

À

**COMISSÃO DE JULGAMENTO DE LICITAÇÕES**  
**ILUSTRÍSSIMA SRA. PREGOEIRA DA CÂMARA MUNICIPAL DE DIADEMA**

**EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 008/2021**

**ENDEREÇO ELETRÔNICO: [www.licitacoes-e.com.br](http://www.licitacoes-e.com.br) (ID: 903461)**

**OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA.**

**A BONSAGLIA CONSULTORIA, ASSESSORIA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA.,** pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ sob o nº. **07.955.239/0001-64**, sediada na Rua Itagyba Santiago, nº 51 – Vila Alexandria, São Paulo - SP, vem, respeitosamente à presença de V.Sa., apresentar sua **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO.**

<b>DOS FATOS</b>
------------------

Trata-se do procedimento licitatório a ser realizado pela **CÂMARA MUNICIPAL DE DIADEMA** (Pregão Eletrônico nº 008/2021), publicado no Diário Oficial de São Paulo em 23 de outubro de 2021, visando a contratação de empresa especializada na prestação/cobertura de serviços médico-hospitalares, na segmentação ambulatorial hospitalar com obstetrícia, exames laboratoriais e demais serviços de apoio diagnóstico, inclusive UTI, na acomodação coletiva (enfermaria), com opção para apartamento individual na mesma categoria de plano, aos servidores ativos, efetivos e comissionados, inativos, Vereadores da Câmara Municipal de Diadema e seus dependentes, por meio de rede credenciada/referenciada ou cooperada, livremente

escolhidos, com abrangência nacional e reembolso em municípios onde não haja credenciamento, nas condições do Anexo I – Termo de Referência, parte integrante deste Edital.

Após exame minucioso da matéria, a Requerente deparou-se com determinadas exigências que se revelam absolutamente ilegais, por imporem inúmeros e injustificados requisitos quanto à rede credenciada a ser disponibilizada pelas licitantes, afrontando normas que regem o procedimento licitatório e restringindo excessivamente o caráter competitivo do certame.

Diante disso, deve ser analisada a respectiva impugnação tempestiva do edital publicado pela Administração Pública, conforme será demonstrado adiante.

## **DO DIREITO**

### **I – DA VEDAÇÃO ÀS CLÁUSULAS DISCRIMINATÓRIAS, RESTRITIVAS DA COMPETITIVIDADE**

Preliminarmente, indispensável fazer-se uma breve exposição acerca do quanto preconizado pela legislação pátria com vistas a elucidar-se a absoluta ilegalidade de cláusulas discriminatórias e restritivas da competitividade em certames públicos, para, em seguida, adentrar-se propriamente na questão do restritivo mercado de Operadoras de Plano de Saúde e as irregularidades verificadas no instrumento convocatório em comento.

Com efeito, consiste a licitação em um procedimento administrativo destinado a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, observados os princípios constitucionais e administrativos norteadores do certame, conforme preconizado pelo *caput* do artigo 3º, da Lei nº 8.666/93, o qual dispõe:

*“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.*

Como imposição do próprio interesse público na busca pela melhor proposta o certame licitatório tem por pressuposto básico a competição, a qual, pautada na observância do princípio da isonomia assegure a participação do maior número de interessados possível e aptos a prestar o objeto licitado.

Justamente para ampliar a competitividade do certame e o leque de propostas oferecido à Administração Pública é que prevê o §1º, do mencionado artigo 3º da Lei de Licitações, **ser vedado aos agentes públicos:**

*“I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991”;* (Grifo Nosso)

Conveniente esclarecer a observância do princípio da isonomia e o dispositivo legal transcrito não vedarem que a Administração Pública especifique as características relevantes do objeto licitado, podendo fazê-lo desde que tal diferenciação se revele compatível, pertinente e indispensável ao satisfatório cumprimento contratual, nos termos destacados pelo eminente ex-Ministro Eros Grau, in verbis:

*“(…) Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, **a função da licitação é a de***

viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribuiu a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam dispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível”.<sup>1</sup> (Grifo Nosso).

Conforme esclarece Marçal Justen Filho, “o disposto não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas, nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. (...) A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação”<sup>2</sup>.

Deveras, esta interpretação é inclusive sobrelevada pela Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, a qual estipula em relação às licitações que “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Depreende-se dos excertos transcritos reprovar-se, portanto, tão somente a previsão de cláusulas efetivamente discriminatórias, fundadas em critérios não

---

<sup>1</sup> STF – ADI 3070/RN, rel. Min. Eros Grau, j. 29.11.07.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Renovar, 2006, p. 80.

pertinentes ou não relevantes para o objeto da contratação, as quais acabam apenas por restringir a competitividade do certame, relevando preferências pessoais do administrador ou favorecendo determinados licitantes em detrimento de outros sem estarem respaldados em relevante e justificado interesse público.

Em outras palavras, “*será inválida a cláusula discriminatória quando não tiver pertinência ou relevância. **Mais ainda, também será inválida quando deixar de consagrar a menor restrição possível.** Se as características do objeto licitado exigirem a adoção de tratamento discriminatório, isso não significará a autonomia da Administração para consagrar discriminação excessiva. **Somente será admitida a mínima discriminação necessária para assegurar a obtenção da contratação mais vantajosa**”.<sup>3</sup>*

Significa dizer que, respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda que indiretamente, prejudiquem o caráter competitivo do certame.

No Caso em apreço, diversas são as cláusulas verificadas no instrumento convocatório do Pregão Eletrônico nº 008/2021, as quais impõem exigências injustificadas e excessivas, que não guardam pertinência relevante com o objeto licitado, acabando apenas por restringir ilegalmente a competitividade. Vejamos:

## **II – DAS PECULIARIDADES DAS CONTRATAÇÕES DE OPERADORAS DE SAÚDE**

No que se refere a certames públicos para contratação de planos de saúde, para que todos os corolários administrativos sejam efetivamente respeitados há que se considerar, já na elaboração do edital, dois pressupostos básicos, quais sejam:

---

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Renovar, 2006, p. 81.

- i. as peculiaridades de tal ramo mercadológico; e
- ii. as exigências formuladas relativamente à rede credenciada a ser ofertada pelos licitantes estarem intrinsecamente conectadas ao caráter competitivo do certame.

Primeiramente, vale lembrar que, atualmente encontram-se com registro ativo perante a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) 1.179 operadoras de saúde, todavia menos de 20% dessas empresas participam de processos licitatórios, devido ao grande porte destas contratações.

Não bastasse tal fato, a área de abrangência do plano a ser contratado, este número se torna ainda menor. Via de regra, somente 3 (três) Operadoras de Saúde costumam concorrer em certames licitatórios, quais sejam: a Amil, a Unimed e a Notre Dame Intermédica.

Vê-se, portanto, que a competitividade no ramo de planos de já se revela bastante restritiva, visto que poucas empresas se mostram capazes de atender a demanda de contratações públicas.

Neste contexto, há que se redobrar a atenção na elaboração dos Editais para que as exigências formuladas no instrumento convocatório não inviabilizem a participação de algumas destas empresas, reduzindo consideravelmente ou até mesmo inviabilizando por completo o certame.

Explique-se: é sabido que nos certames públicos para contratação de planos de saúde o fator determinante para que as operadoras possam ou não concorrer no certame consiste na rede hospitalar exigida. A maior ou menor flexibilidade da Administração Pública na definição desta Rede impactará necessária e proporcionalmente no número de operadoras capazes de acudir ao certame, bem como, via de consequência, na própria competitividade da licitação.

Por tal motivo, justamente a definição da rede credenciada consiste no fator mais problemático de tais licitações, o qual merece atenção para que não sejam

formuladas exigências excessivas, desarrazoadas, discriminatórias, que acabem por macular a isonomia, beneficiando uma operadora em detrimento das demais, em violação aos princípios que regem as licitações públicas.

*In casu*, da análise aprofundada das inúmeras minuciosas exigências relativas à rede credenciada a ser disponibilizada pelas licitantes constata-se facilmente as mesmas terem sido formuladas de maneira manifestamente discriminatória, sem qualquer justificativa plausível, beneficiando dentre o reduzido rol de operadoras de saúde uma única empresa em detrimento das demais. Situação esta admissível, conforme demonstrado a seguir:

### **III – DAS ILEGALIDADES VERIFICADAS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO RESTRITIVAS DA COMPETITIVIDADE DO CERTAME**

#### **III.1 – Da Exigência Injustificada e Discriminatória de Credenciamento de Determinadas Instituições Hospitalares Nominalmente Elencadas no Instrumento Convocatório, Sem Alternativas às Licitantes**

Da breve leitura do edital em comento, verifica-se a imposição de que as licitantes disponibilizem, **NO MÍNIMO 90% da Rede Credenciada** taxativamente descritas nos itens 15, subitens 15.1 a 15.3 e 16, subitens 16.1 a 16.2 do Termo de Referência, Anexo I do Edital, sendo 38 (trinta e oito) recursos obrigatórios, como pressuposto de qualificação técnica, *in verbis*:

##### **15. DA REDE HOSPITALAR MÍNIMA EXIGIDA (SÃO PAULO, GRANDE SÃO PAULO, INTERIOR E LITORAL):**

*15.1. A CONTRATADA deverá manter o credenciamento de, no mínimo, 90% dos Hospitais/Clínicas abaixo indicadas. **Os recursos que estiverem marcados com asterisco (\*) serão de exigência obrigatória.***

*15.2. Os Hospitais devem atender consulta de urgência/emergência, exames e internações de urgência e eletivas. Ao menos dois dos hospitais abaixo deverão atender consultas ambulatoriais:*

- *Hospital e Maternidade São Camilo\**
- *CEMA \**
- *Hospital HCLOE (Oftalmologia)\**
- *Hospital IBCC \**
- *Hospital Nipo Brasileiro \**
- *Hospital GRAAC \**
- *Hospital AACD \**
- *Hospital Santa Rita \**
- *Hospital Santa Cruz \**
- *Hospital Paulista\**
- *Hospital Sepaco \**
- *Hospital do Rim e Hipertensão \**
- *Hospital de Olhos Paulista\**
- *Hospital Inova – Diadema\**
- *Hospital Bosque da Saúde\**
- *Hospital da Criança\**
- *Centro de Tratamento Bezerra de Menezes – São Bernardo do Campo\**
- *Hospital IFOR – São Bernardo do Campo\**
- *Hospital e Maternidade Cristovão da Gama\**
- *Hospital Novo Atibaia – Atibaia\**
- *Hospital São Lucas – Santos\**
- *Hospital Paulo Sacramento\**
- *Hospital Universitário – Jundiaí*
- *Hospital LeForte*
- *Hospital Defeitos da Face*
- *Hospital Santa Isabel*
- *Hospital Aviccena*
- *Hospital Santa Marcelina*
- *Hospital e Maternidade São Rafael*
- *Hospital e Maternidade Vidas*
- *HSANP Hospital*
- *Hospital Albert Sabin*
- *Hospital Metropolitano*
- *Hospital Dom Antonio Alvarenga*
- *Hospital Rubem Berta*
- *Hospital Serra Mayor*
- *Family Hospital – Taboão da Serra*



- Hospital Sino Brasileiro – Osasco
- Hospital de Clínicas Caieiras – Caieiras
- Pronto Socorro San Nicolas – Suzano
- Hospital Santana - Mogi das Cruzes
- Santa Casa de Misericórdia de Mauá
- Irmandade Santa Casa de Misericórdia – Santos
- Clínica Maia – Taboão da Serra e Itapeverica da Serra
- Central Towers (atual SAHA)
- Hospital Psiquiátrico da Cantareira
- Hospital Central de Guaianazes
- H.Olhos ABC
- Beneficência Portuguesa Santo André

**15.3 Caso não disponha de toda a rede credenciada, a vencedora do certame poderá apresentar relação contendo a rede de atendimento completa e atualizada da operadora (através de arquivo em formato excel, a qual deverá conter, no mínimo, o exigido no Item 15.4), juntamente com declaração de compromisso, comprometendo-se a providenciar o credenciamento da rede exigida no Item 15.2 no prazo máximo de 15 (quinze) dias, sob pena de inabilitação e assunção do segundo colocado.**

[...]

**16. DA REDE MÍNIMA DE LABORATÓRIOS DE ANÁLISES CLÍNICAS E CLÍNICAS MÉDICAS (SÃO PAULO, GRANDE SÃO PAULO, INTERIOR E LITORAL):**

**16.1 Aplica-se a esta cláusula os mesmos princípios da cláusula 15.1, sendo a rede mínima exigida a que segue:**

- **A+MEDICINA DIAGNÓSTICA \***
- **FEMME LABORATÓRIO \***
- **LAVOISIER \***
- **TECNOLAB\***
- **ECOKID\***
- **CDB\***
- **CEZAR & KAN\***
- **DUNACOR\***
- **ICON – JUNDIAÍ\***
- **MATECOR – SÃO BERNARDO DO CAMPO\***
- **CLÍNICA SÃO JORGE\***

- **SERKAR SERVIÇOS MÉDICOS – DIADEMA\***
- **CETRO DIADEMA\***
- **BIOMED\***
- **CLÍNICA PSAI\***
- **CLINED\***
- **VERGUEIRO SAÚDE – SÃO BERNARDO DO CAMPO**
- **ASSISTÊNCIA MÉDICA SÃO LUCAS – SÃO BERNARDO DO CAMPO**
- **PRO DIAGNOSTICOS**
- **ULTRALAB**
- **MELLO**
- **CRYA**
- **CURA**
- **ENDOCLÍNICA**
- **INSTITUTO DE MEDICINA DIAGNÓSTICA DIMEDI**
- **LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS SANTAS**
- **PATHOS**
- **DIFUSION SAITO E SOARES**
- **GHELFON DIAGNÓSTICOS**
- **CEDIMEN**
- **UNIDADE MOGIANA DE DIAGNÓSTICOS POR IMAGEM**
- **CEDECO DIAGNÓSTICOS MÉDICOS**
- **CENTRO DIAGNÓSTICO DE ANATOMIA PATOLÓGICA E CITOLOGIA**
- **CIDS CLÍNICA INTEGRADA DE DIAGNÓSTICOS SONOGRÁFICOS**
- **INREUMA**
- **NASA LABORATÓRIO**
- **CLINISUL**
- **LUMEM CENTRO DE DIAGNOSTICOS**
- **CLÍNICA DR. CONRADO ZAMBRINI FILHO**
- **CERPO (OFTALMOLOGIA)**
- **AXION CLÍNICA MÉDICA – SÃO BERNARDO DO CAMPO**
- **COT ORTOPEDIA JUNDIAÍ**
- **OTO.COM – JUNDIAÍ**

**16.2. Caso não disponha de toda a rede credenciada, a vencedora do certame poderá apresentar relação contendo a rede de atendimento completa e atualizada da operadora (através de arquivo em formato**

*excel, a qual deverá conter, no mínimo, o exigido no Item 16.3), juntamente com declaração de compromisso, comprometendo-se a providenciar o credenciamento da rede exigida no Item 16.1 no prazo máximo de 15 (quinze) dias, sob pena de inabilitação e assunção do segundo colocado.*

[...]

Desnecessária qualquer incursão aprofundada na questão para aferir-se, de plano, as exigências relativas à rede credenciada violarem manifestamente o princípio da isonomia.

Isto porque, vênia pela repetição, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, “*somente permitirá as exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”. Lembre-se, outrossim, não ser vedada a especificação das características e padrões de qualidade que o objeto licitado deve observar, contudo, **vedadas restam imposições desnecessárias, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, MAS A BENEFICIAR ALGUNS PARTICULARES.**

Não se nega que ao contratar uma Operadora de Saúde pretenda a Administração Pública a disponibilização de uma excelente rede de instituições de saúde aos seus servidores, que prestem serviços de boa qualidade. Todavia, **isto não permite que a mesma escolha nominalmente os hospitais/laboratórios/clínicas que devem integrar tal rede, não permitindo qualquer alternativa para as Operadoras Licitantes.**

Com efeito, como se demonstrará, é o que está ocorrendo em muitos casos: o Edital exige relação de Hospitais/Laboratórios/Clínicas através de lista nominativa com exato número de Hospitais/Laboratórios/Clínicas. Em outras palavras, o Edital impõe aos licitantes que credenciem estes hospitais nominados sem nenhuma alternativa, o que viola flagrantemente o espírito da legislação que rege as licitações públicas.

Trata-se a prestação de planos de saúde de serviços comuns, vide sua contratação via pregão, razão pela qual, considerados “comuns”, os mesmos podem ser prestados satisfatoriamente pelas mais diversas instituições desde que estabelecidos padrões de qualidade e especialidade dos serviços a serem disponibilizados.

Dito de outra forma, almejando contratar plano de saúde é não somente facultado, mas constitui em verdade um dever da Administração Pública, como forma de tornar objetivo o critério de julgamento do certame, especificar quais as regiões devem ser atendidas, quais os serviços especializados devem ser disponibilizados, o número de hospitais a serem disponibilizados em cada região, os padrões de qualidade das instituições credenciadas, dentre outras especificidades que garantam a efetiva melhor proposta: o melhor preço combinado à uma satisfatória prestação de serviços.

Pode-se até mesmo apontar uma vasta lista de instituições de saúde que a Administração Pública considera aptas a executarem o objeto contratual satisfatoriamente.

Porém, isto não lhe permite enunciar nominalmente as instituições que devam necessariamente compor a rede credenciada. Isto porque, ao assim dispor:

- i.** viola-se o princípio da impessoalidade que deve nortear todos os atos administrativos, revelando-se preferências pessoais em relação a determinadas instituições privadas de saúde;
- ii.** fere-se a isonomia assegurada àquelas operadoras que não obstante disponham de instituições credenciadas, em mesmo número e de mesma qualidade, aptas a cumprir o eventual contrato em determinada região, restam impedidas de tomar parte do certame por não contarem na sua rede de credenciamento com o número mínimo de hospitais/laboratórios/clínicas indicados pela Câmara de Diadema; e
- iii.** descrevendo nominalmente as instituições que devem imprescindivelmente estar credenciadas em cada região, permite-se

que através de uma lista taxativa beneficie-se uma única operadora de saúde em detrimento das demais.

Destaque-se que o mencionado favorecimento de uma Operadora de plano de saúde não se trata de argumento meramente teórico.

Apenas a título de exemplo, e até mesmo alerta, vale destacar que no edital para contratação de assistência médico hospitalar publicado pela Prefeitura de Mogi Guaçu, foi EXIGIDO que 50% da rede médica listada no edital fosse credenciada pela futura contratada.

Pois bem, o edital foi denunciado ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ao Ministério Público, com pedido de segurança ao Tribunal da Justiça do Estado de São Paulo – Processo 362.01.2009.020293-0, TCE nº 044078/026/09.

As manifestações (TCE, MP, TJ) foram unânimes, solicitando a retirada da exigência de rede credenciada, alertando a Prefeitura para que delimitasse quilometragem de distanciamento máximo, sem exigência de rede específica.

Certa feita, em uma licitação do CEAGESP, na qual o edital permitia a participação apenas das seguradoras especializadas em saúde, uma corretora de seguros impugnou o edital e enviou cópia ao TCU, para apreciação somente da questão das seguradoras. Ocorre que o julgador relator, sem qualquer provocação da parte nem qualquer comentário a respeito sobre "rede credenciada", verificou que além da questão solicitada, também havia irregularidade na questão da exigência de rede credenciada específica, posto que havia listagem idêntica ao do edital ora impugnado.

Destacamos a seguir o julgamento proferido pelo TCU, ressaltando novamente que não foi esse o objetivo do pedido de julgamento e nem constava do pedido, **tendo sido observado, criticado e remetido ao Ministério Público de ofício por parte do julgador relator, por julgar essa questão grave ofensa aos princípios legais que regem as licitações:**

"GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC-005.862/2011-6

Natureza: Representação

Representante: Fabiana do Nascimento Santana

Unidade: Companhia de Entrepósitos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp)

**SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE OPERADORA DE PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. PARTICIPAÇÃO LIMITADA A OPERADORAS DE SEGUROS PRIVADOS. RESTRIÇÃO INDEVIDA À COMPETIÇÃO. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES.**

### RELATÓRIO

*Trata-se de representação de autoria de Fabiana do Nascimento Santana informando sobre possíveis irregularidades no edital do Pregão Presencial nº 01/2011, realizado pela Companhia de Entrepósitos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp), cujo objeto é a contratação de empresa de seguro saúde para a prestação de serviços de assistência médico-hospitalar para seus empregados.*

*2. O pedido de adoção de medida cautelar para suspender o andamento do certame foi acolhido por este Tribunal, por meio do Acórdão nº 680/2011-Plenário. Na ocasião, foi determinada também a oitiva da Ceagesp.*

*3. Convém transcrever parte do voto condutor da referida decisão:*

*“2. A representante informa que o item 5.1.1 do edital estabelece, entre outras condições, que a participante deva ser regida pelas normas do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), da Superintendência de Seguros Privados (Susep) e que seja registrada ou autorizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).*

*3. Ainda segundo a representante, são ilegais as exigências em relação à Susep e ao CNSP, visto que a matéria é regida e fiscalizada pela ANS, e que não é necessário ser seguradora para habilitar-se a operar planos de assistência à saúde. A referida agência teria previsto oito modalidades de operadoras: administradoras, cooperativas médicas, cooperativas odontológicas, instituições filantrópicas, autogestões, seguradoras especializadas em saúde, medicina de grupo e odontologia de grupo.*

*4. A representação traz também alerta de que o requisito do item 5.1.1 implicaria a participação de apenas dois interessados no certame, restringindo, assim, sobremaneira a competição (seriam 1.690 operadoras consideradas ativas pela ANS).*

*5. Diante desse quadro, solicita-se a suspensão imediata dos procedimentos.*

*6. Antes de iniciar a análise, devo ressaltar que a decisão quanto à adoção de medida cautelar fundamenta-se em cognição sumária da questão, sendo avaliados apenas dois aspectos – a plausibilidade do direito e a urgência. Portanto, não se pretende, nesta ocasião, realizar exame exaustivo, que ocorrerá quando da deliberação sobre o mérito da representação.*

*7. Quanto ao primeiro requisito, considero atendido. Como observa a Secex/SP, o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656/1998 submete as ‘operadoras de planos privados de assistência à saúde’ ao poder regulatório da*

*ANS. Além disso, entre os requisitos apresentados no art. 8º da mesma norma, para que sejam autorizadas a funcionar, não está o constante no mencionado item 5.1.1, caracterizando restrição indevida e ilegal à competição, o que contraria a lei e, ao menos em tese, reduz a probabilidade de obtenção da melhor proposta para a Administração. Transcrevo, a seguir, o referido dispositivo legal:*

*‘Art. 8º Para obter a autorização de funcionamento, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)*

*I - registro nos Conselhos Regionais de Medicina e Odontologia, conforme o caso, em cumprimento ao disposto no art. 1º da Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980;*

*II - descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por terceiros;*

*III - descrição de suas instalações e equipamentos destinados a prestação de serviços;*

*IV - especificação dos recursos humanos qualificados e habilitados, com responsabilidade técnica de acordo com as leis que regem a matéria;*

*V - demonstração da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados;*

*VI - demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras;*

*VII - especificação da área geográfica coberta pelo plano privado de assistência à saúde.’*

*8. Registro que a atual redação da citada lei foi dada em grande parte pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001, que, entre outras mudanças, promoveu a revogação dos arts. 3º e 5º, que apresentavam algumas competências do CNSP e da Susep a respeito de planos de saúde. Quanto ao CNPS, as atribuições referiam-se, em termos gerais, à regulamentação da constituição, organização, funcionamento e fiscalização. A Susep era responsável, por exemplo, pela autorização de funcionamento, fiscalização e aplicação de penalidades. Ante essa constatação, parece-me possível considerar inclusive que houve a utilização indevida de legislação extinta.*

*9. Acredito também estar configurado o requisito da urgência. Em contato com o pregoeiro da Ceagesp, a unidade técnica colheu informação de que o pregão já ocorrera em 15/3/2011 e, como previsto pela representante, apenas duas empresas seguradoras apresentaram propostas. Ademais, teve-se conhecimento de que o contrato em vigência expirará no final deste mês. Esses dados sugerem a necessidade de ação imediata deste Tribunal.”*

*4. Realizada a oitiva, a Secex/SP analisou os elementos apresentados e propôs julgamento pela procedência da representação, nos seguintes termos (fls. 88/91):*

*“DA MANIFESTAÇÃO DA CEAGESP*

*O Sr. Mário Maurici de Lima Moraes, Diretor Presidente da Ceagesp, encaminhou o Ofício nº 047/2011/Presd (v. peça nº 12), mediante o qual apresenta, em síntese, três justificativas para a inclusão da exigência do item 5.1.1 no edital, ou seja, que o licitante seja empresa seguradora de saúde com registro na SUSEP. Senão vejamos:*

*a- somente o sistema de seguro-saúde permite o reembolso das despesas médicas sempre que os usuários optarem por realizar consultas ou procedimentos médicos por profissionais, clínicas,*



*laboratórios e hospitais que não façam parte da rede credenciada da futura prestadora dos serviços;*

*b- a Ceagesp possui unidades em várias cidades do estado, as quais não são todas atendidas pelos planos de assistência médica, daí a necessidade de possibilitar aos usuários a possibilidade de livre escolha do local de prestação dos serviços;*

*c- a contratação de um seguro-saúde é obrigação assumida pela empresa junto ao sindicato dos empregados da categoria, conforme consta do acordo coletivo de trabalho.*

#### **DA ANÁLISE**

*As justificativas apresentadas são improcedentes, conforme demonstraremos a seguir.*

*Em primeiro lugar, examinemos a justificativa de que somente a contratação de serviços de seguro-saúde possibilitaria o reembolso das despesas médicas.*

*A Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, não estabelece vedação alguma a que as operadoras de plano de assistência à saúde ofereçam contratos de cobertura que incluam a alternativa de reembolsos de serviços. O referido diploma legal, em seu art. 1º, inciso I, não faz distinção alguma entre seguro-saúde ou plano de saúde, denominando-os, simplesmente, como 'planos privados de assistência à saúde'.*

*Oportuno ressaltar que, no âmbito do Pro-TCU, associação civil que assegura a assistência médica aos servidores do TCU, foram celebrados contratos com as operadoras Unimed e Amil, em cujas carteiras de serviços constam planos que preveem reembolsos. As características dos planos da Amil encontram-se publicados na página da empresa na rede Internet.*

*Quanto à extensão da cobertura territorial da assistência médica, a Ceagesp se antecipou ao procedimento licitatório e concluiu, de antemão, que somente as empresas de seguro-saúde haveriam de atender a todos os seus colaboradores, os quais atuam em diferentes municípios do estado. Entrementes, a estatal não apresenta qualquer prova ou justificativa mais consistente acerca dessa suposta limitação. Além do mais, conforme já explanado anteriormente, há que se considerar que inexistente vedação a que as operadoras, mesmo as que não atuam na área específica de seguro-saúde, ofereçam a alternativa de reembolso de serviços.*

**Mas a fulminação da cláusula restritiva discutida acima poderia restar inócua quanto à necessidade de assegurar a competitividade do certame se não examinássemos o item 1.3 do Anexo I do edital (v. peça nº 14) que estabelece requisito quanto ao credenciamento mínimo de hospitais. Não bastasse a abusiva taxatividade, trata-se de um rol de hospitais notoriamente acanhado em relação à rede hospitalar existente em São Paulo/SP. Esse dispositivo mostra-se ofensivo aos princípios da competitividade e da vantajosidade (art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993), podendo dar ensejo a resultados absurdos. Suponhamos o seguinte exemplo: uma operadora que não tenha a oferecer os mesmos hospitais previstos no edital, mas uma rede alternativa mais ampla, inclusive com hospitais de nível superior aos do item 1.3. Ora, prevalecendo o rol taxativo de hospitais, a empresa licitante, no exemplo dado, de forma absurda, não seria habilitada. Faz-se necessário, então, que a Ceagesp adote medidas corretivas para ampliar a competitividade do certame, admitindo a apresentação de instituições hospitalares de nível equivalente ou superior aos da lista.**



Vale trazer à colação a Decisão nº 1.667/2002-Plenário, mediante a qual o TCU julgou uma representação contra um edital de pregão para contratação de serviços de assistência à saúde na qual constava uma exigência editalícia que determinava que os licitantes demonstrassem possuir credenciamento de hospitais gerais em um número mínimo de entidades relacionadas. Transcrevemos abaixo excertos do voto do Exmo. Ministro Relator, Benjamin Zymler:

'16. Após examinar detidamente esses argumentos, concluí que assiste razão, em parte, à Amil, uma vez que não existe fundamentação técnica para a escolha dos hospitais previstos no edital, embora muitos deles sejam reconhecidos como de elevada qualidade. Mas não há razão para que outras instituições de características semelhantes àquelas integrantes da lista contida na alínea 'c.1' do item 12 do Anexo I não tenham sido relacionadas, de modo a aumentar o caráter competitivo do certame. Ainda mais se for considerado que o subitem 6.2 do Anexo I do edital prevê expressamente a possibilidade de a rede oferecida vir a ser alterada:

'6.2. A CONTRATADA, quando julgar necessário, poderá modificar ou cancelar credenciamento ou referenciamento de médicos e entidades prestadoras de serviço, preservando, entretanto, o padrão de qualidade e o nível de atendimento, mantendo a rede de credenciados em número igual ou superior à inicialmente contratada e os usuários tempestivamente informados das alterações ocorridas.'

17. De toda a sorte, não há como aceitar, sob a égide do Estatuto das Licitações, a preferência por esta ou aquela instituição hospitalar, em detrimento de outras, sem que haja o mínimo de fundamentação, com espreque em critérios técnicos.

18. O fato de haver, em tese, outras empresas que atendem às restritivas condições estipuladas no edital também é suficiente para afastar a conclusão de que houve restrição ao caráter competitivo do certame. Em primeiro lugar, como bem observou a instrução da 2ª Secex de fls. 174/182, porque tal pesquisa foi efetuada após a realização do Pregão nº 13/2002. Logo, fica evidente que o Administrador, ao elaborar o edital, não se cercou das cautelas mínimas para assegurar a abrangência esperada de uma licitação que visa a buscar o menor preço. Em segundo lugar, porque não se tem notícia de que alguma dessas empresas tenha contratado com a Administração Federal, ou ao menos participado de certames licitatórios.

19. O argumento de que bastaria que os licitantes credenciassem ou referenciassem outros estabelecimentos para cumprir as cláusulas editalícias deve ser prontamente refutado. Ao contrário do que quer fazer crer o gestor, esse não é um procedimento singelo, pois depende de celebração de novos contratos, com possíveis repercussões no custo das operadoras de plano de saúde.

20. Ora, o edital de licitação deve observar a realidade do mercado e não esperar que as empresas ajustem-se às exigências não fundamentadas da Administração, sob pena de ter que contratar a aquisição de bens e serviços por valores elevados, como ocorreu na hipótese presente – a única licitante habilitada foi contratada por preço 24% superior ao preço cotado pela Unimed, ao passo que a empresa Amil sequer participou do certame, por não possuir os requisitos para a habilitação.

21. A suposta preferência manifestada pelos servidores por esta ou aquela rede credenciada também não pode servir de fundamento para a elaboração do edital, que deve observar estritamente os ditames da Lei nº 8.666/1993. Essa manifestação de vontade só pode ser

determinante nos contratos que envolvam o próprio servidor, diretamente ou por intermédio de uma associação, o que poderia ocorrer se a Administração optasse por transferir os recursos diretamente ao beneficiário.'

Em consonância com o teor do voto do Exmo Ministro Zymler no precedente acima, o edital de licitação deve observar a realidade do mercado e não esperar que as empresas ajustem-se às exigências não fundamentadas da administração. Com o fim de atender a essa diretriz, a Ceagesp poderia, por exemplo, averiguar as redes credenciadas das dez operadoras mais bem avaliadas pela ANS, estabelecendo daí uma rede credenciada mínima de forma a assegurar a competitividade, ao menos, entre estas boas operadoras, o que, certamente, acabaria por viabilizar a participação de diversas outras (vide matéria extraída da página da ANS da rede Internet, peça nº 15). Mas cabe à administração, discricionariamente, adotar a providência administrativa que considerar mais oportuna e conveniente com vistas a ampliar a competitividade, desde que devidamente justificada e à luz do princípio da razoabilidade.

Por fim, não justifica a inclusão da cláusula editalícia restritiva em apreço o fato de que a contratação de empresa de seguro-saúde encontrar-se prevista no acordo coletivo de trabalho.

Importa salientar que a convenção ou acordo coletivo tem natureza contratual. A doutrinadora Dra. Alice Monteiro de Barros (in 'Curso de Direito do Trabalho', 5ª Ed., LTR, p. 1266) ensina que a teoria mista, à qual se filiam vários doutrinadores, atribui à convenção coletiva a natureza de contrato-ato-regra. Segunda a ilustre jurista, é contrato porque pressupõe um ajuste de vontades sindicais e, ao mesmo tempo, é ato-regra porque seus efeitos se estendem a todos os integrantes da categoria.

Ocorre que, no ordenamento jurídico pátrio, a lei (in stricto sensu), quando cogente, prevalecerá sempre sobre as cláusulas convencionais. A própria Consolidação das Leis do Trabalho, até de forma redundante, estabelece que:

'Art. 623. Será nula de pleno direito disposição de convenção ou acordo que, direta ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do governo ou concernente à política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos perante autoridades e repartições públicas, inclusive para fins de revisão de preços e tarifas de mercadorias e serviços.'

De sorte que o acordo coletivo não pode prevalecer sobre os ditames da Lei nº 8.666/1993.

#### ENCAMINHAMENTO

Por todo o exposto, propomos que:

a) a presente representação seja julgada procedente;  
b) seja determinado à Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo – Ceagesp, com relação ao edital do 'Pregão Presencial nº 01/2011', tipo 'menor preço global', cujo objeto é a contratação de empresa de seguro-saúde para a prestação de serviços de assistência médico-hospitalar para o seu quadro de empregados, que adote as seguintes providências:

b.1) supressão de toda e qualquer exigência que restrinja a participação somente às empresas de seguro-saúde, devendo o certame admitir todos os tipos de operadoras de plano de assistência à saúde previstos no art. 1º da Lei nº 9.656/1998, salvo exceções tecnicamente fundamentadas;

b.2) alteração do item 1.3 do Anexo I de forma que o edital passe a admitir a possibilidade de os participantes apresentarem rede

*credenciada composta por outros hospitais de nível equivalente ou superior aos descritos no referido item, salvo exceções tecnicamente fundamentadas;*

*b.3) após a convalidação do edital, dê continuidade ao certame, reabrindo o prazo para a formulação das propostas, nos termos do art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993;*

*c) seja encaminhada cópia do acórdão que vier a ser prolatado, bem como o voto e o relatório que o fundamentarem, à representante;*

*d) seja arquivado o processo.”*

*5. Por fim, em resposta a minha solicitação, o Ministério Público, representado pelo Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado, apresentou o seguinte parecer (peça nº 20):*

*“(…)*

*Concordo com a análise e o encaminhamento ofertado pela Secex/SP, considerando que toda previsão editalícia que venha a restringir, indevidamente, a competitividade da licitação deve ser extirpada.*

*Sob o ponto de vista do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, pode-se afirmar que, no mérito, a representação deve ser considerada procedente, pois, dessa forma, estar-se-á atendendo à finalidade e aos princípios básicos da licitação, com destaque aqui para o da impessoalidade e da igualdade.*

*Conforme tive a oportunidade de registrar em obra doutrinária, a finalidade da licitação é garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e seleção da proposta mais vantajosa. É evidente que a Administração deverá buscar nas propostas apresentadas pelos licitantes aquela que melhor realize seus interesses imediatos. Porém, a busca deste fim, isto é, a busca de maiores vantagens, não autoriza a violação das garantias individuais ou o tratamento mais favorecido à determinada empresa ou a particular em detrimento dos demais interessados em participar do processo. A lei, ao afirmar que a licitação visa igualmente à realização do princípio da isonomia, procura evitar tratamento discriminatório injustificado entre os possíveis interessados.*

*Assim, a medida preconizada pelo TCU favorece a ampliação do número de eventuais interessados no certame, o que potencializa os benefícios que podem ser obtidos pela Administração.*

*Diante do exposto, este representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União manifesta-se de acordo com a proposta da Secex/SP de fls. 50/51.”*

*É o relatório.*

#### *VOTO*

*Nesta ocasião, deliberamos sobre o mérito da representação relativa a possível ilegalidade no edital do Pregão Presencial nº 01/2011, realizado pela Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp), cujo objeto é a contratação de empresa de seguro-saúde para a prestação de serviços de assistência médico-hospitalar para seus empregados.*

*2. Ressalto que a irregularidade apontada consiste na permissão para a participação no certame apenas a operadoras de seguros privados. O item 5.1.1 do edital exige que as licitantes sejam regidas pelas normas do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), da Superintendência de Seguros Privados (Susep) e que sejam registradas ou autorizadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).*

3. Após exame preliminar da matéria, este Tribunal decidiu, por meio do Acórdão nº 680/2011-Plenário, “determinar cautelarmente à Ceagesp que suspenda os procedimentos do Pregão Presencial nº 01/2011 ou a execução de contrato dele decorrente, caso tenha sido celebrado, até que este Tribunal delibere definitivamente sobre a matéria”. Para tanto, esta Corte fundamentou-se nas disposições da Lei nº 9.656/1998 (que rege o assunto), que não prevê a exigência impugnada. Além disso, restou estabelecida a oitiva da entidade.

4. Da manifestação da Ceagesp, a Secex/SP destacou três argumentos:

“a) somente o sistema de seguro-saúde permite o reembolso das despesas médicas sempre que os usuários optarem por realizar consultas ou procedimentos médicos por profissionais, clínicas, laboratórios e hospitais que não façam parte da rede credenciada da futura prestadora dos serviços;

b) a Ceagesp possui unidades em várias cidades do estado, as quais não são todas atendidas pelos planos de assistências médica, daí a necessidade de possibilitar aos usuários a possibilidade de livre escolha do local de prestação dos serviços;

c) a contratação de um seguro-saúde é obrigação assumida pela empresa junto ao sindicato dos empregados da categoria, conforme consta do acordo coletivo de trabalho.”

5. Verifico que as justificativas apresentadas no Ofício nº 047/2011/PRES-D baseiam-se, em essência, nos argumentos “a” e “c” acima.

6. A companhia afirma existir distinção determinante entre plano de saúde e seguro-saúde. Este permitiria atendimento por profissional ou empresa que não faz parte da rede credenciada, em virtude da possibilidade de reembolso ao associado; aquele estaria restrito apenas aos prestadores conveniados. No entanto, não há indicação da referência legal para tal afirmação.

7. Na realidade, desde as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001 (portanto, há quase dez anos), a Lei nº 9.656/1998 não mais apresenta essa diferenciação. Conforme o art. 1º do normativo, a operação de planos privados de assistência à saúde é permitida a sociedades civis ou comerciais, a cooperativas e a entidades de gestão, desde que cumpram os requisitos legais, entre os quais não está incluída a submissão a normas no CNSP ou da Susep. Além disso, na definição de “plano privado de assistência à saúde”, consta a faculdade de remuneração ao prestador de serviços médicos mediante pagamento direto da operadora ou por reembolso ao associado. Transcrevo parte dos mencionados dispositivos, para melhor entendimento da questão:

“Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

***I - Plano Privado de Assistência à Saúde:*** prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela ***faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada***, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica,

*a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;*

*II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; (...)" (grifei)*

*8. Dessa forma, não procede o principal argumento da companhia, visto que, pela legislação vigente, a operação de planos de assistência à saúde não é restrita apenas às empresas de seguro-saúde. Ademais, sociedades empresariais com natureza jurídica distinta têm inclusive a prerrogativa de prever, em seus contratos, a possibilidade de reembolso por atendimento fora da rede credenciada.*

*9. Sobre esse assunto, acredito ser bastante pertinente o contraexemplo apresentado pela Secex/SP. O Programa de Assistência à Saúde dos Servidores do Tribunal de Contas da União (Pro-TCU), associação civil criada para assegurar a assistência médica aos servidores do TCU, proporciona aos associados a escolha entre duas operadoras, a Unimed (que é uma união de cooperativas médicas) e a Amil (constituída sob a forma de sociedade comercial); ambas disponibilizam modalidades de planos que reembolsam os pagamentos realizados a prestadores não pertencentes à rede credenciada.*

*10. Quanto ao segundo argumento da Ceagesp, entendo que está inserido no primeiro. Acredito tratar-se de justificativa para limitar a participação na licitação a empresas de seguro-saúde, supostamente por que somente elas permitiriam a indenização por serviços prestados por não credenciados. Desse modo, poder-se-ia incrementar a cobertura territorial da assistência. Considero que essa questão já foi suficientemente abordado neste voto e na instrução da Secex/SP.*

*11. Não obstante, anoto que esse ponto revelou a existência, no edital em apreço, de outro requisito tendente a reduzir indevidamente a competição e a diminuir a probabilidade de obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, como bem observou a unidade técnica. O item 1.3 traz como exigência o credenciamento mínimo de um rol taxativo de hospitais. Essa condição impede que participantes apresentem outros hospitais equivalentes ou mesmo com maior qualidade de atendimento. Assim, acolho a sugestão da unidade técnica de determinar à Ceagesp que "adote medidas corretivas para ampliar a competitividade do certame, admitindo a apresentação de instituições hospitalares de nível equivalente ou superior aos da lista".*

*12. No tocante à alegação de que o item 5.1.1 do edital representa compromisso assumido pela entidade e integra acordo coletivo de trabalho, também concordo com a unidade técnica. De fato, ela não deve ser acolhida. Embora tenham caráter normativo, estipulem regras para as condições de trabalho e sejam considerados, pela doutrina, como fontes autônomas do direito do trabalho, ajustes dessa natureza não podem ter primazia em relação a dispositivos da Lei de Licitações e Contratos, em especial quando afrontam princípios conexos à defesa do interesse público, como o da vantajosidade e o da competitividade.*

*13. Enfim, com o exame de mérito, foi confirmada a ilegalidade apontada pela representante na exigência de habilitação indevida do item 5.1.1 do edital do Pregão Eletrônico nº 01/2011, que importou na desobediência ao art. 3º, inciso I, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. Além disso, foi possível verificar outra irregularidade no item 1.3, também*



*contrária à competição e à busca pela melhor proposta para atender ao interesse público. Por conseguinte, este Tribunal deve considerar procedente a representação, expedindo determinações corretivas para que as regras do certame amoldem-se à legislação vigente.*

*Ante o exposto, acolho a proposta da unidade técnica, ratificada pelo Ministério Público, e voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto ao Plenário.*

*TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 18 de maio de 2011.*

*JOSÉ MÚCIO MONTEIRO*

*Relator*

*ACÓRDÃO Nº 1287/2011 – TCU – Plenário*

- 1. Processo nº TC-005.862/2011-6*
- 2. Grupo I, Classe de Assunto VII – Representação*
- 3. Representante: Fabiana do Nascimento Santana (CPF 228.481.638-01)*
- 4. Unidade: Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp)*
- 5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro*
- 6. Representante do Ministério Público: Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado*
- 7. Unidade Técnica: Secex-SP*
- 8. Advogado constituído nos autos: não há*

*9. ACÓRDÃO:*

*VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação referente ao Pregão Presencial nº 01/2011, realizado pela Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp), cujo objeto é a contratação de empresa de seguro saúde para a prestação de serviços de assistência médico-hospitalar para seus empregados.*

*ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, 43 da Lei nº 8.443/1992 e art. 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU, em:*

*9.1 considerar procedente a representação;*

*9.2 determinar à Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp) que:*

*9.2.1 em relação ao edital do Pregão Presencial nº 01/2011:*

*9.2.1.1 elimine toda e qualquer exigência que restrinja a participação somente às empresas de seguro-saúde, devendo o certame admitir todos os tipos de operadoras de plano de assistência à saúde previstos no art. 1º da Lei nº 9.656/1998, salvo exceções tecnicamente fundamentadas;*

*9.2.1.2 altere o item 1.3 do Anexo I, de forma que o edital passe a admitir a possibilidade de os participantes apresentarem rede credenciada composta por outros hospitais de nível equivalente ou superior aos descritos no referido item, salvo exceções tecnicamente fundamentadas;*

9.2.1.3 após a convalidação do edital, dê continuidade ao certame, reabrindo o prazo para a formulação das propostas, nos termos do art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993;

9.2.2 adote as providências relacionadas no subitem anterior a todas as licitações de mesma natureza;

9.3 determinar à Secex/SP que monitore o cumprimento das determinações relativas ao Pregão Presencial nº 01/2011;

9.4 dar ciência do inteiro teor desta deliberação ao representante.

10. Ata nº 18/2011 – Plenário.

11. Data da Sessão: 18/5/2011 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1287-18/11-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Augusto Nardes (na Presidência), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues, Ubiratan Aguiar, Raimundo Carreiro, José Jorge e José Múcio Monteiro (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho."

Ressaltamos que nos permitimos a colocação desse acórdão na íntegra, por tratar-se de verdadeira aula de Direito Administrativo no campo das licitações cujo conteúdo integral deve ser apreciado para entender-se a dimensão da decisão e que expressa a preocupação do PLENÁRIO do TCU, alinhado com o da PROMOTÓRIA PÚBLICA acerca da abusividade de rol taxativo de rede credenciada o que, repisamos, não foi solicitado no pedido de apreciação objeto de tal acórdão, ou seja, tal vício foi percebido e combatido de ofício, "extra petita" pelo TCU.

Da contraposição entre as tabelas relativas à rede credenciada que compõem o Edital das 3 (três) empresas mencionadas no tópico anterior, que comumente participam de licitações deste ramo, constata-se que em razão dos quantitativos mínimos de credenciados por região entre os hospitais, laboratórios e clínicas indicados pela Câmara de Diadema, muito provavelmente nenhuma das três terá condições de cumprir integralmente com as exigências formuladas pelo Edital.

Sendo assim, é evidente que as Operadoras de Saúde não atendem às requisições de credenciamento nos moldes impostos, por não perfazerem o quantitativo mínimo dentre aqueles citados pela Câmara. **TAL CENÁRIO, TORNA A PRÓPRIA COMPETIÇÃO INVIÁVEL!**

**Diante de tais exigências, deduz-se que, provavelmente existe uma única empresa capaz de atender ao certame!!! O que, permitiria que a mesma apresentasse preço superior àquele que ofertaria, caso efetivamente tivesse concorrentes à contratação em comento, em prejuízo a própria Câmara.**

**Obviamente que, inexistiria favorecimento a uma empresa em particular, se o edital fosse prudentemente alterado e passar a haver a previsão quanto a possibilidade de substituição de instituições por outras que prestem os mesmos serviços, com o mesmo nível de qualidade.**

Tal alteração possibilitaria ainda a substituição de instituições hospitalares “impossíveis comercialmente de serem credenciadas”, em especial aquelas vinculadas as outras Operadoras de planos de saúde, como por exemplo, o HOSPITAL PAULO SACRAMENTO, exigido no edital como questão *sine qua non* para a participação do certame.

Portanto, ao prever em suas listas hospitalares atualmente coligados a operadoras de Saúde, afasta outras empresas que não conseguirão se credenciar a este recurso.

Preconizado pelo artigo 18 da Lei nº 9.656/98<sup>4</sup>, o referido dispositivo legal VEDA a recusa injustificada de credenciamento por parte dos prestadores de serviços hospitalares que já mantenham credenciamento com outras Operadoras de Saúde.

Sabendo-se, portanto, que a legislação pertinente veda a recusa injustificada de credenciamento por parte dos prestadores de serviços hospitalares que já mantenham credenciamento com outras Operadoras de Saúde (os Hospitais têm a obrigação de manutenção de relação de credenciamento com número ilimitado de operadoras, com vêm

---

<sup>4</sup> Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, referenciado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei implica as seguintes obrigações e direitos: (...)

III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)



sendo interpretado o mencionado artigo em nossos Tribunais)<sup>5</sup>, é sabidamente difícil e uma verdadeira prova diabólica a demonstração de que houve a “impossibilidade de credenciamento” das instituições requisitadas no instrumento convocatório, tornando totalmente inviável a substituição das mesmas por outras equivalentes, com as quais as licitantes já estejam credenciadas.

O fato de um hospital indicado pela Câmara não constar na rede credenciada de determinada operadora significa, portanto, obviamente que, por questões comerciais, o credenciamento foi impossível.

Para fins do interesse público, contudo, pouco importa a causa da falta de credenciamento: o que importa é a exigência de outro nosocômio de mesma qualidade e na mesma região apto a proporcionar o atendimento. É isto, e não mais do que isto, que o Edital deveria se assegurar, sem se imiscuir nos meandros negociais da relação Operadora/Hospitais.

Ademais, ao nomear taxativamente os hospitais que necessariamente devem integrar a rede credenciada a lhe ser oferecida, visto, lembre-se, prever muitas vezes número de instituições equivalentes ao quantitativo mínimo a ser disponibilizado em determinada localidade, confere a Câmara de Diadema poder relevante e decisivo a tais instituições, que podem interferir diretamente no preço a ser praticado em relação a este próprio órgão da Administração Pública.

Isto porque, sabendo que para atender às exigências dos certames operadoras tentarão firmar o credenciamento, transfere-se o poder negocial a instituição de saúde

---

<sup>5</sup> “Nessas condições, a pretensão à tutela antecipada, na qual se insiste por meio do presente agravo, reveste-se de aparência do bom direito (*fumus boni juris*) no referente à obrigação dos agravados de manterem o atendimento hospitalar dos planos de saúde da operadora agravante. E isso porque, ao menos a um primeiro e não definitivo exame, a pretensão da recorrente encontra respaldo no artigo 18, III, da Lei 9.656/98 (Redação da Medida Provisória 1.730-7, de 7.12.98) **que impõe ao prestador de serviço, que aceite a condição de contratado ou credenciado de uma operadora de planos de saúde, a ‘manutenção de relacionamento de contratação ou credenciamento com número ilimitado de operadoras de planos de seguros privados de assistência à saúde’, norma essa cujo alcance e significado parece inequívoco ante o que consigna o seu final: - sendo expressamente vedado às operadoras impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.**” (TJSP – AI n°. 144.465-4/7-00).

mencionada no edital, permitindo-se que esta mesma eleve seu preço tão somente por ter conhecimento de que à mesmas determinadas operadoras terão que se sujeitar para perfazerem as condições de participação do certame. Custo este inarredavelmente transferido a Câmara por ocasião da apresentação de propostas.

Conclui-se, portanto, que, além de discriminatório e injustificado o apontamento nominal e limitado de instituições de saúde no instrumento convocatório (sem alternativa de substituição por outras instituições equivalentes), reverte-se em expediente economicamente prejudicial a própria Edilidade, a não se justificar, por qualquer ângulo que se analise a questão, sua manutenção do bojo do edital sob análise.

Destarte, comprovado resta a indicação nominal de instituições a comporem a rede credenciada pelos licitantes, revelar-se manifestamente desnecessária e discriminatória, além de, provavelmente, beneficiar uma única empresa em detrimento das demais e prejudicar economicamente a própria contratante, razão pela qual, e observância aos corolários da isonomia e da competitividade do certame, mister que sejam revistas as exigências formuladas em relação à rede credenciada, para que as mesmas passem a prever um número de possibilidades a serem eleitas pelas licitantes, sendo ainda a elas facultada a possibilidade de apresentação de outras alternativas de atendimento caso haja a impossibilidade de credenciamento das instituições arroladas pela Câmara.

Isto posto, demonstrado os inúmeros equívocos e restrições discriminatórias incorridas pelo instrumento convocatório na relação que compõem o Edital, relativamente às exigências a serem atendidas quanto à rede credenciada, imprescindível se faz sua revisão para que, mantendo-se a menção nominal de instituições de saúde, seja excluída a exigência de recursos obrigatórios, e para que amplie-se a disputa seja incluído o maior número de hospitais/laboratórios/clínicas de atendimento à rede credenciada, especialmente daqueles que atualmente prestam satisfatoriamente serviços à Câmara de Diadema.

Diante dos fatos e fundamentos ora apresentados, a Bonsaglia tendo confiança no bom senso e sabedoria da administração, requer a retificação do Pregão em epígrafe, em nome dos princípios da igualdade de condições, da transparência e o melhor aproveitamento dos recursos e da competitividade.

**Por conseguinte, o edital deve ser revisto de forma que amplie a possibilidade de participação de um maior número de interessados.**

### **DO PEDIDO**

Através da presente, restou demonstrado que o ramo de Operadoras de Plano de Saúde de grande porte, trata-se de mercado restrito, sendo a rede credenciada exigida em contratações públicas fator determinante para que tais empresas participem ou não da licitação, razão pela qual imprescindível que o instrumento convocatório observe as peculiaridade de tal setor mercadológico para que exigências discriminatórias ou excessivas não restrinjam injustificada e ilegalmente o caráter competitivo do certame.

Destarte, conforme exposto, para que sejam sanadas as ilegalidades que permeiam o instrumento convocatório em homenagem aos princípios da isonomia e impessoalidade dos certames públicos, os quais permitam a ampliação da disputa, finalidade máxima das contratações públicas em busca da proposta mais vantajosa, imprescindível se faz que:

- a) Seja a licitação SUSPENSA, para revisão do edital com fundamento nesta impugnação, face a manifesta transgressão aos princípios da legalidade, igualdade e isonomia; e
- b) Sejam revistas as exigências formuladas em relação à rede credenciada, para que as mesmas passem a prever um número maior de possibilidades a serem eleitas pelas licitantes, sendo ainda a eles facultada a possibilidade de apresentação de outras alternativas de

atendimento, bem como expurgada as exigências de recursos tidos como obrigatórios.

Em face do exposto, requer seja a presente Impugnação **JULGADA PROCEDENTE**, modificando-se as exigências editalícias quanto à rede credenciada a ser disponibilizadas pelas licitantes nos moldes expostos, de forma a extirpar do instrumento convocatório as cláusulas manifestamente discriminatórias e restritivas da competitividade do certame em observância ao princípio da isonomia, assegurando-se, via de consequência, a participação de maior número de interessados e a ampliação da disputa.

Uma vez acatada a presente impugnação, extirpando-se as cláusulas manifestamente inválidas que permeiam o instrumento convocatório, imperiosa se torna a republicação do edital, escoimado dos vícios apontados.

Por fim, caso não seja acolhido o teor da presente manifestação e alterada as exigências do instrumento convocatório quanto à comprovação da qualificação técnica das licitantes, **a Impugnante informa que serão tomadas as medidas cabíveis junto às Autoridades Competentes, dente as quais o Tribunal de Contas e Ministério Público, com vistas aos saneamento dos vícios apontados no edital em referência, sem prejuízo de que seja apurada a responsabilidade pessoal dos servidores da Câmara de Diadema, responsáveis pelas ilegalidades que o permeiam.**

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 04 de novembro de 2021.



**MARCO ANTONIO BONSAGLIA**  
Bonsaglia Consultoria, Assessoria e Corretora de Seguros LTDA.

CNPJ n.º 07.955.239/0001-64