DECISÃO LIMINAR DLM - G.WNB - 137/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/5481/2021
PROTOCOLO	: 2106005
ÓRGÃO	: SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: ANTONIO CESAR NAGLIS
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: Cons. WALDIR NEVES BARBOSA

CONTROLE PRÉVIO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA – CREDENCIAMENTO – SUPOSTAS IRREGULARIDADES QUANTO À MODALIDADE ESCOLHIDA, EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO E AUSÊNCIA DE PREVISÃO DA FORMA DE SORTEIO – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA PARCIALMENTE – DETERMINAÇÃO – RECOMENDAÇÃO.

Vistos, etc.

Trata-se de Controle Prévio exercido pela Divisão de Fiscalização de Saúde (peças 16 e 29), com apontamento de supostas irregularidades no procedimento de Inexigibilidade de Licitação na modalidade de **Credenciamento nº 1/2021**, instaurado pela **Secretaria Estadual de Saúde/MS**, tendo como objeto o credenciamento para contratações de pessoal para atendimento à Escola de Saúde Pública Dr. Jorge David Nasser, no valor estimado de **R$ 1.665.300,00** (um milhão, seiscentos e sessenta e cinco mil e trezentos reais).

Relevante destacar que quando estes autos chegaram conclusos, este Relator optou pela oitiva inicial do jurisdicionado antes de apreciar medida cautelar (peça 18), o que passa a fazer agora.

Instada a se manifestar, através dos Despachos **DSP-G.WNB-16874/2021 e 28684/2021**, o jurisdicionado fez a defesa do procedimento de credenciamento e colacionou documentos (peças 24-25 e 37-38).

A Divisão de Fiscalização manifestou-se pela irregularidade do procedimento de credenciamento (peças 16 e 29), tendo o Ministério Público de

Contas corroborado esse entendimento e pugnado pela anulação (peça 31)

Eis o breve relatório. Passo à decisão.

Inicialmente, esclareço que neste juízo de cognição sumária será observado o **Princípio da Verdade Material**, que vigora no processo de contas, analisando-se se as "irregularidades" apontadas pela Divisão Especializada ofenderam substancialmente a legislação vigente ou se foram meras "impropriedades formais".

Também será vetor desta análise o **Princípio da Razoabilidade**, previsto no art. 5º, LIV, da CF, como decorrência do Devido Processo Legal em sua acepção substantiva (*substantive due process of law*). Em decorrência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com as inovações produzidas pela Lei nº 13.655/2018, o Princípio da Razoabilidade passou a ter grande importância nas decisões das esferas administrativa, controladora e judicial. A LINDB renovada abusa de termos como "necessidade e adequação da medida imposta" (Parágrafo único do art. 20), "modo proporcional e equânime" (Parágrafo único do art. 21) ou "natureza e gravidade da infração" e "circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente" (§ 2º do art. 22).

E especificamente o *caput* do art. 22 da LINDB oferta um parâmetro de realidade relevantíssimo em matéria de hermenêutica, qual seja:

> *Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*

Em sua análise, a Divisão de Fiscalização de Saúde apontou as seguintes irregularidades no Credenciamento nº 1/2021:

1. ***Não realização de concurso público;***
2. ***Impossibilidade de realização de Credenciamento;***
3. ***Não especificação no edital da forma como o sorteio seria realizado.***

O jurisdicionado contestou as irregularidades suscitadas pela Divisão de Fiscalização, basicamente alegando que a modalidade de credenciamento foi adequada; que o pessoal para a prestação de serviço na Escola de Saúde Pública é de necessidade transitória, por demanda de cursos, e não permanente, o que excluiria a obrigatoriedade de concurso público; e que não haveria necessidade de especificação da forma de realização do sorteio.

Quanto ao **item 1** acima, considero que realmente assiste razão à Divisão de Fiscalização de Saúde e ao Ministério Público de Contas, ao menos parcialmente. A justificativa do jurisdicionado é suficiente para sanar a ofensa ao Princípio do Concurso Público, que tem índole constitucional (art. 37, II, CF), quanto a 26 das 30 funções, as quais possuem características transitórias, mas não quanto a 4 com aspectos de permanência (coordenadores administrativo, de extensão, financeiro e técnico-docente).

Relevante destacar que o atual quadro de pessoal da Escola de Saúde Pública Dr. Jorge David Nasser é composto por 14 servidores, a maioria Especialista ou Assistente de Serviços de Saúde. Não há, portanto, nesse quadro profissionais com características típicas de uma escola, como os coordenadores técnico docente e de extensão.

Assim, existe a evidente necessidade de reformulação do quadro de pessoal da escola. Contudo, não se pode desguarnecer o estabelecimento escolar, abruptamente, em relação às suas demandas, mesmo que exercidas inadequadamente através de credenciados.

Seria exagerada a suspensão ou anulação do Credenciamento, com ofensa ao Princípio da Razoabilidade. Suficiente aqui fazer **determinação** ao gestor para que providencie as medidas necessárias para realização de concurso público para as quatro funções típicas do quadro permanente citadas alhures e

outras que julgar necessárias, no prazo a ser assinado por este Conselheiro.

Em relação à suposta impossibilidade de realização de Credenciamento, tema do **item 2**, não assiste razão à Divisão Especializada, pois as características desta inexigibilidade de licitação, fundada no art. 25 da Lei nº 8.666/92, é a pluralidade de interessados e a indeterminação do número exato de prestadores suficientes para a prestação do serviço e adequado atendimento do interesse público, de forma que quanto mais particulares tiverem interesse na execução do objeto, melhor será atendido o interesse público. O valor da remuneração também ficou previamente definido, de forma isonômica.

Embora 30 especialidades diferentes tenham sido definidas no edital deste Credenciamento, há pluralidade de credenciados, indeterminabilidade e temporalidade para a execução delas, com habilitações tendo sido feitas de maio a agosto de 2021 (peças 37-38). Respeitado, então, o item, 11.3 do edital: "Será realizado um sorteio entre os credenciados para estabelecer a ordem de convocação, em tempo e local a serem definidos pela administração, a partir da necessidade de contratação, considerando o código e função necessária para a execução da atividade".

Aliás, essa modalidade de credenciamento está prevista expressamente na nova Lei de Licitações e Contratações Públicas, a Lei nº 14.133/2021, no art. 79, I, como se vê abaixo (grifos nossos):

> *Art. 79.* ***O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação****:*
>
> ***I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas****;*
>
> *II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;*

III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

O **item 3** diz respeito à forma de seleção, que foi o sorteio, sistema que garante impessoalidade na convocação dos credenciados para o serviço. Evidentemente, houve falha do jurisdicionado em não prever no edital a **forma como esse sorteio** seria realizado e a garantia da **rotatividade** (recomendada no parecer da Procuradoria Geral do Estado – PGE), posto que credenciamento só tem sentido quando a Administração Pública convoca todos os interessados em prestar serviços ou fornecer bens, para que, preenchendo os requisitos necessários, executem o objeto, conforme a definição do art. 6º, XLIII, da Lei nº 14.133/2021.

O jurisdicionado deixou claro, porém, em sua resposta (peças 37-38), que os credenciamentos têm sido realizados com base em sorteios legítimos e que vai assegurar a rotatividade quando começar a convocar os credenciados para o serviço, o que ainda não deu início em razão da pandemia de Covid-19.

Em decisão colegiada, o Tribunal de Contas da União (TCU) já deu aval ao sistema de sorteio para escolha dos profissionais através de Credenciamento. Decidiu, por exemplo, que "no caso dos serviços advocatícios, a definição do advogado, incumbido de contestar ou propor a ação, será feita por sorteio aleatório entre todos os credenciados, excluindo-se sempre os sorteados anteriormente [Decisão 624/94 – Plenário]".

Portanto, aqui basta **recomendação** ao jurisdicionado para que nos próximos credenciamentos deste tipo deixe explícito nos editais a forma de sorteio e a garantia da rotatividade.

Constata-se, entrementes, que neste Credenciamento as falhas foram pontuais e plenamente sanáveis. Assim, **há que se deferir a medida cautelar pleiteada, mas apenas parcialmente**, no sentido de determinar que a Secretaria Estadual de Saúde realize concurso público para as quatro funções acima

apontadas e recomendar que aprimore seus próximos Credenciamentos.

Diante do exposto e pelos fundamentos descritos, **DEFIRO PARCIALMENTE MEDIDA CAUTELAR PARA DETERMINAR QUE A SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE – SES/MS PROVIDENCIE, NO PRAZO MÁXIMO DE DOIS MESES A CONTAR DA INTIMAÇÃO, AS MEDIDAS NECESSÁRIAS PARA REALIZAR CONCURSO PÚBLICO PARA AS FUNÇÕES DE COORDENADORES ADMINISTRATIVO, DE EXTENSÃO, FINANCEIRO E TÉCNICO-DOCENTE DA ESCOLA PÚBLICA DE SAÚDE DR. JORGE DAVID NASSER, COM O CONSEQUENTE CANCELAMENTO DESSAS ESPECIALIDADES NO CREDENCIAMENTO Nº01/2021 AO SEREM EMPOSSADOS OS CONCURSADOS, SOB PENA DE IMPOSIÇÃO DE MULTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO**, com fundamento no art. 4º, I, "b", 3, c/c art. 149 do RITCE/MS.

RECOMENDO aos jurisdicionados que nos próximos Credenciamentos deste tipo explicitem nos editais a **forma de sorteio** e a garantia da **rotatividade**.

INTIMEM-SE os responsáveis para que cumpram as determinações e recomendações acima.

É a decisão.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 08 de novembro de 2021.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

JRA/2021-11