

Processos: 1098500, 1098547 e 1101528

Natureza: RECURSOS ORDINÁRIOS

Recorrentes: Rede de Cuidados de Saúde – RCS Eireli, Eduarda Frederico Duarte Arantes - OAB/MG 169.943, André Henrique Nadais Porto e João Luiz Teixeira

Entidade: Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba – ICISMEP

Processo referente: Denúncia n. 969142

Procuradores: Carolina Morais Gonçalves de Alencar, OAB/MG 167.340; Jackeline Gabrielle Dias Teixeira, OAB/MG 134.819; Jair Eduardo Santana, OAB/MG 132.821; Juliana de Moura Pereira, OAB/MG 168.200; Thays Pires Alves, OAB/MG 191.023; Alcione de Fátima Gonçalves Silva, OAB/MG 139.105; Alice Coutinho Chaves, OAB/MG 136.139; Luana de Almeida Botelho dos Santos Amaral, OAB/MG 90.588

MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães

RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

TRIBUNAL PLENO – 28/9/2022

RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. SERVIÇOS MÉDICOS. TERCEIRIZAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. SERVIÇOS COMUNS. RECURSO PROVIDO.

1. Consoante entendimento fixado na Consulta nº 1.024.677, 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.
2. É possível a licitação mediante pregão para bens e serviços comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos de maneira objetiva no edital.

ACÓRDÃO

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

- I) conhecer, preliminarmente, dos recursos ordinários interpostos;
- II) dar provimento aos recursos ordinários, no mérito, para reformar a decisão prolatada pela Primeira Câmara, na sessão de 03/11/20, nos autos da Denúncia nº 969.142, afastando-se a aplicação das multas individuais no valor de R\$3.000,00 (três mil reais) impostas à Senhora Eduarda Frederico Duarte Arantes, ao Senhor André Henrique Nadais Porto e ao Senhor João Luiz Teixeira, respectivamente, pregoeira, superintendente e secretário executivo da ICISMEP;
- III) determinar a intimação dos recorrentes acerca do teor desta decisão;

IV) determinar, promovidas as medidas cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, na preliminar, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Substituto Telmo Passareli, o Conselheiro Durval Ângelo, o Conselheiro Wanderley Ávila e o Conselheiro Sebastião Helvecio e, no mérito, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Substituto Licurgo Mourão, o Conselheiro Durval Ângelo, o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro e o Conselheiro Wanderley Ávila.

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

Plenário Governador Milton Campos, 28 de setembro de 2022.

MAURI TORRES

Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO

Relator

(assinado digitalmente)



NOTAS TAQUIGRÁFICAS

TRIBUNAL PLENO – 27/10/2021

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de recursos ordinários interpostos pela empresa Rede de Cuidados de Saúde – RCS Eireli, na condição de terceira interessada (Recurso Ordinário nº 1.098.500), e, como responsáveis, pela Senhora Eduarda Frederico Duarte Arantes e pelo Senhor André Henrique Nadais Porto, respectivamente, pregoeira e superintendente administrativo da Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba (ICISMEP) (Recurso Ordinário nº 1.098.547), bem como pelo Senhor João Luiz Teixeira, secretário executivo da ICISMEP (Recurso Ordinário nº 1.101.528), em face da decisão proferida em 03/11/20, pela Primeira Câmara, nos autos da Denúncia nº 969.142, que aplicou aos três últimos multa individual no valor de R\$3.000,00 (três mil reais), em razão da realização de pregão presencial para registro de preços visando à contratação de serviços médicos não enquadrados como “serviços comuns”.

A súmula do acórdão foi divulgada no Diário Oficial de Contas (DOC) no dia 19/11/20, consoante peça nº 24 do Processo nº 969.142, e os recursos nºs 1.098.500, 1.098.547 e 1.101.528 protocolizadas, respectivamente, em 19/02/21, 23/02/21 e 03/03/21.

Os recorrentes apresentaram suas razões defendendo, em síntese, a legalidade de terceirização de serviços médicos e a regularidade da contratação por meio de pregão.

Os autos foram remetidos à 3ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal, que se manifestou pela e intempestividade dos Recursos Ordinários nºs 1.098.547 e 1.101.528 e pela tempestividade do Recurso Ordinário nº 1.098.500, e, no mérito, pela rejeição das razões recursais.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPC), por sua vez, opinou pelo conhecimento e não provimento dos Recursos Ordinários nºs 1.098.500 e 1.101.528 e pelo conhecimento e provimento do Recurso Ordinário nº 1.098.547, por entender que o acórdão recorrido não efetuou a imputação de condutas de forma adequada aos recorrentes e porque não há elementos probatórios no processo que atraiam a responsabilidade sobre as irregularidades apuradas e reconhecidas.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Admissibilidade

A Unidade Técnica manifestou-se pela intempestividade dos Recursos Ordinários nºs 1.098.547 e 1.101.528 e pela tempestividade do Recurso Ordinário nº 1.098.500.

O MPC, por sua vez, considerou que todos os recursos são tempestivos.

Analisando-se os autos, verifica-se que o prazo recursal se iniciou em 21/01/21 e que os Recursos Ordinários nºs 1.098.500, 1.101.528 e 1.098.547 foram protocolizados, respectivamente, em 19/02/21, 23/02/21 e 03/03/21. Tendo em vista que, segundo precedentes

deste Tribunal¹, os prazos recursais se contam em dias úteis, os recursos se mostram tempestivos, nos termos do art. 101 e 103 da Lei Complementar nº 102/08.

Em relação à legitimidade e interesse recursal da Rede de Cuidados de Saúde – RCS Eireli, constata-se que esta já havia sido admitida como terceira interessada na Denúncia nº 969.142 (peça 17, fl. 560). Por essa razão, subsiste o seu interesse nesta fase recursal.

Assim, considerando que os recorrentes possuem legitimidade e interesse recursal, que os recursos são próprios e tempestivos e que foram observadas as disposições legais e regimentais, conheço dos recursos ordinários.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Admito.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

Conheço.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Conheço.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Admito.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

FICA APROVADA A PRELIMINAR DE ADMISSIBILIDADE.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Mérito

Conforme relatado, a Primeira Câmara, em 03/11/20, nos autos da Denúncia nº 969.142, aplicou multa individual no valor de R\$3.000,00 (três mil reais) à Senhora Eduarda Frederico Duarte Arantes, ao Senhor André Henrique Nadais Porto e ao Senhor João Luiz Teixeira, respectivamente, pregoeira, superintendente e secretário executivo da ICISMEP, em razão da realização de pregão presencial para registro de preços visando à contratação de serviços médicos não enquadrados como “serviços comuns”, nos seguintes termos:

¹ Agravo nº 977.550. Conselheiro José Alves Viana. Tribunal Pleno. Sessão do dia 06/12/17.

Recurso Ordinário nº 977.550. Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Tribunal Pleno. Sessão do dia 12/02/20.

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.

[...]

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

[...]

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.

[...]

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.

[...]

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.

[...]

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. 10.520/2002, eis que se caracterizam como serviços técnicos especializados e contínuos, na definição do artigo 13 da Lei n. 8.666/93.

[...]

III – CONCLUSÃO

[...]

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.

Em suas razões, a recorrente Rede de Cuidados de Saúde – RCS Eireli sustenta, em suma, que os serviços por ela gerenciados são, de fato, serviços comuns e rotineiros, e que, portanto, mostrou-se adequado o uso do pregão. Aduz que seus serviços não se confundem com contratação simples de médicos, mas de gestão de serviços na área de saúde, com baixa complexidade técnica. Afirmar também que não ocorre a terceirização integral da atividade finalística do ICISMEP e que, 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 outras ações que complementam a assistência à saúde dos Municípios consorciados. Ao final, requereu que a escolha do pregão seja considerada regular.

Por sua vez, os recorrentes Senhora Eduarda Frederico Duarte Arantes e Senhor André Henrique Nadais Porto alegaram, em resumo, que o Tribunal de Contas equivocou-se em atribuir à pregoeira e ao seu supervisor a responsabilidade pela adoção da modalidade de contratação utilizada, pois, não sendo agentes públicos de gestão e direcionamento, não foram os responsáveis pela escolha da modalidade, agindo somente como executores do procedimento estabelecido pela autoridade competente, faltando-lhes, inclusive, conhecimento técnico para sugerir que a contratação de médicos se desse por meio de concurso público, motivos pelos quais deveria ser afastada a multa aplicada, sob pena de serem responsabilizados por atos de terceiros, ou, ao menos, sua redução para R\$1.000,00 (mil reais), considerando o grau de instrução e qualificação funcional, a não reincidência e a ausência de má-fé.

Por fim, o recorrente Senhor João Luiz Teixeira, em suas razões, alega que a modalidade licitatória do pregão nada especifica acerca de simplicidade ou complexidade do objeto, exigindo apenas a necessidade de se encontrar no mercado correspondências padronizadas, e que, à época da deflagração do pregão, este Tribunal de Contas não tinha entendimento consolidado quanto à impossibilidade de contratação de serviços médicos por meio dessa modalidade. Por fim, argumentou a ausência de dano, dolo ou erro grosseiro. Pediu, ao final, o afastamento da multa.

Inicialmente, colaciono abaixo o disposto no ato constitutivo da ICISMEP sobre sua natureza jurídica e finalidade:

Art. 1º A Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba, podendo ser denominada simplesmente ICISMEP, constituída pelos Municípios de Betim, Bom Despacho, Bonfim, Brumadinho, Carmópolis de Minas, Cláudio, Conceição do Pará, Contagem, Crucilândia, Esmeraldas, Estrela do Indaiá, Formiga, Florestal, Ibitiré, Igarapé, Igaratinga, Itabirito, Itaguara, Itatiaiuçu, Itaúna, Juatuba, Lagoa da Prata, Leandro Ferreira, Mário Campos, Martinho Campos, Mateus Leme, Nova Serrana, Onça do Pitangui, Ouro Branco, Ouro Preto, Papagaios, Pará de Minas, Pequi, Perdígão, Piedade dos Gerais, Piracema, Pitangui, Rio Manso, São Gonçalo do Pará, São Joaquim de Bicas, São José da Varginha, São Sebastião do Oeste e Sarzedo, é uma Associação Pública, com personalidade jurídica de Direito Público, de natureza autárquica e integrante da administração indireta de todos os entes consorciados, regendo-se pelas normas das legislações pertinentes, especialmente pela Lei Federal nº 11.107/05, pelo seu Decreto Regulamentador, por este Contrato de Consórcio Público, pelos seus Estatutos, assim como pelos demais dispositivos e princípios de direito público aplicáveis, com prazo de duração indeterminado.

[...]

Art. 3º. A ICISMEP tem como finalidade precípua funcionar como instrumento de consolidação da cooperação interfederativa, atuando no desenvolvimento, regulação, execução ou gerenciamento de planos, projetos, atividades e serviços públicos pelos e para os municípios consorciados.

§ 1º. No âmbito da Saúde, a ICISMEP integra o conjunto de ações e serviços que constitui o Sistema Único de Saúde - SUS, atuando, além do previsto no caput, no contexto da regionalização, da programação pactuada e integrada, da otimização dos recursos e da priorização de utilização dos mesmos de acordo com a estratificação de riscos e as necessidades locais, buscando possibilitar, por meio da cooperação interfederativa:

I - a instalação, implementação, oferta, gerenciamento e/ou execução de políticas ou serviços públicos de saúde no municípios e na região;

II - a supressão das demandas represadas, bem com insuficiência ou ausência de oferta de serviços e/ou ações de saúde nos entes federados consorciados, caracterizados como vazios assistenciais, de acordo com o perfil sócio demográfico, epidemiológico regional.

§ 2º. As ações e serviços de saúde serão executados em consonância com as normatizações estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde - SUS, bem como as diretrizes básicas previstas na Lei Federal nº 8.080/1990, regulamentada pelo Decreto Federal nº 7.508/2011, Lei Federal nº 8.142/1990, outras normas infraconstitucionais aplicáveis e nos artigos 196, 197, 198 e 200 da Constituição da República.²

Feitas tais observações, passo a analisar a natureza dos serviços contratados. Verificando-se o edital, é possível observar à fl. 103 (peça nº 16) que o pregão era composto de 3 (três) lotes:

LOTE 01

Serviços Médicos Executados nas Unidades de Saúde do Município de Itaúna

Serviços Médicos de Urgência e Emergência / Pronto Socorro Municipal de Itaúna - CNES 7326610			
Descrição	Tipo de Plantão	Parâmetro	Valor
SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO PARA ATENDIMENTO EM URGÊNCIA/EMERGÊNCIA NAS CLASSIFICAÇÕES DO PROTOCOLO DE MANCHESTER VERDE E AZUL	Dias úteis diurno	12 horas	R\$ 950,00
	Dias úteis noturno	12 horas	R\$ 1.000,00
	Final de Semana diurno	12 horas	R\$ 1.050,00
	Final de Semana noturno	12 horas	R\$ 1.150,00
SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO PARA ATENDIMENTO EM URGÊNCIA/EMERGÊNCIA	Dias úteis diurno	12 horas	R\$ 950,00
	Dias úteis noturno	12 horas	R\$ 1.000,00
	Final de Semana diurno	12 horas	R\$ 1.050,00
	Final de Semana noturno	12 horas	R\$ 1.150,00
SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO CONSULTOR	Não se aplica	Valor da hora	R\$ 143,55
SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO - COORDENADOR CLÍNICO	Não se aplica	Mensal	R\$ 2.850,00

² Disponível em: <https://ai-cismep.publicacao.siplanweb.com.br/contas-publicas/visualizar/1369/15a_alteracao_de_contrato_de_consorticio.pdf>.

SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO - RESPONSÁVEL TÉCNICO	Não se aplica	Mensal	R\$ 14.249,99
Serviços Médicos Executados nas Demais Unidades de Saúde do Município			
SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO PARA ATENDIMENTO DE URGÊNCIA/EMERGÊNCIA EM UNIDADES DE ATENÇÃO BÁSICA	Dias úteis diurno	12 horas	R\$ 950,00
	Dias úteis noturno	12 horas	R\$ 1.000,00
	Final de Semana diurno	12 horas	R\$ 1.050,00
	Final de Semana noturno	12 horas	R\$ 1.150,00
SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO	Não se aplica	Valor da hora	R\$ 93,75
SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO EM PEDIATRIA	Não se aplica	Valor da hora	R\$ 87,50

LOTE 02

Serviços Médicos Executados nas Unidades de Saúde do Município de Betim

Serviços Médicos Executados nas Unidades de Saúde do Município			
Descrição	Tipo de Plantão	Parâmetro	Valor
SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO PLANTONISTA PARA ATENDIMENTO EM UNIDADES DE URGÊNCIA/EMERGÊNCIA	Dias úteis	12 horas	R\$ 800,00
	Final de Semana/Feriado	12 horas	R\$ 1.000,00
SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO PLANTONISTA PARA ATENDIMENTO EM UNIDADES DE URGÊNCIA/EMERGÊNCIA – PEDIATRIA.	Dias úteis	12 horas	R\$ 800,00
	Final de Semana	12 horas	R\$ 1.500,00
SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO PLANTONISTA PARA ATENDIMENTO EM UNIDADES HOSPITALARES.	Dias úteis	12 horas	R\$ 1.000,00
	Final de Semana/Feriado	12 horas	R\$ 1.100,00
SERVIÇOS/ATIVIDADES	Dias úteis	12 horas	R\$ 1.000,00

REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO PLANTONISTA PARA ATENDIMENTO EM UNIDADES HOSPITALARES - PEDIATRIA.	Final de Semana/Feriado	12 horas	R\$ 1.300,00
SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO ESPECIALISTA (POR HORA TRABALHADA)	Não se aplica	Valor da hora	R\$ 67,00

LOTE 03

Serviços Médicos Executados nas Unidades de Saúde do Município de Contagem e Ibirité

Serviços Médicos Executados nas Unidades de Saúde do Município			
Descrição	Tipo de Plantão	Parâmetro	Valor
SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO PLANTONISTA PARA ATENDIMENTO EM UNIDADES DE URGÊNCIA/EMERGÊNCIA.	Dias úteis	12 horas	R\$ 800,00
	Final de Semana/Feriado	12 horas	R\$ 1.000,00
SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO PLANTONISTA PARA ATENDIMENTO EM UNIDADES DE URGÊNCIA/EMERGÊNCIA – PEDIATRIA.	Dias úteis	12 horas	R\$ 800,00
	Final de Semana/Feriado	12 horas	R\$ 1.500,00
SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO PLANTONISTA PARA ATENDIMENTO EM UNIDADES HOSPITALARES.	Dias úteis	12 horas	R\$ 1.000,00
	Final de Semana/Feriado	12 horas	R\$ 1.100,00
SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO PLANTONISTA PARA ATENDIMENTO EM UNIDADES HOSPITALARES - PEDIATRIA.	Dias úteis	12 horas	R\$ 1.000,00
	Final de Semana/Feriado	12 horas	R\$ 1.300,00
SERVIÇOS/ATIVIDADES REALIZADAS POR PROFISSIONAL MÉDICO PLANTONISTA HORIZONTAL (30 horas - 6 horas por dia - 5 dias por semana)	Não se aplica	30 horas	R\$ 2.368,00

Conforme visto acima, o edital previa a contratação de serviços a serem realizados por médico para atendimento em urgência/emergência, médico pediatra plantonista, médico consultor, médico coordenador, médico responsável técnico, dentre outros. A maior parte destes serviços era composta de plantões de 12 horas, e deviam ser prestados nas unidades de saúde dos Municípios de Itaúna (lote 1), Betim (lote 2), Contagem e Ibirité (lote 3).

No presente caso, devem ser avaliadas duas questões fundamentais, a saber: a suposta ilegalidade de terceirização e a utilização de pregão para contratação de serviços médicos.

Sobre o primeiro ponto, trago entendimento deste Tribunal de Contas exposto na Consulta nº 1.024.677, aprovado por unanimidade na sessão do Tribunal Pleno do dia 04/12/19:

A origem da terceirização na Administração Pública insere-se no contexto da desconcentração e descentralização das funções estatais, processo que teve início, no Brasil, com a reforma administrativa verificada no segundo quartel do século XX e que tem no Decreto-Lei nº 200/67 o seu marco normativo.

Com efeito, seu art. 10, caput e § 7º, preveem a ampla descentralização da execução das atividades da Administração Pública Federal, “para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”.

[...]

Nas décadas seguintes, o processo de descentralização se aprofundou, inclusive com os Planos Nacional de Desestatização e de Reforma do Aparelho Estatal, a fim de promover a reordenação estratégica do Estado, direcionando seu esforço para as atividades tipicamente estatais. Foi nesse panorama, no final do século XX, que implementou-se a reforma administrativa gerencial, norteadas pela ideologia neoliberal, por meio do Decreto nº 2.271/97, que, regulamentando o § 7º do art. 10 do Decreto-Lei nº 200/67, estabeleceu em seu art. 1º rol exemplificativo das atividades “materiais acessórias, instrumentais ou complementares” passíveis de terceirização, quais sejam, as de “conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações”.

Nesse contexto, a Justiça do Trabalho passou a produzir orientação jurisprudencial no sentido de considerar ilícita a terceirização da atividade-fim, bem como aquelas em que restassem configuradas a pessoalidade e a subordinação, condições suficientes para caracterizar a relação material de emprego entre o obreiro e o tomador de serviços, salvo quando o tomador fosse a Administração Pública, porque nesse caso haveria violação da regra constitucional do concurso público, prevista no art. 37, inciso II, da Constituição da República (CR/88), consoante a Súmula nº 331³ do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

³ Súmula nº 331/TST: I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso

Vale ressaltar, no entanto, que houve recente modificação na disciplina normativa quanto ao tema. Foram aprovadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo presidente da República a Lei nº 13.429/17 e a Lei nº 13.467/17, que modificaram substancialmente a sistemática até então disciplinada pela Lei nº 6.019/74.

[...]

Já a Lei nº 13.467/17 – que não consta expressamente na consulta, mas efetivamente nos interessa para adequada resposta ao consulente – alterou a mesma Lei nº 6.019/74 para definir a prestação de serviços a terceiros, conceituada como “a transferência feita 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” (art. 4º-A). Essa modalidade de terceirização independeria dos requisitos do trabalho temporário e abrangeria, inclusive, a atividade fim da contratante, que está definida na lei como “a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal” (art. 5º-A).

Depois da publicação de referidos diplomas legais e antes mesmo da plena entrada em vigor da Lei nº 13.467/17, o Pretório Excelso reconheceu a incompatibilidade da Súmula nº 331 do TST com a Constituição da República e fixou a tese da constitucionalidade da terceirização da própria atividade fim das empresas. Essas decisões foram proferidas no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 324 e do Recurso Extraordinário – RE nº 958252, cujos votos e acórdãos já foram inclusive parcialmente disponibilizados.

A aplicabilidade desse entendimento às relações trabalhistas envolvendo a Administração Pública não foi objeto de definição pelo STF naquela oportunidade. Nada obstante, na sequência desses julgamentos, e da aprovação das Leis nos 13.429/17 e 13.467/17, o Poder Executivo Federal editou o Decreto nº 9.507/18, para regulamentar o disposto no art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67 e disposições da Lei nº 8.666/93, revogando o Decreto nº 2.271/97.

Nos termos desse novo diploma regulamentar, 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”, a terceirização não mais se pauta pelas noções de atividade-fim ou atividade-meio, ou mesmo de atividades “materiais acessórias, instrumentais ou complementares”.

O escopo de possibilidade da terceirização é definido de forma residual, sendo esta vedada em determinadas e distintas situações, conforme se trate de aplicá-la no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, ou de aplicá-la no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Tal distinção se justifica na medida em que, caso o Estado, ao qual é facultado a exploração direta de atividade econômica “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, decida por fazê-lo através da criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, ele deve submeter-se aos ditames do mercado e de sua concorrência e, portanto, salvo expressas exceções, às regulações próprias do direito privado.

evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Sem embargo, se, por um lado, a jurisprudência não hesita em afirmar a impossibilidade de extensão de privilégios e prerrogativas próprias do regime jurídico de direito público às empresas públicas e sociedades de economia mista; por outro, vale ressaltar que a leitura constitucional dessas normas não deve restringir-se à igualdade concorrencial no plano das vantagens, mas também considerar os naturais obstáculos mercadológicos próprios do nicho no qual essas entidades irão atuar. Noutro falar, criações de obstáculos artificiais ou jurídicos impróprios também devem ser levados em consideração na aplicação e interpretação das normas constitucionais. Contrariam, por óbvio, essa teleologia sistêmico-normativa quaisquer interpretações literais ou isoladas de dispositivos constitucionais que pretendam impor às empresas estatais ônus jurídicos ou formalismos excessivos, que possam ser desestabilizadores da concorrência ou mesmo impeditivos à atuação da empresa estatal no mercado.

Deveras, extrai-se do subsistema normativo constitucional que os entes criados ou utilizados pela Administração Pública para explorar atividade econômica no mercado concorrencial devem igualar-se às entidades privadas não só em relação às restrições jurídicas, mas também quanto às necessárias flexibilidades competitivas, sobretudo quando a equiparação for essencial à consecução de seu objeto social e, em última análise, ao atingimento da finalidade pública que justificou sua criação. Ou seja, o regime jurídico híbrido ao qual elas estão vinculadas deve comportar a necessária compatibilização de regras públicas, que eventualmente possam ser restritivas à concorrência, com interpretações mais flexíveis das regras privadas, na medida em que isso for fundamental à própria condição concorrencial ou, noutras palavras, à sua sobrevivência no mercado.

Assim, dentro do novo cenário legal, que configura, aliás, desenvolvimento de um fenômeno de descentralização e desconcentração que vem de longa data, observa-se que, para a administração direta, autárquica e fundacional, é possível a terceirização de todas as atividades que não detenham natureza típica de Estado e que não reflitam o seu poder de império. Para essas, segue prevalecendo a regra do concurso público, estabelecida no art. 37, II, da Constituição da República.

Dentro dessas diretrizes, o art. 3º do Decreto nº 9.507/18 detalhou as atribuições incompatíveis com a execução indireta no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, quais sejam: I) que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; II) que sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; III) que estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; IV) que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Poderão, contudo, ser terceirizadas as atividades “auxiliares, instrumentais ou acessórias” referentes a tais serviços, ressalvados os referentes a serviços de fiscalização e poder de polícia e vedada a “transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado” (art. 3º, §§ 1º e 2º).⁴

Imprescindível ainda mencionar a Consulta nº 1.040.717, na qual se admitiu a prestação de serviços de saúde por meio de execução indireta.

Nos termos do Decreto nº 9.507/18, podem ser objeto de execução indireta atividades que (i) não envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento,

⁴ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 1.024.677. Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Tribunal Pleno. Sessão do dia 04/12/19.

coordenação, supervisão e controle; (ii) não sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; (iii) não estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e (iv) não sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Sob essa ótica, não é a perenidade da atividade dentro da rotina administrativa que define a possibilidade, ou não, de terceirização, mas sua afinidade com o poder de império típico da Administração Pública, bem como o fato de as atividades não serem inerentes ao plano de cargos da entidade. Nesse sentido:

De todo modo, particularmente no que se refere à saúde, a qual, nos termos do art. 196 da Constituição da República⁵, “é direito de todos e dever do Estado”, não há como desconsiderar os preceitos inseridos nos arts. 197 e 199, § 1º, da Constituição da República⁶, dos quais extrai-se que, não obstante a execução dos serviços de saúde caiba ao Poder Público, esta poderá, em caráter de complementariedade, ser atribuída a pessoa física ou jurídica de direito privado.

Ademais, conforme salientado no exame técnico (fls. 12/17 da peça nº 4), não somente a Lei Maior, mas também a Lei nº 8.080/90⁷, que disciplina o SUS, em seu art. 24 e parágrafo único⁸, autoriza, quando as disponibilidades da entidade federativa forem insuficientes para garantir cobertura assistencial à população de uma determinada área, a participação de instituições privadas, de forma complementar, mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público e as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição da República e nos arts. 7º e 8º da já citada Lei nº 8.080/90.

[...]

Pelos mesmos motivos, à vista do mencionado entendimento fixado na Consulta nº 1.024.677, que não mais se baseia nos conceitos de atividades-fim e meio para aferição da legitimidade ou não de eventual terceirização executada pelo Poder Público, a repartição de competências (dentro do SUS) entre os entes da federação, a qual fora suscitada pelo recorrente em suas razões, não teria relevância in casu.⁹

⁵ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁶ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Art. 199. [...] § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

⁷ A Lei Federal nº 8.080/90 regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado (art. 1º).

⁸ Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

⁹ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 1.092.621. Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Tribunal Pleno. Sessão do dia 19/05/21.

Observa-se que a própria Lei nº 8.666/93 traz o conceito de execução indireta, de modo que, *a priori*, não existe impedimento legal à sua utilização:

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

c) (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;

e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

Embora os serviços contratados – médico para atendimento em urgência/emergência, médico pediatra plantonista, médico consultor, médico coordenador, médico responsável técnico – integrem a atividade finalística da Administração municipal quanto à promoção da saúde, as noções de atividade fim e meio já não são decisivas para a definição da possibilidade de execução indireta, como destacado na Consulta nº 1.024.677.

O que define a possibilidade, ou não, de execução indireta é justamente a caracterização da atividade típica de Estado, o que, a meu ver, não restou configurado para os serviços médicos aqui mencionados, que consistem em tarefas técnicas instrumentais, sem correlação com as hipóteses descritas no art. 3º do Decreto federal nº 9.507/18.

Veja-se que o TCU admite a contratação de entidade privada para disponibilização de profissionais de saúde, condicionando-a, todavia, a estudos que demonstrem a vantagem em relação à contratação dos profissionais pelo próprio ente público:

A celebração de ajustes com entidades privadas para disponibilização de profissionais de saúde deve ser precedida de estudos que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação dos profissionais pelo próprio ente público, contendo planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos ajustes, além de consulta ao respectivo Conselho de Saúde.¹⁰

Por essa razão, entendo ser legítima a opção pela prestação dos serviços médicos pela via da execução indireta, não sendo ilícita a referida execução indireta (“terceirização”).

Sobre a utilização de pregão para contratação de serviços médicos, trago entendimento proferido na Representação nº 1.084.653:

Acerca do cabimento da modalidade pregão, a Lei nº 10.520/02 dispõe que essa é a modalidade adequada para a aquisição de bens ou serviços comuns, assim entendidos “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (art. 1º, parágrafo único).

¹⁰ Tribunal de Contas da União. Acórdão 352/16. Relator: Benjamin Zymler. Plenário. Sessão do dia 24/02/16.

A ideia é que, para bens e serviços que estejam disponíveis no mercado com características padronizadas, seja priorizada a utilização do pregão, que, além de mais célere e menos burocrático, fomenta a redução de preço, na medida em que acrescenta às modalidades licitatórias tradicionais uma fase de lances, durante a qual os licitantes podem reduzir suas ofertas para alcançar a melhor proposta.

Dada a abstração do conceito legal de “bens e serviços comuns”, desde a edição da norma surgiram inúmeras discussões acerca do alcance dessa modalidade de licitação, sendo que, no estágio atual, encontra-se razoavelmente pacificado o entendimento segundo o qual devem ser categorizados como comuns, para fins de adoção do pregão, os bens e serviços que estejam disponíveis no mercado com certo nível de padronização ou homogeneidade, ainda que tenham natureza técnica, intelectual ou complexa. Nesse contexto, vem sendo reconhecida, sem relevante oposição, a regularidade da licitação mediante pregão de alguns serviços eminentemente técnicos, como os de engenharia, ou que tenham natureza intelectual, de alta complexidade, a exemplo de produtos de tecnologia da informação, quando demonstrado no caso concreto que os padrões de qualidade e desempenho podem ser objetivamente definidos no edital. A propósito, veja-se o enunciado da Súmula nº 257 do Tribunal de Contas da União (TCU), vigente desde 2010, segundo o qual “o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/02”.

[...]

Observa-se, portanto, que o fato de ser técnico ou de envolver complexidade não afasta, a priori, a compatibilidade do bem ou serviço com a licitação mediante pregão. Ao revés, a utilização do pregão é considerada obrigatória sempre que o objeto apresentar certo nível de homogeneidade no mercado, cujos padrões de qualidade e desempenho sejam equivalentes e objetivamente aferíveis, levando a disputa apenas para o quesito preço.

[...]

Com efeito, depreende-se das disposições editalícias que a necessidade da Administração estaria satisfeita com a prestação de serviços de um médico especialista em pneumologia, devidamente habilitado para consultar e tratar os pacientes da rede pública municipal, o que, a despeito do intrínseco conteúdo técnico e intelectual, não envolve qualquer heterogeneidade em relação aos serviços que seriam prestados por outros profissionais de mesma habilitação.

A meu ver, o objeto, neste caso, tem padrões de desempenho e qualidade que podem ser definidos de maneira objetiva no edital, como, de fato, o foram, tanto que a seleção da melhor proposta foi realizada pelo critério de preço.

Aqui, relevante pontuar, a exemplo do que fora aduzido na defesa, que é amplamente admitida a contratação de serviços médicos em geral, para atendimento clínico na rede pública, por meio de credenciamento. Essa posição foi fixada por esta Corte desde 2010, durante a deliberação da Consulta nº 811.980, cujo parecer foi assim ementado:

Consulta — Prefeitura Municipal — I. **Realização de sistema de credenciamento para prestação de consultas médicas. Possibilidade. Procedimento formal de inexigibilidade de licitação. Edital de credenciamento.** II. Remuneração dos serviços prestados pelos particulares credenciados. Fixação de valores acima do mínimo indicado pelo SUS. Possibilidade. Complementação com recursos do próprio Município. Observância dos limites de despesas estabelecidos nas leis orçamentárias locais. III. Atendimento no consultório do médico credenciado. Possibilidade. Inexistência de vínculo profissional com o ente

federativo. Marcação da consulta a cargo da Secretaria Municipal de Saúde. Escolha do credenciado pelo usuário.¹¹ (grifo nosso).

No mesmo sentido, é possível citar inúmeras manifestações de diferentes instituições, entre as quais destaco os Acórdãos nos 352/2015 e 2057/16 do TCU; o Parecer Técnico Jurídico nº 009/2018 do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; o Acórdão nº 549/11 do Tribunal de Contas do Estado do Pará; o Acórdão nº 00027/2017 do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás; o Prejulgado nº 0680 do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina; o Processo nº 10.983-5/2013 do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

[...]

A partir das noções conceituais trazidas acima, é forçoso concluir que somente terá lugar o credenciamento quando seja possível definir objetivamente o serviço a ser contratado, com especificações usuais de mercado e com padrões de desempenho e qualidade equivalentes. Caso contrário, não se poderia cogitar da contratação de todos os que preenchessem os requisitos, mediante o pagamento de honorários uniformes.

Consequentemente, o serviço que é passível de contratação mediante credenciamento há de ser encarado como comum, na acepção utilizada pelo art. 1º, caput e parágrafo único, da Lei nº 10.520/02, autorizando também a utilização da modalidade pregão, quando a competição seja viável.

Consoante demonstrado, os serviços médicos são talvez os mais recorrentemente contratados pela via do credenciamento na experiência administrativa, com irrestrita aceitação, inclusive desta Corte, o que implica dizer que “as diferenças pessoais do selecionado têm pouca relevância para o interesse público, dado os níveis técnicos da atividade, já bastante regulamentada ou de fácil verificação”. Ou seja, inexistente heterogeneidade no mercado que incompatibilize a descrição do serviço de forma objetiva no edital¹².

Tais ponderações reforçam a minha convicção de que os serviços de médico pneumologista para atendimento da rede pública municipal, da forma como especificados no Pregão Presencial nº 09/2020, caracterizam serviços comuns para fins de adoção dos preceitos da Lei nº 10.520/02, inclusive porque, em um contexto de pluralidade de interessados (o que não é o caso, como demonstrou a defesa), poderia a Administração até mesmo recorrer ao credenciamento para a contratação de todos que satisfizessem as condições editalícias, de acordo com o entendimento pacificado da jurisprudência.

Não me parece coerente admitir a contratação de serviços médicos por credenciamento e, ao mesmo tempo, negar que tenham padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos, por meio de especificações usuais no mercado, para fins de licitação por pregão.

¹¹ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 811.980. Tribunal Pleno. Rel. Cons. Antônio Carlos Andrada. Sessão de 05/05/10.

¹² Relevante anotar que o inciso XIV do art. 6º da Lei nº 14.133/21, que trata da nova Lei de Licitações, define “bens e serviços especiais” como aqueles que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não podem ser descritos na forma do inciso XIII do caput deste artigo, exigida justificativa prévia do contratante. O inciso XLI, por sua vez, define o pregão como modalidade obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns. Assim, a novel legislação reforça que, mais que uma faculdade, a adoção do pregão é uma obrigação sempre que seja possível descrever o objeto com especificações usuais de mercado, por meio de padrões de qualidade e desempenho.

Por todas essas razões, considero improcedente a representação também no que toca à modalidade licitatória utilizada.¹³

O credenciamento de médicos ou de instituições externas é bastante utilizado por diversos entes federativos e entidades da Administração Indireta. Cita-se o exemplo do próprio Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG, que realizada credenciamentos com base no permissivo do Decreto nº 42.897/02:

Art. 15 - A prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica, farmacêutica ou complementar poderá ser feita mediante credenciamento com outras entidades, tendo em vista as necessidades locais, a conveniência administrativa e a eficiência da execução.

Art. 19 - Observado o disposto no artigo anterior, o IPSEMG poderá adotar o sistema de credenciamento para atendimento por profissionais liberais, individualmente ou por intermédio de cooperativas, em consultórios, clínicas particulares ou hospitais.

Art. 21. Qualquer entidade ou profissional pode ser credenciado, desde que preencha os requisitos e as condições legais de habilitação e documentação e aqueles fixados no edital de credenciamento do qual estiver participando.

Tendo em vista ser admitida a prestação de serviços médicos via credenciamento – demonstrando que podem ser tidos como serviços comuns, de prestação padronizada –, pela mesma razão não há impedimento, conforme precedentes deste Tribunal, para a utilização de pregão para contratação de tais serviços, como se deu no presente caso.

Assim, entendo que não há ilegalidade quanto à terceirização e nem quanto à contratação via pregão, razão pela qual merecem provimento os recursos ordinários interpostos.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, dou provimento aos recursos ordinários para reformar a decisão prolatada pela Primeira Câmara, na sessão de 03/11/20, nos autos da Denúncia nº 969.142, afastando a aplicação das multas individuais no valor de R\$3.000,00 (três mil reais) impostas à Senhora Eduarda Frederico Duarte Arantes, ao Senhor André Henrique Nadais Porto e ao Senhor João Luiz Teixeira, respectivamente pregoeira, superintendente e secretário executivo da ICISMEP.

Intimem-se os recorrentes acerca do teor desta decisão.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA.

¹³ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 1.084.653. Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Segunda Câmara. Sessão do dia 29/04/21.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR MARCÍLIO BARENCO CORRÊA DE MELLO.)

RETORNO DE VISTA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

TRIBUNAL PLENO – 28/09/2022

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Ordinários interpostos pela empresa Rede de Cuidados de Saúde – RCS Eireli, na condição de terceira interessada (Recurso Ordinário n. 1.098.500); pela Senhora Eduarda Frederico Duarte Arantes (Pregoeira) e pelo Senhor André Henrique Nadais Porto (Superintendente Administrativo da Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba – ICISMEP, como responsáveis (Recurso Ordinário n. 1.098.547); bem como pelo Senhor João Luiz Teixeira (Secretário Executivo da ICISMEP) (Recurso Ordinário n. 1.101.528), em face da decisão proferida pela Primeira Câmara deste Tribunal, em Sessão do dia 3/11/20, nos autos da Denúncia n. 969.142, *in verbis*:

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.

A súmula do Acórdão foi publicada no Diário Oficial de Contas – DOC em 19/11/2020 e, inconformados, os recorrentes apresentaram recursos em petições protocolizadas em 19/2/21, 23/2/21 e 3/3/21, autuados, respectivamente, sob os ns. 1.098.500, 1.098.547 e 1.101.528.

Alegaram, em suma, a legalidade de terceirização de serviços médicos e a regularidade da contratação por meio de pregão.

Os autos foram remetidos à 3ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal – CFM, que opinou pela intempestividade e consequente não conhecimento dos Recursos Ordinários ns. 1.098.547 e 1.101.528; e, quanto ao Recurso Ordinário n. 1.098.500, pelo seu conhecimento e, no mérito, rejeição das razões recursais apresentadas.

Em sede de parecer, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas opinou pelo conhecimento e não provimento dos Recursos Ordinários ns. 1.098.500 e 1.101.528 e pelo conhecimento e provimento do Recurso Ordinário n. 1.098.547, por entender que o Acórdão recorrido não efetuou a imputação de condutas de forma adequada aos recorrentes e porque não haveriam elementos probatórios que atrairiam a responsabilidade sobre as irregularidades apuradas e reconhecidas.

Ato contínuo, os autos foram conduzidos à apreciação do Tribunal Pleno, em Sessão do dia 27/10/2021. Naquela assentada, o Relator votou pelo *“provimento aos Recursos Ordinários para reformar a decisão prolatada pela Primeira Câmara, na sessão de 03/11/20, nos autos da Denúncia n. 969.142, afastando a aplicação das multas individuais no valor de R\$3.000,00 (três mil reais) impostas à Senhora Eduarda Frederico Duarte Arantes, ao Senhor André Henrique Nadais Porto e ao Senhor João Luiz Teixeira, respectivamente pregoeira, superintendente e secretário executivo da ICISMEP”*.

Em seguida, pedi vista dos autos, objetivando aprofundar a análise acerca da matéria.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Em análise dos autos, constata-se que a essência da questão se encontra, em suma, na suposta ilegalidade de terceirização e na utilização de pregão para a contratação de serviços médicos.

O edital em tela designa a contratação de serviços a serem realizados por médico para atendimento em urgência/emergência, médico pediatra plantonista, médico consultor, médico coordenador, médico responsável técnico, dentre outros. A maior parte destes serviços é composta de plantões de 12 horas, e deve ser prestada nas unidades de saúde dos Municípios de Itaúna (lote 1), Betim (lote 2), Contagem e Ibirité (lote 3).

Nesse contexto, o relator trouxe à baila o entendimento fixado nas Consultas ns. 1.024.677 e 1.040.717, nas quais **se admitiu a prestação de serviços de saúde por meio de execução indireta**, frisando-se que:

É necessário acrescentar, porém, que este mesmo Tribunal Pleno alterou sua jurisprudência acerca da terceirização na Administração Pública por ocasião da deliberação da Consulta n. 1.024.677, de minha relatoria, quando se reconheceu que a matéria já não é mais pautada nas ideias de atividade-fim e atividade-meio, sendo que as normas da Lei n. 6.019/74, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.467/17, também se aplicam à administração direta, autárquica e fundacional, permitindo 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 n. 9.507/18¹⁴.

Acrescento que, **no cenário específico da prestação de serviços médicos**, segundo o *Manual de Orientações para a Contratação de Serviços de Saúde*¹⁵, editado pelo Ministério da Saúde, por meio do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas (DRAC) da Secretaria de Atenção à Saúde (SAS), instrumento voltado à “consulta prática e simples para as questões envolvendo o tema complementação de serviços de saúde, em especial as licitações e o instituto do credenciamento. Também são abordados outros ajustes celebrados entre esferas de governo e entre a Administração Pública e o terceiro setor”, **está evidenciado que o gestor de saúde poderá complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde quando as disponibilidades de oferta de serviços próprios forem insuficientes para garantir o atendimento à população, devendo ser respeitada a legislação aplicável às licitações e os limites de seu território no planejamento de ações garantidoras da suficiência da assistência.**

Dito isso, destaca o Manual, fazendo menção às palavras de Marlon Alberto Weichert¹⁶, que “[...] somente pode haver contratação de serviços privados quando forem insuficientes as estruturas do Poder Público. A simples menção a uma participação complementar permite concluir que a Constituição concedeu primazia à execução do serviço público de saúde por uma rede própria dos entes federativos. Atendimento público através de serviços privados deve consistir em exceção, tolerável apenas se e enquanto não disponibilizado diretamente pelo Poder Público”.

Nesse sentido, o Ministério da Saúde normatizou, em atenção à competência prevista no inciso XIV do art. 16 da Lei n. 8.080/1990¹⁷, a participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e de serviços de saúde e o credenciamento de prestadores de serviços de saúde no SUS, por meio da Portaria GM/MS n. 2.567/2016¹⁸, que estabelece:

Art. 5º A contratação complementar dos prestadores de serviços de saúde se dará nos termos da Lei nº 8.666, de 1993.

¹⁴ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta n. 1.040.717. Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Tribunal Pleno. Sessão do dia 17/6/2020.

¹⁵ Disponível em https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_orientacoes_contratacao_servicos_saude.pdf.

¹⁶ WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.199.

¹⁷ LEI n. 8.080/90. Art. 16. XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;

¹⁸ Atualmente, as normas oriundas da Portaria GM/MS n. 2.567/2016 estão consolidadas nos arts. 128 a 139 da Portaria de Consolidação MS/GM n. 1, de 28/9/2017

§ 1º Desde que justificado pelo gestor competente, será admitido o credenciamento formal das entidades privadas nas hipóteses em que houver necessidade de um maior número de prestadores para o mesmo objeto e a competição entre eles for inviável.

§ 2º No caso do § 1º, serão aplicadas as regras da inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, "caput", da Leiº 8.666, de 1993.

Não se pode olvidar que a própria Constituição Federal, ao autorizar que a iniciativa privada preste serviços de saúde no SUS, restringe à *“forma complementar”*. Significa dizer que a entidade privada deve apenas completar o aparato estatal *“quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área”*¹⁹, mediante parâmetros e limites claros, não sendo permitido abranger o serviço como um todo.

Ainda assim, ressalto que as ações e a execução da prestação das ações do Estado no âmbito do SUS (ainda que mediante a evidenciada necessidade de complementação junto à iniciativa privada) estão sujeitas, como serviços públicos que são, às regras dos artigos 37 e 175 da Constituição Federal, **no que se referem à necessidade de prévia licitação e ao recrutamento de pessoal mediante concurso público ou processo seletivo, conforme o caso.**

Para elucidar a questão, trago interessante estudo contido no Relatório de Auditoria “encampado” pelo voto do Ministro do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler, em Sessão do dia 24/2/16²⁰:

- ***Análise das Modalidades de Contratação de Profissionais de Saúde***

As auditorias realizadas no âmbito desta FOC apresentam um retrato caótico da contratação de profissionais de saúde pelos governos municipais. Foram identificados diversos instrumentos utilizados para suprir as unidades públicas de saúde de médicos, enfermeiros, psicólogos e outros profissionais de saúde, a maioria dos quais sem suporte legal que autorizasse sua utilização ou defina critérios necessários para o seu uso adequado.

Este Capítulo tem como objetivo analisar a legalidade dos ajustes celebrados pelo poder público para contratação de profissionais de saúde e verificar em que medida a legislação oferece alternativas viáveis para os obstáculos enfrentados pelo SUS para a contratação de médicos.

Primeiro, é apresentada a legislação, a doutrina e a jurisprudência relativas à contratação de médicos por instituições de saúde, com o objetivo de verificar que tipos de ajustes são possíveis de serem celebrados entre os estabelecimentos e os profissionais de saúde.

Depois, são descritos diversos ajustes celebrados pelo poder público para a contratação de profissionais de saúde, tanto aqueles analisados pelas auditorias nos estados quanto outros que já tenham sido objeto de fiscalizações do TCU, ou ainda identificados em outras fontes, como diários oficiais dos entes governamentais, notícias de meios de comunicação, etc.

Por fim, é avaliada a ausência de uma regulamentação que disponha sobre a terceirização de profissionais de saúde e quais são as atribuições do Ministério da Saúde no que se refere ao tema.

- ***Legislação, jurisprudência e doutrina acerca da terceirização de serviços médicos***

¹⁹ Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

²⁰ Tribunal de Contas da União. Acórdão 352/16. Relator: Benjamin Zymler. Plenário. Sessão do dia 24/02/16.

A terceirização, apesar de ser utilizada no Brasil a mais de meio século, ainda constitui uma anomia no país (PASTORE, 2008). A legislação trabalhista sobre o tema é escassa, prevendo poucas hipóteses de terceirização de serviços ou de produção de bens. Segundo Belmonte (2008), a lei prevê alguns casos de terceirização: vigilância bancária (Lei 7.102/1983), trabalho temporário (Lei 6.019/1974), subemprego (art. 455, CLT) e serviços de telecomunicação (Lei 9.472/1997, art. 94).

Em face das lacunas na legislação, a Justiça do Trabalho adota como parâmetro a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

O inciso III da Súmula trata da possibilidade de terceirização de serviços relacionados com a atividade-meio da instituição, tendo como condições a inexistência de pessoalidade e subordinação. Segundo Oliveira (2008), *“o TST, abriu espaço ao intérprete para definir os modelos de contratação lícitos e ilícitos, ou seja, a partir do enquadramento ou não das atividades terceirizantes no núcleo/objeto do empreendimento empregador”*.

No serviço público federal, a terceirização é regulada pelo Decreto 2.271/1997, que define quais atividades podem ser objeto de terceirização, de forma similar ao conceito de atividades-meio, considerando-as assessórias, instrumentais ou complementares:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de

prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

Alguns autores criticam a diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio, pois, na visão deles, todas as atividades executadas pela organização seriam essenciais para o alcance de seus objetivos. Segundo Maciel (2008):

O Tribunal Superior do Trabalho, necessitando dar um “remédio” às inúmeras fraudes quando do início da terceirização, propriamente criou esta diferenciação entre “atividade-meio” e “atividade-fim”, mas se forem as atividades apreciadas com maior profundidade, não há, na verdade, “atividade-meio” executando serviços para uma empresa, pois tudo que for lá executado decorre de uma necessidade empresarial. Assim é a segurança para os bancos, a limpeza e conservação para os estabelecimentos, bem como todas as atividades que melhor se qualificariam como complementares e não meios.

O autor define atividade-meio como *“toda aquela não essencial à empresa, ou seja, a que tem a finalidade de dar suporte às atividades principais constantes em seus objetivos sociais, sendo que atividade-fim é aquela atividade descrita na cláusula-objeto do contrato social da empresa”*.

Outro fator que dificulta a diferenciação entre atividades-meio e atividades-fim refere-se ao fato de as empresas atuarem dentro de cadeias produtivas, ou seja, um conjunto de etapas consecutivas, ao longo das quais os diversos insumos sofrem algum tipo de transformação, até a constituição de um produto final e sua colocação no mercado. Por exemplo, é questionável em que medida uma montadora de automóveis está terceirizando sua atividade-fim ao adquirir carburadores de outra empresa.

Dentro de um hospital, também podem ser observados serviços cuja classificação como atividade-fim ou atividade-meio é complexa. Por exemplo, na Ação Civil Pública 01992200802402007 questionava-se a terceirização dos serviços de radiologia. Segundo a decisão do magistrado da 24ª Vara do Trabalho de São Paulo:

Não há qualquer vedação legal que impeça, em tese, determinada empresa terceirize suas atividades, ainda que as mesmas estejam diretamente relacionadas ao seu objeto social (caso típico de montadoras de veículos). A leitura atenta do inciso III da Súmula 331 demonstra que o C. TST procurou indicar alguns primeiros exemplos de atividades de apoio empresarial (vigilância, conservação e limpeza), para depois, lançar a formula genérica, utilizando-se da expressão “bem como a de serviços especializados”, ampliando as hipóteses de terceirização. No que toca ao mérito propriamente dito da demanda, cumpre esclarecer, de plano, que não comungo do entendimento de que os serviços de radiologia sejam atividade fim de instituição hospitalar. Serviços de radiologia são considerados serviços especializados, complementares ou auxiliares, de medicina diagnóstica, que objetiva confirmar ou afastar hipótese diagnóstica lançada pelo profissional médico. Tal serviço especializado não intervém, não trata, não cura o paciente, estas sim, atividades desenvolvidas pelo réu. Dessa forma, a terceirização na área de radiologia não pode ser considerada presumidamente ilegal ou fraudulenta, cabendo sempre uma minuciosa análise das características de cada caso concreto.

Além da complexidade na distinção entre atividade-fim e atividade-meio, há críticas também quanto ao fato de a Súmula do TST ter imposto restrições à atuação dos agentes privados sem suporte na legislação, ou seja, inovando o ordenamento jurídico, uma vez que não há regulamentação legal acerca da terceirização. Segundo Cavalcanti Junior (1996):

De fato, não cremos ser recomendável estabelecer, *a priori*, a legalidade ou ilegalidade da terceirização, pelo fato de vir sendo aplicada em uma atividade que se possa considerar integrante da finalidade socioeconômica do empregador, pois seria

o mesmo que reconhecer a existência da norma que estabelecesse esta limitação, o que, se prevalecente, afrontaria o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Já Martins (2009) argumenta que, ao restringir a terceirização às atividades-meio da organização, fere-se o princípio da livre iniciativa, contido no art. 170 da Constituição Federal. O autor cita o caso da indústria automobilística, que caminhou no sentido da terceirização da atividade-fim em virtude da implantação de novas técnicas de produção e até mesmo de novas tecnologias, alterando o que antigamente poderia ser considerado como atividade principal para hoje ser vista como acessória.

Outros autores apresentam posição divergente, como Delgado (2008) e Nascimento (2007), os quais se filiam a uma vertente teórica que preceitua que as Súmulas, no âmbito do direito do trabalho, assumem papel de fontes normativas. Em razão disso, entendem os citados autores que somente é lícita a terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio da empresa.

Outro ponto importante na Súmula 331 do TST é a menção à necessidade de que não haja pessoalidade e a subordinação direta na relação entre a empresa que terceiriza determinado serviço e os profissionais que irão atuar sem vínculo de emprego. A distinção entre terceirização lícita e ilícita também deve levar em consideração a presença ou não dos requisitos da relação de emprego. Segundo o Decreto-Lei 5.452/1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

A partir desses dois dispositivos da CLT, pode-se concluir pela existência de quatro requisitos da relação de emprego: prestação de trabalho efetuada com (1) pessoalidade pelo trabalhador, de forma (2) não eventual e (3) onerosa e ainda sob (4) subordinação ao tomador dos serviços. A ausência de um desses requisitos descaracteriza a relação de emprego.

Do exposto acima, **observa-se que a distinção entre atividade-fim e atividade-meio e a presença dos requisitos da relação de emprego são fatores essenciais para a distinção entre a terceirização lícita e a ilícita. Cabe analisar tais questões dentro do contexto dos serviços de saúde.**

- *Terceirização em estabelecimentos de saúde*

Uma vez analisada a legislação e a jurisprudência acerca da terceirização de forma geral, busca-se agora verificar sua aplicação no caso da contratação de profissionais de saúde. Observa-se que existem especificidades da natureza dos estabelecimentos e das profissões de saúde que **demandam um tratamento diferenciado.**

A partir da jurisprudência relacionada à terceirização de serviços médicos em hospitais e à responsabilidade dos estabelecimentos de saúde, juntamente com as peculiaridades que aproximam o médico e outros profissionais de saúde do profissional liberal, verifica-se que não existe um modelo único que seja o mais adequado para todos os casos, seja mediante vínculo de emprego, seja como profissional autônomo.

Diversos julgados da Justiça Trabalhista apontam pela possibilidade de diferentes formas de relação entre estabelecimentos e profissionais de saúde, com ou sem subordinação. O mesmo ocorre nos julgados da Justiça Civil acerca da responsabilidade do estabelecimento de saúde por danos causados pela atuação dos médicos. Essas conclusões são reforçadas

pelas características de algumas profissões de saúde, que se aproximam dos profissionais liberais, e pela necessidade diferentes sistemas de remuneração do trabalho médico.

O resultado é a utilização de diferentes modalidades de contratação dos profissionais de saúde, tanto na esfera privada quanto no serviço público, no Brasil e em outros países. Segundo Girardi et. al. (2007):

A vinculação formal dos médicos às organizações de saúde, especialmente a organizações hospitalares, assume uma gama variada de formas na maior parte dos países do mundo. Da integração vertical - a condição de pessoa física empregada assalariada pelo hospital em contratos de tempo indeterminado - à condição de autônomo prestador eventual de serviços, sob contratos pontuais, passando por formas intermediárias, mais ou menos “frouxas”, de vinculação dos médicos como pessoas físicas ou jurídicas, sob contratos mais ou menos longos, com ou sem exclusividade, os arranjos de integração médico-hospital possíveis são múltiplos.

Segundo Girardi et. al. (1999):

Observa-se que os hospitais privados lucrativos bem como o segmento filantrópico e beneficente conveniado do SUS ao invés de contratar médicos sob o regime salarial ou de utilizar a tradicional alternativa de vinculação do profissional como autônomo (forma usada mais tradicionalmente nos segmentos conveniados e contratados da seguridade social) têm demonstrado crescente preferência pela terceirização. Com a proliferação dos seguros, planos e convênios, os hospitais têm estimulado a que os médicos se organizem sob a forma de sociedades de cotistas (micro e pequenas empresas de profissionais liberais) e cooperativas médicas - entre outras formas institucionais. Dados de uma Santa Casa que emprega 3,500 funcionários revelam a vigência simultânea de 134 diferentes contratos, 94 dos quais referentes a serviços de profissionais médicos e serviços de apoio diagnóstico e terapêutico.

Em pesquisa realizada na Região Sudeste, Girardi et. al. (1999) constataram que “a vinculação do médico ao hospital como autônomo, ou seja como pessoa física que recebe por serviços sem configuração de vínculo empregatício formal, prevalece amplamente”. Entre os demais profissionais de saúde, constatou-se que a contratação assalariada é a forma predominantemente praticada para as profissões de enfermeiros (95,6%), auxiliares de enfermagem (96,8%), farmacêuticos (84,2%), psicólogos (56,3%) e terapeutas (51,2%). A contratação via organizações terceiras é significativa para fisioterapeutas (33,6%), fonoaudiólogos (28,4%) e terapeutas ocupacionais, (17,9%). Os autores analisam ainda as formas de contratação dos profissionais de saúde conforme a natureza jurídica do estabelecimento:

- (i) São os hospitais privados lucrativos os que apresentam maiores índices de terceirização de atividades profissionais, seja para as especialidades médicas seja para as demais profissões;
- (ii) O assalariamento é a forma característica de contratação de serviços profissionais de especialistas médicos e demais profissionais de saúde nos estabelecimentos do setor público;
- (iii) Os maiores índices de contratação de profissionais como autônomos são observados nos hospitais filantrópicos e beneficentes.

[...]

• ***Análise da Possibilidade de Utilização dos Diferentes Tipos de Ajustes***

Um dos princípios basilares do Direito Administrativo é o da legalidade, segundo o qual a Administração só pode fazer o que a lei permite. Este conceito diverge da aplicação do

princípio da legalidade na relação entre particulares (princípio da autonomia das vontades), que podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, segundo o inciso II do art. 5º da CF:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

No caso da Administração Pública, segundo Hely Lopes Meirelles:

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Todavia, nem sempre o gestor público irá encontrar na legislação soluções viáveis para os problemas com que ele se depara. Diante de uma situação em que a lei não prevê um curso de ação possível para atender à determinada demanda da sociedade, cabe ao gestor a escolha entre duas opções: agir sem suporte legal ou deixar de atender à demanda.

A contratação de médicos pelos entes municipais é um exemplo de que nem sempre os meios legais disponíveis são capazes de possibilitar ao gestor público o atingimento de seus objetivos. O concurso público mostra-se uma medida em muitos casos inviável, pois amiúde não aderem ao pleito número suficiente de candidatos para o preenchimento das vagas. Muitos fatores contribuem para a ineficácia dos concursos, como: desinteresse dos profissionais pela remuneração paga, que está limitada pelo subsídio recebido pelo prefeito; distância dos grandes centros urbanos, conjugada com a falta de infraestrutura adequada para o desempenho do trabalho; desejo do profissional em manter diversos vínculos; carência de pessoal especializado em diversas áreas. Outro fator que seria impeditivo para a contratação de profissionais de saúde mediante regime estatutário é a limitação de gastos com pessoal imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Diante da dificuldade, ou até mesmo impossibilidade, em contratar os profissionais mediante concurso público, muitos entes têm adotado mecanismos de contratação sem respaldo legal que autorize sua utilização. Cabe analisar a legalidade e a possibilidade de utilização de diferentes alternativas de contratação de profissionais de saúde.

[...]

- *Credenciamento de Pessoas Físicas e Jurídicas*

O credenciamento é um instrumento a ser utilizado quando se verifica a teoria da inviabilidade de competição por contratação de todos. Tal teoria entende que a licitação torna-se inexigível, amparada no art. 25 da Lei 8.666/1993, porque não haveria possibilidade de competição entre os licitantes, pois todos aqueles que se dispusessem a fornecer para a Administração e se enquadrassem nos critérios definidos por esta deveriam ser contratados. Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Se a Administração convoca todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, fixando ela própria o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação. É a figura do credenciamento que o Tribunal de Contas da União vem recomendando para a contratação de serviços médicos, jurídicos e de treinamento (FERNANDES, J. U. Jacoby. Contratação Direta Sem Licitação. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009).

O autor enumera quatro condições para a realização da pré-qualificação do tipo credenciamento:

- a) **Todos os que satisfaçam as condições exigidas:** se o objeto só pode ser realizado por um, como uma ponte ou um só curso, descabe a pré-qualificação, pois a característica fundamental do tipo credenciamento é que todos os selecionados serão contratados, embora demandados em quantidades diferentes;
- b) **Impessoalidade na definição da demanda, por contratado:** a jurisprudência já consagrou pelo menos três possibilidades do uso do credenciamento, mas sempre excluindo a vontade da Administração na determinação da demanda por credenciado;
- c) **Que o objeto satisfaça na forma definida no edital:** são serviços em que as diferenças pessoais do selecionado têm pouca relevância para o interesse público, dados os níveis técnicos da atividade, já bastante regulamentada ou de fácil verificação.
- d) **Que o preço de mercado seja razoavelmente uniforme:** a fixação dos valores previamente pela administração implica o dever inafastável de comprovar e demonstrar, nos autos, a vantagem ou igualdade dos valores definidos em relação à licitação convencional ou preços de mercado.

Alguns julgados do TCU já abordaram a figura do credenciamento, com a Corte se posicionando no sentido de que é legal a utilização do credenciamento quando, em vista das particularidades do objeto contratado, torna-se conveniente e viável para a Administração a contratação de um número ilimitado de interessados.

Decisão 69/1993-TCU-Plenário: determinar ao Banco do Brasil que, dada a impossibilidade jurídica de competição para contratação de serviços de advocacia nas condições peculiares descritas nestes autos, faça realizar pré-qualificação dos profissionais aptos a prestar serviços ao Banco nas referidas condições, desenvolvendo, ainda, sistemática objetiva e imparcial de distribuição das causas entre os interessados pré-qualificados, de forma a resguardar a transparência da administração e a assegurar o respeito ao princípio da igualdade;

Acórdão 1.751/2004-TCU-Plenário: 8.2 - determinar à Caixa Econômica Federal que adote as providências no sentido de realizar o credenciamento de agentes fiduciários, com base no art. 25 da Lei nº 8.666/93, mediante edital com ampla divulgação, para a contratação de serviços de execução extrajudicial de créditos hipotecários previstos no Decreto-Lei nº 70/66, observados os princípios da administração pública e as normas aplicáveis da Lei de Licitações e Contratos Administrativos”;

Acórdão 2.731/2009-TCU-Plenário: 9.3. determinar ao Departamento de Polícia Federal que, diante da especificidade do caso concreto, efetue estudos, no prazo de um ano, com vistas a verificar a viabilidade de realizar credenciamento de oficinas para prestação dos serviços de manutenção de suas viaturas, seja diretamente ou por meio de empresa especializada, estabelecendo, no ato de convocação, regras objetivas a serem observadas em todo procedimento e por ocasião das futuras contratações, em especial no que se refere à forma de qualificação dos interessados, em consonância com os arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/1993, condições de pagamento e critérios a serem observados por ocasião da escolha da empresa que executará os serviços;

O credenciamento já é utilizado no SUS, principalmente nos casos em que a demanda pelos serviços de saúde é maior do que a capacidade da rede pública e privada. Nesse caso, é realizado chamamento público e contratam-se todos que estejam dispostos a prestar serviços ao SUS. O Ministério da Saúde descreve o credenciamento na Alta Complexidade da seguinte forma:

No credenciamento das áreas mencionadas, o gestor municipal do SUS, ciente da real necessidade do serviço de alta complexidade em seu território, deverá consultar as normas vigentes e definir a possibilidade de credenciamento, levando em conta a população a ser atendida, a demanda reprimida, os mecanismos de acesso com os fluxos de referência e contra-referência e a capacidade técnica e operacional dos serviços a serem implantados. Aprovada a necessidade do credenciamento, a secretaria municipal de Saúde, em gestão plena, deverá montar um processo de solicitação, documentado com manifestação expressa, firmada pelo secretário da Saúde, em relação ao credenciamento e parecer do gestor estadual do SUS, que será responsável pela integração dos serviços à rede estadual e à definição dos fluxos de referência e contra-referência dos pacientes. Nos casos dos municípios não-habilitados em gestão plena, o credenciamento se dá por iniciativa da Secretaria de Estado da Saúde (SES). Uma vez emitido o parecer a respeito do cadastramento pelo(s) gestor(es) do SUS, e sendo o mesmo favorável, os processos relativos à alta complexidade deverão ser remetidos pela Secretaria de Estado da Saúde (SES) para análise ao Ministério da Saúde (MS), endereçado à Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Especializada, Coordenação-Geral de Alta Complexidade. Portanto, antes de serem enviados ao MS, os processos de cadastramento deverão ser aprovados em âmbito regional.

Porém, não existe norma que regulamente o credenciamento no SUS, por isso, no Acórdão 1.215/2013-TCU-Plenário, foi determinado ao Ministério da Saúde que encaminhasse ao TCU regulamentação disciplinando o credenciamento de prestadores de serviços de saúde privados em complementação ao SUS, a ser utilizada por estados e municípios nos casos em que a oferta de serviços de saúde seja menor do que a demanda, considerando o ordenamento jurídico vigente. Apesar de o Acórdão de 2013 estabelecer o prazo de 120 dias para a elaboração da regulamentação, até o momento o Ministério da Saúde não atendeu à determinação, tendo afirmado (peça 37, TC 019.179/2010-3) apenas que estava promovendo a revisão de seu Manual de Contratações, o que ainda não ocorreu.

Tal credenciamento seria utilizado na contratação de hospitais privados para realizarem procedimentos pelo SUS, não foi abordada a contratação de profissionais por meio de credenciamento. Todavia, alguns entes municipais, na ausência de uma normatização federal, elaboram leis próprias acerca da contratação de empresas e profissionais de saúde, como o município de Santa Maria, do Rio Grande do Sul, que promulgou a Lei 5.614, de 5/1/2012, que, entre outras providências, autoriza o credenciamento de profissionais médicos para consultas especializadas. Segundo a norma:

Art. 3º Fica autorizado o credenciamento de profissionais em especialidades médicas, para prestação de serviços e atendimentos em seus consultórios, mediante pagamento por consulta no valor instituído no Art. 2º da presente lei.

Art. 6º O credenciamento dos profissionais será universal, realizado através de chamamento público.

Parágrafo Único - Não haverá, sob hipótese alguma, qualquer espécie de vínculo empregatício do médico credenciado para com o Município.

Art. 9º É vedado o trabalho do credenciado em dependências ou setores próprios do Município, bem como é vedado o credenciamento de profissionais pertencentes ao quadro permanente do Município, conforme o Art. 9º, inciso III da Lei Federal nº 8.666/93, e a cobrança de sobretaxa em relação à tabela adotada.

Pelo art. 9º, observa-se que o credenciamento destina-se a consultas que serão realizadas no consultório dos próprios médicos, sendo vedada a atuação destes em unidades de saúde do SUS. Existe Projeto de Lei semelhante no Congresso Nacional,

o PL 6.951/2013, que “dispõe o credenciamento de profissionais e de empresas da área de saúde, para o atendimento de pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS) em nível ambulatorial”. Segundo o Projeto:

Art. 1º Esta lei institui o credenciamento, pelo Sistema Único de Saúde (SUS), de profissionais médicos especialistas e de clínica de especialidades médicas, bem como empresas ou profissionais que realizam serviços de exames auxiliares ao diagnóstico.

Art. 2º Fica autorizado o credenciamento, pelo Sistema Único de Saúde (SUS), de profissionais médicos liberais especialistas e de empresas ou profissionais que realizam serviços de exames auxiliares ao diagnóstico, para atendimento ambulatorial, mediante compensação do serviço por crédito tributário da União.

Art. 3º Os profissionais e as empresas deverão atender os pacientes nos seus estabelecimentos (consultórios ou clínicas) e o valor a ser pago com crédito tributário custeará o serviço realizado e a infraestrutura do profissional e de sua clínica, sem direito a perceber nenhum valor adicional pelo atendimento dos pacientes.

O Acórdão 437/2006-TCU-Plenário julgou representação acerca da negativa do cumprimento de jornada de trabalho pelos médicos do Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná. O Hospital havia celebrado contrato com uma cooperativa para prestação de serviços de anestesiologia. No voto condutor do Acórdão, o Exmo. Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha, afirmou que:

Finalizando as ponderações acerca do Contrato nº 106/2001, resalto que sua finalidade – contratação da anestesilogistas – pode ser alcançada por meio de credenciamento, mediante o qual a UFPR lançaria, conforme exemplifica Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “edital, similar ao de concorrência, convocando os profissionais formados em Medicina, (...), fixando previamente os honorários adequados em tabela própria ou tendo por referência a de outro órgão [no caso em estudo, os valores constantes da Tabela do SUS], abrindo inscrições. Desse modo, todos os médicos que tivessem interesse no contrato compareceriam ao órgão, fariam sua inscrição, comprovando o atendimento aos requisitos estabelecidos, e seriam contratados diretamente, sem licitação, por inexigibilidade, nos termos do art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93.” (in Contratação Direta Sem Licitação, 4ª edição, 1999, Editora Brasília Jurídica, pp. 407/408)

Reputo importante, inclusive, que esse credenciamento seja adotado pela UFPR, mesmo que a Entidade queira, posteriormente, lançar mão de um procedimento licitatório ordinário com vistas a obter valores mais vantajosos que os pagos aos anestesilogistas credenciados, uma vez que assim procedendo resultarão afastadas as possibilidades de atraso na licitação e de ocorrência de uma licitação deserta, evitando, em decorrência, o risco de interrupção das intervenções cirúrgicas.

Por meio desse aresto foi determinado ao HC-UFPR que:

9.2.3. no prazo de 90 (noventa) dias, proceda, com fulcro no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, ao credenciamento de médicos anestesilogistas, fixando previamente os honorários de acordo com os valores constantes da Tabela do SUS;

Observa-se que o credenciamento é um instrumento considerado válido pelo TCU quando observa-se a inviabilidade de competição pela contratação de todos. Mesmo em caso em que existe maior oferta que a demanda, o Tribunal entende que é possível o credenciamento, desde que instituídos métodos objetivos de alocação dos serviços demandados. Seria possível a realização de credenciamento tanto de profissionais que atuariam em seus próprios consultórios quanto em unidades públicas de saúde do SUS. Porém, é necessária uma regulamentação acerca do tema.

Houve análise de credenciamento nesta FOC na auditoria realizada em Balneário Camboriú-SC. Inicialmente, foi realizado processo de chamamento público, tendo como objeto:

Credenciamento, a fim de contratação, de pessoas físicas e jurídicas de direito privado, para prestação de serviços de Saúde Ambulatorial e de Consulta Médica em Atenção Especializada, serviços de Terapia Renal Substitutiva- TRS e serviços de Atendimento/Acompanhamento de Pacientes em Reabilitação do Desenvolvimento Neuropsicomotor pelos preços da Tabela SUS, aos pacientes atendidos através da Secretaria Municipal de Saúde do município de Balneário Camboriú e dos municípios de sua referência, pelo período contratual de doze meses.

O Edital de Credenciamento estabeleceu, ainda, que o Complexo Regulador da SMS fiscalizaria, como melhor lhe conviesse e no seu interesse exclusivo, o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelos credenciados. O critério de divisão dos serviços ofertados, caso existisse mais de um credenciado, seria realizado através de avaliação da equipe técnica do Fundo Municipal de Saúde

Os contratos celebrados com os credenciados têm vigência de doze meses, podendo ser renovados, sem, no entanto, exceder o prazo de sessenta meses. Os serviços prestados por eles são remunerados com base na Tabela de Procedimentos do SUS, de forma que são inabilitados os credenciados que ofertam sobretaxa de outros valores ou custos extras nos procedimentos declarados.

- *Contratos Administrativos*

Nas auditorias realizadas no âmbito desta FOC foram analisados diversos tipos de contratos administrativos tendo como objeto a disponibilização de profissionais de saúde para atuarem em unidades públicas de saúde.

Nos municípios de Imperatriz-MA e Balneário Camboriú-SC, as respectivas secretarias municipais de saúde celebraram contratos com empresas privadas de serviços médicos para que essas assumissem a realização de procedimentos ligados a determinadas especialidades dentro dos hospitais municipais. Assim, uma empresa ficou responsável pelos serviços ligados à anestesia, outra pelos de neurologia, outra pelos de gastrologia etc.

Na Bahia, foram analisados contratos administrativos celebrados pelos municípios com Coofesaúde Cooperativa de Trabalho para prestação de serviços médicos em diversas especialidades, entidade que esteve presente em 49 municípios do estado entre 2010 e 2014.

No Rio Grande do Sul, o município de Porto Alegre celebrou contratos administrativos com empresas privadas tendo como objeto a contratação de serviços médicos e de outras profissões, como de enfermeiros e técnicos em enfermagem.

Em pesquisa realizada com a expressão “serviços médicos” junto ao sítio da *internet* “<http://www.jusbrasil.com.br>”, que apresenta as publicações de diários oficiais do país, é possível identificar contratações de empresas de serviços médicos para disponibilização de profissionais de saúde para atuarem em unidades públicas de saúde. A seguir são apresentados alguns dos resultados da pesquisa em que foi possível ter acesso ao edital ou ata da licitação ou ao ajuste celebrado:

(i) Pregão Presencial 54/2014 da Prefeitura de Jardinópolis-SP:

Objeto: Prestação de serviços médicos junto aos seguintes serviços de saúde do município de Jardinópolis-SP: Hospital, Pronto Atendimento, Ambulatório de Especialidades, Centro de Testagem e Aconselhamento, Vigilância Epidemiológica, Ambulatório de Saúde Mental e Unidades da Rede de Atenção Básica.

Valor Global estimado do contrato por 12 meses: R\$ 7.440.621,12

Descrição: o município lançou edital para contratação de profissionais de saúde para atuarem nas unidades públicas de saúde. O pregão está dividido em três lotes: o primeiro consiste em um total de 38.964 horas de plantão em clínica geral estimadas para o ano para o Hospital e Pronto Atendimento; o segundo de 4.800 horas de plantões de clínica geral para as UBS; o terceiro de horas anuais que variam entre 480 e 4.800 para diversas especialidades médicas.

(ii) Pregões Presenciais 03, 08, 17, 19 e 24/2014 da Prefeitura de Nova Castilho-SP:

Objetos: Contratação de empresa para fornecimento de serviços de profissional habilitado em Ginecologia, Psicologia, Clínica Geral, Pediatria e Cardiologia (respectivamente) para atuar na área da Saúde, com carga horária de 08 (oito) horas semanais, no período de Julho até Dezembro de 2014.

Valor dos contratos somados: R\$ 150.200,00

Descrição: o município realizou pregões para a contratação, em cada um deles, de um profissional de saúde para atuar nas unidades públicas de saúde, como UBS e CRAS. Cada pregão teve a participação de apenas uma empresa ofertando lances.

(iii) Prefeitura Municipal de Nazaré-BA - despacho do prefeito em 18 de setembro de 2014:

Acatando o relatório apresentado pela Comissão Permanente de Licitação deste Município de Nazaré, referente ao Processo Administrativo n 2.081/2014-Concorrência n 004/2014, cujo objeto é a contratação de pessoa jurídica para execução de serviços assistenciais de saúde do Município de Nazaré que assegure a assistência universal e gratuita à população a ser atendida, dentro dos princípios do Sistema Único de Saúde - SUS, ADJUDICO o seu objeto do aludido procedimento à Cooperativa Coofsaúde - Cooperativa de Trabalho - CNPJ 07.747.357/0001-87 que apresentou o valor R\$ 6.591.358,68 (Seis milhões e quinhentos e noventa e um mil trezentos e cinquenta e oito reais e sessenta e oito centavos), sendo o valor mensal de R\$ 549.279,89 (quinhentos e quarenta e nove mil duzentos e setenta e nove reais e oitenta e nove centavos) e atingiu o Valor de Nota Final igual a 8,6 (oito virgula seis).

(iv) Prefeitura Municipal de Senhor do Bonfim – extratos de contratos de inexigibilidade para contratação de profissionais de saúde:

Espécie: Inexigibilidade N 100/2014. PA N 1525/14. Contrato Administrativo N 1206/2014. Objeto: Contratação do Profissional Herbert Nascimento dos Santos - CPF 005.641.005-01, para prestação de serviços médicos, como clínico geral para atendimento ambulatorial no Posto de Saúde do Bairro São Jorge, no Município de Senhor do Bonfim-BA. Sob o valor global para a contratação acima citado fica em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), em 04 parcelas de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), as despesas serão aludidas pela Secretaria Municipal de Saúde. Data da Assinatura do Contrato: 04/09/2014 a 31/12/14.

Girardi et. al. (1999) diferenciam dois tipos de vinculação dos médicos com pessoas jurídicas na terceirização. De um lado, a terceirização via subcontratação de pequenas empresas de profissionais liberais, cooperativas de profissionais e profissionais organizados em rede – nas quais os participantes são cotistas, co-proprietários ou parceiros – e a terceirização via contratação de serviços temporários e agências de emprego – onde persiste a clara distinção entre proprietários e empregados. Assim, no primeiro tipo os médicos atuam como sócios, enquanto no segundo são empregados contratados. Uma diferença importante entre estes dois tipos é que, no último, a pessoa jurídica tende a incorporar os custos indiretos do trabalho, inclusive das demissões, enquanto no primeiro

tipo tende-se a transferir para os trabalhadores o financiamento de sua proteção em termos de benefícios e proteção social do trabalho.

Portanto, a terceirização poderia ocorrer junto a pessoas jurídicas em que o médico atua como empregado, havendo o recolhimento dos encargos trabalhistas e demais taxas de proteção social; ou então ele pode se vincular como sócio ou cooperado da pessoa jurídica. Tais diferenças geram distorções em muitos dos contratos celebrados pelo poder público, pois os ajustes normalmente preveem o recolhimento dos encargos trabalhistas, ou seja, que a empresa contratada estabeleceria uma relação de emprego com os médicos, mas na prática as taxas deixam de ser recolhidas pois os médicos que atuam pelo contrato ou são sócios ou são contratados pelas empresas como profissionais autônomos.

Na auditoria realizada pela Secex-PR em 2011, esse foi um dos principais problemas apontados, pois as Oscips não comprovaram a destinação dos recursos recebidos a título de encargos trabalhistas. Enquanto os termos de parceria previam a contratação de médicos pelo regime celetista e os governos municipais transferiam valores para o pagamento dos encargos trabalhistas, na prática as Oscips contratavam os médicos como autônomos e não recolhiam as taxas.

Em 2014, a Secex-PR recebeu denúncia (Peça 53) acerca de supostas irregularidades nos pagamentos realizados a uma clínica contratada para prestação de serviços médicos. A empresa foi contratada pelo município para fornecer médicos para atuarem nas unidades de saúde, e os médicos ingressavam na empresa como sócios. Porém, após se desligarem da empresa, os médicos ingressavam com ações na Justiça do Trabalho contra o município, exigindo o reconhecimento de relação de emprego com o ente governamental e o pagamento de encargos trabalhistas não recolhidos, apesar dos valores relativos às taxas terem sido transferidos pelo município para a empresa.

Em pesquisas realizadas na base de dados do TCE-PR, é possível identificar pagamentos dos municípios do estado para empresas de serviços médicos com mais de 80 sócios, como a Medserv Serviços Médicos e Hospitalares Ltda. (CNPJ 13.634.620/0001-24), que possui contrato com o município de Balneário Camboriú-SC, fiscalizado nesta FOC. A empresa possui 84 sócios, sendo um deles com 49% do capital social e os demais com menos de 1%.

Por meio do Acórdão 1.844/2013-TCU-Plenário foi julgada representação acerca de irregularidades identificadas na aplicação de recursos federais transferidos ao município de Campo Mourão-PR para execução de ações relativas ao Programa Saúde da Família. Ao analisar a questão da diferença entre as naturezas das entidades que poderiam ser contratadas para disponibilização de médicos, o Tribunal deu ciência ao município de que:

9.2.1. deve ser levado em consideração, para balizar seu orçamento base e seu parâmetro de aceitação de preços ofertados, o regime legal da empresa que apresenta a proposta, de modo a equalizar custos e margem de lucro considerada justa pela municipalidade;

Observa-se que é necessária uma regulamentação que defina como deve ser a contratação das empresas de serviços médicos pelo poder público, pela qual se estabeleça em que casos ela é possível, como lidar com as diferentes formas de inserção dos médicos nas diferentes formas de organização: empresa, cooperativa, associação etc.

- *Ausência de Regulamentação e Atribuições do Ministério da Saúde*

Observa-se que muitos dos mecanismos de contratação de profissionais de saúde utilizados não possuem previsão legal. Em alguns deles, a exemplo das utilizadas para as Oscips, há um desvirtuamento da natureza do instrumento utilizado. **A falta de uma normatização que defina os parâmetros aceitáveis para a adoção de determinadas práticas gera uma série de problemas na gestão dos serviços.**

As auditorias realizadas no âmbito desta FOC, além de outras realizadas anteriormente pelo TCU, apontam para diversas irregularidades e fragilidades existentes na execução dos ajustes celebrados com entidades privadas para contratação dos profissionais de saúde. Tais aspectos podem ser reputados, em grande parte, à lacuna legal, à inexistência de dispositivos normativos que balizem o relacionamento do poder público com a esfera privada.

Os problemas formais dos ajustes celebrados e de sua execução têm impacto direto sobre a própria qualidade dos serviços, comprometendo o alcance dos objetivos. Para Girardi et. al. (2007):

A manutenção pró-forma de vínculos de trabalho e métodos de remuneração sabidamente ineficientes com o exclusivo intuito de enquadramento a padrões formais-legais contrasta fortemente com a generalização, na prática, da “contratação” (nem) sempre subterrânea de vínculos de trabalho atípicos no setor público (terceirização, trabalho precário, trabalho irregular etc.), comprometendo o desempenho e o alcance de resultados na prestação de serviços públicos essenciais.

A falta de critérios e a insegurança jurídica trazem efeitos negativos para a atuação dos profissionais, o que resulta em problemas graves no atendimento da população. Segundo Para Girardi et. al. (1999):

Assim, a terceirização figura, nos dias de hoje, no cerne da problemática da gestão dos serviços de saúde. Uma série de manifestações disfuncionais que se apresentam aos gerentes dos serviços e sistemas de saúde como a proliferação dos contratos e da burocracia para sua administração; o crescimento da concorrência e dos conflitos entre grupos; a diminuição da disposição à cooperação entre profissionais e especialidades e entre o trabalho e a gerência; as crescentes dificuldades dos diretores e gerentes de serviços em gerenciarem a qualidade técnica e ética do trabalho profissional pela proliferação de núcleos atomizados de mando e decisão; a diminuição da participação e a perda do interesse dos trabalhadores na missão dos serviços de saúde; o descompromisso com a continuidade e a integralidade dos cuidados de saúde a desumanização do atendimento aos usuários; entre outras; decorrem, em larga medida, da relativa escassez de critérios e da forma desordenada como vem sendo conduzida a terceirização dos serviços de saúde. Estas situações produzem crescente insatisfação dos usuários com relação à qualidade e a resolutividade dos serviços de saúde.

Por conseguinte, **mostra-se como premente a elaboração de regulamento que busque definir que tipos de instrumentos podem ser utilizados para a contratação de profissionais de saúde, além de definir parâmetros a serem seguidos pelos entes governamentais em seu relacionamento com os atores privados.**

Segundo a Lei 8.080/1990, a Lei Orgânica da Saúde:

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;

Portanto, compete ao Ministério da Saúde a elaboração de normativos que disponham sobre o relacionamento do SUS com entidades privadas de assistência à saúde. Entretanto, cabe ressaltar que no SUS as decisões são tomadas de forma pactuada, a partir do consenso na Comissão Intergestores Tripartite (CIT), prevista na Lei 8.080/1990. Segundo a norma:

Art. 14-A. As Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite são reconhecidas como foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS).

A Lei 8.080/1990 estabelece ainda, em seu art. 27, que ***“a política de recursos humanos na área da saúde será formalizada e executada, articuladamente, pelas diferentes esferas de governo”***. Nesse sentido, **a política de recursos humanos no SUS não é uma atribuição individual do Ministério da Saúde, mas uma construção coletiva de todos os entes federativos.**

A Resolução CIT 4/2012 dispõe sobre a pactuação tripartite acerca das regras relativas às responsabilidades sanitárias no âmbito do SUS. Foram definidas como competências da União no que se refere às responsabilidades na gestão do trabalho, entre outras:

Promover, desenvolver e pactuar políticas de gestão do trabalho considerando os princípios da humanização, da participação e da democratização das relações de trabalho, apoiando os gestores estaduais e municipais na implementação das mesmas;

Desenvolver estudos e propor estratégias e financiamento tripartite com vistas à adoção de políticas referentes à força de trabalho descentralizada;

Adotar vínculos de trabalho que garantam os direitos sociais e previdenciários dos trabalhadores de saúde na sua esfera de gestão e de serviços, promovendo ações de adequação de vínculos, onde for necessário, conforme legislação vigente e apoiando técnica e financeiramente os estados e municípios na mesma direção;

Formular, propor, pactuar e implementar as Diretrizes Nacionais para Planos de Carreiras, Cargos e Salários no âmbito do Sistema Único de Saúde - PCCS/SUS;

Propor e pactuar diretrizes para políticas de educação e de gestão do trabalho que favoreçam o provimento e a fixação de trabalhadores de saúde, no âmbito nacional, notadamente em regiões onde a restrição de oferta afeta diretamente a implantação de ações estratégicas para a atenção básica.

11. Já aos estados, Distrito Federal e municípios cabe ***“considerar as diretrizes nacionais para Planos de Carreiras, Cargos e Salários para o SUS – PCCS/SUS, quando da elaboração, implementação e/ou reformulação de Planos de Cargos e Salários no âmbito da gestão local”***.

[...]

A contratação de entidades para disponibilização de profissionais de saúde deve ser precedida por estudos que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação direta, com inclusão de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos ajustes, além de consulta ao respectivo Conselho de Saúde.

No caso de contratação de pessoa jurídica para disponibilização de profissionais de saúde, deve ser realizado procedimento licitatório que considere nas propostas o tipo de vínculo existente entre as entidades e os profissionais: empregados via regime celetista, profissionais autônomos, sócios proprietários, cooperados, etc.

O credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde para atuarem tanto em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, sendo o instrumento adequado a ser usado quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados, sendo necessário o desenvolvimento de metodologia de distribuição dos serviços entre os interessados de forma objetiva.

Devem ser realizados estudos que indiquem qual sistema de remuneração é mais adequado para o caso específico objeto do ajuste a ser celebrado, levando em consideração que a escolha da forma de pagamento por tempo, por procedimentos, por caso, por capitação ou

a combinação de diferentes métodos de remuneração possui impacto direto no volume e na qualidade dos serviços prestados à população.

Os processos de pagamento das entidades contratadas devem estar suportados por documentos que comprovem que os serviços foram efetivamente prestados – demonstrando o controle da frequência dos profissionais, procedimentos que foram realizados, pacientes que foram atendidos – e que garantam que os impostos, taxas e encargos trabalhistas aplicáveis ao caso foram devidamente recolhidos.

- **Conclusão**

O Brasil enfrenta um problema grave na atenção à saúde, que é a carência de profissionais, sejam médicos, enfermeiros, psicólogos, entre outros. Tal problema está presente inclusive na iniciativa privada, mas é na esfera pública em que ele se mostra ainda mais grave.

São vários os fatores que contribuem para a falta de profissionais nos hospitais públicos, postos de saúde, UPAs etc.: teto da remuneração ao subsídio do prefeito; limitação aos gastos com pessoal impostos pela LRF; infraestrutura precária em muitos municípios; distanciamento dos grandes centros urbanos.

Dentro dessa conjuntura, **o concurso público não se mostraria como uma alternativa viável em todos os casos para que os entes governamentais consigam suprir suas unidades de profissionais de saúde. Nem sempre será possível o estabelecimento de um vínculo de emprego, seja pelo regime estatutário, seja pelo celetista.**

O que ocorre é que **muitos entes governamentais decidem utilizar outros instrumentos jurídicos para a contratação dos profissionais, tais como: termos de parceria com Oscips, contratos de gestão com organizações sociais, contratos administrativos com empresas de serviços médicos e cooperativas, credenciamento de pessoas físicas e jurídicas. Na maior parte dos casos, entretanto, tais instrumentos não possuem suporte legal.**

As auditorias realizadas nesta FOC identificaram problemas graves na gestão de tais ajustes. Entre as causas para tal desordem, pode ser incluída a ausência de uma legislação que defina parâmetros a serem seguidos na condução dos ajustes.

Mostra-se como necessária a utilização de instrumentos mais flexíveis para a contratação de profissionais de saúde, que sejam adequados às diferentes necessidades dos serviços. Por exemplo, existem diversos sistemas de remuneração do trabalho médico, com impactos diretos sobre a qualidade e quantidade do serviço prestado. O sistema de remuneração mais adequado para um determinado serviço pode ser aquele relacionado ao tempo de disponibilidade do profissional, enquanto que para outros serviços seria mais adequada a remuneração por resultado. E o sistema de remuneração adotado está diretamente relacionado com a forma de contratação dos profissionais.

A própria Justiça do Trabalho vem reconhecendo que existem diferentes formas de relacionamento entre os estabelecimentos e os profissionais de saúde, existindo casos em que tal relação não será caracterizada pelo vínculo de emprego, uma vez que não estariam presentes os requisitos para tal relação, principalmente a subordinação. O mesmo entendimento é observado na esfera cível, quando esta analisa ações que envolvem a responsabilidade dos estabelecimentos de saúde quanto ato médico.

Tendo em vista que o Ministério da Saúde tem a competência de regulamentar a relação dos SUS com as entidades privadas de assistência à saúde, entende-se que cabe determinar a ele a elaboração de um plano de ação em que preveja as medidas que serão adotadas no sentido de normatizar a contratação de profissionais de saúde para o SUS. Tal regulamentação é imprescindível, uma vez que a grande maioria dos ajustes existentes no momento atual encontram-se no limbo da ilegalidade.

[...]

VOTO

Realizada essa contextualização dos fatos, passo a tratar de cada um dos achados de auditoria, iniciando pela deficiência no planejamento da terceirização. A Secex-PR relatou diversos problemas na **planificação das contratações analisadas, em particular, a inexistência de estudos demonstrando que a terceirização de mão de obra seria a melhor opção para o ente contratante**. Ressalta a unidade técnica que deveria haver uma análise comparativa entre o regime de contratação de profissionais por concurso público e a transferência da gestão da unidade de saúde para uma entidade privada. Em nenhum dos ajustes auditados no âmbito desta FOC foi verificada uma avaliação nesses moldes.

Relembro que **esta não é a primeira oportunidade em que o TCU se depara com constatações do gênero**. O Tribunal realizou auditoria operacional em 2012/2013, coordenada pela SecexSaúde, juntamente com algumas secretarias estaduais. O referido trabalho fiscalizatório foi apreciado pelo Acórdão 3.239/2013-Plenário, relatado pelo insigne Ministro Walton Alencar Rodrigues. Dentre outras conclusões, o referido *decisum* deliberou que **o processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais deveria conter estudo detalhado que contemplasse a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais seria a melhor opção, bem como avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, incluindo planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos contratos de gestão**.

Não se pode olvidar que a decisão de terceirizar as ações de saúde seja ato discricionário do gestor público, mas isso não o exime de motivar a decisão tomada.

Corroborar esse entendimento, posicionamento do Ministro Walton Alencar Rodrigues, quando da relatoria do Acórdão 3.239/2013-Plenário, ao tratar do tema:

“O administrador, no exercício do poder discricionário, está obrigado a consignar, de forma expressa e antecipada, a motivação do ato, inclusive os critérios utilizados, sob pena de nulidade. Nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo (in Curso de Direito Administrativo. 16ª edição, São Paulo: Malheiros. p. 368-369):

"Entretanto, se se tratar de ato praticado no exercício de competência discricionária, salvo alguma hipótese excepcional, há de se entender que o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, "fabricar" razões lógicas para justificá-la e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato."

Sobre o tema, assim se manifesta Juarez Freitas (in Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 55-59):

"Como pondera Hartmut Maurer, "a motivação serve, em primeiro lugar, como autocontrole para a autoridade que, por meio dela, é obrigada a estudar com rigor a sua decisão, tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista jurídico, cercandose, assim, de garantias suficientes. Ela serve, igualmente, ao cidadão que, graças à motivação e só a ela, adquire condições de apreciar a legalidade do ato administrativo e a conveniência de um recurso. Ela facilita, enfim, o controle jurisdicional, uma vez que a autoridade competente para examinar o recurso administrativo ou o tribunal administrativo podem comprovar qual situação e quais considerações levaram a autoridade a tomar a sua decisão."

Assim, nos autos do processo administrativo correspondente, devem estar evidenciados os motivos que levaram a Administração a decidir pela

transferência do gerenciamento de unidades públicas de saúde para o terceiro setor.” (grifos nossos)

A respeito do tema, pronunciou-se o Conselho Federal de Medicina, por meio do Despacho CFM n. 350/2019, aprovado em Reunião de Diretoria do dia 13/8/2019, nos seguintes termos:

DA POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS POR MEIO DA MODALIDADE PREGÃO

De início, registra-se que a modalidade Pregão poderá ser utilizada para aquisição, pelos entes da Administração Pública, de bens e serviços comuns (em conformidade com o art. 1º da Lei 10.520/2002). Considerando bens e serviços comuns, para os fins da referida lei, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, de acordo com o entendimento do CRM.

Conforme conceitua Armando Moutinho Perin²¹:

(...) somente poderão ser classificados como "comuns" os bens e serviços de fácil identificação e descrição, cuja caracterização tenha condições de ser feita mediante a utilização de especificações gerais, de conhecimento público, sem prejuízo da qualidade do que se pretende comprar.

Bem comum, para fins da Lei nº 10.520, é, por exemplo, um automóvel, em que a indicação de apenas algumas características, de conhecimento público e notório, mostram-se suficientes para identificação plena do objeto.

Segundo Hely Lopes Meirelles²²:

SERVIÇOS COMUNS - serviços comuns são todos aqueles que não exigem habilitação especial para sua execução. Podem ser realizados por qualquer pessoa ou empresa, pois não são privativos de nenhuma profissão ou categoria profissional. São serviços executados por leigos.

A respeito da aquisição de bens e serviços comuns da área de saúde, a Lei n. 10.520/02 alterou dispositivos da Lei 10.191/01 (a qual dispõe sobre a aquisição de produtos para a implementação de ações de saúde no âmbito do Ministério da Saúde), restando a seguinte redação:

Art. 12. A Lei nº 10.191, de 14 de fevereiro de 2001, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

Art. 2-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão adotar, nas licitações de registro de preços destinadas à aquisição de bens e serviços comuns da área da saúde, a modalidade do pregão, inclusive por meio eletrônico, observando-se o seguinte:

I - 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.

II - quando o quantitativo total estimado para a contratação ou fornecimento não puder ser atendido pelo licitante vencedor, admitir-se-á a convocação de tantos licitantes quantos forem necessários para o atingimento da totalidade do quantitativo,

²¹ PERIN, Armando Moutinho. Pregão: breves considerações sobre a nova modalidade de licitação, na forma presencial. In Interesse Público, Ano 5, n. 18, março/abril de 2003. Porto Alegre: Notadez, 2003, p. 174.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 39.

respeitada a ordem de classificação, desde que os referidos licitantes aceitem praticar o mesmo preço da proposta vencedora.

III - na impossibilidade do atendimento ao disposto no inciso II, excepcionalmente, poderão ser registrados outros preços diferentes da proposta vencedora, desde que se trate de objetos de qualidade ou desempenho superior, devidamente justificada e comprovada a vantagem, e que as ofertas sejam em valor inferior ao limite máximo admitido.

(...)

Sobre a obrigação da adoção da modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns, assim já se manifestou o TCU:

Enunciado: Os conselhos de fiscalização profissional, dada sua natureza jurídica autárquica, devem adotar, na aquisição de bens e serviços comuns, a modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, nos termos do art. 4º, caput e § 1º, do Decreto 5.450/2005.

Acórdão 1623/2013-Plenário

Relator: Augusto Sherman – Data da sessão: 26/06/2013

Enunciado: A identificação do bem ou serviço como sendo comum, para fim de adoção do pregão, independe da sua complexidade. É a definição objetiva dos seus padrões de desempenho e qualidade, mediante especificações usuais no mercado, que o caracteriza como comum.

Acórdão: 1667/2017-Plenário

Relator: Aroldo Cedraz – Data da sessão: 02/08/2017

Na mesma direção, o TCE/MS expõe:

EMENTA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO PRESENCIAL. FORMALIZAÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA REALIZAÇÃO DE EXAMES MÉDICOS. REGULARIDADE.

Processo: 86612014 MS 1498011 – Publicação: DO do TCE/MS n. 1644 de 06/10/2017 – Relator: Osmar Domingues Jeronymo

CONTRATAÇÃO PÚBLICA. PREGÃO PRESENCIAL. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO REALIZADO EM CONFORMIDADE COM AS DISPOSIÇÕES DAS LEIS 10.520/02 E 8.666/93. DOCUMENTOS ENCAMINHADOS TEMPESTIVAMENTE. REGULARIDADE.

Aprecia-se o procedimento licitatório deflagrado na modalidade Pregão Presencial (n. 27/2015) realizado pelo Município de Corguinho/MS para contratação de assistência médica e odontológica, com atendimento regional, no sistema autogestão, contemplando seguro de acidentes pessoais e assistência funeral familiar para os servidores ativos, inativos ou pensionistas do Município. O objeto do certame foi adjudicado à Microempresa HSTU Serviços de Saúde Ltda. A equipe técnica após analisar a documentação encaminhada concluiu que o presente processo se encontra em consonância com as normas de Licitações e Contratações Públicas (Análise n. 25481/2016).

(...)

Mediante o exposto, acolho o Parecer do Ministério Público de Contas, e nos termos do art. 59, I, da Lei Complementar Estadual n. 160/12, Decido pela regularidade do

procedimento licitatório Pregão Presencial (n. 27/2015), realizado em conformidade com as Leis 10.520/02 e 8.666/93.

TCE-MS – Licitação Administrativo: 153742016 MS 1.654.517, Relator: Ronaldo Chadid, Data da publicação: Diário Oficial do TCE-MS n. 1547, de 15/05/2017).

[...]

DA CONCLUSÃO

Diante das premissas supra, manifesta-se a COJUR/CFM pela possibilidade de contratação de serviços médicos comuns por meio de Pregão.

Em relação ao aspecto ético da Resolução do CRM, opina que, neste caso, seja apreciado pelo CFM (plenária) na forma do seu regimento interno.

Por fim, **em relação ao aspecto jurídico, opina pela necessidade de licitação para contratação de pessoa jurídica para prestação dos serviços médicos**, ressaltando a inadmissão de proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, nos termos do art. 44, § 3º da Lei 8.666/93. (grifos nossos)

Na esteira da manifestação do Tribunal de Contas da União, entendo que, *a priori*, **não há ilegalidade na terceirização e nem na contratação via pregão da prestação de serviços médicos, desde que haja motivo justificado e detalhado pela Administração para optar pela prestação indireta de tais serviços, bem como, refiram-se a prestações padronizadas ou objetivamente definidas** – característica essencial da configuração de “serviços comuns”.

Dentro de tal panorama, trago excerto da manifestação dos responsáveis, acostada às fls. 414/415 da peça n. 17:

[...] a anulação do Pregão e dos consequentes instrumentos obrigatórios geraria a desassistência no âmbito da saúde em média e alta complexidade para a população total de 1.343.966.

Além da população atendida, fariam sem suporte a unidade Casa de Saúde Santa Izabel, Uai Alterosas, Guanabara, Teresópolis e Sete, o SAMU, a Maternidade Pública de Betim, o Hospital Público Regional de Betim (Setores: Bloco Cirúrgico, Centro de Tratamento Intensivo (CTI), Cirurgia, Clínica Médica, Comissão de Controle de Infecção Hospitalar (Ccih), Hemodiálise, Neonatologia, Obstetrícia, Pediatria, Pronto Socorro, Diagnóstico por Imagem e Traçados Gráficos (Sditg), Cersam Central e Cersam Teresópolis, situadas no Município de Betim, que recebe uma média de 440 serviços mensais; Hospital Municipal, Maternidade, UPA Ressaca, UPA Vargem das Flores, UPA Sede, UPA Petrolândia e SAMU, situados no Município de Contagem, que executam uma média de 288 serviços por mês, e, por fim, Hospital Casa de Caridade Manoel Gonçalves de Sousa Moreira, Policlínica Doutor Ovídio Nogueira Machado no Município de Itaúna, que executa uma média de 69 serviços mensalmente.

O Direito à Saúde é parte de um conjunto de direitos sociais que têm como inspiração o valor da igualdade entre pessoas, sendo responsabilidade do Estado garantir [...].

Lado outro, é princípio basilar da Administração Pública a observância ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Por estes princípios, todos os atos administrativos devem ser sopesados com o fim que se pretende atingir.

Salientaram, ainda, às fls. 582/583 da peça n. 18, que:

[...]

Cumpre esclarecer, nesta oportunidade, que o Órgão Contratante (Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba – ICISMEP) só age sob demanda e que todos os procedimentos são executados considerando a necessidade e solicitação dos municípios consorciados (art. 3º, inciso III do Decreto Federal n. 7.892/2013).

É sabido que na área da saúde a demanda é oscilatória e sazonal, pois depende diretamente da necessidade da população quanto a inúmeras especialidades médicas.

Exatamente por esta sazonalidade, uma vez esgotadas as demandas dos municípios, se fossem contratados médicos e não procedimentos médicos (como atualmente é realizado), estes profissionais ficariam ociosos, gerando custo desnecessário para a Administração Pública, além de tornar o atendimento público ineficaz.

Nesse sentido, o fato de haver uma demanda certa (momentaneamente, como ao tempo do processo licitatório em questão) não descaracteriza a possibilidade de utilização do SRP, notadamente se as aquisições foram parceladas ou por regime de tarefa (por exemplo em caso de eventual epidemia no Município Consorciado ou déficit de profissionais para o atendimento de emergência) e não houver disponibilidade orçamentária para a aquisição integral no momento da deflagração da fase externa.

Diante de todo o exposto, vislumbro o cumprimento dos requisitos acima expostos, razão pela qual, **voto com o relator** pelo provimento aos recursos ordinários para reformar a decisão proferida pela Primeira Câmara, na Sessão do dia 3/11/20, nos autos da Denúncia n. 969.142, afastando as multas impostas aos responsáveis, por entender que não há ilegalidade na terceirização e nem na contratação via pregão da prestação de serviços médicos em tela, e, **com a devida vênia, acrescento as ressalvas contidas na fundamentação deste voto.**

O credenciamento, por seu turno, é forma de contratação válida, **já pacificada no âmbito desta Corte**, nas situações em que se observa a inviabilidade de competição pela contratação de todos ou a maior oferta de profissionais/serviços do que a demanda do órgão contratante, **desde que observadas regras objetivas e imparciais de contratação de interessados, assim como dos demais princípios inerentes à Administração Pública.**

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, voto com o relator pelo provimento aos recursos ordinários para reformar a decisão prolatada pela Primeira Câmara, na Sessão do dia 3/11/20, nos autos da Denúncia n. 969.142, afastando as multas impostas aos responsáveis, por entender que não há ilegalidade na terceirização e nem na contratação via pregão da prestação de serviços médicos em tela.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

Acompanho o Conselheiro José Alves Viana.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Também acompanho o Relator.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

ENTÃO, FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL MARCÍLIO BARENCO CORRÊA DE MELLO.)

* * * * *

dca/rp/ms