



MÉRITO

TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 28/08/2019 – SECÇÃO MUNICIPAL

EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL

Processos: TC-016794.989.19-4; e
TC-016855.989.19-0.

Representantes: Ligia Maria Alves Julião (OAB/SP n.º 193.607); e
Luis Gustavo de Arruda Camargo (RG:
32.212.738-5 e CPF: 289.477.748-55).

Representada: Fundação de Saúde do Município de Americana –
FUSAME.

Responsável: Sérgio Luis Mancini – Diretor Presidente.

Procurador: Gustavo Frezzarin (OAB/SP n.º 262.073).

Assunto: Representações contra o edital do Pregão
Presencial n.º 28/2019, Processo Administrativo
n.º 000.918, objetivando a contratação de
empresa para prestação de serviços médicos
para a atenção básica da Secretaria da Saúde.

**Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhor Procurador do
Ministério Público de Contas,**

Trata-se de Representações formuladas por **Ligia Maria Alves Julião** e **Luis Gustavo de Arruda Camargo**, contra o edital do Pregão Presencial n.º 28/2019, Processo Administrativo n.º 000.918, da Fundação de Saúde do Município de Americana - FUSAME, objetivando a contratação de empresa para prestação de serviços médicos para a atenção básica da Secretaria da Saúde.

A advogada **Ligia Maria Alves Julião**, em apertada síntese, critica a ausência de impedimento à participação de cooperativas e associações no certame.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO



Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES

Explica que a licitação objetiva a prestação de serviços médicos, por meio de profissionais devidamente capacitados e inscritos no Conselho Regional de Medicina, com comprovação de vínculo com a empresa contratada.

Aduz que a requisição de vínculo trabalhista decorre da natureza da atividade a ser contratada, que pressupõe a disponibilização de profissionais em unidades de saúde indicadas pela Secretaria Municipal de Saúde do Município de Americana em horários pré-estabelecidos, conforme termo referencial.

Traz à colação dispositivos legais e excertos jurisprudenciais, para assinalar que as cooperativas deveriam ser impedidas de participar da licitação, assim como, pelas mesmas razões, as associações.

Registra que ao inserir a palavra “empresa” no instrumento convocatório, veda-se implicitamente o ingresso das entidades anteriormente referidas, mas que, como elas certamente acorrerão à disputa, há necessidade de manifestação expressa deste Tribunal.

Nesse sentido, realça que admitir a participação, no mesmo certame, de empresas, cooperativas e associações fere o princípio da isonomia, tendo em vista os diferentes regimes tributários.

Requer a imediata suspensão da licitação, com posterior declaração de nulidade do certame ou, alternativamente, determinação de correção do edital.

Por meio de despacho publicado em 30 de julho de 2019 (Diário Oficial do Estado – Poder Legislativo – p. 27), destacou-se que “a ausência de vedação à participação de cooperativas em certame destinado à contratação de serviços que, por sua natureza e descrição, demandam relação de subordinação se mostra em descompasso com a jurisprudência desta Corte”, razão pela qual foi concedida a medida cautelar de suspensão da realização da sessão de recebimento dos envelopes.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO



Gabinete da Conselheira **CRISTIANA DE CASTRO MORAES**

Na ocasião, conferiu-se também oportunidade para que a Administração se manifestasse sobre as questões suscitadas na inicial e justificasse “a requisição de atestados de capacidade técnica acompanhados dos respectivos contratos ou notas fiscais da prestação de serviços, por se mostrar condição restritiva e não autorizada pela norma de regência”.

Tais medidas foram referendadas em Sessão Plenária de 31 de julho de 2019.

Antes da resposta do órgão promotor do certame, sobreveio a representação formulada pelo cidadão **Luis Gustavo de Arruda Camargo**, que, inicialmente, noticia o descumprimento da decisão deste Tribunal por ocasião do exame da versão anterior do presente edital, especialmente em relação à falta de indicação expressa, no novo ato de chamamento, do impedimento de participação de cooperativas.

Em acréscimo, aponta a inconstitucionalidade de se contratar os profissionais pretendidos por meio de terceirização de mão de obra.

Descrevendo a carga horária de cada uma das especialidades previstas no edital, menciona que a contratação corresponde à terceirização de mão de obra por meio de licitação, sendo que os médicos deveriam ingressar por meio de concurso público.

Assinala a necessidade de disponibilização de diversos profissionais, com supervisão do registro de frequência e relógio de ponto eletrônico, com possibilidade de assumir a responsabilidade técnica da unidade de saúde, além da estipulação de médico substituto sempre que necessário, para não haver descontinuidade no atendimento à população.

Cita notícias acerca da contratação de médicos e salienta que o objeto da licitação não objetiva a assinatura de contratos de gestão, termos de parceria ou de avenças para atuar de forma complementar ao poder público.

Consigna que admissões da Fusame foram julgadas ilegais no bojo do TC-005083.989.17-8.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO



Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES

Ao final, requer a suspensão da licitação e a procedência da representação, a fim de que o edital seja anulado, sem prejuízo de aplicação de multa pelo descumprimento de decisão deste Tribunal.

Em resposta, a Administração admite que assiste razão aos representantes no tocante à falta de proibição expressa à participação de cooperativas, muito embora a matéria tenha sido elucidada em nota de esclarecimentos.

Apesar da informação constante do preâmbulo do edital¹ que, a seu ver, já afastaria associações e assemelhadas da licitação, compromete-se a incluir vedação expressa a esse respeito no ato de chamamento.

Nos demais pontos, sustenta haver alinhamento com as determinações anteriores deste Tribunal.

No que diz respeito ao questionamento suscitado no despacho que deferiu a liminar, pertinente à qualificação técnica, anuncia que alterará o edital.

Desse modo, considerando que as representações perderam o objeto, postula o arquivamento sumário dos feitos, com autorização para seguimento do certame.

Ministério Público de Contas advoga a procedência parcial da representação tratada no TC-016794.989.19-4 e pela procedência integral daquela abrigada no TC-016855.989.19-0, opinando pela ordem de decretação da nulidade do certame, por força da inconstitucionalidade de se contratar os profissionais pretendidos por meio de terceirização de mão de obra.

Secretaria-Diretoria Geral sustenta a procedência das reclamações.

É o relatório.

GC.CCM-14

¹ “O presente Pregão Presencial tem por objeto a Contratação de empresa para Prestação de Serviços Médicos para a Atenção Básica da Secretaria da Saúde [...]”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO



Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES

TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 28/08/2019 – SECÇÃO MUNICIPAL

EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL

Processos: TC-016794.989.19-4; e
TC-016855.989.19-0.

Representantes: Ligia Maria Alves Julião (OAB/SP n.º 193.607); e
Luis Gustavo de Arruda Camargo (RG: 32.212.738-5 e CPF: 289.477.748-55).

Representada: Fundação de Saúde do Município de Americana – FUSAME.

Responsável: Sérgio Luis Mancini – Diretor Presidente.

Procurador: Gustavo Frezzarin (OAB/SP n.º 262.073).

Assunto: Representações contra o edital do Pregão Presencial n.º 28/2019, Processo Administrativo n.º 000.918, objetivando a contratação de empresa para prestação de serviços médicos para a atenção básica da Secretaria da Saúde.

EMENTA: EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL. COOPERATIVAS. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. JULGAMENTO ANTERIOR. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. Conforme reconheceu a própria Origem, a tornar o ponto incontroverso, é necessário, para se adequar plenamente ao julgamento desta Casa nas representações anteriores, que seja consignada expressamente a proibição de participação de cooperativas.

2. Por extrapolar o rol taxativo do artigo 30 da Lei de Licitações, imprescindível a exclusão da exigência de fornecimento, para fins de aferição da qualificação técnica, de “Contrato de Prestação de Serviços ou as Notas Fiscais de Prestação de Serviços”.

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhor Procurador do Ministério Público de Contas,

Inicialmente, solicito referendo deste Plenário para as medidas preliminares adotadas no sentido de requisição de justificativas na representação tratada no processo n.º **TC-016855.989.19-0**, propondo o recebimento do feito também como Exame Prévio de Edital.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO



Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES

Ainda em caráter preambular, convém lembrar que os presentes feitos foram a mim distribuídos por prevenção em razão de conexão com a matéria tratada nos processos TC-011994.989.19-2 e TC-012039.989.19-9, que abrigaram de representações intentadas por Rosana Dias da Cruz e Luis Gustavo de Arruda Camargo contra versão anterior do presente edital.

Em Sessão de 05 de junho de 2019, o Plenário deste Tribunal, acolhendo voto por mim proferido, considerou parcialmente procedentes as impugnações então formuladas, determinando que a Fundação de Saúde do Município de Americana anulasse aquele certame, por vício de ilegalidade, em razão da inadequada adoção do sistema de registro de preços.

Além disso, consignou-se a necessidade de observância, em eventual deflagração de nova licitação, das orientações descritas no corpo da decisão, em especial para: não permitir a participação de cooperativas no certame; restringir a comprovação de regularidade fiscal aos tributos diretamente incidentes sobre o objeto almejado; e incluir cláusula que contemplasse o teor da Súmula n.º 50.

Por fim, alertou-se que a futura contratação deveria se limitar à situação narrada pela defesa naquela ocasião, consistente na necessidade de reforço de contingente nas Unidades Básicas de Saúde, para enfrentar o “surto de dengue sofrido na região, que ocasionou a crescente demanda de atendimentos, a qual, inclusive, foi majorada diante da migração de usuários de planos de saúde particulares para o Sistema Único de Saúde (SUS)”. Advertiu-se, então, para a imprescindibilidade de readequação do quadro funcional da fundação com preenchimento de cargos por concurso ou seleção pública.

Antes de prosseguir, importa destacar a existência de nítida relação entre parte das orientações anteriormente formuladas por este Tribunal e as reclamações ora intentadas, de sorte a permitir análise conjunta.

Isto posto, convém notar que a representada, na nova versão editalícia, deixa evidenciado que poderão participar do certame apenas



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO



Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES

empresas², modificando a redação anterior que permitia também o ingresso das “cooperativas interessadas”³.

Referida mudança, embora não corresponda exatamente ao quanto foi prescrito, demonstra que a Administração buscou impedir a presença de tais entidades no certame, motivo pelo qual não enxergo, na espécie, frontal descumprimento à determinação deste Tribunal.

De todo modo, evidencia-se que, conforme reconheceu a própria Origem, a tornar o ponto incontroverso, é fundamental, para se adequar plenamente ao julgamento desta Casa nas representações anteriores, que seja consignada expressamente a proibição de participação de cooperativas.

Dando seguimento, verifica-se que o ato de chamamento antes examinado pelo Tribunal já não previa o ingresso de associações e assemelhadas na licitação, tendo sido considerada insubsistente, naquela oportunidade, a pretensão de uma das então representantes de inclusão de tal possibilidade, na forma a seguir exposta:

No tocante às críticas que recaíram sobre a previsão editalícia de afastamento das associações e assemelhadas, penso que não devem prosperar, à luz do entendimento consignado nos autos dos processos TC-006592.989.17 e 6593.989.17, em Sessão Plenária de 28/06/2017, sob a relatoria do eminente Conselheiro Renato Martins Costa:

“Tendo em vista que, feita a opção pela aquisição dos serviços médicos mediante contrato de direito público, conforme conveniência e oportunidade da Administração, a participação de entidades vinculadas ao terceiro Setor em disputa assim formatada implicaria efetivo prejuízo à isonomia e à competição.”

Não obstante, tendo em mira a necessidade assinalada de alteração do edital e até para que não paire dúvidas entre as eventuais interessadas, mostra-se apropriado que seja explicitado tal impedimento, a exemplo do que já foi orientado para as cooperativas.

² 5.2 - Poderão participar deste Pregão as empresas interessadas que atuem exclusivamente no ramo de atividade pertinente ao objeto licitado, autorizadas na forma da lei, e que atendam às exigências de habilitação.

³ 5.2 - Poderão participar deste Pregão as empresas ou cooperativas interessadas que atuem exclusivamente no ramo de atividade pertinente ao objeto licitado, autorizadas na forma da lei, e que atendam às exigências de habilitação, sendo, pois, permitida a participação apenas de empresas ou cooperativas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO



Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES

No que concerne à acusação de terceirização indevida de mão de obra, registra-se que a matéria já foi alvo de recomendação no último julgamento, a fim de que fosse restringida a contratação pretendida para o reforço excepcional de contingente, de sorte a se buscar o caminho regular do concurso público para as demais situações.

Partindo dessa premissa, não vejo como, na presente sede, avançar para se verificar à plena adequação a tais diretrizes, em especial levando em consideração a proximidade entre a deflagração da licitação anterior e a atual, além dos limites de cognição do rito dos exames prévios de edital. Assim, malgrado a Fundação não tenha trazido informações a respeito do questionamento, compreendo inexistir panorama amadurecido e cristalino o suficiente, nos presentes autos, para se chegar a juízo seguro sobre a necessidade de se determinar a anulação do certame.

Todavia, é importante deixar bem vincado que a matéria é passível de ser revisitada nas vias fiscalizatórias ordinárias (Balanço Geral do Exercício e/ou exame da contratação), as quais permitem maior dilação probatória e, por conseguinte, a averiguação de eventuais irregularidades ou desvios no objeto pretendido.

Finalmente, conforme se comprometeu a Fundação em sede defensória, em aderência ao questionamento formulado por ocasião do deferimento da cautelar, imprescindível, por extrapolar o rol taxativo do artigo 30 da Lei de Licitações, a exclusão da exigência de fornecimento, para fins de aferição da qualificação técnica, de “Contrato de Prestação de Serviços ou as Notas Fiscais de Prestação de Serviços”.

Ante o exposto, nos estritos limites dos aspectos tratados, meu voto considera **procedente** a representação tratada no TC-016794.989.19-4 e **parcialmente procedente** aquela intentada no TC-016855.989.19-0, determinando que a **Fundação de Saúde do Município de Americana – FUSAME**, sem prejuízo do pleno atendimento a todas as determinações exaradas nos processos n.ºs TC-011994.989.19-2 e TC-012039.989.19-9, altere o edital do **Pregão Presencial n.º 28/2019**, de modo a:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO



Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES

- prever expressamente a impossibilidade de participação de cooperativas, associações e assemelhadas; e
- excluir a exigência de apresentação, na qualificação técnica, de “Contrato de Prestação de Serviços ou as Notas Fiscais de Prestação de Serviços”.

No mais, reforça-se a recomendação para que a futura contratação se limite à situação de reforço de contingente nas Unidades Básicas de Saúde, sem embargo da imprescindibilidade de readequação do quadro funcional da Fundação com preenchimento de cargos por concurso ou seleção pública, orientações estas suscetíveis de verificação nas vias fiscalizatórias ordinárias.

Após proceder às alterações do instrumento, os responsáveis pelo certame deverão atentar para o disposto no § 4º do artigo 21 da Lei Federal n.º 8.666/93, com nova publicação e reabertura de prazo para formulação de propostas.

Expeçam-se os ofícios necessários, encaminhando os autos, após o trânsito em julgado, para arquivamento.