

JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

PROCESSO DE CONTRATAÇÃO Nº 042/2024

OBJETO: Contratação de empresa especializada em serviços médicos em terapia intensiva adulto, para o Hospital de Clínicas Municipal de São Bernardo do Campo, unidade que integra o Complexo de Saúde de São Bernardo do Campo.

Por determinação do art.10 do regulamento de compras do Complexo de Saúde de São Bernardo do Campo, este Departamento Jurídico vem em razão da IMPUGNAÇÃO contra o Memorial Descritivo, apresentado por Ana Carolina da Cunha Lima, inscrita na OAB/RJ sob nº 200.860, e, CPF sob nº 057.064.397-02, apresentar as suas razões, para ao final, decidir como segue:

I – RELATÓRIO:

Trata-se de análise e julgamento da impugnação administrativa em epígrafe, objetivando a reforma da forma de comprovação do vínculo empregatício constante nos critérios de pontuação, vide Anexo II do Memorial Descritivo.

II – DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO:

Destaca-se que a impugnação foi recebida, no dia 12 de abril de 2024.

Portanto, dentro dos ditames impostos pelo Capítulo 09 – Da Impugnação ao Memorial Descritivo, conforme segue:



JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

9. DAS IMPUGNAÇÕES AO MEMORIAL DESCRITIVO

- 9.1. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar os termos do Memorial Descritivo, desde que formalmente e protocoladas, junto ao Departamento de Compras e Contratos do Complexo de Saúde São Bernardo do Campo, em até 2 (dois) dias úteis anteriores a data final fixada para recebimento das propostas, das 8h30 às 11h30 e das 13h30 às 17h.
- 9.2. A impugnação oferecida dentro do prazo estabelecido no item anterior, será encaminhada imediatamente à autoridade máxima da Unidade, para que esta se manifeste quanto à aplicação do efeito suspensivo ou não a essa.
- 9.2.1. Eventual interposição de impugnação não incidirá, automaticamente, efeito suspensivo ao presente Processo, salvo pedido expresso com respectivo deferimento pela CONTRATANTE.
- 9.2.2. Terão legitimidade para a apresentação das impugnações, os representantes legais da empresa e/ou aqueles indicados em procuração específica.
- 9.2.3. Eventuais impugnações deverão ser formalizadas em papel timbrado da empresa e protocolados fisicamente no Departamento de Compras e Contratos da Fundação do ABC - Complexo de Saúde São Bernardo do Campo, nos prazos estipulados nas cláusulas 9.1 e serão encaminhadas pelo Setor de Compras e Contratos ao Departamento jurídico, que na forma do art. 10 do regulamento de compras é competente para o seu julgamento.
- 9.3. Havendo acolhimento pelo Setor Jurídico da Fundação do ABC, das impugnações formuladas, o departamento responsável publicará no site da Fundação do ABC (www.fuabc.org.br).
- 9.4. Não serão reconhecidas as impugnações cuja petição tenha sido apresentada fora do prazo. Também não são reconhecidas as impugnações que tenham sido encaminhadas por Fax ou qualquer outra forma que não a descrita neste item.
- 9.5. Se procedente e acolhida a impugnação deste Edital, seus vícios serão sanados e nova data será designada para a realização do certame.

III – DO JULGAMENTO:

Alega a impugnante que deve ser reformada o meio de comprovação de vínculo empregatício constante nos critérios de pontuação, uma vez que a limitação conforme o artigo 12 do Regulamento de Compras e Contratação fere o princípio o artigo 5º da Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21) e o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal.

Sobre o tema, não assiste razão o impugnante, visto que esse Complexo de Saúde é uma Mantida da Fundação do ABC, sendo que todo o seu escopo e desenvolvimento de atividades é financiado pela Prefeitura de São Bernardo do Campo no bojo do Contrato de Gestão.



JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

Neste sentido, por ser uma Organização Social qualificada na forma da Lei Municipal nº 6689/2018 cuja relação com o Município encontra fundamento no mesmo diploma legal, no bojo do modelo julgado constitucional por força de decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade e nos autos da ADI 1923/2015, incumbe realizar contratações na forma de seu Regulamento de Compras e Contratação de Serviços de Terceiros e Obras, e não por aplicação da lei geral de licitações e contratos administrativos vigente, assim:

“Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; **(iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;** (v) a seleção de pessoal pelas



JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 16.04.2015.”

Destaca-se ainda que tal informação não é novidade, visto que no preâmbulo do Memorial Descritivo há tal disposição de forma expressa, confere-se:

1. PREÂMBULO

1.1. Encontra-se disponível na **FUNDAÇÃO DO ABC – COMPLEXO DE SAÚDE SÃO BERNARDO DO CAMPO**, inscrita no CNPJ/MF sob nº 57.571.275/0025-70, estabelecida à Estrada dos Alvarengas, 1001 – Bairro Alvarenga – São Bernardo do Campo/SP, **O MEMORIAL DESCRITIVO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM SERVIÇOS MÉDICOS EM TERAPIA INTENSIVA ADULTO, PARA O HOSPITAL DE CLÍNICAS MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, UNIDADE QUE INTEGRA O COMPLEXO DE SAÚDE DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, nos termos do Regulamento Interno de Compras¹ disponibilizado no sítio eletrônico da Fundação do ABC**, assim como, demais legislações aplicáveis, e, ainda, de acordo com as condições estabelecidas no Memorial Descritivo e seus anexos, os quais, são parte integrante deste instrumentos.

Ato contínuo, é preciso invocar o artigo 12 do regulamento de compras desta Instituição, preceitua que:

Art.12 - A contratação de empresa fornecedora de serviços médicos e demais profissionais deverá, obrigatoriamente, ser acompanhada de prova de vínculo formal do profissional com a empresa, que poderá ser comprovado mediante registro CLT,



JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

prova de membro de quadro societário ou contrato de prestação de serviços autônomos, além da qualificação técnica dos profissionais admitidos no mês de referência e os percentuais de especialização determinados no ato convocatório, quando exigidos, a ser regulamentado por portaria da Presidência.

Neste sentido, qualquer outro tipo de forma de comprovação de vínculo não é aceito por essa Instituição.

Ainda, por se tratar de sistema de pontuação, onde é solicitada a comprovação de pretéritas prestações de serviços, é preciso adentrar especificamente ao mérito quanto a comprovação de vínculo por meio de Conta de Participação (SCP) invocamos o artigo 991 do Código Civil, onde é possível verificar que na sociedade em conta de participação o objeto social é exercido unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua responsabilidade, vejamos:

Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.

Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social.

Fato é que existem dois tipos de sócios:

I – O Sócio Ostensivo – aquele a quem incumbe pessoalmente a gestão da sociedade, que pratica todos os atos necessários ao seu desenvolvimento, inclusive a prestação de serviços.

II – Os Sócios Participantes (também chamados de sócio ocultos ou investidores) – não tem poder de gerência na sociedade, sendo-lhes possível a fiscalização e acompanhamento dos atos da administração, ou seja, não lhes cabe realizar a prestação de serviços.



JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

Nesta toada, a inclusão dos profissionais, como sócios participantes, ocasionaria na descaracterização da SCP, assim como geraria riscos trabalhistas para a instituição, conforme julgados abaixo citados:

MÉDICO PLANTONISTA. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. EXISTÊNCIA. É assente na doutrina e jurisprudência pátrias que reconhecida a prestação de serviços, cabe ao réu a demonstração do fato impeditivo ou modificativo do direito obreiro, segundo exegese dos arts. 818 da CLT e 373, I do CPC. No caso dos autos, a prova produzida demonstrou satisfatoriamente que o enlace jurídico entre as partes sequer tangenciava a invocada sociedade em conta de participação, estando preenchida a dicção do artigo 3º da CLT para reconhecimento do vínculo empregatício, pois presente a habitualidade e pessoalidade na atuação, remuneração mensal e subordinação jurídica ao diretor técnico nomeado pela tomadora de serviços. Recurso improvido.

(TRT-23 00000424420185230037 MT, Relator: ROBERTO BENATAR, Gabinete da Presidência, Data de Publicação: 08/02/2019)

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. No presente caso, no que concerne à sociedade em conta de participação, observa-se que a atividade constitutiva do objeto social não era exercida unicamente pelo sócio ostensivo. Ademais, não restou demonstrado o aporte de capital na sociedade por parte da autora e pelos demais sócios ocultos, nos moldes previstos pelo Código Civil. Outrossim, cotejando o contrato de sociedade por conta de participação e o Contrato Social da primeira reclamada, vê-se que o objeto daquela está integralmente inserido no objeto social da primeira reclamada. Assim, o referido contrato de sociedade por conta de participação não se amolda a modalidade prevista na legislação civil. Portanto, não há falar em sociedade por conta de participação capaz de afastar os elementos do vínculo de emprego. E como restaram demonstrados tais elementos, também não há falar em prestação de serviço autônoma. HORAS EXTRAS. Considerando que a autora não apontou s... (TRT 17ª R., 00814-2013-008-17-00-5, Rel. Desembargador Gerson Fernando da Sylveira Novais, DEJT 21/10/2014).



JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

(TRT-17 - RO: 00814006220135170008, Relator: DESEMBARGADOR GERSON FERNANDO DA SYLVEIRA NOVAIS, Data de Julgamento: 14/10/2014, Data de Publicação: 21/10/2014)

SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. FRAUDE. A constituição de sociedade por conta de participação para contratação de trabalhadora subordinada (técnica de enfermagem) constitui fraude à legislação trabalhista e é insuscetível de mascarar a verdadeira relação de emprego existente, com intensa subordinação evidenciada no fato da empregada receber apenas por plantões, estar obrigada a cumprir horários e escalas e sem o indispensável *affectio societatis* indispensável para qualquer sociedade comercial. Recurso da empresa ao qual nega-se provimento.

(TRT-1 - RO: 01009361020205010283 RJ, Relator: GISELLE BONDIM LOPES RIBEIRO, Data de Julgamento: 22/09/2021, Sétima Turma, Data de Publicação: 08/10/2021)

Desta forma, resta clara que além da vedação regulamentar a uma vedação legal quanto esse tipo de forma de contratação para o presente escopo contratual.

IV – DECISÃO:

Diante do exposto, de forma preliminar, conheço da impugnação, todavia, no mérito, julgo **IMPROCEDENTE**, por entender, que deve ser mantida a possibilidade de comprovação de vínculo empregatício, nos termos do artigo 12 do Regulamento da FUABC.

Destaca-se ainda, que a presente decisão encontra fundamento de validade nos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, do julgamento objetivo, bem como com os ditames do Regulamento de Compras e Contratação de Serviços de Terceiros e Obras, além do Ato Convocatório do processo 042/2024; portanto, respeitadas as normas que regem a modalidade em comento na sua integralidade.

É como decido.





COMPLEXO
DE SAÚDE
SÃO BERNARDO
DO CAMPO



**SÃO BERNARDO
DO CAMPO**
PREFEITURA DE ENTREGAS E RESULTADOS

JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

São Bernardo do Campo, 12 de abril de 2024.


Mariana Nascimento Sousa

Advogada