

EXMO. SR. CONSELHEIRO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Processo nº: 969.142
Natureza: Denúncia
Representante: Vanderleia Flor de Maio da Silva Santos
Jurisdicionado: Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba

REDE DE CUIDADOS DE SAÚDE - RCS EIRELI, devidamente qualificada nos autos em epígrafe, por intermédio de seus procuradores abaixo assinados, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 334 do Regimento Interno do TCE-MG, apresentar

RECURSO ORDINÁRIO

à vista dos fatos e fundamentos que serão demonstrados a seguir (razões em anexo único), com a consequente distribuição e submissão ao Tribunal Pleno, para seu regular processamento e julgamento, vez que preenche todos os requisitos intrínsecos de admissibilidade.

1. TEMPESTIVIDADE

Sendo o interregno de tempo para a interposição do Recurso Ordinário de 30 (trinta) dias¹ e, levando-se em consideração a contagem de prazos

¹ Art. 335. O recurso ordinário será interposto, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência da decisão, na forma prevista no art. 168 deste Regimento, e deverá conter (...).

estabelecida pelo Regime Interno do Tribunal de Contas Mineiro, temos que o dies *a quo* para a interposição do recurso se dará apenas na presente data, **19/02/2020 (sexta-feira)**. Inconteste, pois, a tempestividade do recurso.

2. SÍNTESE DOS AUTOS

Versam os autos de Denúncia oferecida pela Sra. Vanderleia Flor de Maio da Silva Santos, diante de supostas irregularidades constatadas no edital do Pregão Presencial nº 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 do Edital.

Em síntese, a denunciante alegou:

- a)** Utilização indevida da modalidade do Pregão Presencial para registros de preços;
- b)** Impossibilidade da terceirização da atividade fim do ICISMEP;
- 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 nº 8.666/93.

A Unidade Técnica realizou o exame inicial às fls. 378/380v e o Ministério Público de Contas manifestou-se preliminarmente às fls. 383/383v.

Citados os responsáveis legais, Sr. João Luiz Teixeira, Secretário Executivo do ICISMEP à época; Sr. André Henrique Nadais Porto, Superintendente Administrativo e Supervisor de Licitação; bem como a Sra. Eduarda Frederico Duarte Arantes, Pregoeira e subscritora do edital, apresentaram defesa e juntaram a documentação pertinente às fls. 396/513.

Em seguida, os autos foram encaminhados novamente à Unidade Técnica para o exame da defesa, que proferiu novo parecer (fls. 515/520v), como também fez o Ministério Público às fls. 524/532.

Na sequência, em **07/06/2019** esta Corte ao reexaminar os autos do processo, determinou a citação da empresa RCS DE CUIDADOS DE SAÚDE – RCS EIRELI em obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório estabelecidos no art. 5º, inciso LV da CF, para que apresentasse defesa e documentos que julgar pertinentes acerca dos fatos apontados nos autos.

Por fim, após a apresentação da defesa, em **09/11/2020**, foi proferido o presente Acórdão (ora impugnado) que decidiu pela procedência parcial da Denúncia, exclusivamente pelo apontamento: **inaplicabilidade do pregão presencial para o objeto licitado**, pois os serviços médicos não se enquadrariam na definição de “serviços comuns”, prevista no art. 2º da Lei n. 10.520/2002, aplicando, assim, multa individual aos gestores do ICISMEP e a Pregoeira (art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/2008).

Destarte, a **RCS EIRELI** – na qualidade de terceira interessada – entende que há indesejável equívoco no trato do assunto principal existente neste procedimento, impondo-se a reexame da matéria, com base nos argumentos que serão apresentados a seguir.

3. PRELIMINARMENTE: INTERESSE/LEGITIMIDADE RECURSAL

A Lei Complementar Estadual nº 102, de 2008 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais), estabelece em seu art. 102, assim como no art. 334 do Regimento Interno, respectivamente, que:

Art. 102. Das decisões definitivas proferidas pelo Tribunal Pleno e pelas Câmaras caberá recurso ordinário, que terá efeito suspensivo e devolutivo.

Art. 334. Das decisões definitivas proferidas pelo Tribunal Pleno, pelas Câmaras ou pelo Relator caberá recurso ordinário que terá efeitos suspensivo e devolutivo. (Grifo nosso)

O recurso ordinário, é, portanto, o meio de impugnação voluntária das decisões definitivas prolatadas por essa Corte de Contas, com o fim de obter a anulação, a reforma ou o aprimoramento do ato atacado.

Na ponderação de todos os ângulos (legalidade, economicidade, eficácia e eficiência) de uma complexa temática – **gestão de serviços médicos** – deve a Corte de Contas encontrar, na construção das suas decisões, um modo de avaliar todas as circunstâncias que permeiam os fatos e atos do processo administrativo em apreço, tendo em vista a repercussão do julgamento em outras esferas.

Ademais, cumpre-nos salientar que a possibilidade de revisão/reforma das decisões constitui-se como eficiente mecanismo de controle e obediência aos princípios dos órgãos de Controle Externo, a qual os entes públicos impõem observar (art. 37 da CR/88), sob pena de revisão via mandado judicial.

Assim, tanto a complexidade do tema, como a natureza e efeitos relevantes que assume (**atingindo os interesses/direitos da empresa RCS em outras esferas**), demonstram a validade e a necessidade da existência do presente recurso, dando seguimento ao diálogo (processo cooperativo entre as partes), que tem por fim último, o atendimento ao interesse público e à justiça.

4. ADOÇÃO DO PREGÃO PRESENCIAL – ANÁLISE DA MODALIDADE À VISTA DO OBJETO LICITADO

A decisão impugnada entendeu ser inadequada a modalidade do Pregão para a contratação de serviços médicos, nos seguintes termos:

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. (Grifo nosso)

Diante da fundamentação legal exposta na decisão, é necessário que sejam postos em destaque o marco legal da modalidade de licitação (normas), e – sobretudo – o correto entendimento do objeto do contrato.

A modalidade de licitação denominada PREGÃO foi criada para a aquisição de bens e serviços comuns os quais estão conceituados no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/02 como *“aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado”*.

É certo que a generalidade da previsão normativa leva a indagações acerca da maior ou menor abrangência de aplicação do pregão, que merece ser aqui salientado.

Até pouco tempo havia (e ainda há em alguns setores administrativos) a ideia de restrição para qualificar os serviços e os bens comuns. Mas a postura é incompatível com o cenário que se encontra no mundo dos fatos já que este revela que a Administração Pública, no geral, demanda por aqueles bens assim qualificados, todos passíveis de aquisição pela via aqui analisada, salvo algumas poucas exceções. **Ou seja, bens e serviços comuns tem larga abrangência.**²

No atendimento dos requisitos exigidos na definição legal, deve-se ter em mente que essa modalidade licitatória visa à aquisição de bens ou prestação de serviços razoavelmente padronizados, que não demandam

² (JAIR EDUARDO SANTANA, Pregão Presencial e Eletrônico, Sistema de Registro de Preços, 2014, p. 77 e 77v).

significativas exigências técnicas, nem difíceis buscas no mercado, seja do objeto, seja do universo de fornecedores.

Por esse ângulo, vale análise do Decreto 3.555/00, tal diploma legal estabelece em seu art. 1º, § 2º, os regulamentos sobre os bens e serviços comuns. Além de definir o conceito genérico de pregão (como o fez, também, a Lei nº 10.520/02), determinou que os regulamentos indicassem quais os bens e serviços deveriam ser considerados comuns. Para tanto, foi inserido o anexo II ao regulamento do pregão. Referido anexo enumerou os bens e serviços comuns que podem ser licitados mediante pregão, e dentre eles incluía-se os serviços médicos:

ANEXO II

CLASSIFICAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS

Bens Comuns

(...)

4. Serviços de Assistência

4.1. Hospitalar

4.2. Médica

A Lei nº 10.520/02 também seguia a mesma orientação, mas com o veto do Presidente da República ao caput do art. 2º foi excluído do corpo da norma legal a disposição que autorizava ao regulamento a indicação dos bens e serviços comuns.

Com base no veto presidencial, entende-se que o decreto, enquanto norma regulamentar, perdeu eficácia em face da Lei nº 10.520/02, no que concerne à necessidade de lista que defina quais são os bens e serviços comuns, que possam ser licitados por pregão. Portanto, o administrador, em se utilizando do conceito previsto no art. 1º, parágrafo único, decidirá, a partir de seu arbítrio, quais são esses bens e serviços.

O veto ao art. 2º, caput, da Lei nº 10.520/02 implicou em ser retirado do texto da norma legal a explicitação de que os bens e serviços de uso comum serão definidos em regulamento.

Contudo, as razões de veto do Decreto 3.555/00 gera incertezas e não se dirigiram a definição dos bens e serviços de uso comum por regulamento. Sendo assim, não há motivos para considerar que o anexo II (que traz a lista de bens e serviços de uso comum), do Decreto tenha perdido sua eficácia em face da Lei nº 10.520/02 que é omissa quanto a essa definição.

Com essas considerações a lista constante do anexo II, do Decreto nº 3.555/00, não perdeu sua eficácia em face do advento da Lei nº 10.520/02. É vigente e eficaz a lista constante do supracitado anexo.

Passamos, nesse ponto, a tecer mais algumas palavras sobre o conceito legal de bens e serviços de uso comum que foi fixado pelo parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 10.520/02. Transcrevemos trecho de obra de Marçal Justen Filho:

O núcleo do conceito de bem ou serviço comum reside nas características da prestação a ser executada em prol da Administração Pública. O bem ou serviço é comum quando a Administração não formula exigências específicas para uma contratação determinada, mas se vale dos bens e serviços tal como disponíveis no mercado. Poderia afirmar-se que a disponibilidade no mercado é a primeira característica que dá identidade ao bem ou serviço qualificável como comum. Isso significa que o pregão poderá ser adotado sempre que a Administração puder localizar no mercado, sem qualquer dificuldade, o objeto de que necessita. Daí decorre a impossibilidade de aplicação do pregão para objetos que apresentem características peculiares ou que demandem inovações destinadas a atender necessidades próprias e exclusivas da Administração.³ (Grifo nosso)

³ Filho, Marçal Justen, in Pregão: comentários à lei do pregão comum e eletrônico, 2ª ed., revista e atualizada de acordo com a Lei Federal nº 10.520/02 – São Paulo: Dialética, 2003, p. 27.

Portanto, a contratação que versa os autos é amplamente existente no mercado, e podem ser fornecidos à Administração sem qualquer inovação ou modificação, de modo que, os serviços médicos e hospitalares prestados pela RCS configuram um bem ou serviço comum.

Para a compreensão do que diz a lei, destaca-se, não se pode prescindir da caracterização dos pressupostos da licitação, pois o pregão, enquanto modalidade licitatória, deve obediência aos pressupostos desta.⁴

Nesse sentido, a questão a ser enfrentada é: se especificidades na execução dos serviços ou a necessidade de capacitação técnica específica entravam a qualificação de “comum”, impedindo que se realize o certame sob a modalidade pregão.

Em suma, a lei não quer que o intérprete fique no dualismo **serviços simples X serviços complexos**, mas que a adequação ao conceito se revele diante das circunstâncias em apreço.

A Ilustre Márcia Pelegrini preceitua:

Não seria a complexidade do serviço a inseri-lo ou não no conceito de serviço ou bem comum, mas o domínio que as empresas atuantes no mercado possuem sobre o objeto licitado, de modo que possam oferecer suas propostas de forma segura diante das definições objetivas do edital.⁵

Assim para a determinação do que sejam bens e serviços comuns, e consequente aplicabilidade do pregão, é preciso levar em conta a finalidade da norma ao invés de se fazer uma interpretação literal.

Retomando ao presente caso, verifica-se que **OS SERVIÇOS MÉDICOS GERENCIADOS** pela empresa contratada são, de fato, serviços

⁴ Pressuposto lógico: a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Pressuposto jurídico: a licitação como meio apto a atender o interesse da Administração, ao menos em tese (vide BANDEIRA DE MELLO, p. 467)

⁵ PELEGRINI, op. cit., p. 401.

comuns quando se verifica que as atividades já são naturalmente padronizadas no mercado de acordo com a especialidade do profissional médico para atendimento em urgência: clínico geral, oftalmologista, ginecologista, ortopedista, cardiologista, dentre outras.

E mais, tais serviços médicos não exigem maiores detalhamentos, pois se referem ao título conferido a área de especialização do profissional de saúde, o que permite a **definição objetiva do serviço licitado**, como foi feito no Pregão Presencial nº 30/2015.

Em outro ponto, não se pode perder de vista que o procedimento administrativo licitatório realizou-se sob a modalidade pregão porque o objeto do contrato não trata pura e simplesmente de contratação de serviços médicos, mas de **GESTÃO DE SERVIÇOS NA ÁREA DA SAÚDE**, com baixa complexidade técnica.

Nunca houve dúvida no Setor dos Suprimentos Governamentais a propósito de objetos comuns relacionados à “Serviços de Assistência Hospitalar, Médica, Odontológica, Serviços de Atividades Auxiliares, e de Gestão de Recursos Humanos, incluindo até mesmo a denominada “locação de mão de obra”.

Os serviços acima citados – desde a edição do Decreto n. 3.555 de 08 de agosto de 2000 (há quase 20 – vinte anos, portanto) já constam exemplificativamente de normativos e são praticados no dia-a-dia dos milhares de pregões lançados no Brasil.

Cumprando então destacar a seguinte premissa: **GESTÃO DE PESSOAS, GESTÃO DE RECURSOS HUMANOS, LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA E DEMANDAS GOVERNAMENTAIS AFINS, SÃO SUPRÍVEIS POR PREGÃO, COMO NO CASO EM ANÁLISE.**

Portanto, tendo em vista que o objeto licitado é comum, rotineiro, cujo padrão de qualidade pode ser objetivamente definido no edital,

por meio de especificações usuais no mercado, não merece prosperar o apontamento desta irregularidade.

5. DA SUPOSTA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE FIM DO ICISMEP

A decisão recorrida abordou também a questão da terceirização da atividade fim do ICISMEP, nos seguintes termos:

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. (Grifo nosso)

Verifica-se que a contratação de mão de obra médica é identificada como atividade-fim e não atividade-meio do ICISMEP, o que, *data máxima vênia*, não procede.

Não se pode perder de vista que o ICISMEP 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.**

Não há dúvidas que a atividade fim da referida instituição não é equivalente ao fornecimento de serviços médicos.

Dentre as atribuições da instituição pública sobressaem a implantação de **GESTÃO, PLANEJAMENTO e FOMENTO** da área de saúde dos Municípios Consorciados.

Logo, embora a Unidade Técnica desta Corte tenha concluído que o procedimento licitatório teria burlado o concurso público, denota-se que não foram avaliadas o objeto social do ICISMEP e todas as questões que circundam o instituto da terceirização dos serviços próprios ou impróprios do Estado.

Em outras palavras: O ICISMEP continua prestando serviços básicos e fundamentais relativos à saúde da população, em respeito ao seu dever constitucional, porém, através da contratação da empresa RCS, consegue fornecer um serviço complementar e temporário para a população, de acordo com as demandas regionais.

Ademais, o Acórdão combatido expõe que a atividade fim praticada é verificável ainda pela sua natureza permanente, o que implicaria na necessidade de admissão de pessoal pelo poder público mediante concurso público.

Como já foi dito nestes autos, ao contrário do que foi compreendido por esta Corte, o Processo Licitatório avaliado é marcado pela **OSCILAÇÃO E EVENTUALIDADE** das demandas médicas, considerando a necessidade e solicitação dos municípios consorciados (art. 3º, inciso III do Decreto Federal 7.892/2013).

Menciona-se ainda que a terceirização, no Brasil, até o advento da denominada “reforma trabalhista”, não possuía regulamentação legal, não obstante a sua grande utilização na prática pelos tomadores de serviços, em virtude da possibilidade de diminuição dos custos com funcionários. Não por outra razão, o Tribunal Superior do Trabalho regulamentou o tema – ainda que de forma insuficiente – com a edição da Súmula nº 331.

Diante da crise enfrentada pelo país em 2017, foi aprovada **Lei Ordinária nº 13.429/2017** (publicada no Diário em 31/03/2017), cujas alterações impactaram na sistemática da terceirização, dentre as quais se destaca a: **POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO TANTO DA ATIVIDADE-MEIO QUANTO DA ATIVIDADE FIM A SEREM REALIZADAS NA EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS.**

Portanto, no caso concreto, verifica-se que não ocorre a terceirização (delegação) integral da atividade finalística do ICISMEP, e ainda que houvesse, não há burla ao concurso público, pois a instituição permanece com a

titularidade e administração dos serviços públicos e é responsável por diversas outras ações que complementam a assistência à saúde dos Municípios Consorciados.

6. CONCLUSÃO

Ante o exposto, uma vez que o objeto contrato foi esclarecido – que não se confunde com contratação simples de médicos – requer o recebimento da presente irresignação, e no mérito que seja o presente recurso conhecido e provido para que a modalidade eleita para o processo administrativo seja considerada regular, dentro das reais possibilidades/dificuldades dos gestores.

Nestes termos, pede deferimento.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2021.

Jair Eduardo Santana

OAB/MG 132.821

Juliana de Moura Pereira

OAB/MG 168.200

Thays Pires Alves

OAB/MG 191.023