



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



MÉRITO

TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 05/06/2019 – SECÇÃO MUNICIPAL
EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL

Processos: TC-011994.989.19-2
TC-012039.989.19-9

Representantes: Rosana Dias da Cruz (RG: 12.661.216-X e CPF: 041.157.738-71)
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

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

Assunto: Representações contra o Edital do Pregão Presencial n.º 21/2019, Processo Administrativo n.º 000.662/2019), que objetiva o registro de preços para a contratação de 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 contra o Edital do Pregão Presencial n.º 21/2019, Processo Administrativo n.º 000.662/2019), da Fundação de Saúde do Município de Americana – FUSAME, formulada por Rosana Dias da Cruz e Luis Gustavo de Arruda Camargo, que objetiva o registro de preços para a contratação de prestação de serviços médicos para a atenção básica da Secretaria da Saúde.

A peticionária Rosana Dias da Cruz insurge-se contra a previsão constante do item 5.2, *in verbis*:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



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.

Em seu entendimento, a participação de cooperativas nas licitações públicas, muito embora venha autorizada na Lei de Licitações (artigo 3º, § 1º, inciso I), encontra óbice quando à forma de prestação de serviços, contraria a Lei n.º 12.690/12, especificamente o seu artigo 5º, que dispõe que a cooperativa de trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada.

A seu ver, de acordo com as disposições do ato convocatório, a prestação dos serviços médicos terá caráter de subordinação, haja vista as informações constante do anexo 01 – Memorial Descritivo, abaixo transcrito:

1.3 - Caberá à CONTRATADA:

1.3.1 - designar o profissional médico, devidamente habilitado pelo Conselho Regional de Medicina, que participará da execução do presente contrato, observadas as condições quanto às especialidades, podendo ocorrer alterações dias e horários de atendimento em comum acordo com a Coordenadoria de Atenção Básica da Secretaria de Saúde de Americana, desde que avisada e informada com antecedência para autorização;

1.3.2 - Será de responsabilidade da Coordenadoria de Atenção Básica a fiscalização diária dos serviços prestados pelos profissionais médicos da CONTRATADA, através de verificação de registro frequência diária, que será de obrigação da CONTRATADA a instalação de controle de frequência através de biometria nas Unidades Básicas de Saúde;

Interpreta que não resta dúvida que o dispositivo imputa à Coordenadoria de Atenção Básica da FUSAME a responsabilidade de fiscalização da habitualidade e pessoalidade dos médicos, se traduzindo, pois, em subordinação.

Cita, em favor de sua tese, precedentes jurisprudenciais acerca da matéria.

Defende, também, que, de maneira equivocada, no Pregão Presencial epigrafado será permitida a participação apenas de empresas, ficando alijadas do certame as instituições constituídas na forma de associações e assemelhadas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Insurge-se, de igual modo, contra a exigência de capital social ou patrimônio líquido, na medida em que se faz necessário que o processo seja o mais simplificado possível, para que se obtenha, num vasto universo, o melhor profissional. Tal objetivo, segundo acrescenta, não se afere com tais imposições, mas com qualidade e capacidade técnica. Ademais, a escolha pela modalidade Pregão já induz, a seu ver, a desnecessidade de prova de capacidade financeira, já que nela o menor preço é o que persegue a Fundação.

Por sua vez, o cidadão Luis Gustavo de Arruda Camargo impugnou os seguintes aspectos editalícios: indevida adoção do sistema de registro de preços para a contratação de serviços continuados (Súmula n.º 31); ausência das condições de participação de empresas em recuperação judicial e extrajudicial (Súmula n.º 50); e exigência genérica de prova de regularidade fiscal (item 5.9, III, b).

Os representantes pugnam, ao final, pela suspensão do procedimento com posterior julgamento no sentido da procedência dos aspectos suscitados.

Examinando os termos das Representações intentadas, pude vislumbrar, ao menos em tese, que existem disposições editalícias que contrariam as normas de regência da matéria.

Por esse motivo, considerando que, no presente certame, a abertura do procedimento estava marcada para o dia 16 de maio de 2019, com fundamento no parágrafo único do artigo 221 de nosso Regimento Interno, assinei à autoridade competente o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para que encaminhasse cópia integral do instrumento convocatório e seus anexos e para que oferecesse justificativas sobre as impropriedades aventadas nas iniciais.

No interesse da lisura do certame e, considerando que este Tribunal poderá decidir pela alteração do ato convocatório, determinei a suspensão do procedimento licitatório impugnado até apreciação final da matéria.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



A Fundação representada compareceu aos autos com justificativas e documentos defendendo, inicialmente, que criar óbices à participação de cooperativas revela-se absolutamente vedado pelo ordenamento jurídico, na medida em que fere o caráter isonômico e competitivo da Lei Federal n.º 8.666/93.

Cita, em seu favor, precedente do Tribunal de Contas da União acerca do assunto, complementando o entendimento de que se mostra viável a participação da cooperativa em licitação quando o objeto licitado se enquadra na atividade direta e específica para a qual a cooperativa foi constituída.

No tocante à participação de associações no presente certame, a Municipalidade, por intermédio de entendimento doutrinário, sustenta que a ausência de finalidade lucrativa e a existência de vantagens fiscais justificam o impedimento previsto no Edital.

Na sequência, busca rebater os argumentos trazidos pelas Representantes acerca do caráter de subordinação que permeia a relação jurídica decorrente do ajuste a ser formalizado, de tal modo que o simples fato de se conferir à Coordenadoria de Atenção Básica a atribuição de fiscalização do contrato não se amolda a uma relação de subordinação.

Em relação às exigências voltadas à comprovação de capacidade econômico-financeira das licitantes, ressalta que se conformam ao disposto no artigo 31 da Lei Federal n.º 8.666/93.

No que diz respeito à representação intentada por Rosana Dias da Cruz, de igual forma, interpreta que seus argumentos são totalmente infundados, porquanto, de início, não há que se falar em incompatibilidade com o Sistema de Registro de Preços, pois não se objetiva a contratação de serviços continuados, na medida em que constituem apenas um reforço temporário do contingente a ser destinado à atenção básica de saúde.

Destaca que a necessidade primordial da contratação é de reforço contingencial de profissionais nas Unidades Básicas de Saúde, contempladas no



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Memorial Descritivo, até que o quadro de surto epidemiológico de dengue se normalize.

Já no tocante à exigência de certidão negativa de falência, indica que a Prefeitura obedeceu tão somente o comando contido no artigo 31, inciso II da Lei de Licitações.

Também, sustenta a legalidade das imposições voltadas à comprovação de regularidade fiscal, contidas no subitem 5.9, III, b, do ato convocatório, com fundamento no artigo 29, inciso II e III do diploma supramencionado.

Finaliza suas razões ressaltando a importância da presente contratação e a premência que o caso exige, pugnando, ao final, pela improcedência das representações.

A Assessoria Técnica, sua Chefia e o Ministério Público de Contas manifestaram-se, de forma unânime, pela procedência parcial dos aspectos criticados nestes autos, com proposta de anulação do procedimento licitatório.

É o relatório.

GC.CCM-31



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 05/06/2019 – SECÇÃO MUNICIPAL
EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL

Processos: TC-011994.989.19-2
TC-012039.989.19-9

Representantes: Rosana Dias da Cruz (RG: 12.661.216-X e CPF: 041.157.738-71)
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

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

Assunto: Representações contra o Edital do Pregão Presencial n.º 21/2019, Processo Administrativo n.º 000.662/2019), que objetiva o registro de preços para a contratação de prestação de serviços médicos para a atenção básica da Secretaria da Saúde

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. VÍCIO DE ORIGEM. PROCEDÊNCIA. ANULAÇÃO DO CERTAME.

1. Configurada a incompatibilidade da adoção da Sistemática de Registro de Preços com a prestação de serviços médicos.
2. O impedimento à participação de cooperativas deverá constar do ato convocatório, porquanto os serviços almejados demandam relação de subordinação.

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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Solicito, preliminarmente, referendo deste Plenário para os atos que pratiquei neste feito no sentido da requisição de documentos e justificativas à Administração representada e determinação de suspensão do certame.

Quanto ao mérito, de início, em apertada síntese, ressalto que a Fundação representada justifica a presente contratação na necessidade de reforçar o contingente de profissionais nas Unidades Básicas de Saúde, em vista do 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).

Contudo, conforme destacou o Ministério Público de Contas:

Tais justificativas, aliadas às disposições editalícias, demonstram a pretensão da representada de contratar, não apenas pessoal para atuação esporádica, eventual e/ou complementar, mas sim empresa que disponibilize profissionais generalistas e especializados para o cumprimento de cargas horárias variantes entre 960 e 6.720 horas anuais e que atuarão nas unidades de saúde do próprio Município, conforme designação pela Coordenadoria de Atenção Básica.

Ainda, diante desta contextualização, ressalto que o Ministério Público de Contas aponta que a contratação em tela assume a feição, em verdade, de terceirização exclusivamente de mão de obra por meio de licitação, em detrimento da realização de concurso público para preenchimento de cargos efetivos.

Sobre esse aspecto, recomendo que a FUSAME analise a necessidade de realização de concursos públicos ou processos seletivos para admissão de pessoal.

Nesse cenário é que a instrução da matéria foi unânime em considerar a inaplicabilidade da aludida sistemática para o objeto em análise.

Isso porque, em primeiro lugar, fica caracterizada a ausência de caráter complementar e temporário, porquanto os serviços médicos pretendidos



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



não podem sofrer solução de continuidade, denotando, *in casu*, afronta à Súmula n.º 31 deste Tribunal¹.

Destarte, interpreto que não merecem guarida as alegações da Fundação no sentido da imprevisibilidade do objeto, de modo que a procedência do aspecto suscitado nestes autos evidencia vício de origem, que inviabiliza, por completo, o prosseguimento do torneio nos moldes propostos Fundação representada, o que impõe a necessidade de anulação do procedimento, nos termos do artigo 49 da Lei nº 8.666/93.

Embora essa assertiva imponha alterações severas nas disposições do edital, aproveito essa oportunidade para analisar os demais questionamentos suscitados, até para que sirva de parâmetro à Administração quando do lançamento dos futuros procedimentos licitatórios.

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.”

Por consequência, também se mostram improcedentes as reclamações acerca da comprovação de patrimônio líquido ou capital social (item n.º 5.13, II do Edital), na medida em que a imposição revela-se em sintonia com o artigo 31, §§ 2º e 3º da Lei Federal n.º 8.666/93.

Entretanto, no que diz respeito à participação de cooperativas, a permissão contida no ato convocatório vai de encontro à jurisprudência desta Casa, que considera que serviços da espécie demandam relação de

¹ Súmula n.º 31: É vedada a utilização do sistema de registro de preços para contratação de serviços de natureza continuada.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



subordinação, a exemplo do que foi decidido nos autos do processo TC-010649.989.17-5, em Sessão Plenária de 04/10/2017, sob a relatoria do eminente Substituto de Conselheiro Samy Wurman, *in verbis*:

2.3. Quanto ao questionamento relacionado ao subitem 10.1.1.4 apresenta procedência parcial, não pela exigência de registro na Organização das Cooperativas Brasileiras ou na Entidade Estadual, que encontra amparo legal, mas pelo escopo do objeto, consistente na prestação de serviços que demandam relação de subordinação. Dessa forma deve o edital ser retificado nesse aspecto, como já noticiado pela Administração em seus esclarecimentos complementares.

Quanto às previsões relacionadas à comprovação de regularidade fiscal, interpreto que, em sintonia com a pacífica jurisprudência da Casa, tais requisitos devem estar relacionados tão somente àqueles tributos diretamente incidentes sobre a atividade que envolve o objeto almejado, cabendo, neste cenário, a revisão da referida cláusula editalícia.

Finalmente, no que diz respeito às impugnações que recaíram sobre a ausência de previsões para a participação de empresas em recuperação judicial e extrajudicial, muito embora a FUSAME tenha discriminado, no item 5.13, I do Edital, a redação do artigo 31, inciso II da Lei Federal n.º 8.666/93, cabe recomendar que proceda à readequação do ato convocatório, de contemplar também a previsão que atenda o teor da Súmula n.º 50 deste Tribunal.

Em razão do exposto, nos estritos limites dos aspectos tratados, meu voto considera **parcialmente procedentes** as impugnações, e considerando a inadequação da adoção do Sistema de Registro de Preços, deve a Fundação de Saúde do Município de Americana proceder à anulação do Pregão Presencial n.º 021/2019, por vício de ilegalidade, nos termos do artigo 49 da Lei de Licitações.

Ainda, caso promova abertura de novo certame licitatório para o objeto, deverá a Fundação conformar as cláusulas do novo edital aos pronunciamentos de mérito consignados no corpo do voto, sem embargo de alertá-la de que a presente contratação se limite à situação descrita pela defesa,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



readequando o seu quadro funcional com preenchimento de cargos por concurso ou seleção pública.

Proponho, ainda, que seja dada ciência ao relator das contas da FUSAME de 2019, para providências que houver por bem determinar.

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