

Processo: 1153889
Natureza: RECURSO ORDINÁRIO
Recorrente: Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas
Interessados: Viviam Taborda Alvim, Ana Isabela Alves Resende, Eustáquio da Abadia Amaral e Pedro Henrique de Abreu Paiva
Processos referentes: Representação n. 1084542 e Edital de Licitação n. 1058835
Procuradores: Alice Coutinho Chaves, OAB/MG 136.139; Carolina Moraes Gonçalves de Alencar, OAB/MG 167.340; Tamara Regina Alves Cecílio, OAB/MG 197.074; Vanessa de Oliveira da Silva, OAB/MG 191.088; Thiago Camilo Pinto, OAB/MG 134.998 e Eduarda Frederico Duarte Arantes, OAB/MG 169.943
MPTC: Procurador Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO MAURI TORRES

TRIBUNAL PLENO – 4/12/2024

RECURSO ORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCE. PRELIMINAR. RECURSO ADMITIDO. MÉRITO. ILEGALIDADE NA CONTRATAÇÃO DE MÉDICOS. TERCEIRIZAÇÃO INDEVIDA. EQUIVOCO NA FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. ARQUIVAMENTO.

1. Com o novo parâmetro contido nas Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017 e no Decreto Federal n. 9.507/2018 restou superada a ideia de que a terceirização se pautaria pelas noções de atividade-fim ou atividade-meio, ou mesmo de atividades “materiais acessórias, instrumentais ou complementares”, pois seria possível a sua utilização em todas as atividades, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, desde que não detenham natureza típica de Estado e que não reflitam o seu poder de império, para as quais segue prevalecendo a regra do concurso público, estabelecida no art. 37, II, da Constituição da República.
2. Não se pode afirmar que a decisão recorrida se fundamentou em consultas ou legislação não vigente à época dos fatos, pois na data da realização do Pregão n. 7/2019, que ensejou as contratações em análise, se encontravam vigentes as Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017, que alteraram a orientação jurisprudencial desta Corte de Contas, inclusive, as consultas mencionadas no voto condutor do acórdão recorrido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) negar provimento ao recurso interposto, mantendo-se na íntegra o acórdão proferido nos autos da Representação n. 1084542;
- II) determinar, cumpridas as disposições regimentais, o arquivamento dos autos com fundamento no art. 258, I, do Regimento Interno deste Tribunal (Resolução n. 24/2023).

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Durval Ângelo, o Conselheiro Agostinho Patrus, o Conselheiro em exercício Telmo Passareli, o Conselheiro em exercício Licurgo Mourão e o Conselheiro em exercício Hamilton Coelho.

Presente à sessão o Procurador-Geral Marcílio Barenco Corrêa de Mello.

Plenário Governador Milton Campos, 04 de dezembro de 2024.

GILBERTO DINIZ

Presidente

MAURI TORRES

Relator

(assinado digitalmente)

TRIBUNAL PLENO – 4/12/2024

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de recurso ordinário interposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal, em face da decisão prolatada pelo colegiado da Primeira Câmara, na sessão de 3/8/2023 nos autos da Representação n. 1084542, nos seguintes termos:

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

I) rejeitar, preliminarmente, a alegação de ilegitimidade passiva arguida pelo Sr. Thiago Camilo Pinto, uma vez presente nexo de causalidade entre sua conduta e os apontamentos em exame nos autos;

II) rejeitar, ainda, a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela Sra. Vanessa de Oliveira da Silva, uma vez que está presente o nexo de causalidade entre sua conduta e os apontamentos em exame nos autos;

III) julgar, no mérito, parcialmente procedentes as irregularidades apresentadas na representação formulada pelo Ministério Público junto ao Tribunal em face do Processo Licitatório n. 11/2019, Pregão Presencial n. 7/2019, deflagrado pela Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba – Icismep, em virtude da ausência de devida caracterização do objeto, em violação aos termos do art. 3º, II e III, da Lei n. 10.520/2002, e que culminou, potencialmente, na restrição das propostas a serem apresentadas por eventual participante e na deficiência de eventual pesquisa de mercado realizada, bem como gerou incompatibilidade do critério de julgamento adotado “menor taxa de administração” com o tipo de licitação “menor preço”;

IV) aplicar multa individual à Sra. Viviam Taborda Alvim, subscritora do Termo de Referência e do edital, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos da fundamentação desta decisão, tendo em vista que sua conduta violou, com erro grosseiro, o disposto no art. 3º, II e III, da Lei n. 10.520/2002;

V) recomendar ao Diretor Geral da Icismep que, em futuras contratações na modalidade pregão, abstenha-se de utilizar o critério de julgamento da “menor taxa de administração” sem o estabelecimento de parâmetros para os preços dos produtos e serviços licitados, em afronta à vantajosidade da contratação e a apuração do melhor preço, nos termos do disposto nos arts. 3º, caput, e 45, §1º, I, da Lei n. 8.666/1993;

VI) determinar, considerando o teor das irregularidades elencadas e reconhecidas, que a Icismep se abstenha de celebrar prorrogação do Contrato n. 8/2019, decorrente do Processo Licitatório n. 11/2019 – Pregão Presencial n. 7/2019, caso ainda esteja em vigor;

VII) determinar a intimação dos responsáveis por via postal e pelo Diário Oficial de Contas – DOC, bem como do Ministério Público junto ao Tribunal, na forma regimental;

VIII) determinar o arquivamento dos autos, após o cumprimento dos procedimentos cabíveis à espécie, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Na petição inicial (peça nº 1 do SGAP), o recorrente, em apertada síntese, manifestou sua irresignação em relação aos fundamentos lançados na decisão recorrida e requereu a reforma do acórdão para que seja reconhecida: (i) a ilegalidade na forma de contratação de profissionais médicos no Pregão nº 07/2019, que representou terceirização ilícita de serviços públicos e burla à regra constitucional de realização do concurso público; (ii) as irregularidades complementares referentes a ausência de caracterização do objeto e de incompatibilidade do critério de julgamento adotado; e (iii) a responsabilização dos responsáveis.

O recurso foi admitido liminarmente e foi determinada a intimação dos interessados, nominados em epígrafe, para que, caso entendessem necessário, se manifestassem, com fundamento no parágrafo único do art. 325 da Resolução nº 12, de 2008, vigente à época, peça 5 do SGAP.

O Srs. Eustáquio da Abadia Amaral, Ana Isabela Alves Resende, Pedro Henrique de Abreu Paiva e Viviam Taborda Alvim se manifestaram conjuntamente, à peça 21 do SGAP, conforme certidão de manifestação da Secretaria do Pleno, peça 22 do SGAP.

Em seguida, os autos foram encaminhados à Unidade Técnica que elaborou o relatório, peça 23 do SGAP opinando pelo não provimento do recurso, e ao Ministério Público junto ao Tribunal que emitiu o parecer, peça 25 do SGAP.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 - Admissibilidade

Inicialmente, impende analisar o requerimento do Ministério Público junto ao Tribunal, à peça 25 do SGAP, para que seja regularizada a representação processual dos advogados no presente recurso, sob pena de nulidade, apresentada nos seguintes termos:

As contrarrazões ao recurso ordinário foram apresentadas em nome dos Srs. Eustáquio da Abadia Amaral, Ana Isabela Alves Resende, Pedro Henrique de Abreu Paiva e Viviam Taborda Alvim, conforme petição juntada a peça 21.

Entretanto, a única procuração apresentada nos autos outorgou poderes para a representação exclusivamente do Sr. Eustáquio (peças 13 e 14). Isto é, os procuradores que subscreveram as contrarrazões não têm poderes para representar os Srs. Ana Isabela Alves Resende, Pedro Henrique de Abreu Paiva e Viviam Taborda Alvim.

Assim, considerando o vício de representação das partes, e objetivando evitar eventual arguição de nulidade, o Ministério Público de Contas REQUER, com fundamento no art. 164 da Resolução TCE-MG nº 12/2008 (RITCEMG)¹, a intimação das advogadas Alice Coutinho Chaves e Carolina Moraes Gonçalves de Alencar para que promovam a regularização da representação processual.

Em que pese o requerimento do *Parquet*, compulsando os autos da Representação n. 1084542, em apenso, verifiquei que se encontra acostado à peça 50 do SGAP, os instrumentos de procuração que outorgam poderes aos procuradores para a apresentação das contrarrazões do presente recurso, subscritos por Ana Isabela Alves Resende, Pedro Henrique de Abreu Paiva e Viviam Taborda Alvim.

¹ Art. 164. As partes podem praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procurador regularmente constituído.

§ 1º Constatado vício na representação da parte, será fixado prazo de 15 (quinze) dias, para que o responsável ou interessado promova a regularização, sob pena de serem desconsiderados os atos praticados pelo procurador.

§ 2º A atuação de procurador no processo somente se dará com a juntada do instrumento de mandato, pressuposto essencial para sua atuação nos termos dos poderes a ele conferidos.

§ 3º No caso de advogado ou procurador que renunciar ao mandato, ele continuará, durante os 10 (dez) dias seguintes à notificação da renúncia, a representar o mandante, salvo se for substituído antes do término desse prazo.

Desse modo, indefiro o requerimento do *Parquet* para intimação das advogadas Alice Coutinho Chaves e Carolina Moraes Gonçalves de Alencar para que promovam a regularização da representação processual e passo ao exame da admissibilidade recursal.

Isso posto, em sede de preliminar, conheço do presente recurso, considerando que as partes são legítimas, que o recurso é próprio e tempestivo, preenchendo os requisitos previstos na Lei Complementar n.102/2008.

II.2 – Mérito

1 - Ilegalidade na contratação de profissionais médicos – Da terceirização ilícita e da burla ao concurso público

O recorrente pretende a reforma do acórdão proferido pela Primeira Câmara na sessão de 3/8/2023, nos autos da Representação nº 1084542, alegando que a contratação de profissionais médicos, representa uma terceirização ilícita e burla ao concurso público.

Afirma que a decisão recorrida foi indevida ao considerar improcedente a representação neste ponto, tendo como fundamento os pareceres das Consultas nº 1024677, nº 1040717 e nº 1095479 que utilizaram o novo parâmetro contido nas leis n. 13.429/2017 e no Decreto Federal nº 9.507/2018, e, também, nas decisões proferidas nos Recursos Ordinários nº 1.098.500, nº 1.098.547 e nº 1.101.528, em que as multas aplicadas aos agentes foram afastadas, sob o argumento de que os serviços médicos terceirizados pela ICISMEP não detinham natureza típica de Estado e não refletiam poder de império.

Segundo o recorrente, à época da formalização da licitação que precedeu a contratação em tela, o entendimento consolidado no Tribunal era pela impossibilidade de terceirização de serviços médicos, bem como pela obrigatoriedade da realização de concurso público para admissão destes profissionais, conforme parecer exarado nas Consultas nº 657277, nº 896648 e nº 838498.

Assim, afirma que as alterações nos entendimentos do Tribunal não podem afetar fatos pretéritos e devem obedecer ao art. 5º, XXXVI, da CR/88, que define que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada e, também, o art. 6º da LINDB que estabelece que as novas leis e entendimentos devem ser aplicados aos casos futuros, só devendo retroagir quando não houver ofensa à Constituição e nos casos de lei penal e lei tributária mais benéficas (art. 5º, XL, da CR/887 e art. 106 do Código Tributário Nacional).

Em sua exordial, o recorrente demonstra que as consultas citadas no acórdão recorrido datam de 4/12/2019, 17/6/2020 e 27/9/2021 e os Recursos Ordinários mencionados datam de 20/10/2022, enquanto o termo de referência do Pregão nº 07/2019, que ensejou a contratação em tela, foi assinado em 14/1/2019 e o edital do certame publicado nos dias 9 e 11/2/2019. Desse modo, afirma que, durante o planejamento da contratação e no momento da publicidade da licitação, o Tribunal ainda não havia apreciado qualquer dos processos que foram indicados para fundamentar o acórdão recorrido.

Alega que a resposta à consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, nos termos do art. 3º, §1º, da LC nº 102/2008. Assim, a ICISMEP, órgão integrante da administração indireta dos municípios consorciados e jurisdicionado do TCEMG, deveria ter pautado a sua atuação de acordo com os pareceres do Tribunal, o que não ocorreu.

Afirma, ainda, que ocorreu equívoco na interpretação dos pareceres das consultas citadas na fundamentação do acórdão recorrido, pois, a Consulta nº 1024677 não autorizou a terceirização de serviços médicos, devendo essa terceirização ser avaliada sob a perspectiva de “atividade-

fim” e “atividade-meio” e, ainda, se as atividades desenvolvidas compreendem exercício de parcela do poder estatal, que não poderiam ser objeto de execução indireta.

O *Parquet* sustenta que, no caso em tela, deve prevalecer o parecer exarado na Representação nº 1084542 segundo o qual a: “(i) prestação de serviços médicos especializados para o atendimento de demandas de média e alta complexidade, tais como plantões e consultas de pediatria, ginecologia, cirurgia, ortopedia, dermatologia, urologia e oftalmologia; e (ii) a gestão de escalas dos serviços desempenhados por tais profissionais, não representam atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias.”

Afirma, ainda, que “os serviços médicos integram categorias funcionais abrangidas tanto pelo consórcio quanto pelos municípios consorciados, bem com que a gestão dos serviços da área da saúde envolve a tomada de decisão do gestor público e o posicionamento institucional atinente ao planejamento, a coordenação, a supervisão e ao controle, conforme indicações do art. 3º, I e IV, do Decreto federal nº 9.507/2018”.

Informa que em consulta ao sistema CAPMG no mês de abril/2019, mês em que o Contrato nº 8/2019 foi celebrado, verificou-se que Betim, Brumadinho, Ibité e Pará de Minas, municípios que são sede das unidades de saúde da ICISMEP, contavam com cargos efetivos de médicos.

Assevera que a gestão de escalas é atividade associada à tomada de decisão, pois, cabe definir os serviços que serão efetivamente prestados, o número de plantões, de cirurgias e de outros procedimentos médicos, de quais especialidades, serão ofertados aos cidadãos. E que estes argumentos não foram enfrentados na Representação nº 1.084.542 e que o voto aprovado se limitou a indicar o parecer da Consulta nº 1.024.677.

Para o recorrente, ainda que o Tribunal considere a possibilidade da execução indireta dos serviços médicos, a terceirização não pode ser admitida de forma indiscriminada, sob pena de violação aos ditames constitucionais, especialmente quanto ao princípio da eficiência e a regra do concurso público, devendo se questionar o seguinte: qual a vantajosidade na terceirização de profissionais médicos, qual o benefício deste tipo de execução indireta via consórcio público, pois criam-se cadeias administrativas que oneram as relações e afastam o profissional médico do município em que o serviço será prestado.

Desse modo, conclui que o acórdão proferido na Representação nº 1.084.542 merece ser reformado, para que seja reconhecida a ilegalidade na forma de contratação de profissionais médicos, que representou terceirização ilícita de serviços públicos e burla à regra do constitucional de realização do concurso público, com fulcro no art. 37, caput, e II, da CR/88.

Alegações dos interessados

Os interessados Eustáquio da Abadia Amaral, Ana Isabela Alves Resende, Pedro Henrique de Abreu Paiva e Viviam Taborda Alvim alegam, em síntese, à peça 21 do SGAP, que o presente recurso é uma tentativa de sancionar o pensamento divergente por um simples aspecto de temporalidade, conforme trecho da manifestação abaixo destacada:

Acrescemos esta provocação quanto à temporalidade propositadamente, e sem qualquer conotação de afronta, mas tão somente para trazer à baila com total clareza que o pensamento do Tribunal de Contas de Minas Gerais sofreu tal evolução em razão da evolução da própria LEGISLAÇÃO NACIONAL; assim como das inúmeras manifestações do Poder Judiciário (a maioria pela Suprema Corte).

Temos que as Consultas respondidas pelo nobre Tribunal de Contas Mineiro e reproduzidas na peça recursal possuem contextos legislativos bastante distintos, inobstante a tratativa de legalidade da terceirização já existissem mesmo sob a égide da legislação anterior, e sem pensamento consolidado acerca da temática.

Ora, a decisão de 2002 (Consulta nº 657.277) fora proferida quando ainda não havia sido aprovada a Reforma Trabalhista, nem mesmo o Decreto Federal nº 9.507, nem tampouco havia a manifestação do Supremo Tribunal Federal quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923 - Distrito Federal. Mesma circunstância a Consulta 896.648, datada de 2014.

Ou seja, tais decisões se deram em contextos de arcabouço jurídico e jurisprudencial totalmente díspares do hodierno! Em outras palavras, não pode pretender, o douto Ministério Público de Contas, avocar tais entendimentos, formados sobre fundamentos hoje inexistentes, a fim de penalizar o processo licitatório do ICISMEP em apreço, quando a Legislação e a jurisprudência já haviam sofrido profundas transformações e evoluções.

[...]

Destacamos, então, em contraposição à alegação encampada pelo nobre Ministério Público de Contas, que quando da Licitação promovida pelo ICISMEP e objeto específico deste Recurso (Processo Licitatório nº 11/2019, Pregão Presencial nº 07/2019), já tínhamos um quadro LEGISLATIVO e JURISPRUDENCIAL bastante robusto para nortear a decisão do Consórcio e de seus Gestores e responsáveis pelos atos administrativos objetos de questionamento, quanto à sua formatação, objeto e modelagem!

[...]

Em 2018, mais precisamente em 21 de setembro, foi editado o Decreto Federal nº 9.507, que balizou a terceirização (nominada de “execução indireta”) na Administração Pública; tendo tal normativa sido utilizada pelo nobre TCE/MG em seu julgamento acerca do tema, o que fundamenta a transformação das decisões. Neste ínterim o Supremo Tribunal Federal também julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida – cancelando a licitude da terceirização em qualquer atividade (meio ou fim).

[...]

Ainda no ano passado, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.197 Sergipe, da qual destacamos:

5. As fundações públicas de direito privado podem se dedicar à prestação de serviços públicos de saúde. Isso porque: (i) na ausência de um modelo de organização administrativa pré-definido pela Constituição, deve prevalecer a autonomia de cada ente federativo; (ii) seria ilógico que a Constituição permitisse o exercício de atividades de saúde por particulares, mas não por entidades privadas vinculadas ao poder público; (...) (destaques nossos!)

Esta própria Corte de Contas, em estrito alinhamento com a evolução da legislação, num julgamento paradigmático referente à esta mesma parte (ICISMEP), assim se posicionou em Tribunal Pleno e por unanimidade:

TCE/MG - TRIBUNAL PLENO – Acórdão 1.098.500 / 2022 RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. SERVIÇOS MÉDICOS. TERCEIRIZAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. SERVIÇOS COMUNS. RECURSO PROVIDO. 1. (...) a terceirização de serviços pela Administração Pública não mais se pauta pelas noções de atividade-fim ou atividade-meio, ou mesmo de atividades “materiais acessórias, instrumentais ou complementares”, sendo permitida a execução indireta de todas as atividades que não detenham natureza típica de Estado e que não reflitam o seu poder de império, cuja identificação foi balizada pelo art. 3º do Decreto Federal nº 9.507/18. (destaques acrescidos)

Os interessados alegaram, ainda, que o Ministério Público junto ao Tribunal, em outro ponto da peça recursal, tenta desqualificar a aplicabilidade das consultas que embasaram a decisão recorrida, esforçando-se para dar-lhes uma interpretação restritiva e desconectadas com as

circunstâncias fáticas. Afirmam que para rechaçar tal percepção equivocada de que o modelo é questionável, o ICISMEP tem buscado se instrumentalizar em estudos empíricos e análises concretas da vantajosidade dessa modelagem, tendo, inclusive, estabelecido parceria com o Instituto de Planejamento e Gestão de Cidades – IPGC, uma importante organização que conta com o respeito e reconhecimento geral, para estudar a fundo o cenário de atuação junto aos municípios consorciados e citam em suas razões trechos do relatório produzido pelo referido instituto.

Em relação ao fato de a formalização do orçamento ter se dado antes da realização da pesquisa de mercado, argumentam que *“com relação ao valor ESTIMADO da contratação, há de se ressaltar a condição sui generis dos consórcios públicos no bojo da Administração Pública. Ocorre que, enquanto um município, ou mesmo o Estado ou a União conseguem trabalhar com uma projeção bastante sólida de demanda e crescimento projetado, com os consórcios, tal nem sempre é possível, visto a hipótese de novos consorciamentos ou mesmo de retiradas de entes consorciados, o que pode trazer mudanças extremamente significativas com abruptas oscilações das demandas projetadas”*. E acrescentam que *“à época da construção do edital seria impossível informar precisamente os serviços que seriam executados através do contrato oriundo do Processo Licitatório nº 11/2019”*.

Os interessados apresentam, ainda, um quadro com uma estimativa de gastos médios por município consorciado e a explanação acerca da estimativa apurada, cujo teor se transcreve:

Ao valor de R\$ 31.727.857,56 (trinta e um milhões, setecentos e vinte e sete mil, oitocentos e cinquenta e sete reais e cinquenta e seis centavos), fora acrescido uma margem calculada com base nas iminentes futuras adesões de entes consorciados.

A estipulação da margem se justifica por toda a motivação exposta neste documento. Somente no ano de 2019, por exemplo, conforme se extrai do sítio eletrônico da ICISMEP, se consorciaram à Instituição, conforme registro constante nas atas da Assembleia Geral do consórcio ocorridas em 03 de abril de 2019, 30 de julho de 2019 e 18 de dezembro de 2019, os Municípios de Itapeverica e Alvinópolis; Abaeté, Paineiras, Rio Acima e Vespasiano; Camacho e Passa Tempo, respectivamente, que poderiam a qualquer tempo demandar os serviços.

Ademais, havia municípios já consorciados que não figuravam como contratantes dos serviços de saúde em 2018, ano em que o planejamento da licitação se iniciou, como Piedade dos Gerais, Itaúna, Piracema, Ibirité, Crucilândia, Brumadinho, Contagem e Betim, mas que poderiam a qualquer momento o fazer.

Ressalta-se que o viés para a estruturação do planejamento – estimativa – se mostrou factível, pois, de fato, após a assinatura do Contrato 08/2019, houve a contratação dos serviços de saúde pelos Municípios de Brumadinho e Contagem - cujas demandas são relevantes - formalizados por meio da celebração dos Contratos de Prestação de Serviços no 80/2019 e 26/2019, respectivamente, entre os mesmos e a ICISMEP.

O motivo de dispor-se em Edital que “podem ser que existam serviços não listados”, é uma das vertentes de se trabalhar com o modelo gerencial de serviços médicos da ICISMEP, pois, somente assim, faz-se gestão associada.

Referida sistemática permite, por exemplo, que durante a execução contratual, caso haja manifestação de interesse pelos serviços por Município que à época da construção do Edital não fosse consorciado, ou ainda, de Município já consorciado à ICISMEP, mas que evidencie a necessidade em contratar determinada especialidade não contemplada na Tabela de Serviços Médicos licitada, que a Instituição atenda à sua demanda, que se dá mediante formalização de termo aditivo, precedido de toda a ritualística necessária – inclusive pesquisa de preços - de modo a incluí-la na tabela referenciada.

Dessa forma, os aspectos que envolvem a gestão associada justificam a adoção desta metodologia e descaracterizam o “cenário de imprecisão e subjetividade” afirmado pelo MPCMG; ao contrário, da leitura do ato convocatório, depreende-se que as métricas são precisas, objetivas, e a cada município é entregue a demanda conforme suas necessidades. Tal não deve ser entendido como uma falha, mas sim como uma sistemática que permite, de fato, o atendimento, conforme solicitação. Não se trata de uma demanda fixa com gastos fixos, mas sim demandas voláteis, variáveis conforme a necessidade da ICISMEP e dos municípios a ela consorciados.

De se destacar que o teto orçamentário da referida contratação, consubstanciada na estimativa de volume a ser contratado (R\$45.000.000,00) não se confunde com os orçamentos, traduzindo-se apenas no limite orçamentário.

No que tange à pesquisa de mercado, tem-se que a mesma intencionou apurar a média da taxa praticada pelas empresas, e não dos profissionais médicos envolvidos, visto que a contratação em apreço foi processada pelo critério de julgamento MENOR PREÇO, consubstanciado na MENOR taxa ofertada sobre os valores constantes na Tabela de Serviços Médicos, parte integrante do Edital (Anexo II).

Em análise aos autos depreende-se que fora realizada pesquisa de mercado com 05 fornecedores diretos, sendo que, destes, 3 ofereceram orçamentos, além de efetuadas buscas nos painéis de compras Banco de Preços e Comprasnet. De se ressaltar que dos autos extrai-se a tentativa de obtenção de um número maior de cotações, contudo, sem êxito, visto a demonstração de desinteresse de alguns prestadores (negativas).

Dessa forma, o que fora consolidado, a título de pesquisa de mercado, é suficiente para refutar a afirmação do Ministério Público de Contas de que não houve ampla pesquisa. Sobre o assunto, existe entendimento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União no sentido de que o alcance de no mínimo três cotações de empresas/fornecedores distintos, é suficiente para a obtenção de estimativa de preços (vide Acórdão 1266/2011 PLENÁRIO TCU).

Nesse sentido também versa a Resolução Interna da ICISMEP nº 53, de 05 de fevereiro de 2019, que regulamenta a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da Instituição, que dispõe, no caput e parágrafo primeiro do art. 2º, que “a pesquisa de preços deve comportar, no mínimo, 3 fontes distintas”.

Dessa forma tem-se que, pelo exposto, a pesquisa mercadológica foi realizada em observância às normativas aplicáveis, o que demonstra a boa-fé e proficiência da empregada pública impelida desta função, contrapondo o argumento apresentado pelo MPCMG de que a cotação foi realizada apenas para “conferir aparência de legalidade ao certame”.

Análise

No presente tópico o Ministério Público junto ao Tribunal insurgiu-se contra dois pontos do acórdão, a saber: **i)** o fato de que à época em que foi formalizada a licitação em análise, o entendimento consolidado neste Tribunal era pela impossibilidade de terceirização de serviços médicos e pela obrigatoriedade de realização do concurso público para a admissão destes profissionais, conforme pareceres das Consultas nºs 657.277, 896.648 e 838.498; **ii)** equívoco na interpretação dos pareceres das Consultas nº 1.024.677, nº 1.040.717 e nº 1.095.479 que fundamentaram o acórdão recorrido.

A Unidade Técnica ao analisar a alegação recursal referente à ilicitude da terceirização dos serviços médicos, que representaria burla ao concurso público, considerou que os argumentos não merecem respaldo, conforme se extrai dos trechos do relatório técnico que transcrevo abaixo, peça 23 do SGAP:

Pois bem, reportando-se à decisão acerca da licitude da terceirização e burla ao concurso público, tem-se o seguinte fundamento, que se transcreve:

“Inicialmente, esclarece-se que a jurisprudência desta Corte ponderava que a terceirização seria instituto considerado estritamente sob o binômio “atividade-fim” e “atividade-meio”. Contudo, em razão das modificações substanciais na disciplina normativa em matéria de terceirização, notadamente com a recente edição das Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017, que deram amparo legal à transferência pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução; e em função da edição do Decreto n. 9.507/2018 pelo Executivo Federal, que trata da “execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”, este Tribunal, por ocasião da Consulta n. 1024677, admitiu a possibilidade de execução indireta das atividades da Administração direta, autárquica e fundacional, desde que não configurasse exercício de parcela do poder estatal.

A partir de tal alteração paradigmática, restou superada a ideia de que a terceirização se pautaria pelas noções de atividade-fim ou atividade-meio, ou mesmo de atividades “materiais acessórias, instrumentais ou complementares”, pois seria possível a sua utilização em todas as atividades, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, desde que não detenham natureza típica de Estado e que não reflitam o seu poder de império, para as quais segue prevalecendo a regra do concurso público, estabelecida no art. 37, II, da Constituição da República.”

Assim, o voto condutor da decisão recorrida, na sequência passa a citar as decisões desta Corte em que incorpora a alteração paradigmática do tema em que **“restou superada a ideia de que a terceirização se pautaria pelas noções de atividade-fim ou atividade-meio, ou mesmo de atividades “materiais acessórias, instrumentais ou complementares”, pois seria possível a sua utilização em todas as atividades, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, desde que não detenham natureza típica de Estado e que não reflitam o seu poder de império,** para as quais segue prevalecendo a regra do concurso público, estabelecida no art. 37, II, da Constituição da República. (destaquei)

Quanto à alegação do *Parquet* de que houve equívoco na interpretação das Consultas nº 1.024.677, nº 1.040.717 e nº 1.095.479, que fundamentaram o acórdão recorrido, a Unidade Técnica ressaltou que esse questionamento não merece prevalecer, pois, as mencionadas consultas se prestaram a corroborar um juízo de valor fundamentado nas Leis n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017, que disciplinam a matéria, nos seguintes termos:

Desse modo, não se pode afirmar que a decisão se fundamentou em consultas ou legislação não vigente à época dos fatos, no caso à data da realização do Pregão n. 7/2019, ora, foi desenvolvida uma técnica argumentativa, para demonstrar que em 2017, foram editadas as Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017, que deram amparo legal à transferência pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução, assim como o Decreto n. 9.507/2018. E a alteração legislativa arrastou entendimentos na jurisprudência, como as novas orientações expostas nas consultas citadas.

Ora, por óbvio as consultas são posteriores as Leis citadas, Leis anteriores à realização do pregão e o só fato de serem posteriores não implica em fundamentação equivocada, ou ausência de fundamentação contemporânea aos fatos, isso porque o Julgador ao fazer um juízo de valor acerca de determinada matéria que envolve um pretensão sob sua jurisdição, julga de acordo com o ordenamento jurídico, ou seja, Carta Magna, Leis, Decretos, atos

normativos *interna corporis*, jurisprudência, doutrina, enfim, o importante é que a decisão esteja amparada por norma, em sentido amplo, válida e vigente.

Releva notar que à época do procedimento licitatório que culminou nos contratos em debate já se encontrava em vigor as Leis n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017, que disciplinam a matéria acerca da terceirização. Desse modo, não pode prosperar o argumento do *Parquet* de que a fundamentação do voto condutor foi equivocada.

Ressalte-se, ainda, que em suas alegações recursais o Ministério Público relata que a contratação de serviços médicos terceirizados apresenta obstáculos ao controle sobre as horas efetivamente trabalhadas e aos serviços prestados, abrindo espaço para ilicitudes como o pagamento em duplicidade por serviços que foram prestados em apenas um dos vínculos, e argumenta, ainda, que a iniciativa privada no Sistema Único de Saúde- SUS deve ser realizada apenas de forma complementar, o que não foi demonstrado nos autos.

Acerca dessa alegação a Unidade Técnica registrou que tais pontos não foram abordados pelo *Parquet* na inicial de representação de origem, às peças 2 e 10 do SGAP dos autos de origem, e, portanto, essas questões apresentadas em sede recursal “*extrapolam o objeto da representação, não podendo, de acordo com a técnica processual, serem abordadas nesta fase do processo, sob pena de ferir o devido processo legal. Assim não merecem respaldo os argumentos, nesta fase*”.

Isso posto, em consonância com as manifestações da Unidade Técnica, não merece prosperar as alegações recursais do *Parquet*, devendo ser mantido o acórdão recorrido neste ponto.

2 - Ausência de devida caracterização do objeto, de ampla pesquisa de mercado e da incompatibilidade do critério de julgamento adotado “menor taxa de administração”

Neste ponto o *Parquet* pretende alterar o acórdão recorrido para responsabilizar os agentes públicos com relação às seguintes irregularidades: (i) a ausência de devida caracterização do objeto, em violação ao disposto no art. 3º, II e III, da Lei nº 10.520/2002, e arts. 7º, §2º, II, e 40, §2º, II, da Lei nº 8.666/1993, e (ii) a incompatibilidade do critério de julgamento adotado “menor taxa de administração” com o tipo “menor preço”, em ofensa aos arts. 45, §§1º e 5º, da Lei nº 8.666/1993, e 4º, X, da Lei nº 10.520/2002.

Segundo o recorrente, embora a Primeira Câmara tenha concluído pela procedência dos apontamentos iniciais relativos à ausência de devida caracterização do objeto e incompatibilidade do critério de menor taxa de administração, considerou os referidos apontamentos como uma única irregularidade e aplicou multa apenas à Sra. Viviam Taborda, subscritora do edital.

O recorrente alega que essas irregularidades são complementares e que outros agentes públicos contribuíram diretamente para os resultados ilícitos alcançados.

Argumenta que são responsáveis todos os agentes que atuaram de forma negligente e imperita na identificação e na consolidação da demanda, na fase de planejamento da contratação, quais sejam: Srs. Eustáquio da Abadia Amaral, Diretor Geral da ICISMEP e gestor da contratação; Ana Isabela Alves Resende, Diretora de Saúde e subscritora do Termo de Referência; Pedro Henrique de Abreu Paiva, agente do setor de Regulação e subscritor do Termo de Referência; e Vivian Taborda Alvim, subscritora do edital.

Afirma, ainda, que, além da deficiência na caracterização do objeto, os gestores da ICISMEP adotaram o critério de menor taxa de administração sem que existissem parâmetros e referências suficientes para a aferição do “menor preço”. Irregularidade que é complementar e representa violação ao disposto nos arts. 45, §§1º e 5º, da Lei nº 8.666/1993, e 4º, X, da Lei nº 10.520/2002, motivo pelo qual os mesmos devem ser responsabilizados por atuarem de forma negligente e

imperita na identificação e na consolidação da demanda, na fase de planejamento da contratação.

Nesses termos, o recorrente requer reforma do acórdão proferido na Representação nº 1084542 para que sejam reconhecidas as irregularidades com a responsabilização dos agentes indicados em sua exordial.

Alegações dos interessados

Quanto a este ponto, os interessados Eustáquio da Abadia Amaral, Ana Isabela Alves Resende, Pedro Henrique de Abreu Paiva e Viviam Taborda Alvim, à peça 21 do SGAP, alegam que a “superficialidade na descrição do objeto do certame” não procede, eis que o objeto foi devidamente definido, a saber: *“contratação de pessoa jurídica para prestação de serviços médicos especializados, agregada à gestão de escalas e atividades médicas assistenciais”, assim, como não procede a alegação de que não há “informações claras e precisas sobre quais serviços estariam efetivamente abarcados nos contratos específicos dos municípios e a ICISMEP”, devendo ser considerado o conjunto de instrumentos que regulam e se complementam nesse tipo de contratação, especialmente a Tabela de Serviços, que dá sustentação à delimitação de cada objeto, assim como as especificações detalhadas no mesmo.*

Informam que a referida tabela é pública e é divulgada no sítio da instituição e destacam que o Termo de Referência traz todas as especificações necessárias, portanto, os responsáveis não incorreram em condutas vedadas por Lei.

Quanto ao fato de a formalização do orçamento ter sido realizada antes da pesquisa de mercado argumentam que *“com relação ao valor ESTIMADO da contratação há de se ressaltar a condição sui generis dos consórcios públicos no bojo da Administração Pública. Ocorre que, enquanto um município, ou mesmo o Estado ou a União conseguem trabalhar com uma projeção bastante sólida de demanda e crescimento projetado, com os consórcios tal nem sempre é possível, visto a hipótese de novos consorciamentos ou mesmo de retiradas de entes consorciados, o que pode trazer mudanças extremamente significativas com abruptas oscilações das demandas projetadas”. E afirmam que “à época da construção do edital seria impossível informar precisamente os serviços que seriam executados através do contrato oriundo do Processo Licitatório nº 11/2019”.*

Para corroborar seus argumentos apresentam quadro com estimativa de gastos médios por município consorciado a explanação acerca da estimativa apurada e afirmam que *“os aspectos que envolvem a gestão associada justificam a adoção desta metodologia e descaracterizam o ‘cenário de imprecisão e subjetividade’ afirmado pelo MPCMG, ao contrário, da leitura do ato convocatório depreende-se que as métricas são precisas, objetivas, e a cada município é entregue a demanda conforme suas necessidades. Tal não deve ser entendido como uma falha, mas sim como uma sistemática que permite, de fato, o entendimento, conforme solicitação. Não se trata de uma demanda fixa com gastos fixos, mas sim demandas voláteis, variáveis conforme a necessidade da ICISMEP e dos municípios a ela consorciados”.*

No que tange à pesquisa de mercado, afirmam que a mesma *“intencionou apurar a média da taxa praticada pelas empresas, e não dos profissionais médicos envolvidos, visto que a contratação em apreço foi processada pelo critério de julgamento MENOR PREÇO, consubstanciado na MENOR taxa ofertada sobre os valores constantes na Tabela de Serviços Médicos, parte integrante do Edital (Anexo II)”.*

Ressaltam que foi realizada pesquisa de mercado com 05 fornecedores diretos, sendo que, destes, 3 ofereceram orçamentos, além de efetuadas buscas nos painéis de compras Banco de Preços e Comprasnet e ressaltam, ainda, que se extrai do processo licitatório a tentativa de

obtenção de um número maior de cotações, contudo, sem êxito, visto o demonstrado desinteresse de alguns prestadores (negativas).

Análise

Segundo a Unidade Técnica verifica-se do voto condutor do acórdão recorrido que a Primeira Câmara se posicionou acerca das referidas irregularidades complementares, nos seguintes termos:

Ante o exposto, julgo procedente o apontamento de irregularidade pelos fundamentos até aqui delineados, uma vez **que a falta de especificação adequada do objeto da licitação** comprometeu a avaliação de eventuais participantes para a apresentação de propostas, além de ser responsável **pela inadequação do critério de julgamento adotado, de “menor taxa de administração”**.

Dado que a irregularidade apontada violou o disposto no art. 3º, II e III, da Lei n. 10.520/2002, e comprometeu a apuração dos custos e interferiu na elaboração da apresentação de propostas pelas interessadas, bem como restringiu potencialmente a competitividade do certame – que, aliás, contou com apenas três participantes, justamente as mesmas que participaram da cotação de preço e possuem um histórico de contratos firmados com o Icismep –, entendo caracterizado neste caso o erro grosseiro, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb, apto a ensejar a aplicação de multa individual à Sra. Vivian Taborda Alvim, subscritora do Termo de Referência e do edital (peça n. 5, pág. 366/441).

Deixo de apenar os responsáveis pela pesquisa de preços, pois vejo que foi apresentada, à peça n. 5, págs. 298/306, a cotação realizada junto à 3 (três) sociedades empresárias, bem como a ofícios dirigidos a outras duas empresas (pág. 301 e 302 de mesma peça). Ainda, foram colacionados documentos (págs. 308/311) demonstrando as tentativas de cotação junto a banco de preços informatizados (banco de preços e *comprasnet*), tudo conforme os termos da Resolução Interna do Icismep n. 15/2016.

Recomendo ainda ao atual Diretor Geral da Icismep que, em futuras contratações na modalidade pregão, abstenha-se de utilizar o critério de julgamento da “menor taxa de administração” sem o estabelecimento de parâmetros para os preços dos produtos e serviços licitados, em afronta à vantajosidade da contratação e a apuração do melhor preço, nos termos do disposto nos arts. 3º, *caput*, e 45, §1º, I, da Lei n. 8.666/1993.

Por fim, tendo em vista o teor das irregularidades até aqui elencadas e reconhecidas, considero oportuno, em conformidade com o requerimento do Ministério Público de Contas, determinar que a Icismep se abstenha de celebrar prorrogação do Contrato n. 8/2019, decorrente do Processo Licitatório n. 11/2019 – Pregão Presencial n. 7/2019, caso ainda esteja em vigor.

Assim, conforme se infere do trecho do acórdão, acima referenciado, a Primeira Câmara abordou a responsabilidade dos demais agentes envolvidos na fase interna da licitação, reconheceu a irregularidade apontada pelo MPC-MG e julgou-a procedente; contudo, deixou de apenar os demais responsáveis pela pesquisa de preços de forma fundamentada, uma vez que foi feita “a cotação realizada junto à 3 (três) sociedades empresárias, bem como a ofícios dirigidos a outras duas empresas”, bem como foi demonstrado que foram realizadas “tentativas de cotação junto a banco de preços informatizados”.

Assim, a Unidade Técnica conclui o seguinte quanto a este ponto do recurso:

Portanto, o inconformismo do MPC deveria ser direcionado a ausência de penalidade e não para que sejam reconhecidas as irregularidades complementares, pois estas foram enfrentadas no Acórdão, julgadas procedentes, mas foi decidido que a falta de especificação adequada do objeto da licitação comprometeu a avaliação de eventuais participantes para a apresentação de propostas e a responsabilização recaiu sobre a Sra. Vivian Taborda Alvim, subscritora do Termo de Referência e do edital.

Assim, entende-se que não procede o inconformismo do recorrente.

Nas contrarrazões, os recorridos buscam demonstrar que houve a devida especificação do objeto e que foi realizada ampla pesquisa de mercado; contudo, estes aspectos questionados não possuem o condão de reformar a decisão recorrida, que reconheceu as irregularidades, eis que a via própria seria a interposição do recurso ordinário pela parte sucumbente na decisão.

Desse modo, os requerimentos formulados pelos recorridos, no sentido de ser excluída a multa aplicada a Sra. Vivian Taborda Alvim e Sra. Vivian Taborda Alvim e manutenção de desconstituição de qualquer irregularidade relacionada ao processo licitatório, em si, e também à modelagem adotada pelo ICISMEP, a qual, pelo relatório colacionado à presente, demonstra aspectos concretos de vantajosidade e conformidade com a ampla jurisprudência já formada acerca da terceirização, devem ser indeferidos, eis que a via própria se faz mediante a tempestiva interposição de recurso ordinário.

O Ministério Público junto ao Tribunal manifestou-se quanto requerimento dos interessados para se proceda a alteração do acórdão, excluindo-se a multa imposta à Sra. Vivian Taborda Alvim, da seguinte forma:

Esclarece-se que o art. 167-A, §5º, do RITCEMG2 não autoriza a interposição de recurso ordinário intempestivo, tampouco a substituição do apelo pelas contrarrazões. O regramento permite que o colegiado competente revise pontos da decisão que não foram objeto de impugnação, em homenagem ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Neste sentido, considerando o decurso do prazo para o oferecimento de recurso ordinário, considerando o efeito devolutivo dos recursos, considerando que os autos nº 1.153.889 tratam sobre as irregularidades não reconhecidas e sobre as sanções que deixaram de ser aplicadas pelo TCE-MG, o MPC-MG OPINA para que os argumentos e pedidos apresentados pelos responsáveis sobre a desconstituição de irregularidade e a exclusão da multa arbitrada sejam desconsiderados na análise do presente recurso ordinário.

Neste sentido, considerando o decurso do prazo para o oferecimento de recurso ordinário, considerando o efeito devolutivo dos recursos, considerando que os autos nº 1.153.889 tratam sobre as irregularidades não reconhecidas e sobre as sanções que deixaram de ser aplicadas pelo TCE-MG, o MPC-MG **OPINA** para que os argumentos e pedidos apresentados pelos responsáveis sobre a desconstituição de irregularidade e a exclusão da multa arbitrada sejam desconsiderados na análise do presente recurso ordinário.

Ressalte-se que a manifestação apresentada, à peça 21 do SGAP, denominada pelos interessados de “contrarrazões” foi encaminhada em atenção à intimação deste relator, à peça 5 do SGAP, em cumprimento ao disposto no parágrafo único do art. 325 do Regimento Interno deste Tribunal, que estabelece que sempre que o recorrente for o Ministério Público junto ao Tribunal, o Relator, antes de prolatar sua decisão, determinará, preliminarmente, a intimação dos responsáveis ou interessados para, caso queiram, manifestarem-se no prazo de até 15 (quinze) dias.

² Art. 167-A. A intimação do Ministério Público junto ao Tribunal relativa às decisões proferidas pelo Pleno e pelas Câmaras dar-se-á com a publicação, no Diário Oficial de Contas, do parecer prévio, nos termos do art. 207 deste Regimento, e do acórdão, quando atuar como fiscal da lei, e mediante intimação pessoal, com o envio dos autos pela Secretaria, quando atuar como parte no processo.

§ 5º A interposição de recurso pelo Ministério Público junto ao Tribunal ou pelo interessado devolve toda a matéria do processo à apreciação do colegiado competente, vedada a possibilidade de, havendo apenas recurso do interessado, a reforma da decisão implicar prejuízo ao recorrente. (Incluído pelo art. 3º da Resolução nº 07/2009, de 01/07/2009)

Desse modo, quanto a esse ponto específico, merece acolhida o pedido do *Parquet* para que sejam **desconsiderados** os pedidos formulados pelos interessados para alteração do acórdão recorrido e exclusão da multa aplicada a Sra. Vivian Taborda Alvim, além de desconstituição das irregularidades reconhecidas no acórdão recorrido, uma vez que esses pedidos possuem conteúdo recursal que não podem ser acolhidos neste momento processual.

Isso posto, com relação ao requerimento do *Parquet* para que outros agentes públicos fossem apenados por terem contribuído diretamente para os resultados ilícitos alcançados, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, não vislumbro razão para acolher as alegações do recurso, mantendo-se o acórdão recorrido neste ponto.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, **nego provimento** ao recurso, mantendo-se na íntegra o acórdão proferido nos autos da Representação n. 1084542.

Cumpridas as disposições regimentais, arquivem-se os autos, com fundamento no art. 258, I, do Regimento Interno deste Tribunal (Resolução n. 24/2023).

gn/bm

