

Processo: 969142
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Vanderleia Flor de Maio da Silva Santos
Denunciada: Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba – ICISMEP
Responsáveis: João Luiz Teixeira, André Henrique Nadais Porto e Eduarda Frederico Duarte Arantes
Interessados: Ricardo Cabral Santiago, RCS Eireli
Procuradores: Alcione de Fátima Gonçalves Silva, OAB/MG 139.105; Alice Coutinho Chaves, OAB/MG 136.139; Eduarda Frederico Duarte Arantes, OAB/MG 169.943; Jackeline Gabrielle Dias Teixeira, OAB/MG 134.819; Jair Eduardo Santana, OAB/MG 132.821; Juliana de Moura Pereira, OAB/MG 168.200; Luana de Almeida Botelho dos Santos Amaral, OAB/MG 90.588; Thays Pires Alves, OAB/MG 191.023
MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO

PRIMEIRA CÂMARA – 3/11/2020

DENÚNCIA. CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL. PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO. REJEITADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PREJUDICADA. MÉRITO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS POR MEIO DE PREGÃO PRESENCIAL PARA REGISTRO DE PREÇOS. IRREGULARIDADE DA MODALIDADE LICITATÓRIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO.

1. Constatado que o interessado não foi citado nos autos, resta prejudicada a ilegitimidade de parte suscitada.
2. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988.
3. A contratação de médicos por meio de licitação não é a melhor opção, uma vez que os serviços de saúde podem ser terceirizados somente para complementar a estrutura já existente no Município.
4. É inadequada a realização de Pregão Presencial nos editais que preveem contratação de serviços relacionados à atividade privativa dos profissionais da saúde, caracterizando-os como serviços técnicos especializados, na definição do artigo 13 da Lei n. 8.666/93, não se enquadrando, pois, como “serviços comuns”, nos termos do art. 2º da Lei n. 10.520/2002.
5. A regra é a admissão de pessoal pelo poder público mediante concurso público, sendo que as contratações por prazo determinado, por serem uma exceção, devem receber tratamento restritivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) rejeitar a preliminar de perda do objeto suscitada, uma vez que a Lei n. 13.429/2017 não se aplica ao certame ocorrido em data anterior à promulgação da referida lei, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988;
- II) julgar prejudicada a preliminar de ilegitimidade das partes, tendo em vista que a interessada, Rede de Cuidados de Saúde – RCS EIRELI, não foi citada nos autos, não havendo apontamentos de irregularidades praticadas por ela;
- III) julgar parcialmente procedente a denúncia, no mérito, quanto ao apontamento relativo à adoção do pregão presencial para registro de preços, visando à contratação de serviços médicos especializados e contínuos, que não se enquadram na definição de “serviços comuns”, prevista no art. 2º da Lei n. 10.520/2002;
- IV) aplicar multa individual no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 85, inciso II, da Lei Complementar n. 102/2008, aos Srs. João Luiz Teixeira, Secretário Executivo do ICISMEP, André Henrique Nadais Porto, Superintendente Administrativo e Supervisor da Licitação, e à Sra. Eduarda Frederico Duarte Arantes, Pregoeira e subscritora do edital, pela contratação de serviços técnicos especializados, relacionados à atividade privativa dos profissionais da saúde, sendo inadequada, portanto, a adoção da modalidade pregão no edital denunciado;
- V) recomendar aos atuais gestores do ICISMEP que se abstenham de contratar mão de obra médica por meio da modalidade licitatória pregão, por ser inadequada para a contratação de serviços relacionados à atividade privativa dos profissionais da saúde, que se caracteriza como serviços técnicos especializados, na definição do artigo 13 da Lei n. 8.666/93, não se enquadrando, pois, como “serviços comuns”, nos termos do art. 2º da Lei n. 10.520/2002;
- VI) determinar o encaminhamento de cópia desta deliberação às Prefeituras Municipais dos Municípios de Betim, Contagem, Ibirité, Itabirito e Itaúna, os quais se beneficiaram dos serviços em comento, para conhecimento da ilegalidade apurada;
- VII) determinar a intimação dos responsáveis, por via postal e pelo DOC, assim como do Ministério Público junto ao Tribunal, na forma regimental;
- VIII) determinar, cumpridas as disposições desta decisão e regimentais pertinentes, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Presidente José Alves Viana.

Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 3 de novembro de 2020.

JOSÉ ALVES VIANA
Presidente

SEBASTIÃO HELVECIO
Relator

(assinado digitalmente)

PRIMEIRA CÂMARA – 3/11/2020

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Denúncia formulada por Vanderleia Flor de Maio da Silva Santos, diante de supostas irregularidades contidas no Processo Licitatório n. 45/2015, Pregão Presencial n. 30/2015, instaurado pela Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba – ICISMEP, cujo objeto foi o registro de preços para futura e eventual prestação de serviços médicos ambulatorial e hospitalar, constituída por equipe especializada com capacidade técnica, humana e tecnológica, com execução continuada, conforme especificações constantes do Termo de Referência, Anexo I, fl. 1/60 (fl. 1/60, peça n. 16 do SGAP).

Em síntese, a denunciante alegou que: a) apenas uma empresa compareceu e foi declarada vencedora do certame estimado em mais de 100 milhões de reais; b) o registro de preços não se presta à contratação continuada de serviços médicos certos e determinados; c) o edital não exigiu a apresentação do balanço patrimonial e de atestados de capacidade técnica, em desacordo com os artigos 30 e 31 da Lei n. 8.666/93.

A fl. 65/65-v (fl. 65/66, peça 16 do SGAP), o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, Relator à época determinou a intimação do Sr. João Luiz Teixeira, Secretário Executivo do ICISMEP, e do Sr. Ricardo Cabral Santiago, Diretor Clínico da Rede de Cuidados de Saúde – RCS Eireli, empresa vencedora do certame, para que encaminhassem cópia de todo o Procedimento Licitatório n. 45/2015 – Pregão Presencial n. 30/2015, fases interna e externa, bem como para informassem o estado em que este se encontrava.

Devidamente intimados a fl. 66/69 (67/70, peça n. 16 do SGAP), e em cumprimento ao despacho, o Sr. João Luiz Teixeira encaminhou a documentação de fl. 73/354 (74/274, peça n. 16 e 2/180, peça n. 17 do SGAP) e o Sr. Ricardo Cabral Santiago, a fl. 355/375 (181/201, peça n. 17 do SGAP).

Em análise preliminar, a 3ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal – 3ª CFM concluiu a fl. 378/380-v (fl. 204/209, peça n. 17 do SGAP), pela irregularidade do Pregão Presencial n. 30/2015, e dos contratos dele advindos, tendo em vista a burla ao concurso público, diante da terceirização da atividade-fim da Administração, em desacordo com o disposto no inciso II do art. 37 da CR/88 e no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 10.520/2002. Ainda, se manifestou pela citação dos responsáveis legais, Sr. João Luiz Teixeira, Secretário Executivo do ICISMEP, Sr. André Henrique Nadais Porto, Superintendente Administrativo e Supervisor de Licitação e da Sra. Eduarda Frederico Duarte Arantes, Pregoeira e subscritora do edital, para apresentação de defesa.

Os autos foram redistribuídos a minha relatoria a fl. 382 (fl. 211, peça 17 do SGAP).

Em seguida, o Ministério Público junto ao Tribunal emitiu o parecer de fl. 383/383-v (fl. 212/213, peça n. 17 do SGAP), ratificando a necessidade de citação dos responsáveis.

Os responsáveis foram devidamente citados a fl. 390/395 (fl. 220/226, peça n. 17 do SGAP) e apresentaram defesa a fl. 396/416 (227/247, peça n. 17 do SGAP), seguida da documentação de fl. 417/513 (fl. 248/430, peça n. 17 do SGAP).

Em reexame de fl. 515/520-v (fl. 432/443, peça n. 17 do SGAP), a 3ª CFM reiterou a conclusão contida no exame inicial de fl. 378/380-v (fl. 204/209, peça n. 17 do SGAP) e se

manifestou pela aplicação de multa aos responsáveis Sr. João Luiz Teixeira, Secretário Executivo do ICISMEP, Sr. André Henrique Nadais Porto, Superintendente Administrativo e Supervisor de Licitação e da Sra. Eduarda Frederico Duarte Arantes, Pregoeira e subscritora do edital, bem como pela determinação de anulação do Pregão Presencial n. 30/2015, da Ata de Registro de Preço n. 22/2015, assim como, dos contratos e prorrogações dele advindas.

O *Parquet*, em seu parecer de fl. 529/532 (fl. 453/459, peça n. 17 do SGAP), opinou pela procedência da denúncia, com o reconhecimento da irregularidade do Processo Licitatório n. 45/2015 – Pregão Presencial para Registro de Preço n. 30/2015; bem como pela aplicação de multa ao Sr. João Luiz Teixeira, Secretário Executivo do ICISMEP, ao Sr. André Henrique Nadais Porto, Superintendente Administrativo e Supervisor da Licitação, e a Sra. Eduarda Frederico Duarte Arantes, Pregoeira e subscritora do edital.

Fora protocolado o documento sob o n. 5902610/2019, na data de 30/04/2019, fl. 555/558 (fl. 483/486, peça n. 17 do SGAP), no qual a empresa Rede de Cuidados de Saúde – RCS EIRELI, por meio de seus procuradores requereram sua habilitação como terceiro interessado. Considerando a especificidade da matéria tratada, deferi o pedido reconhecendo-a como interessada nos presentes autos, no despacho de fl. 553/553-v (480/481, peça n. 17 do SGAP).

O representante legal da Rede de Cuidados de Saúde – RCS EIRELI, Sr. Ricardo Cabral Santiago, e os procuradores Srs. Jair Eduardo Santana, Sra. Juliana de Moura Pereira e Sra. Thays Pires Alves, foram intimados a fl. 576/576-v (fl. 4/5, peça n. 18 do SGAP) para apresentarem defesa e os documentos que julgarem pertinentes.

A terceira interessada apresentou a defesa de fl. 577/595 (fl. 6/24 de peça n. 18 do SGAP), requerendo que os atos praticados pela empresa RCS – no âmbito do Contrato n. 22/2015, Pregão Presencial n. 30/2015 fossem considerados absolutamente regulares.

Em despacho de fl. 598 (fl. 27, peça n. 18 do SGAP), determinei a intimação dos responsáveis da terceira interessada, Sr. João Luiz Teixeira, Secretário Executivo à época, Sr. André Henrique Nadais Porto, Superintendente Administrativo e Supervisor da Licitação à época e Sra. Eduarda Frederico Duarte Arantes, Pregoeira e subscritora do edital, para conhecimento da documentação juntada e apresentação de defesa.

Conforme certidão de não manifestação a fl. 624 (fl. 53, peça 18 do SGAP), os responsáveis acima não se manifestaram, embora regularmente intimados.

A 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em análise de defesa de fl. 625/629 (fl. 54/62, peça n. 18 do SGAP), manteve o entendimento anterior e concluiu pela procedência da denúncia, com o reconhecimento da irregularidade do Processo Licitatório n. 45/2015 – Pregão Presencial para Registro de Preços n. 30/2015.

O MPTC em seu parecer conclusivo de fl. 1/5, peça 20 do SGAP, ratificou o parecer inicial e opinou novamente pela procedência da denúncia, com o reconhecimento da irregularidade do Processo Licitatório n. 045/2015 – Pregão Presencial para Registro de Preço n. 030/2015, bem como, pela aplicação de multa ao Sr. João Luiz Teixeira, Secretário Executivo do ICISMEP, ao Sr. André Henrique Nadais Porto, Superintendente Administrativo e Supervisor da Licitação, e a Sra. Eduarda Frederico Duarte Arantes, Pregoeira e subscritora do edital.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar – Perda do Objeto

Em defesa apresentada a fl. 396/416 (227/247, peça n. 17 do SGAP), os responsáveis João Luiz Teixeira, Secretário Executivo do ICISMEP, André Henrique Nadais Porto, Superintendente Administrativo e Supervisor da Licitação e Eduarda Frederico Duarte Arantes, Pregoeira e subscritora do edital alegaram, em preliminar, que houve perda do objeto da licitação, e alegaram que, com a edição da Lei Federal n. 13.429, de 31 de março de 2017, que alterou dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974 (que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências, bem como das relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros), a terceirização da atividade-fim tornou-se possível, e que com isso, a irregularidade anteriormente apontada pela equipe técnica deste Tribunal deixou de ser antijurídica.

Alegaram que “lei ulterior mais benéfica e favorável, retroagiria ilimitadamente e indiscriminadamente para todos os fatos anteriores à sua entrada em vigência”, restando assim, ausentes os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

A 3ª CFM, por sua vez, concluiu que a Lei n. 13.429/2017 não seria aplicável ao caso sob exame, por não prever expressamente a sua aplicabilidade à Administração Pública, rejeitando, assim, a preliminar de perda de objeto arguida pela defesa.

Discussões jurisprudenciais e doutrinárias a parte, acerca da aplicabilidade ou não da terceirização no âmbito da Administração Pública, com o advento da Lei 13.429/2017, entendendo que como as irregularidades neste procedimento licitatório ocorreram no ano de 2015, aplica-se a legislação vigente à época.

As leis e atos normativos em geral, a princípio, são editadas para que passem a valer para o futuro, desde a data da publicação ou a partir de um período fixado, geralmente no final do seu texto. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Isto posto, em consonância com o entendimento da 3ª CFM, afastado o preliminar de perda do objeto suscitada pelos defendentes, uma vez que a Lei n. 13.429/2017 não se aplica ao Pregão Presencial n. 30/2015, Processo Licitatório n. 45/2015, ocorrido em data anterior à promulgação da referida lei, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Ilegitimidade passiva - Rede de Cuidados de Saúde – RCS Eireli

Sustenta a terceira interessada que a responsabilidade imputada aos gestores do contrato não pode recair sobre a empresa contratada, em razão desta não ter causado dano.

Afirmam que “se não houve atuação ilegal do particular contratado; se este seguiu os procedimentos licitatórios indicados pelo próprio contratante público; se o preço foi o menor obtido; se o particular contratado executou as obras (ou prestação de serviços) nos moldes contratados; se sua contraprestação foi exatamente a contratada e correspondente ao que prestou; tem-se, portanto, o que se denomina de ato jurídico perfeito, protegido contra as alterações posteriores surpreendentes”.

É sabido que, consoante disposição constitucional, compete aos Tribunais de Contas a responsabilização de todos aqueles que contribuam para a ocorrência do dano ao erário ao guardar, administrar, gerenciar, arrecadar e utilizar recursos públicos.

Contudo, importante mencionar que a inclusão da referida empresa nos autos, se deu devido a mesma ter solicitado sua participação como terceira interessada na relação processual, conforme fl. 555/558 (fl. 483/486, peça n. 17 do SGAP) e posteriormente apresentado defesa requerendo que seus atos fossem considerados regulares no âmbito do Contrato n. 22/2015, Pregão Presencial n. 30/2015.

Frisa-se que em nenhum momento a empresa Rede de Cuidados de Saúde – RCS Eireli fora citada para se defender das irregularidades mencionadas, tendo em vista que nenhum dos apontamentos referidos foram praticados por esta.

Pelo exposto, entendo que resta prejudicada a ilegitimidade de parte suscitada, uma vez que a interessada não foi citada nos autos não havendo apontamentos de irregularidades praticadas pela mesma.

Mérito

1. Adoção do pregão presencial para registro de preços visando a contratação de serviços médicos especializados e contínuos – Impossibilidade de terceirização da atividade-fim da instituição

A denunciante alegou que o sistema de registro de preços não poderia ser utilizado para o objeto da licitação, em desobediência ao disposto no inciso IV, artigo 3º do Decreto n. 7.892/2013, tendo em vista que o serviço é contínuo e determinado.

Aduziu que o CISMED é uma instituição pública de municípios que tem o objetivo de desenvolver, em conjunto, ações e serviços que venham a complementar a assistência à saúde da população da microrregião, e que é ilegal a terceirização da atividade-fim da administração.

A 3ª CFM constatou que no Termo de Referência de fl. 138-v/158 (fl. 187/226, peça n. 16 do SGAP), foi estabelecido que a prestação dos serviços dar-se-ia de forma continuada, conforme solicitação dos Municípios de Betim, Contagem, Ibirité e Itaúna, e outros municípios que se associassem durante a vigência da Ata de Registro (que foi Itabirito), cujo prazo estabelecido foi de 12 meses, com valor estimado de R\$110.676.000,00, podendo ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos, até o limite de 60 meses, nos termos do inciso II do art. 57 da Lei Federal n. 8.666/93.

Asseverou a 3ª CFM, que o *caput* e o inciso I do art. 12 da Lei n. 10.520/2002, previu a possibilidade de adotar a modalidade do pregão, nas licitações de registro de preços destinadas à aquisição de bens e serviços comuns da área da saúde, inclusive por meio eletrônico, observando-se que “são considerados bens e serviços comuns da área da saúde, aqueles necessários ao atendimento dos órgãos que integram o Sistema Único de Saúde, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais do mercado.”

Contudo, considerando que, no caso do Processo Licitatório n. 45/2015 – Pregão Presencial para Registro de Preço n. 30/2015, ora denunciado, a 3ª CFM destacou que a prestação de serviço médico exige especificações técnicas especializadas, sendo os serviços descritos nos lotes 1 a 3 de caráter permanente e indispensáveis para a população, não se enquadrando, assim, na hipótese de contratação por pregão, por estar relacionado à atividade-fim do município, devendo ser os cargos na área de saúde preenchidos por meio de concurso público.

O *Parquet*, em seu parecer preliminar de fl. 383/383-v (fl. 212/213, peça n. 17 do SGAP), ratificou o entendimento da 3ª CFM.

Em defesa, os responsáveis argumentaram, a fl. 396/416 (227/247, peça n. 17 do SGAP), que o objeto licitado “não tem como objetivo contratar mão-de-obra médica, mas sim, o fornecimento de procedimentos de saúde que são compostos por atividades pessoais (...) compondo-se também de atividades que pressupõe (sic) conhecimento técnico e tecnológico”, e que os Consórcios Públicos só agem sob demanda, após a respectiva solicitação dos municípios consorciados.

Aduziram os defendentes, ainda, que se fossem contratados médicos e não procedimentos médicos, como é usualmente realizado, tais profissionais ficariam ociosos, gerando grandes e ininterruptos custos, lesando o patrimônio público e diminuindo a possibilidade de atendimento à população dos municípios participantes, de forma plena e eficaz.

Salientaram, mais, que seria necessária a previsão dos cargos no contrato de consórcio, não havendo, então, a obrigatoriedade de promover concurso público para profissionais não previstos em quadros de pessoal.

Afirmaram que “o Consórcio atua nos vazios assistenciais, alta e média complexidade em serviços de saúde para os municípios consorciados”, e “a utilização comum de atividades de saúde que, individualmente não é passível de execução pelo município, seja pelo alto custo do procedimento, seja pelo alto custo dos equipamentos, seja pela demanda oscilatória. ”

Apresentaram alguns editais promovidos por outros entes públicos (FHEMIG, Prefeitura Municipal Salinas/MG, Prefeitura Municipal de Confresa/MS, Prefeitura Municipal de União de Vitória/PR), para demonstrar que é usual a utilização de Pregão para Sistema de Registro de Preços, para o fornecimento de procedimentos médicos.

Aduziram que, como a referida licitação visou o atendimento aos municípios consorciados, enquadrou-se na hipótese estabelecida no inciso III do art. 3º do Decreto n. 7.892/2013, que rege o Sistema de Registro de Preços – SRP, “quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo”.

Por fim, os responsáveis pediram que fosse sopesada a finalidade do procedimento licitatório e o atendimento ao interesse público, ressaltando que a anulação geraria a desassistência de saúde pública a uma população total de 1.343.966 habitantes.

De acordo com o art. 1º da 7ª Alteração do Contrato da Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba – ICISMEP juntada a fl. 494/512 (fl. 392/428, peça n. 17 do SGAP), a 3ª CFM constatou que a ICISMEP é uma associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza jurídica de Autarquia, sem fins econômicos.

Assim, uma autarquia constitui entidade da Administração Indireta, conforme ampla doutrina administrativa, sendo que a exigência de aprovação em concurso público para a investidura em emprego público se aplica à Administração Indireta.

À vista de sua natureza jurídica do Consórcio, a 3ª CFM destacou que “para atender programas de caráter permanente, ou que se referem a atividades típicas do Município, o consórcio deverá observar a regra do concurso público previsto no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal”. E para atender aos programas de caráter transitório, com recursos repassados pela União ou pelo Estado, o Município poderá admitir pessoal em caráter temporário, atendidos aos pressupostos do art. 37, IX, da CR/88.

Quanto aos editais juntados pela defesa, e promovidos por alguns entes públicos, a 3ª CFM destacou que “a existência e publicação de edital de licitação promovido pela Administração Pública, por si só, não implica na sua legalidade”.

Ao analisar o edital do Pregão Presencial n. 30/2015 e as especificações constantes do Termo de Referência, Anexo I e Anexo II, a 3ª CFM observou que os serviços médicos se destinam a municípios específicos (Município de Betim, Contagem e Ibirité), constando, inclusive, a previsão de coordenador e responsável técnico.

Pela Ata de Registro de Preço n 22/2015, fl. 220/232 (fl. 21/44, peça n. 17 do SGAP), e respectivo Contrato n. 22/2015 a fl. 246/254-v (fl. 60/77, peça n. 17 do SGAP), a 3ª CFM

verificou que este sofreu alterações no 1º Termo Aditivo, fl. 298/299 (fl. 123/124, peça n. 17 do SGAP), objetivando incluir o Município de Itabirito e no 2º Termo Aditivo, fl. 353/354 (fl. 179/180, peça n. 17 do SGAP), a inclusão do Município de Itaúna.

No tocante a informação dos defendentes relativa a ausência de previsão dos cargos, a 3ª CFM destacou que a Lei n. 11.107/2005, que “dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências”, previu em seu art. 3º, no contrato “deve conter cláusula que estabeleça o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 4º”.

A 3ª CFM observou, por fim, que não procede a alegação de ausência de cargos alegada pela defesa, uma vez que deveriam ser feitas as adequações necessárias, de acordo com as demandas, e, ainda, ater-se aos limites legais previstos no caso de criação de cargo e aumento de despesa.

O *Parquet*, em seu parecer, evidenciou que o objeto do pregão, além de se tratar de contratação contínua de serviços médicos, não se encaixou em nenhuma das hipóteses delineadas no art. 4º¹ do Decreto n. 46.311, de 16/09/2013, que regulamentou, no âmbito do Estado de Minas Gerais, o Sistema de Registro de Preços – SRP, previsto no art. 15 da Lei n. 8.666/93, bem como não se amoldou ao conceito de contratação futura e incerta do SRP.

O *Parquet*, ainda, ressaltou que o pregão ora analisado não foi precedido de uma ampla pesquisa de preços de modo a subsidiar a administração acerca dos preços praticados no mercado, tendo em vista que 3 (três) empresas foram consultadas, sendo a RCS Eireli; Visar Serviços Médicos e Oftalmologia Ltda. e Irmandade Nossa Senhora das Graças, como atestam os documentos de fl. 78/83 (fl. 82/87, peça, 16 do SGAP).

Ressaltou o MPTC, por fim, que não foi dada a devida publicidade ao pregão para registro de preços, considerando que apenas a empresa RCS EIRELI participou do certame (RCS Eireli) e foi declarada vencedora dos lotes 1, 2 e 3, pelo alto valor estimado da contratação que foi exatamente de R\$110.676.000,00 (cento e dez milhões seiscientos e setenta e seis mil reais), conforme previsto no Termo de Referência de fl. 99-v/102-v (subitem 3.3) (fl. 117/123, peça 16 do SGAP), da Cláusula VII do Contrato de Prestação de Serviços n. 22/2015 e na Ata de Registro de Preço n. 22/2015 (fl. 220/232-v - fl. 21/46, peça 17, do SGAP).

A terceira interessada Rede de Cuidados de Saúde – RCS Eireli, em defesa, sustentou que a responsabilidade imputada aos gestores do contrato não pode recair sobre a empresa contratada, em razão desta não ter sido a causadora do dano.

Argumentou que seria cabível a aplicação do sistema de registro de preços (SRP) para o objeto licitado, uma vez que a necessidade dos serviços médicos é frequente e não é possível

¹ Art. 4º Será adotado, preferencialmente, o SRP quando:

I – pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes, com maior celeridade e transparência;

II – for conveniente a compra de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade ou a programas de Governo; e

III – pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

§ 1º Poderá ainda ser utilizado o SRP em outras hipóteses, a critério da Administração, observado o disposto neste Decreto.

§ 2º Nos casos em que a Lei Federal nº 8.666, de 1993, permitir a dispensa, em razão do valor ou de emergência, após a contratação, a autoridade responsável pelo ato avaliará a conveniência de incluir o bem ou serviço em futuro registro de preços, visando reduzir as contratações diretas.

mensurar ou definir previamente o quantitativo, subsumindo a hipótese, assim, à norma estabelecida no art. 2º, inciso I, do Decreto 7.892/2013.

A interessada entende que licitar o objeto não configura burla ao concurso público, pois sustenta que a atividade fim da instituição ICISMEP não é o fornecimento de serviços médicos, mas complementar a assistência à saúde da população.

Sustentou que o objeto licitado não configura atividade fim da instituição, e pondera que o Estado não está delegando sua atividade principal, mas prestando serviços relativos à saúde da população em caráter complementar e temporário, de modo que não configuraria, assim atividade fim.

A Unidade Técnica, em manifestação conclusiva, entendeu que não houve terceirização integral das atividades fim do ICISMEP, mas, manteve o mesmo entendimento sustentado até o momento, tendo em vista que, por mais que não tenha havido terceirização integral, como bem informa a defendente, parte da atividade fim da autarquia foi terceirizada, o que configura irregularidade.

O MPTC, em seu parecer final, ratificou o parecer anterior, e concluiu pela procedência da denúncia e o reconhecimento da irregularidade do Processo Licitatório em questão.

Quanto à justificativa utilizada pela defesa de que o objeto da licitação visou contratar o fornecimento de procedimentos médicos (que são compostos por atividades pessoais que pressupõem conhecimento técnico e tecnológico), e não mão de obra médica, evidencio que constatei aqui, exatamente o contrário, pois no própria Tabela de Serviços da ICISMEP (Anexo I, fl. 117-v e 118 – 153/ 154, peça 16 do SGAP), foram previstos nos lotes 1, 2 e 3, serviços a serem executados por profissionais médicos, quais sejam: médicos plantonistas para atendimento de urgência e emergência; médicos consultores; médicos coordenadores, médico responsáveis técnicos, bem como, médicos plantonistas de pediatria, o que demonstra claramente ser tratar de mão de obra especializada para atuar na área da saúde dos municípios consorciados.

Assim, entendo que os serviços acima listados não podem ser caracterizados como serviços de natureza comum, pois exigem dos profissionais prestadores habilitação específica, quais sejam, curso superior e/ou técnico, bem como registro em órgão de classe. Na lição de José dos Santos Carvalho Filho², os serviços se dividem em comuns e técnicos-profissionais, a saber:

[...] Serviços comuns são aqueles para os quais não há necessidade de específica habilitação, como é o caso dos serviços de conservação e limpeza, pintura e vigilância. Serviços técnicos-profissionais, ao contrário, são aqueles que reclamam habilitação legal, seja através de formação em curso superior específico ou registro nos órgãos legalmente determinados. (g.n.)

Desse modo, os serviços técnico-profissionais especializados são aqueles considerados de alto grau de aperfeiçoamento e especialização dos profissionais que os executam.

A análise do objeto do Pregão Presencial n. 30/2015 deixa claro que as descrições dos serviços são vagas e de difícil mensuração material. Trata-se de contratação de prestação de serviços médicos especializados, atendimento médico ambulatorial, que exigem dos profissionais com habilitação específica: curso superior e registro em órgão de classe.

A própria natureza do objeto, pela sua imprevisibilidade, impossibilita a definição editalícia acerca dos padrões de desempenho e qualidade, por meio de especificações usuais do

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 30ª Ed. Saraiva: 2016.

mercado, como exige a lei. Não resta especificado, nem ao menos, quantos serão os médicos prestadores dos serviços contratados.

Se, por um lado, a Constituição da República, em seu art. 199, §1º, permite ao particular a prestação de serviços no âmbito do Sistema Único de Saúde, essa hipótese ocorre de forma complementar às ações do Poder Público.

De acordo com os artigos 24 e 26 da Lei n. 8.080/1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”, a participação complementar de entes privados no Sistema Único de Saúde ocorrerá quando não houver disponibilidade para a cobertura assistencial à população de uma dada área. Contudo, a participação é complementar, não majoritária.

Ressalto que na Administração Pública Municipal, via de regra, os serviços rotineiros de médicos, por consubstanciarem atividade típica e contínua, devem ser realizados por profissionais concursados. Todavia, admite-se, por exceção, motivadamente e por tempo limitado, a contratação de médicos, por meio de licitação, diante de circunstâncias específicas, tais como: quando o cargo em questão não estiver previsto nos quadros do órgão; quando não houver profissionais suficientes para atender a população daquele município e promover as ações públicas de saúde de sua competência; ou, quando, em razão das peculiaridades locais, restar devidamente comprovado ser a licitação a solução mais eficiente e econômica naquele momento.

Contudo, merece destaque o problema que tem sido enfrentado pela Administração, já há longa data, que é a falta de candidatos interessados nos concursos públicos para preenchimento de cargos de médico. No plano municipal tal problema é agravado, eis que o teto remuneratório do Prefeito é impeditivo para que os cargos de médicos tenham remuneração atrativa para os profissionais. A solução que primeiramente se vislumbra é, de fato, a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, com fundamento no art. 2º da Lei n. 8.745/93. Ocorre que essa contratação também estará limitada ao teto remuneratório do prefeito, o que poderá gerar igual desinteresse dos profissionais médicos. Face a esse quadro, para garantir o direito constitucional da saúde, a Administração vê-se obrigada a lançar mão de verdadeira terceirização de mão-de-obra, licitando a contratação de profissionais médicos ou, até mesmo, contratando-os diretamente por inexistência de licitação.

Consolidada a hipótese de realização de licitação, a modalidade escolhida pelos Municípios Consorciados Betim, Contagem, Ibirité, Itabirito e Itaúna (pregão presencial) não se mostra adequada, eis que a contratação de empresa prestadora de serviços médicos não admite licitação na modalidade pregão, pela própria natureza do objeto.

Sobre a utilização do pregão para registro de preços para a contratação de serviços médicos, este Tribunal tem entendido ser inadequada tal modalidade nos editais que preveem contratação de serviços relacionados à atividade privativa dos profissionais da saúde, caracterizando-os como serviços técnicos especializados, na definição do artigo 13 da Lei n. 8.666/93, não se enquadrando, pois, como “serviços comuns”, nos termos do art. 2º da Lei n. 10.520/2002.

Dessa forma, tendo em vista a alta soma prevista no contrato firmado entre o Consórcio ICISMEP e a empresa RCS EIRELI – mais de 110 milhões de reais só no ano de 2015 –, o sistema municipal de saúde das cidades de Betim, Contagem, Ibirité, Itabirito e Itaúna estava aparentemente entregue à iniciativa privada.

Especificamente quanto à contratação de pessoal pelo consórcio para atuação na rede de saúde, observei que a 3ª CFM elucidou muito bem a questão ao transcrever excerto da Consulta n. 732243, de relatoria do saudoso Conselheiro Eduardo Carone, respondida na Sessão Plenária do dia 1º/8/2007, que:

[...] o consórcio não poderá firmar convênio específico com os entes consorciados para contratação, por exemplo, dos profissionais médicos para atuar exclusivamente na rede de saúde do município interessado. Neste caso a responsabilidade a ser transferida ao consórcio refere-se à contratação de médicos para atuar na rede pública de saúde do município conveniente, **para prestação dos serviços públicos primários de atenção básica em saúde, os quais devem ser assumidos integralmente pelos municípios, conforme previsto na Portaria GM n. 399/2006, do Ministério da Saúde, que elenca as responsabilidades dos municípios.**

Diante do exposto, depreende-se pela possibilidade da contratação de pessoal, inclusive profissionais médicos, por parte dos consórcios, **desde que sejam para o atendimento aos interesses comuns dos entes consorciados e não para atender exclusivamente na rede de saúde de município conveniado, procedimento este que vai de encontro ao modelo associativo dos consórcios públicos, conforme inteligência do art. 241 da Constituição Federal e da Lei Federal nº 11.107/05, e configura a transferência indevida da responsabilidade do município pela contratação de profissionais e pela prestação dos serviços públicos primários de saúde.** (g.n)

Com base nesses fatos, afere-se que ocorreu, no caso sob exame, a contratação de empresa prestadora de serviços médicos (RCS Eireli), por meio da Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba – ICISMEP, para o fornecimento de mão de obra nos Municípios consorciados envolvidos.

Restou, portanto, evidenciado nos autos a prática da terceirização de atividade-fim, em violação aos princípios constitucionais e legais, já sedimentado o entendimento acerca da matéria, na Consulta n. 442.3703:

[...]

Concluo não ser possível ao Município a terceirização de todos os seus serviços, mas apenas a daqueles de natureza auxiliar, ligados à atividade-meio. Não pode o Município terceirizar serviços que abrangem sua atividade-fim, traduzindo atribuições típicas de cargos permanentes, que só podem ser preenchidos por concurso público.

[...]

O referido entendimento foi reiterado pelo Tribunal Pleno na apreciação da Consulta n. 783.0984, colacionado abaixo:

[...]

Por isso, a terceirização mostra-se adequada às denominadas atividades-meio do ente público, ou seja, não coincidentes com as suas finalidades institucionais, mas tão-somente instrumentais, também denominadas atos materiais ou de gestão, e que, por isso, são geralmente praticados em igualdade com o particular, sob a regência do Direito comum.

Mesmo no âmbito do Direito do Trabalho, a jurisprudência, há muito, consolidou-se no sentido de que "as tarefas principais de uma entidade, de uma empresa, não podem ser objeto de terceirização, apenas as atividades auxiliares, acessórias podem ser objeto de terceirização". Isso, pois, notoriamente, a terceirização tem um histórico de ser indiscriminadamente utilizada por alguns empregadores como subterfúgio para driblar a legislação trabalhista.

Este raciocínio se transporta para o Direito Administrativo, pois, no âmbito do serviço público, a terceirização, além de não poder ensejar a delegação de atividades típicas, e,

por isso, exclusivas do Estado, não pode servir de instrumento à violação do princípio do concurso público (CR/88, art. 37, II). (Grifo nosso).

Cito, também, trecho da decisão proferida pela Segunda Câmara em 31/03/2016, nos autos da Inspeção Ordinária - Atos de Admissão n.750.305, in verbis:

A Unidade Técnica, às fls. 19 a 23, verificou, inicialmente, as seguintes irregularidades:

(...) Tais contratações foram fundamentas na Lei n. 8.666, de 1993, estando em desacordo com o entendimento esposado na Consulta n. 638.893, no qual **“a terceirização é lícita quando envolve, apenas, serviços ligados à atividade-meio**, tais como: vigilância, limpeza, conservação, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicação, instalação e manutenção de prédios públicos”. **No caso em questão, as funções contratadas são de natureza permanente, ou seja, caracterizam-se como atividade-fim** da Câmara Municipal. E mais: contrariam o inciso II do art. 37 da Constituição da República, uma vez que os cargos deveriam ser providos por meio de concurso público.

(...) as contratações temporárias para o exercício das funções inerentes ao cargo de Serviços Gerais estão em desconformidade com o inciso IX do art. 37 da Constituição da República, pois não demonstrado o caráter de excepcionalidade para as contratações, que foram realizadas para o exercício de funções permanentes. E, como bem salientado pela Unidade Técnica, à fl. 28, a Resolução nº 03, de 1997, estabeleceu em seu art. 14 que os cargos de Serviços Gerais são de provimento efetivo, exigindo, pois, a realização de concurso público, como prescreve o inciso II do art. 37 da Constituição de 1988.

Entendo, também, não serem cabíveis as contratações de assessoria jurídica e contábil, pois, como ressaltado pela Unidade Técnica, à fl. 37, a Resolução nº 03, de 1997, definiu que a prestação de tais serviços seria da competência de servidor da Câmara Municipal de Glaucilândia, tanto que os cargos de Contador e Assessor Jurídico compõem a estrutura do quadro permanente de pessoal da Edilidade.

(...).

Destaco que a regra é a admissão de pessoal pelo poder público mediante concurso público, sendo que as contratações por prazo determinado, por serem uma exceção, deve receber tratamento restritivo.

Assim, não se verificou na denúncia em análise fundamentação que justificasse a excepcionalidade da contratação de empresas para prestar serviços médicos, em detrimento de se realizar concurso público.

Baseando-me em premissas já assentadas por esta Casa³, destaco que vem sendo admitida a contratação, pelos entes públicos, de profissionais para a saúde por meio do instituto do credenciamento, como traçado na Consulta de n. 838582, de minha relatoria, apreciada na Sessão Plenária de 26/10/2011, bem como nas Consultas n. 491187, n. 791229, n. 811980 e n. 812006 que versaram sobre a possibilidade de contratação de médicos por meio de credenciamento, por inexigibilidade de licitação prevista no *caput* do art. 25 da Lei n. 8.666/93.

Vale ressaltar, que no caso concreto foram efetivados 13 (treze) Termos Aditivos ao Contrato de Prestação de Serviços n. 22/2015, firmado com a empresa RCS EIRELI – frise-se, única

³ Processo Administrativo n. 604355, de relatoria do Conselheiro José Ferraz, apreciado na Sessão da Segunda Câmara, do dia 12/6/2003, *verbis*: (...) O credenciamento prévio de prestadores de serviços médicos a ser ofertado é um procedimento administrativo legal e se configura quando determinado serviço público necessita ser prestado por uma pluralidade de contratos simultâneos, sem exceção. No entanto, tal procedimento tem que ser precedido de abertura para todos os interessados, deixando clara a possibilidade de contratação irrestrita de todos os prestadores de serviços, pessoas físicas ou jurídicas, que preencham as condições exigidas.

participante do certame – com data de assinatura em 31/7/2017, conforme informação extraída do endereço <<https://icismep.mg.gov.br/wp-content/uploads/2017/08/13%C2%B0-Termo-Aditiv-Contrato-22.2015-i.Cismep-2.pdf>>.

Pelas razões acima expostas, e em consonância com o entendimento da 3ª CFM e do *Parquet*, julgo procedente esta irregularidade denunciada por entender que o sistema de registro de preços não se presta, de fato, à contratação de serviços certos e determinados como ocorreu no caso sob exame, eis que a contratação de profissionais médicos, por meio da modalidade licitatória pregão foi inadequada, por não se enquadrar na definição de “serviços comuns”, como previsto no art. 2º da Lei n. 10.20/2002, eis que se caracterizam como serviços técnicos especializados e contínuos, na definição do artigo 13 da Lei n. 8.666/93.

Para tanto, determino aplicação de multa, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) individualmente, ao Sr. João Luiz Teixeira, Secretário Executivo do ICISMEP, Sr. André Henrique Nadais Porto, Superintendente Administrativo e Supervisor de Licitação e da Sra. Eduarda Frederico Duarte Arantes, Pregoeira e subscritora do edital, pela contratação de serviços técnicos especializados, relacionados à atividade privativa dos profissionais da saúde, que não se enquadram na definição de “serviços comuns”, prevista no art. 2º da Lei n. 10.520/2002, sendo inadequada, portanto, a adoção da modalidade pregão adotada no edital denunciado.

Recomendo aos atuais gestores do ICISMEP que abstenham de contratar mão de obra médica por meio da modalidade licitatória pregão, por ser inadequada para a contratação de serviços relacionados à atividade privativa dos profissionais da saúde, que se caracteriza como serviços técnicos especializados, na definição do artigo 13 da Lei n. 8.666/93, não se enquadrando, pois, como “serviços comuns”, nos termos do art. 2º da Lei n. 10.520/2002.

2. Ausência de previsão no edital do balanço patrimonial e atestados de capacidade técnica, em desacordo com os artigos 30 e 31 da Lei n. 8.666/93.

A denunciante alega, que o edital não solicitou dos licitantes a apresentação do balanço patrimonial nem dos atestados de capacidade técnica, nos termos do inciso I do art. 31 e do art. 30 da Lei 8666/1993

A 3ª CFM, em seu exame inicial, entendeu prejudicadas as análises destes apontamentos, uma vez que se referem a falhas no procedimento licitatório e concluiu pela irregularidade do Pregão Presencial n. 30/2015, e dos contratos dele advindos, diante da terceirização do serviço para a execução dos serviços de atendimento médico, em detrimento de realização de concurso público, contrariando o disposto no inciso II do art. 37 da CR/88 e no parágrafo único do art. 1º da Lei n.10.520/2002.

O MPTC, em seu parecer preliminar, ratificou os apontamentos feitos pela 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios a fl. 378/380-v, de seu relatório técnico.

A terceira interessada, em defesa, alegou que o Contrato Administrativo n. 22/2015 oriundos do Pregão Presencial n. 30/2015 vem sendo executado de forma eficiente e satisfatória pela empresa contratada, atendendo os Municípios Consorciados sem qualquer intercorrência, o que comprova a larga capacidade econômico-financeira da empresa contratada.

Afirmou que no que tange a exigência de atestação técnica, a alegação de irregularidade não possui qualquer veracidade fática-legal, tendo em vista que o edital incluiu a referida exigência, e que fora devidamente cumprida pela empresa.

A Unidade Técnica e o MPTC, em seus pareceres conclusivos, afirmaram não haver necessidade de analisar os pontos levantados acerca do balanço patrimonial e do atestado de capacidade técnica, eis que foram prejudicados.

Neste contexto, em consonância com a 3ª CFM, a ilegalidade da modalidade licitatória escolhida macula por si só o certame ora em comento, assim, entendo que restou prejudicada a análise do referido item, uma vez que se referem a falhas no procedimento licitatório.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, em preliminar, rejeito a liminar de perda do objeto suscitada, uma vez que a Lei n. 13.429/2017 não se aplica ao certame ocorrido em data anterior à promulgação da referida lei, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Ainda, julgo prejudicada a ilegitimidade das partes, tendo em vista que a interessada não foi citada nos autos não havendo apontamentos de irregularidades praticadas pela mesma.

Voto, no mérito, pela procedência parcial da denúncia quanto ao apontamento relativo a adoção do pregão presencial para registro de preços visando à contratação de serviços médicos especializados e contínuos, que não se enquadram na definição de “serviços comuns”, prevista no art. 2º da Lei n. 10.520/2002.

Aplico multa individual no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 85, inciso II, da Lei Complementar n. 102/2008, aos Srs. João Luiz Teixeira, Secretário Executivo do ICISMEP, André Henrique Nadais Porto, Superintendente Administrativo e Supervisor da Licitação, e à Sra. Eduarda Frederico Duarte Arantes, Pregoeira e subscritora do edital, pela contratação de serviços técnicos especializados, relacionados à atividade privativa dos profissionais da saúde, sendo inadequada, portanto, a adoção da modalidade pregão adotada no edital denunciado.

Recomendo aos atuais gestores do ICISMEP que abstenham de contratar mão de obra médica por meio da modalidade licitatória pregão, por ser inadequada para a contratação de serviços relacionados à atividade privativa dos profissionais da saúde, que se caracteriza como serviços técnicos especializados, na definição do artigo 13 da Lei n. 8.666/93, não se enquadrando, pois, como “serviços comuns”, nos termos do art. 2º da Lei n. 10.520/2002.

Encaminhar cópia desta deliberação às Prefeituras Municipais dos seguintes Municípios de Betim, Contagem, Ibirité, Itabirito e Itaúna, os quais se beneficiaram dos serviços em comento, para conhecimento da ilegalidade apurada.

Intimem-se os responsáveis, por via postal e pelo DOC, assim como o Ministério Público junto ao Tribunal na forma regimental.

Cumpridas as disposições deste voto e regimentais pertinentes, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

* * * * *