 - DA INDICAÇÃO DE REGIÕES

Para melhor compreensão da questão, vale apresentar o Regulamento da Portaria nº 3976/2008, *in verbis*:

“CONSIDERANDO que as Clínicas terceirizadas destinam-se a atendimento exclusivo aos usuários do Detran-RJ;

CONSIDERANDO o grande número de processos deferidos em 1ª fase e inúmeras Clínicas já em funcionamento;

CONSIDERANDO que a distribuição equitativa visa dar maior segurança ao sistema de atendimento ao usuário;

CONSIDERANDO que a Clínica terceirizada necessita de um número mínimo de atendimento para custear suas despesas;

CONSIDERANDO que compete ao Detran-RJ controlar a qualidade dos serviços prestados pelas Clínicas credenciadas.

RESOLVE:

Art. 1º - Determinar a suspensão temporária de novos credenciamentos de Clínicas, até que a área solicitada atinja 60% (sessenta por cento) do volume de atendimento, devendo ser considerado apenas um consultório de atendimento por Clínica. (...) (grifo nosso)

Nesse sentido, depreende-se que a Portaria 2.878/2002, que ainda se encontra em vigor, apresentou os fundamentos da necessidade de que o credenciamento de clínicas só fosse reaberto quando as clínicas de uma determinada área (região) superasse 60% (sessenta por cento) da sua capacidade de atendimento, que se resume a 48 (quarenta e oito) usuários por dia.

Dessa forma, deixa a sentença de observar de forma objetiva a necessidade de identificação do coeficiente de gestão para impor a então criação de uma vaga e com ela a impor a realização de processo licitatório, apenas em caso de existência de mais de um interessado.

Ressalte-se que a demanda de atendimento apresentada é um parâmetro concreto e de quantificação real e de influência direta na qualidade do atendimento aos usuários dos processos de habilitação da CNH.

Nesse sentido, o juízo *a quo*, à fl. 815, percebeu a importância da limitação dos números de clínicas, não só por uma questão econômica mas também de garantia de continuidade do serviço, conforme se depreende *in verbis*:

"(...) que o processo licitatório indique o número de clínicas para cada região do Estado para garantir a viabilidade econômica do negócio sem comprometer o conforto e a eficiência do serviço, bem como para não prejudicar o serviço prestado à população(...)"

Mas ao determinar um processo de licitação geral deixou de observar a questão geográfica do problema.

CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS - NATUREZA JURÍDICA E A NECESSIDADE DE RESPEITO AO EQUILÍBRIO ECONOMICO FINANCEIRO DA ATIVIDADE DAS CLÍNICAS

A finalidade da Administração Pública é necessária e objetivamente a realização do interesse público.

Ocorre que, para a realização concreta do interesse público, pode existir que a atuação isolada de uma determinada entidade não seja suficiente para levá-la a êxito.

Neste sentido que, no âmbito da atuação administrativa, não pode prescindir o Estado de instrumentos jurídicos próprios que permitam a conjugação dos esforços de vários entes públicos ou mesmo destes com particulares, visando objetivos comuns.

Segundo a doutrina de Joel de Menezes Niebhur, o credenciamento pode ser conceituado como:

“(...) espécie de cadastro em que se inserem todos os interessados em prestar certos tipos de serviços, conforme regras de habilitação e remuneração prefixadas pela própria Administração Pública.”

Todos os credenciados celebram, sob as mesmas condições, contrato administrativo, haja vista que, pela natureza do serviço, não há relação de exclusão, isto é, o serviço a ser contratado não precisa ser prestado com exclusividade por um ou por outro, mas é prestado por todos.

Assim, o Credenciamento é uma forma de contratação direta adotada pela Administração Pública, que possui como fundamento a inviabilidade de competição, prevista no *caput* do art. 25 da Lei 8.666/93.

A inviabilidade, no presente caso, resulta da possibilidade de contratação de todos os interessados do ramo do objeto pretendido, e que atendam às condições mínimas estabelecidas no regulamento.

Uma vez finalizado o procedimento de Credenciamento e havendo necessidade da prestação do serviço, caberá a Administração formalizar a contratação daqueles que se encontram devidamente registrados no sistema de credenciamento, por inexigibilidade de licitação, publicando, portanto, o ato de inexigibilidade de licitação na imprensa oficial, em face do contido no art. 26 da Lei 8.666/93.

Posto isto, aqueles interessados que cumprirem as regras fixadas para aderirem ao sistema de Credenciamento, e que forem devidamente registrados no sistema, poderão firmar contrato com a Administração quando da necessidade da prestação do serviço, o qual será guiado pelo art. 55 da Lei 8.666/93.

Os interessados que atenderem às condições fixadas no regulamento firmarão contrato com a Administração. O contrato, por ser de natureza administrativa, deverá atender, no que for cabível, as exigências previstas no art. 55 da Lei nº 8.666/93.

O princípio do equilíbrio econômico e financeiro visa, pois, garantir a manutenção da equação inicialmente contratada, ou seja, manter a proporção entre os encargos imprescindíveis à execução da avença e a contraprestação ou remuneração pactuada, de forma que uma parte não se locuplete mediante empobrecimento da outra.

Desta feita, o princípio do equilíbrio contratual se apresenta como um “limitador” da cláusula *pacta sunt servanda*, porém sempre condicionado à ocorrência de um fato superveniente, imprevisível, causador de onerosidade excessiva a uma das partes (teoria da imprevisão), hábil a destruir a relação inicialmente entabulada: de (uma suposta) equivalência entre as prestações (teoria da quebra da base do contrato).

Ou seja, ele não elide a responsabilidade daquele que, desidiosamente, firma o ajuste sem ponderar acerca das obrigações dele decorrentes e, afinal, vê-se sem condições de suportá-las senão assumindo o “prejuízo” da própria desídia.

Assim, esta claro que ao requerer o descredenciamento indiscriminado das clínicas atualmente em funcionamento, o Ministério Público esta exigindo que a Administração Pública desrespeite o princípio do equilíbrio contratual, o principio da continuidade do serviço público e a clausula *pacta sunt servanda*.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é o presente para requerer a V. Exas. seja negado Provimento aos Recursos de Apelação de fls. 1287/1308, 1167/1176 e 3947/3957, consoante a argumentação supra mencionada, mantendo-se integralmente a sentença exarada pelo Juízo a quo e condenando os Recorrentes ao pagamento de 20% de honorários de sucumbência por ser medida de JUSTIÇA!

Termos em que, pede deferimento.

Niterói, 11 de agosto de 2020.

Fabiano Couto
OAB/RJ 145.273