

Inquérito Civil nº MP 14.0716.0004956/2018-0

Representado: Prefeitura Municipal de Marília

Assunto: Improbidade Administrativa - artigos 10 e 11 da LIA

PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO

COLENDO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DOUTOS PROCURADORES DE JUSTIÇA CONSELHEIROS

Cuida-se de inquérito civil instaurado *ex officio*, a fim de se apurar possíveis atos de improbidade administrativa, nas modalidades prejuízo ao erário e/ou violação aos princípios, em virtude de notícias veiculadas no Jornal Marília Notícias, divulgado na Internet, edição de 04 de setembro de 2018 (fls. 05/06).

Consoante a matéria jornalística que chegou ao conhecimento deste membro do Ministério Público, a Prefeitura de Marília teria, em 01 de novembro de 2017, celebrado contrato com a Unimed, tendo como objeto o fornecimento de planos de saúde a 6.548 servidores públicos municipais.

Consigna a matéria que, anteriormente, o contrato era assinado com a Associação dos Servidores Públicos Municipais de Marília, que recebia os recursos da Prefeitura e os repassava à UNIMED.

Consta que a licitação foi “cheia de polêmicas e acusações de outra participante”, qual seja, a empresa Coopus, a qual havia oferecido o menor preço, mas foi desclassificada após recurso da Unimed.

Sendo assim, o E. Tribunal de Contas Estadual determinou a realização de um novo certame “no ano passado diretamente entre o Município e o prestador de serviço”.

Consta ainda que, conforme apontamentos da E. Corte de Contas do Estado de São Paulo, existiriam irregularidades no tocante à ausência de assinatura do Presidente da Unimed no balanço patrimonial apresentado, além de supostas ilegalidades no edital.

Por fim, há informações que a empresa Coopus, em razão da ausência da subscrição do balanço patrimonial, alegou que “todos os demais documentos apresentados não têm valor probatório.”

Digitalizou-se a portaria inaugural de fls. 02/04, inserindo-a no SIS MP Integrado (fls. 07).

Oficiou-se à Prefeitura Municipal de Marília solicitando-se informes (fls. 08), cuja resposta encontra-se às fls. 12/25, com a mídia acostada às fls. 14 (contendo cópia integral do Pregão Presencial nº 116/2017).

Expediu-se ofício à UNIMED de Marília às fls. 16. Resposta às fls. 27/32, com os documentos de fls. 33/115.

É o relatório.

Da análise dos autos, depreende-se que nada há que justifique a tomada de outras providências a serem adotadas a cargo desta Promotoria de Justiça do Patrimônio Público, motivo pelo qual o arquivamento é a medida adequada, consoante a seguir exposto.

Com efeito, a Prefeitura de Marília deflagrou o Pregão Presencial nº 116/2017 visando à contratação de “Operadora de Plano de Saúde”, com o objetivo de disponibilizar o benefício aos servidores ativos e inativos da Prefeitura Municipal de Marília, consoante cópia gravada em mídia (fls. 14).

Sagrou-se vencedora a empresa Unimed Marília Cooperativa de Trabalho Médico, com registro ativo e regular junto a ANS – Agência Nacional de Saúde.

Em resposta de fls. 22, o Município esclareceu ter celebrado Termo de Confissão de Dívida com a Unimed Cooperativa de Crédito de Trabalho Médico, tendo em vista a inadimplência do primeiro, com crédito em favor desta última, no valor de R\$ 3.510.000,00 (fls. 23/24), nos termos da Lei Municipal nº 8.181, de 28 de dezembro de 2017.

A UNIMED esclareceu ter seguido a legislação vigente e os termos editalícios, estando em efetivo cumprimento do contrato (fls. 27).

Pontuou que participaram do procedimento licitatório objeto dos autos duas empresas: a própria UNIMED e a COOPUS Planos de Saúde Ltda.

Prosseguiu que, na fase oral de lances, a empresa COOPUS foi declarada vencedora por ofertar o menor preço (fls. 78/81).

No entanto, informou ter interposto recurso administrativo, nos termos da Lei nº 10.520/02, sustentando que a empresa COOPUS, vencedora na fase de lances verbais, encontrava-se em grave crise financeira, declarada pela Agência Nacional de Saúde (ANS) e, portanto, incorreria em descumprimento dos itens 2.3, alínea G, e 10 do Edital do Pregão Presencial nº 116/2017¹ (cf. 2º parágrafo de fls. 28).

Em seguida, comunicou que suas razões recursais foram julgadas parcialmente procedentes por José Alcides Faneco, Secretário Municipal da Administração, resultando, assim, na desclassificação da empresa COOPUS (4º parágrafo de fls. 29/30 e fls. 440²).

¹ Item copiado às fls. 29

²Arquivo digital “Volume 6 do Pregão Presencial nº 116/2018”, da mídia acostada às fls. 14

A empresa COOPUS, irresignada, apresentou recurso administrativo a fim de reverter a decisão que a inabilitou no certame, sustentando, em síntese, a existência de cláusulas restritivas no edital, nomeadamente no que atine à exigência de que as licitantes não estejam sob o regime de direção fiscal, responsável por sua eliminação (fls. 86/87).

Em decisão da lavra de José Alcides Faneco, Secretário Municipal da Administração, o recurso da empresa inabilitada foi julgado improcedente pelos seguintes motivos: a) em razão da insatisfação de requisito extrínseco do direito de recorrer, consubstanciado na preclusão temporal que incorreu a recorrente, nos termos do art. 41 da Lei 8.666/93, §2º³, aplicada subsidiariamente à modalidade pregão; b) em virtude da incidência do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que além de vincular os particulares, vincula igualmente a própria Administração Pública (fls. 89/90, 93, 97).

Destarte, sagrou-se vencedora a licitante Unimed de Marília Cooperativa de Trabalho Médico. O certame público foi homologado e teve seu objetivo adjudicado (cf. teor de fls. 97), sendo entabulado o Contrato CST 1357/17, em 27 de dezembro de 2017 (fls. 98/106).

Esses são os elementos de convicção aos autos colacionados, sendo o arquivamento a medida adequada.

Isso porque não há indícios mínimos de conluio, prejuízo ao erário ou fraude de qualquer natureza, mas, ao reverso, de observância ao princípio da economicidade e à legislação pertinente.

³Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada § 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

No que atine ao valor contratado, consta dos autos que, ao ocorrer a inabilitação da empresa COOPUS, a qual, no primeiro momento apresentou a proposta de menor preço no valor global de R\$ 28.800.000,00 (fls. 198 ⁴), o pregoeiro diligenciou com o preposto da UNIMED, segunda colocada na fase inicial, que havia ofertado lance verbal no importe de R\$ 28.895.000,00 (fls. 83), visando à obtenção de proposta mais vantajosa à Administração (2º e 3º parágrafo de fls. 30).

A negociação restou frutífera, uma vez que a licitante e ora contratada UNIMED reduziu sua oferta, equiparando-a à apresentada pela empresa inabilitada, qual seja o valor global de R\$ 28.800.000,00 (fls.184/186)⁵.

Desse modo, vislumbra-se que a comissão designada cumpriu o preceituado pelo art. 4º, incisos XVI e XVII da Lei nº 10.520/02, a fim de evitar prejuízos aos cofres públicos:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(..)

XVI - se a oferta não for aceitável ou **se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes**, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

XVII - **nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor.** (grifo nosso)

Quanto à exigência de que as licitantes não estejam sob Regime de Direção Fiscal e/ou Liquidação Extrajudicial, nos termos da Resolução Normativa nº 316, da Agência Nacional de Saúde (ANS), registrada no item 2.3 do edital (fls.35), a alegação de configuração de cláusula restritiva do caráter competitivo do certame também não prospera.

³ Arquivo digital "Volume 3 do Pregão Presencial nº 116/2018" da mídia acostada às fls. 14

⁵ Arquivo digital "Volume 7 do Pregão Presencial nº 116/2018" da mídia acostada às fls. 14

Com efeito, a contratação de empresa sob o regime de direção fiscal implicaria em potencial risco de inadimplência do objeto contratado, em razão do temerário encerramento das atividades da empresa que passa por momentos de crise, dada a natureza do aludido regime. Tal hipótese é inaceitável, mormente, por cuidar-se de questão de saúde dos servidores, direito fundamental e indisponível (1º parágrafo de fls. 93).

Nessa esteira, esclareceu a Unimed (1º parágrafo de fls. 29):

Não bastasse isso, logo após a audiência inicial do pregão a Coopus fora submetida à Direção Fiscal, devido ao risco de descontinuidade da assistência à saúde dos beneficiários, havendo a possibilidade legal de decretação de liquidação da empresa, na medida em que os planos de saúde não se submetem às normas gerais da falência. Ora, como se vê, a medida em questão trata-se de um dos caminhos iniciais à decretação de liquidação da empresa e alienação da carteira de beneficiários, o que denota sua gravidade.

Ademais, como bem asseverou o município, o requisito ora analisado constou devidamente do edital e, a partir da ausência de manifestação de interessados pugnando por eventual ilegalidade da cláusula no prazo legal de impugnação ao instrumento convocatório, vinculou os proponentes e a própria Administração, consoante o teor do artigo 41 da Lei 8.666/93 (3º e 4º parágrafo de fls. 92).

É oportuno colacionar parcela da fundamentação de Ademir Aparecido Flausino, Pregoeiro, e de Cidimar Luiz Furquim, Diretor de Suprimentos (3º parágrafo de fls. 93):

Importante dizer que não houve cláusula restritivas no Edital, tanto é verdade que não houve impugnação no momento oportuno por nenhuma empresa, nem por parte da recorrente e nem da recorrida, não havendo qualquer violação ao artigo 3º da Lei 10.520/02. **Somente agora quando a recorrente restou inabilitada é que apresenta tal argumento.** (grifo nosso).

Portanto, trata-se de cláusula razoável e aplicada com o fito de evitar graves consequências ao município e aos beneficiários dos planos de saúde em caso de superveniência de decretação de liquidação da empresa sob o regime de direção fiscal.

Em que pese a ausência de designação de um Coordenador como informado na cláusula décima do primeiro contrato de fls. 74, o representado justificou que estão sendo realizados estudos para a nomeação de uma Comissão de Fiscalização, bem como que foi criado pela Prefeitura de Marília uma ouvidoria para ser recebidas as reclamações de usuários, ou seja, por se tratar de um assunto momentâneo, é pertinente dizer que não há atos que importem prejuízo ao erário (3º parágrafo de fls. 114).

Quanto à ausência de assinaturas, esclareceu a contratada Unimed que apresentou os balanços patrimoniais por meio do Sistema Público de Escrituração Digital Contábil (SPED CONTÁBIL), nos moldes da cláusula 6.1.4.6 (fls. 41), via pela qual a validação do documento se dá exclusivamente de modo digital (3º e 4º parágrafo de fls. 30).

Insta consignar, por fim, que o Egrégio Tribunal de Contas do Estado, nos autos do Processo TC nº 10007/989/18-9, instaurado com o fim de acompanhar a avença em comento, pontuou que o objeto contratual está sendo cumprido em consonância com o edital, nos quantitativos e prazos previstos inicialmente (cf. 2º parágrafo de fls. 114).

Em remate, apurou-se que a licitante Unimed de Marília sagrou-se vencedora do Pregão Presencial nº 116/2017, com o valor de R\$ 28.800.000,00 (vinte e oito milhões e oitocentos mil reais), após a empresa Coopus Planos de Saúde LTDA não cumprir os requisitos necessários, não havendo que se cogitar na prática de atos que possam ser tachados como ímprobos, em quaisquer de suas modalidades.

Neste aspecto, oportuno considerar que o art. 10, caput, da Lei 8.429/92 estabelece que:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

Ensina MARÇAL JUSTEN FILHO, ao observar que “a infração do art. 10 envolve um elemento material de resultado, sem o qual não há ilicitude. Trata-se de lesão ao erário. Sem prejuízo, não há infração do art. 10. Assim, suponha-se o exemplo mais fácil de ser indicado, que é o da contratação direta. A mera constatação de que houve contratação direta em hipótese incabível é insuficiente para configurar, mesmo em tese, a existência da infração. É indispensável demonstrar que, além da omissão indevida da licitação, a contratação resultou em prejuízo para os cofres públicos. (...) Não é cabível estabelecer uma espécie de ficção de lesão aos cofres públicos, determinando que toda e qualquer conduta enquadrável no elenco do art. 10 configuraria ato de improbidade. Isso infringiria a noção de improbidade em geral e o próprio texto do art. 10, que explicitamente alude a ato que cause lesão ao erário” (Curso de Direito Administrativo, Saraiva, 2ª edição, 2006, pág. 703).

Impende ressaltar também que, segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a lesão ao erário deve ser efetivamente comprovada, não se comportando a existência de prejuízo presumido:

“[...] O ato de improbidade previsto no art. 10 da LIA exige para a sua configuração, necessariamente, o efetivo prejuízo ao erário, sob pena de não-tipificação do ato impugnado [...] A lesão ao erário, como requisito elementar do ato de improbidade administrativo previsto no art. 10 da Lei 8.429/92, não pode ser meramente presumida” (STJ, REsp 805080/SP, j. em 23.06.2009).

Por sua vez, a improbidade prevista no artigo 11 da Lei nº 8.429/92 exige a presença do dolo, ao menos genérico, para sua caracterização, o que não restou evidenciado na hipótese.

Pelo exposto, não se verifica a existência de dolo, má-fé e prejuízo ao erário aptos ensejar a aplicação da Lei de Improbidade.

Posto isso, promove-se o arquivamento deste inquérito civil, ressalvando-se a superveniência de novas provas ou fatos, e, assim, respeitosamente, aguarda-se a homologação deste Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, ou, caso assim não entenda, as providências que houver por bem determinar.

Marília, 27 de fevereiro de 2019.

ORIEL DA ROCHA QUEIROZ
9º PROMOTOR DE JUSTIÇA DE MARÍLIA
Patrimônio Público

Leonardo Zanata Franco de Almeida
Estagiário do Ministério Público