



## Acórdão 01396/2020-6 - Plenário

**Processo:** 15900/2019-2

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação

**UG:** SESA - Secretaria de Estado da Saúde

**Relator:** Sebastião Carlos Ranna de Macedo

**Interessado:** LUIZ CARLOS REBLIN, RAFAEL GROSSI GONCALVES PACIFICO, ROBERTA GOLTARA COELHO, MARCOS NATIVIDADE

**Representante:** HOMETEC COMERCIO E SERVICOS LTDA

**Responsável:** PAULO CESAR REBLIN, MARLON BOECHAT MARTINS MOLINA, CAROLINA MARCONDES REZENDE SANCHES, AURELICE VIEIRA SOUZA, JOAQUIM HASTENREITER FILHO, ROBERTA GOLTARA COELHO, VALERIA BAPTISTI CREMA

**Procurador:** MARCELA COSTA PISSINATTI (OAB: 25287-ES)

**REPRESENTAÇÃO – SESA - SECRETARIA DE  
ESTADO DA SAÚDE – IMPROCEDÊNCIA –  
DETERMINAÇÕES - ARQUIVAR.**

**O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO**

### 1. RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre **Representação**, com **pedido de concessão de medida cautelar *inaudita altera parte***, encaminhada pela sociedade empresária Hometec Comércio e Serviços Ltda., representada pelo sócio gerente Wallace Chagas, através de sua procuradora Marcela Costa Pisinatti, noticiando supostas ilegalidades perpetradas no **Pregão Presencial 544/2018** da **Secretaria Estadual de Saúde**, cujo objeto é a contratação de empresa para prestação de serviços de locação de cilindros de oxigênio gasoso medicinal, kits de oxigenoterapia, concentrador de oxigênio, fornecimento de oxigênio (recarga) domiciliar, material de consumo médico hospitalar e assistência técnica domiciliar com orientação técnica, com a finalidade de atendimento à Superintendência Regional de Saúde de Vitória.

A abertura do procedimento licitatório ocorreu primeiramente em outubro de 2018, conforme previsto no aviso de licitação (Peça Complementar 26916/2019 – fls.58), que, conforme Diário Oficial de 30 de outubro de 2018 (Peça Complementar 26921/2019 – fls.24), restou deserto para os lotes 01 ao 12 e 14 ao 22, e fracassado o lote 13.

O certame foi reiterado na data de 23 de novembro de 2018 (Peça Complementar 26917/2019 – fls.33). O Pregão foi homologado, conforme Peça Complementar 26921/2019 fls. 16, em 28 de junho de 2019.

O Representante alega, em suma, que, *“o instrumento convocatório não estava de acordo com a legislação aplicável, pelo que, levou ao afastamento das licitantes à participação no certame, inclusive a Representante, ocasionando a participação de apenas uma empresa”*, e que *“os excessos de exigências de formalidades do Edital, bem como as ilegalidades existentes no mesmo tiveram o condão de atentar contra o princípio da competitividade, da legalidade pelo que, houvera prejuízo à participação de mais empresas no certame, devendo o presente Pregão Eletrônico e o Contrato dele decorrente devem ser anulados”*, ressaltando os seguintes pontos:

- a) Ausência de indicação do regime de execução do contrato;
- b) Exigência de comprovação de contratação de enfermeiro para habilitação técnica;
- c) Exigência de autorização de funcionamento da empresa, expedida pela Anvisa, para habilitação técnica;
- d) Detalhamento excessivo da especificação técnica do equipamento.

Inicialmente, determinei a notificação dos responsáveis para que se manifestassem sobre os indícios de irregularidade (**Decisão Monocrática 1012/2019** – doc. 13).

Devidamente notificados, os gestores apresentaram suas justificativas (Resposta de Comunicação 1220/2019 – doc. 29 e Petição Intercorrente 1363/2019 – doc. 36 e Peças Complementares 28195/2019, 28201/2019, 28202/2019, 28215/2019, 28216/2019, 28220/2019 – docs.30 a 35).

Os autos foram encaminhados à Secretaria de Controle Externo de Saúde e Assistência Social – SecexSAS para análise. Mediante a **Manifestação Técnica 11293/2019** a área técnica opinou pelo deferimento da cautelar, considerando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Recebido os autos para emitir o **Voto do Relator 05957/2019-6** no sentido de conhecer da Representação e indeferir a medida cautelar com amparo no *periculum in mora reverso*, determinando a tramitação destes sob o rito ordinário, face ao apontamento da área técnica da existência de grande volume de informações a ser analisado, com tramitação preferencial, ratificada na **Decisão 03351/2019-9 Plenário**.

Em sequência o NOF - Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações emitiu a **Manifestação Técnica 00406/2020-4** onde reproduz o entendimento externado pela Secretaria de Controle Externo de Saúde e Assistência Social na **Manifestação Técnica 11293/2019**. Foi emitida a **Instrução Técnica Inicial 00022/2020-2** sugerindo a citação dos responsáveis, acolhida na Decisão SEGEX 00029/2020-4 (doc. 54).

O NOF - Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações, através da **Manifestação Técnica 02657/2020-6**, analisa as justificativas encaminhadas pelos responsáveis e “*considerando que a contratação para o programa de oxigenoterapia tem suscitado inúmeros questionamentos, inclusive judiciais*”, opina no sentido de que a “*Sesa não prorrogue o Contrato 17/2019 ao final do prazo de vigência do primeiro termo aditivo (18/7/2021) e realize nova licitação, com o Termo de Referência precedido de audiência/consulta pública, a fim de aprimorar o procedimento e ampliar a competitividade.*”.

A **Instrução Técnica Conclusiva 03460/2020-4** acata as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis, e conclui pela improcedência da representação e determinações à SESA.

No mesmo sentido manifestou-se o Ministério Público de Contas, em manifestação da lavra do Excelentíssimo Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva (**Parecer 03312/2020-2** – doc. 92).

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

Ratifico integralmente o posicionamento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, para tomar como razão de decidir a fundamentação exarada na Instrução Técnica Conclusiva 03460/2020-4, pela improcedência da representação, nos seguintes termos:

### Instrução Técnica Conclusiva 03460/2020-4:

[...]

#### 2. ANÁLISE DO INDICATIVO DE IRREGULARIDADE DESCRITO NA ITI 0022/2020-2 (Peça 053)

##### 2.1 RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME

**Base legal: Art. 3º, § 1º, I da Lei 8666/93.**

**RESPONSÁVEIS:** Paulo César Reblin; Valéria Baptista Crema; Marlon Boechat Martins Molina; Carolina Marcondes Rezende Sanches; Aurelice Vieira Souza; Joaquim Hastenreiter Filho e Roberta Goltara Coelho.

**Nos termos da ITI 00022/2020-2 (Peça 53), subsidiada pela Manifestação Técnica 00406/2020-4 (Peça 51) foi imputado aos responsáveis os seguintes fatos:**

A restrição ao caráter competitivo do certame aqui apontada consiste na exigência de **enfermeiro** para habitação técnica, expressa no Anexo I ao edital de pregão eletrônico nº 544/2018, subitem 5, letra g (Peça 33, p. 129 e 130):

g) “Comprovação de possuir em seu quadro permanente profissional ENFERMEIRO, devidamente reconhecido pelo Conselho Regional da categoria do Estado do Espírito Santo, que atuará como Responsável Técnico: Artigo 40. O profissional com inscrição ativa, que pretenda exercer suas atividades em outra Unidade da Federação, deverá requerer inscrição secundária no Regional. (Resolução Cofen nº 536/2017).

Parágrafo Primeiro. O referido profissional poderá ocupar a posição de diretor, sócio ou integrar o quadro permanente da empresa licitante, na condição de empregado devendo comprovar, obrigatoriamente, sua vinculação com a licitante, até a data da apresentação dos documentos de habilitação, por meio de carteira de trabalho e previdência social (CTPS), ficha de registro de empregado ou contrato social.

Parágrafo Segundo. O profissional indicado pelo licitante para fins de comprovação da capacidade técnica operacional deverá participar da execução dos serviços, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração.

A exigência restritiva foi caracterizada pela possibilidade de prestação dos serviços por profissionais **médicos, enfermeiros ou fisioterapeutas**, conforme precedentes nos processos administrativos da Sesa<sup>1</sup>: 65959531, 66557755, 69343160 e 73786659.

Diante de questionamentos/impugnações ao edital, constatou-se que “agentes públicos que tiveram ciência da exigência restritiva e ainda assim, mantiveram posicionamento nos mesmos termos, o que atrairia o erro grosseiro, condição essencial para responsabilização”, assim descrita:

**CONDUTA:** Manter exigência de qualificação técnica somente com exigência de profissional da enfermagem quando havia outros profissionais habilitados para execução do objeto.

**NEXO:** Ao manter em manifestações a exigência única para Enfermeiros na execução do objeto do certame, afastou potenciais licitantes que constasse com outros profissionais também habilitados para tal, como o caso de Fisioterapeutas que se enquadrassem nos termos da Resolução 400/2011 e 454/2015 do Conselho federal de Fisioterapia e Terapia ocupacional.

**CULPABILIDADE:** Tratou-se de um erro grosseiro dos responsabilizados a partir do momento em que foram compelidos a tratar da exigência restritiva sem possibilitar outros profissionais que teriam competência para o desempenho das funções atinentes a execução do objeto. Destaca-se haver precedente em processos administrativos junto a SESA que previa participação de outros profissionais.

### **Alegações da Defesa**

As justificativas foram protocolizadas conforme Peça 77 e juntadas aos autos nas Peças 80 e 81. Na Peça 81 faltam as páginas 42 e 43 da Peça 77, razão pela qual serão referenciados os documentos da Peça 77, que também se apresentam mais legíveis.

Os Defendentes alegam que o Termo de Referência (TR) integrante do edital do Pregão Eletrônico 544/2018 foi elaborado por Comissão Técnica, que sopesou o princípio da ampla concorrência com os princípios da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência nas contratações, para garantir o atendimento do interesse público.

Esclarecem que o Protocolo do Programa de Oxigenoterapia Domiciliar Prolongada - PODP (Peça 77. p. 27-58), elaborado por profissionais do setor administrativo e profissionais da saúde, entre eles, médicos, enfermeiros e fisioterapeutas, foi disponibilizado pela Sesa para fins de consulta pública, tornando o processo de elaboração democrático e transparente. O protocolo exige que o laudo prescrevendo oxigênio seja realizado pelo médico que assiste o paciente (médico assistente) e avaliado pelo médico do programa (médico do estado, regulador do programa), conforme item IX-CONTROLE DA ODP – MÉDICO REGULADOR DO PROGRAMA (Peça 77, p. 42).

Alegam que a Comissão Técnica averiguou que regularmente eram apresentados por pacientes laudos de fisioterapeuta prescrevendo oxigênio e para exemplificar, acostam aos autos um laudo datado de 3/6/2019 (Peça 77, p. 26).

A Comissão Técnica levou em conta também que, segundo o Protocolo item VII – CRITÉRIOS PARA A PRESCRIÇÃO DE ODP POR MÉDICO REGULADOR DO PROGRAMA (Peça 77, p. 38) cabe ao paciente ou responsável munido de laudo médico e exames, agendar periodicamente atendimento com o médico do Estado para manutenção ou titulação do oxigênio, associado a acompanhamento obrigatório por médico assistente. Ressaltam que:

---

<sup>1</sup> Analisados por ocasião de fiscalização realizada conforme Termo de Designação 50/2017-4 (Processo TC 3.308/2017-1), Relatório de Auditoria 52/2017-3 e Anexos.

**“O que há no Programa é o fornecimento de oxigênio (recarga) domiciliar, e não atendimento médico ou fisioterápico domiciliar, ou seja, a empresa contratada fará a entrega ou recarga do oxigênio na residência do paciente e, caso seja necessário, a empresa encaminhará um profissional da saúde para explicar ao paciente e sua família a utilização do oxigênio conforme prescrição feita pelo médico do Estado”.**

Assim, a comissão que elaborou o TR concluiu que para haver coerência entre o Protocolo do Programa de Oxigenoterapia e o objeto da licitação, o mais adequado na prestação deste serviço seria a exigência de qualificação técnica de enfermeiros.

Citam a Manifestação Técnica 00406/2020 para corroborar que “o profissional de fisioterapia, assim como o médico, **possuem a atribuição de realizar a titulação da oxigenoterapia**”.

Alegam ainda que dos profissionais da saúde, “o único profissional impedido de prescrever ou titular a oxigenoterapia, **com atribuição exclusiva de seguir prescrições médicas é o enfermeiro**”, fundamentados no Art. 11, III, d) e Art. 13 do Decreto 94.406/1987, que regulamenta a Lei 7.498/1986 – Lei do Exercício Profissional de Enfermagem<sup>2</sup> (Peça 77, p. 7-8):

[...]

Art. 11 O Auxiliar de Enfermagem executa as atividades auxiliares, de nível médio atribuídas à equipe de Enfermagem, cabendo-lhe:

[...]

**II executar tratamentos especificamente prescritos, ou de rotina, além de outras atividades de Enfermagem, tais como:**

[...]

**d) aplicar oxigenoterapia, nebulização, enterocлизма, enema e calor ou frio;**

[...]

Art. 13 As atividades relacionadas nos arts. 10 e 11 **somente poderão ser exercidas sob supervisão, orientação e direção de Enfermeiro.**

Assim, ressaltam que “os enfermeiros não possuem autorização legal para **realizar titulação de oxigenoterapia, prescrever oxigênio, mas somente aplicar a oxigenoterapia conforme prescrição feita por um médico**”.

Argumentam que a Comissão Técnica, nos termos do artigo 21 da LINDB, aventou uma situação hipotética que se durante uma visita domiciliar os médicos e fisioterapeutas contratados pela empresa concluíssem “que o paciente deveria usar quantidade maior de oxigênio”, haveria contradição com o médico do Estado e o médico assistente e geraria dúvidas sobre quem seria responsabilizado pelo paciente e como os valores pagos são proporcionais ao consumo de oxigênio, o Estado pagaria o consumo prescrito pela própria empresa, gerando conflito de interesses, que repercute na moralidade da relação. Por outro lado, também consideraram que seria irregular prever em edital que esses profissionais estariam impedidos de exercer suas atribuições legalmente garantidas.

Nesse sentido, ressaltam que a Comissão Técnica não desqualificou o médico e nem o fisioterapeuta ao excluí-los do edital, pelo contrário, considerou que “ambos possuem atribuições superiores às necessidades dos serviços”.

<sup>2</sup> Esses normativos encontram-se na íntegra na Peça 35, p. 18-27)

Destacam ainda o “poder discricionário da Administração”, que permite “ao executor um juízo de oportunidade de conveniência”.

Quanto aos processos administrativos 65959531, 66557755, 69343160 e 73786659 citados na Manifestação Técnica 00406/2020 alegam que **“eram realizados de forma emergencial/indenizatória ou foram revogados antes de finalizar sua contratação, não podendo ser referência para análise”**.

Por fim, concluem que a licitação foi vantajosa para a Administração Pública pois demonstraram uma diminuição de 33% do custo por paciente quando comparado ao contrato anterior (emergencial/indenizatório) com a empresa Hometec e atribuem às adequações do Termo de Referência ao Protocolo, acostando Notas Fiscais para comprovar (Peça 77, p. 19-25).

Os defendentes juntaram documentos relativos a presente irregularidade.

### **Análise Técnica**

A irregularidade aqui apontada consiste na restrição ao caráter competitivo do certame imposta pela exigência de **enfermeiro** para habitação técnica, enquanto **médicos e fisioterapeutas** também estariam habilitados para a prestação do serviço, infringindo ao Art. 3º, § 1º, I da Lei 8666/93.

Antes de analisar as razões de justificativa, cabe tratar de alguns conceitos para contextualizar o tema da oxigenoterapia.

A **oxigenoterapia** consiste na administração de oxigênio em concentrações maiores que a existente no ar ambiente, sendo um dos tratamentos com o objetivo de corrigir ou minimizar as deficiências de oxigênio no sangue (hipoxemia) causadas por insuficiência respiratória (Peça 35, p. 28 e 29).

A dose de oxigênio a ser administrada deve ser estabelecida individualmente através da **titulação**, feita a partir de exames que permitem determinar os fluxos de oxigênio que corrigem os níveis baixos de oxigênio no sangue, até atingir o fluxo ideal de cada paciente (Peça 35, p. 7).

O **gerenciamento da oxigenoterapia**, por sua vez, consiste na aplicação da oxigenoterapia, como indicada.

A Sesa, por meio do então Centro Regional de Especialidades Metropolitano, desenvolveu o **Programa de Oxigenoterapia Domiciliar Prolongada (PODP)** em 2007, para regularizar a dispensação de oxigênio domiciliar aos pacientes residentes no Estado do Espírito Santo (Peça 77, p. 34). Esse Programa já fora objeto de fiscalização por esta Corte de Contas (Processo TC 3308/2017-1). O edital do certame ora em discussão foi elaborado para atender às demandas desse Programa.

O aviso de licitação do Pregão Eletrônico 544/2018 (Processo 80429548) foi publicado no Diário Oficial do Estado (DOE) em 18/10/2018, com abertura prevista para 31/10/2018 (Peça 32, p. 245). Diante de impugnações ao edital, a suspensão do pregão foi publicada em 30/10/2018 (Peça 33, p. 52), véspera da previsão da abertura. O novo aviso de licitação do Pregão foi publicado em 9/11/2018, com abertura prevista para 23/11/2018 (Peça 33, p. 150). O resultado da licitação foi publicado em 5/7/2019 (Peça 35, p. 136), declarando vencedora a empresa *Air Liquide* Brasil LTDA. O Contrato 17/2019 foi celebrado em 17/7/2019, com vigência de 12 meses, com valor total mensal estimado em R\$ 179.999,59 (Peça 35, p. 142-158) e publicado em 18/7/2019 (Peça 35, p. 164), tendo uma errata publicada em 23/7/2019 (Peça 35, p. 173). A Ordem de Fornecimento 207427/2019 foi assinada em 18/7/2019 (Peça 35, p. 165-169) e publicada em 19/7/2019 (Peça 35, p. 170).

Entre o primeiro aviso da licitação até a emissão da ordem de fornecimento transcorreram oito meses, o que demonstra a complexidade do assunto em questão. Aliás, questionamentos sobre os editais, inclusive sobre a composição da equipe de profissionais de saúde, têm sido recorrentes nas contratações para oxigenoterapia

realizadas pela Sesa, já relatado no Processo TC 3308/2017-1, e acabaram contribuindo para a ocorrência de contratos emergenciais e pagamentos por indenização, conforme processos citados pelos defendentes em suas alegações (Peça 77, p. 13).

De acordo com registros no Sistema Integrado de Gestão Administrativa (Siga), apenas a empresa Air Liquide Brasil LTDA participou do certame, sendo habilitada (Peça 33, p. 217-219) e declarada vencedora (Peça 35, p. 121). A ata de realização do pregão encontra-se acostada nos autos (Peça 35, p. 122).

A Manifestação Técnica 11293/2019 (Peça 42, p. 3) registrou que “quanto à exigência de comprovação de contratação de enfermeiro para habilitação técnica, **a representante defendeu que o profissional mais adequado ao objeto da licitação seria o fisioterapeuta**, visto que a oxigenoterapia é um tratamento terapêutico”. **(grifo nosso)**

Compulsando os autos verificamos que a empresa vencedora por diversas vezes também questionou acerca da exigência exclusiva do enfermeiro para habilitação técnica, ao invés do enfermeiro ou fisioterapeuta e as respostas da Sesa sempre afirmaram que o enfermeiro seria o profissional mais indicado para aplicar a oxigenoterapia, conforme destaques:

- ✓ Em 20/12/2017 apresentou pedido de esclarecimentos e questionamentos sobre o TR apresentado à época (Peça 31, p. 40-50, em especial p. 47-50), sendo respondida pela Sesa (Peça 31, p.61-66, em especial p. 63 e 66);
- ✓ Em 31/7/2018 apresentou questionamentos também por ocasião da pesquisa de preço (Peça 31, p. 220-221), sendo respondida pela Sesa (Peça 31, 224-225);
- ✓ Em 11/9/2018 solicitou esclarecimentos sobre o TR apresentado à época (Peça 32, p. 90-94, especialmente p. 91-92), sendo respondido pela Sesa (Peça 32, p. 187-192, especialmente p.188-191);
- ✓ Em 26/10/2018 apresentou impugnação ao Edital do Pregão 544/2018 (Peça 33, p. 5-14, especialmente p.12), sendo respondido pela Sesa (Peça 33, p.31-38, em especial p. 36).

A representante por sua vez, em 26/10/2018, solicitou esclarecimentos sobre o edital, entretanto não questionou acerca do enfermeiro, apenas em relação aos quantitativos e aos preços e por fim, declarou (Peça 33, p. 46-51):

Com base em todo o exposto, solicitamos que os questionamentos sejam devidamente respondidos, antes da abertura dessa licitação. Ademais, considerando que o Edital apresenta quantitativos superestimados e que foram usados preços de 2015 e ainda, reduzidos quase 40% de outros, a empresa HOMETEC, que sempre prestou serviços de qualidade e ininterruptos a essa Administração Pública, vem declarar que NÃO TEM INTERESSE EM PARTICIPAR DO CERTAME, da forma que se encontra as condições desfavoráveis.

Logo, notamos que a representante apresentou à Sesa questionamentos a respeito de temas diversos dos expostos na presente representação.

Quanto aos pronunciamentos da PGE destacamos o Parecer PGE/PCA 01195/2018 (Peça 32, p. 166-171, especialmente p. 169-170) no qual se alerta que a Lei 8666/1993 permite “as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”, vedando exigência imotivadas, além das necessárias e admite que “os motivos são técnicos, voltados a outras áreas do conhecimento, impossibilitando o exame pela PGE”.

Destacamos ainda a **Recomendação 05**, constante do despacho PGE/PCA 1530/2018 (Peça 32, p. 173-178, especialmente p.177) questionando se há alguma legislação especial acerca da qualificação técnica para enfermeiro e em resposta, a Sesa informou



não haver legislação especial, fundamentando-se no Decreto 94.406/1987, que regulamenta a Lei 7.498/1986, onde se registra que “aplicar oxigenoterapia” compõe uma das atividades que podem ser executadas pelo auxiliar de enfermagem sob supervisão do enfermeiro. (Peça 32, p. 184-186, especialmente p. 185-186).

Das alegações e documentos acostados nos autos pela defesa, observamos que o Protocolo exige **laudo médico** para o paciente **ingressar** no Programa e o **acompanhamento regular do paciente** é feito pelo **médico do programa** e pelo **médico assistente** (Peça 77, p. 38 e 42).

Quanto ao Protocolo do Programa ter sido submetido à consulta pública, os defendentes não relatam se houve questionamento acerca da restrição do **laudo do fisioterapeuta** não ser aceito para o ingresso no programa, haja vista que esse profissional tem atribuição legal de realizar a titulação da oxigenoterapia, conforme Artigo 3º, XVI, da Resolução 400/2011 do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (COFFITO)<sup>3</sup>. E o acompanhamento do paciente continua sendo feito por médicos (assistente e do programa).

Em suas alegações afirmaram ainda que “Pelo Protocolo pode-se concluir que ao paciente incluso no Programa não haverá atendimento domiciliar visando a manutenção ou titulação do oxigênio” e reforçam que “caso seja necessário, a empresa encaminhará um profissional da saúde para explicar ao paciente e sua família a utilização do oxigênio **conforme prescrição feita pelo médico do Estado**” (Peça 77, p. 7)

Reiteramos que o **objeto é o fornecimento do serviço de locação de equipamentos e não a contratação de profissionais para assistência domiciliar**. A assistência domiciliar está contemplada nesse serviço.

Assim, entendemos que os profissionais da empresa contratada, sejam médicos, enfermeiros ou fisioterapeutas, no âmbito do atendimento domiciliar ao paciente do Programa teriam sua atuação limitada à função orientativa, não sendo prevista sua interferência na prescrição estabelecida pelo Programa e nem no objeto contratual.

Para corroborar com esse entendimento, destacamos as seguintes “obrigações da contratada” constantes no edital (Anexo I, TR, 3 - Das obrigações das partes, 3.2 – Das obrigações da contratada – Peça 33, p. 122-124) e reproduzidos na Cláusula Oitava do Contrato 17/2019 (Peça 35, p. 148-150):

(...)

(l) Fazer adaptação e orientação do uso dos equipamentos ao novo paciente incluído no programa, de acordo para o bom funcionamento e qualidade de vida do mesmo, no domicílio, no prazo de 48 horas após recebimento do cadastro do paciente e **autorização de oxigenoterapia pelo Programa;**

(m) Efetuar a instalação dos equipamentos, monitoramento, assistência técnica domiciliar aos aparelhos e orientação ao paciente/familiar/responsável;

(...)

(q) Disponibilizar à contratante e paciente canal de comunicação 24 (vinte e quatro) horas, sem interrupção (incluindo sábados, domingos e feriados e períodos noturnos), com assistência permanente para esclarecimentos e solicitações ao profissional competente (**enfermeiro**) sempre que o paciente e/ou Contratante necessitar, em relação aos aparelhos e uso dos aparelhos locados;

(...)

(t) Atender a recarga dos cilindros e a quantidade de cilindros de reserva sempre disponibilizados de acordo com a **quantidade de oxigênio em uso**

<sup>3</sup> Resolução reproduzida na Manifestação Técnica 00406/2020-4 (Peça 51, p. 4 e 5).

**pelo paciente (quantas horas/dia e quantos litros/minuto), conforme a prescrição do médico do Programa;**

(...)

(ff) Comunicar imediatamente ao Programa em caso de mudança de endereço do paciente, óbito, **suspensão do oxigênio pelo médico assistente do paciente**, ou ainda condutas inadequadas e de má utilização dos equipamentos e/ou oxigênio medicinal pelo paciente;

(gg) Emitir relatório técnico por profissional habilitado e capacitado (**enfermeiro**) a qualquer momento, **por solicitação do médico do Programa**, sobre a utilização adequada do **oxigênio conforme prescrito pelo Programa**;

(...)

(ss) Deverá o **enfermeiro** da contratada **emitir relatório técnico** quanto ao uso dos aparelhos locados após conferência no domicílio, **sempre que solicitado pelo médico do programa**;

(...)

Logo, observamos que o profissional habilitado, no caso o enfermeiro, assim como os demais funcionários da contratada, teriam suas obrigações condicionadas ao Protocolo do Programa.

Em relação ao item “q” (canal de comunicação ininterrupto) a Sesa admite que o enfermeiro pode ficar à disposição um determinado período do dia, previamente acordado (Peça 33, p. 172).

Os defendentes alegam que os responsáveis pela elaboração do TR fizeram suposições acerca da possibilidade de interferência de fisioterapeutas na prescrição do oxigênio ao paciente. Entretanto, não apresentaram documentos comprobatórios de que ao longo dos mais de dez anos de existência do Programa tenham ocorrido situações que gerassem o conflito de interesses, já que se permitia a comprovação de profissionais médicos, enfermeiros e/ou fisioterapeutas, conforme Processos Administrativos 65959531, 66557755, 69343160 e 73786659. E embora tenham alegado que tais processos não deveriam ser utilizados como referência, entendemos que as hipóteses levantadas pela Comissão Técnica poderiam ser aplicadas, pois os serviços prestados foram praticamente os mesmos, apesar da ausência de Protocolo aprovado à época.

Diante disso, não deveriam proceder, no âmbito do Programa, as justificativas acerca do enfermeiro ser “o único profissional impedido de prescrever ou titular a oxigenoterapia, com atribuição exclusiva de seguir prescrições médicas”, fundamentadas no Decreto 94.406/1987, que regulamenta a Lei 7.498/1986, embora explicita que “aplicar oxigenoterapia” compõe uma das atividades que podem ser executadas pelo auxiliar de enfermagem sob supervisão do enfermeiro.

Porém, em despacho endereçado à PGE em 25/4/2019 (Peça 35, p. 62-71), a Sesa reitera as justificativas quanto ao enfermeiro ser o profissional indicado para executar a prescrição médica (Peça 35, p. 64-65) e destaca cinco medidas implementadas para reformular o Programa de Oxigenoterapia (Peça 35, p. 68-69):

1. Foi realizada **Audiência Pública** - no Site oficial da SESA no mês de maio de 2017, submetendo os termos de referência ao crivo da sociedade em geral, a fim de se construir um termo livre de qualquer vício apontado anteriormente;
2. Criada uma **Referência Técnica Estadual**, composta por representantes de todas as regionais e de diversos órgãos da SESA, desta SRSV e do NREV, a fim, de se discutir as diversas nuances do programa e dos termos de referências, como se

percebe às fls. 20<sup>4</sup> com as oposições das assinaturas na elaboração do primeiro Termo do processo;

3. Diferentemente das gestões anteriores, conforme consta às fls.825/826<sup>5</sup>, a fiscalização dos serviços passou a ser descentralizada, quando, a Comissão de Fiscalização e Monitoramento foi instituída para fiscalizar os serviços em suas respectivas regionais, evitando-se a deficiência no acompanhamento na execução do contrato;
4. Em 02 de abril de 2018, publicada a Portaria nº. 024-R de 28/03/18 em 02/04/2018 que aprova os Protocolos do Programa,
5. Mais tarde, depois de muitas reuniões em 26 de julho ficou definida a Comissão de Elaboração dos Termos de Referência, Portaria 306-S, publicada em 27/07/2018.

Assim, considerando que a questão parece ter sido amplamente discutida, inclusive com profissionais de saúde, entendemos ser razoável a possibilidade de interferência de médicos e fisioterapeutas na titulação do oxigênio, apesar das restrições impostas pelo Protocolo do Programa.

Quanto à participação de apenas uma empresa, o Tribunal de Contas da União já se posicionou no sentido de que não há impedimento à participação de um único licitante em licitações realizadas sob a modalidade Pregão Presencial:

Quanto ao comparecimento de somente uma empresa ao pregão em tela, alinho-me à unidade técnica no sentido de que não há impedimento na legislação à conclusão da licitação, a menos que o edital contenha exigências restritivas ao caráter competitivo do certame, o que se verificou no caso (TCU: Acórdão 408/2008 — Plenário, DOU de 14/03/2008).

Considerando-se que a apresentação de somente um licitante configura indício, mas não evidência, de que a competitividade da licitação teria restado em alguma proporção prejudicada, realizou-se a ora combatida determinação. Note-se que o Tribunal não entendeu serem tais irregularidades bastantes para a anulação do contrato, nem que o comparecimento de apenas um licitante constitui qualquer tipo de óbice à contratação (TCU: Acórdão 1316/2010 — Primeira Câmara, DOU de 19/03/2010).

Ainda que no caso em tela tenha ocorrido um pregão eletrônico, o fato por si só de somente uma licitante ter participado, não pode confirmar o caráter restritivo da cláusula analisada.

Ademais, parece que a exigência do enfermeiro não foi preponderante para o impedimento da participação da representada no certame, mas sim as quantidades e o preço estimados conforme declarado pela ora representante (Peça 33, p. 51).

Ressaltamos que os preços praticados no Contrato Emergencial 71/2016 executado pela representante, motivaram uma tomada de contas especial em trâmite, conforme Processo TC 13412/2015-5, apensado ao Processo TC 03308/2017-1.

Ademais, registramos que em 5/4/2016, por ocasião de dificuldades encontradas na transição para o início da execução do Contrato Emergencial 71/2016, o então advogado da representante enviou e-mail para a Sesa relatando entre outras, a seguinte situação (Peça 23, p. 96-97 do Processo TC 03308/2017-1).

(...)

---

<sup>4</sup> Peça 31, p. 20.

<sup>5</sup> Peça 34, p. 187-188.

Contamos hoje com o pátio da HOMETEC abarrotado de cilindros, concentradores, máscaras, mangueiras, insumos, caminhões abastecidos, **médicos, fisioterapeutas, enfermeiros**, responsáveis técnicos, tudo como manda o figurino, para atender os programas de Oxigenoterapia e CPAP do Estado, à altura do que merecem os cidadãos, mas não entendemos mais como podemos dar essa seqüência ao que nos é direito. **(grifo nosso)**

(...)

Diante do exposto e do conjunto probatório dos autos, opinamos pelo **afastamento da irregularidade**. Porém, considerando que a contratação para o programa de oxigenoterapia tem suscitado inúmeros questionamentos, inclusive judiciais, sugerimos que a Sesa não prorogue o Contrato 17/2019 da Superintendência Regional de Saúde de Vitória (SRS-V) ao final do prazo de vigência do primeiro termo aditivo (18/7/2021) e realize nova licitação, com o Termo de Referência precedido de audiência/consulta pública.

### 3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

**3.1.** Levando em consideração as análises procedidas nesta ITC e na Manifestação Técnica 2657/2020 e as motivações adotadas nestes autos, que versam sobre **Representação** em face da Sesa e diante do preceituado no art. 319, § 1º, inciso IV, da Res. TC 261/13, conclui-se, com o seguinte opinamento:

**3.1.1 Acatar as razões de justificativas** apresentadas pelos responsáveis;

**3.1.2 Afastar a responsabilidade de** Paulo César Reblin; Valéria Baptista Crema; Marlon Boechat Martins Molina; Carolina Marcondes Rezende Sanches; Aurelice Vieira Souza; Joaquim Hastenreiter Filho e Roberta Goltara Coelho quanto ao item 2.1 desta ITC;

**3.1.3 Considerar improcedente** a presente representação;

**3.1.4 Determinar à Sesa** que:

- a) não prorogue o Contrato 17/2019 da Superintendência Regional de Saúde de Vitória (SRS-V) ao final do prazo de vigência do primeiro termo aditivo (18/7/2021);
- b) realize nova licitação, submetendo o Termo de Referência à audiência/consulta pública;
- c) inclua o regime de execução no preâmbulo no edital da próxima licitação;
- d) corrija a redação do texto sobre o canal de comunicação para que o profissional de saúde fique à disposição da contratante e do paciente um determinado período do dia previamente acordado no edital da próxima licitação;
- e) reavalie o termo de referência acerca da exigência da Autorização de Funcionamento (AFE) emitida pela Anvisa.

**3.1.5 Dar ciência ao Representante** do teor da decisão final, na forma do art. 307, § 7º do RITCEES.

[...]"

A irregularidade aqui analisada refere-se à restrição ao caráter competitivo do certame contida na exigência de enfermeiro para habitação técnica, expressa no Anexo I ao edital de Pregão Eletrônico nº 544/2018. Neste aspecto, a área técnica e

o Ministério Público de Contas pugnam pela improcedência da representação, e propõem determinações.

Registro, por oportuno, a existência dos processos TC 13412/2015 e TC 3308/2017 (apensos) em curso nesta Corte, que tratam de superfaturamento, até de julho de 2017, no Contrato Emergencial nº 185/2014, com a empresa Global Hosp. Comércio de Equipamentos Médicos Ltda., e no Contrato Emergencial nº 71/2016, com a empresa Hometec Comércio e Serviços Ltda.

Ante o exposto, **corroborando integralmente o posicionamento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto à sua consideração.

### **SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO**

Relator

#### **1. ACÓRDÃO TC-1396/2020 – PLENÁRIO**

VISTOS, relatados e discutidos os autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do **Plenário**, ante as razões expostas pelo Relator, em:

**1.1. DECIDIR PELA IMPROCEDÊNCIA** da presente Representação, com fulcro no art. 95, I c/c art. 99, §2º da LC 621/2012 e do art. 178, I, c/c art. 182, parágrafo único do RITCEES;

**1.2. DETERMINAR à SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE** que:

**1.2.1.** não prorogue o Contrato 17/2019 da Superintendência Regional de Saúde de Vitória (SRS-V) ao final do prazo de vigência do primeiro termo aditivo (18/7/2021);

**1.2.2.** realize nova licitação, submetendo o Termo de Referência à audiência/consulta pública;

**1.2.3.** inclua o regime de execução no preâmbulo no edital da próxima licitação;

**1.2.4.** corrija a redação do texto sobre o canal de comunicação para que o profissional de saúde fique à disposição da contratante e do paciente um determinado período do dia previamente acordado no edital da próxima licitação;

**1.2.5.** reavalie o termo de referência acerca da exigência da Autorização de Funcionamento (AFE) emitida pela Anvisa.

**1.3. DAR CIÊNCIA** ao Representante do teor da decisão ao final a ser proferida nestes autos, nos termos do artigo 307, §7º da Resolução TC 261/2013;

**1.4. ARQUIVAR os** presentes autos, nos termos do artigo 176, §3º, inciso II c/c artigo 330, V do RITCEES, depois de esgotados os prazos processuais.

**2.** Unânime.

**3.** Data da Sessão: 19/11/2020 - 43ª Sessão Ordinária do Plenário.

**4.** Especificação do quórum:

**4.1.** Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (Presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo (relator), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

**Presidente**

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

**Relator**

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

**Procurador-geral**

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

**Secretário-geral das Sessões**