

Processo: 1107535

Natureza: DENÚNCIA

Denunciante: Diagnóstico Vida Gestão e Saúde Ltda.

Denunciada: Prefeitura Municipal de Planura

Responsáveis: André Luiz de Moraes Parula, secretário municipal de Saúde e subscritor do edital; Angelita de Lima Pedro, responsável pelo Departamento de Licitações e subscritora do edital

Interessado: Antônio Luiz Botelho, prefeito

Procuradores: Ânderson de Castro e Cordeiro, OAB/MG 145.820; Ângela Cristina Pupim Lima, OAB/MG 208.912; Angelina Silva de Oliveira, OAB/MG 160.956; Bruna Tamiris Freire da Silva Campos, OAB/MG 199.517; Daniel Ricardo Davi Sousa, OAB/MG 94.229; Daniely Souza Abreu, OAB/MG 191.368; Gabriela Resende Santos Souza, OAB/MG 169.526; Guilherme Stylianoudakis de Carvalho, OAB/MG 165.569; Gustavo Brito Rabelo, OAB/MG 204.336; Gustavo Fernandes Mota Borba, OAB/MG 190.137; Haiala Alberto Oliveira, OAB/MG 98.420; Igor Geraldo Magalhães Moreira, OAB/MG 186.420; Íris Cristina Fernandes Vieira, OAB/MG 140.037; José Custódio de Moura Neto, OAB/MG 160.084; Laila Soares Reis, OAB/MG 93.429; Maria Eugênia Prudente Gonçalves, OAB/MG 145.626; Matheus da Silva Druzian OAB/SP 291.135; Matheus Ribeiro Lopes, OAB/MG 202.504; Paula Fernandes Moreira, OAB/MG 154.392; Renata Soares Silva, OAB/MG 141.886; Roberta Catarina Giacomio, OAB/MG 120.513; Samantha Correia Martins, OAB/MG 50.703-E; Víctor Gomes Ribeiro, OAB/MG 164.557; Igor Vicente de Azevedo, OAB/SP 298.658; Danilo Pierote Silva, OAB/SP 312.828

MPTC: Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria

RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO

PRIMEIRA CÂMARA – 16/5/2023

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. CREDENCIAMENTO. PESSOA JURÍDICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. VERIFICAÇÃO DA POTENCIALIDADE DE ATUAÇÃO NA PARTICIPAÇÃO DOS FATOS. ASSINATURA NO EDITAL. REJEIÇÃO. MÉRITO. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. REGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO APONTAMENTO. ART. 169 DA LEI N. 14.133/2021. LINHAS DE DEFESA. PROVOCAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO ANTES DA IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. NÃO REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. CREDENCIAMENTO. HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE VAGAS COMPATÍVEIS NO QUADRO DE SERVIDORES DO MUNICÍPIO. COBERTURA URGENTE E EMERGENCIAL. ESSENCIALIDADE DOS SERVIÇOS. PLURALIDADE DE INTERESSADOS. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DE PREÇO. NÃO COMPROVAÇÃO DE SOBREPREÇO. AFASTADOS

OS APONTAMENTOS DE IRREGULARIDADES. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA.
EXTINÇÃO DO FEITO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. Verificado o nexo de causalidade em relação às eventuais irregularidades e a atuação de determinado agente público, não cabe o acolhimento da alegação de ilegitimidade passiva, devendo a efetiva participação nos fatos apontados como irregulares ser aferida quando da análise de mérito.
2. Em se tratando de credenciamento, cuja forma de seleção é diversa da do procedimento licitatório (pregão ou da concorrência por exemplo), não é cabível exigir-se a inscrição no conselho profissional apenas no momento da contratação. Isso porque, neste instrumento auxiliar para fins de contratação, não há a chamada relação de exclusão, tendo em vista que todos os interessados em contratar com a Administração Pública que demonstrem atender as suas exigências podem ser contratados.
3. Com fulcro em garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas, não há óbice para que o licitante ou qualquer cidadão apresente denúncia perante o Tribunal de Contas competente, ainda que não tenha interposto impugnação ao instrumento convocatório no momento oportuno. Isto posto, não é razoável impor ao denunciante o dever de, necessariamente, provocar a Administração para buscar o reconhecimento de seu direito, antes de recorrer ao auxílio do controle externo.
4. Diante da impossibilidade de limitar o número de contratados necessários para a execução do contrato, havendo pluralidade de possíveis interessados, bem como da ausência de capacidade operacional do ente, considera-se legítima a adoção do credenciamento, não havendo, portanto, burla ao instituto do concurso público.
5. O credenciamento previsto na Lei n. 8.666/93, usado em hipótese de inexigibilidade de licitação, está sujeito à instrução de seu processo com os elementos previstos no parágrafo único do art. 26, dentre os quais se inclui a necessidade de motivação dos preços aventados. Isso porque o Poder Público deve pautar suas aquisições nos princípios da economicidade, da eficiência e da moralidade, além da indisponibilidade do interesse público, o qual impõe ao administrador a gestão do patrimônio da coletividade de modo racional e a evitar quaisquer prejuízos à sociedade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, em:

- I) rejeitar, em sede de preliminar, a alegação de ilegitimidade passiva da Sra. Angelita de Lima Pedro, nos termos da proposta de voto do relator, tendo em vista que a referida agente pública é parte legítima para compor a relação processual, considerando que poderia, pelo menos em tese, ser responsabilizada por este Tribunal;
- II) no mérito, nos termos do voto divergente do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, julgar improcedente a denúncia e declarar a extinção do feito com resolução de mérito, nos termos do art. 176, IV, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro Agostinho Patrus e o Conselheiro Presidente Durval Ângelo. Não acolhida a proposta de voto do Relator quanto ao mérito.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 16 de maio de 2023.

DURVAL ÂNGELO
Presidente

ADONIAS MONTEIRO
Relator

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Prolator de voto vencedor

(assinado digitalmente)



NOTAS TAQUIGRÁFICAS
PRIMEIRA CÂMARA – 21/3/2023

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada por Diagnóstico Vida Gestão e Saúde Ltda., peça n. 1, na qual relata irregularidades ocorridas no Processo Licitatório n. 86/2021, Credenciamento n. 5/2021, Inexigibilidade de Licitação n. 7/2021, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Planura, cujo objeto consistiu no “credenciamento e cadastramento de reserva de pessoa jurídica para prestação de Serviços Médicos ao Município de Planura/MG [...]”, com estimativa mensal definida, com e sem feriados, em R\$ 203.601,88, consoante item 1 do Anexo I do edital.

Em síntese, a denunciante apontou que o edital restringiria a competitividade por exigir, no item 3.1.3, “c”, o registro das licitantes no Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais – CRM/MG, o que frustraria a participação de interessadas que contassem com registro em conselho profissional de classe de outra unidade da federação. Ressaltou que, enquanto a exigência de inscrição nos conselhos é medida aceitável e legítima, não se poderia requisitar das participantes registro prévio ou visto do CRM do local da prestação dos serviços antes da assinatura do contrato, sob pena de violação ao disposto na Lei n. 6.839/1980 e na Resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM n. 1.980/2011. Para corroborar suas alegações, colacionou precedentes do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE/SP e do Tribunal de Contas da União – TCU. Ao final requereu, como medida cautelar, a suspensão do certame.

A abertura do certame estava prevista para o dia 24/8/2021.

A documentação foi recebida pela Presidência como denúncia em 23/8/2021, peça n. 14, tendo os autos sido distribuídos à minha relatoria no mesmo dia, peça n. 15.

Em juízo inicial, peça n. 16, entendi que se revelava prudente e conveniente a requisição de documentos e informações à Administração Pública para aprofundamento sobre a questão levantada. Assim, determinei a intimação do Sr. André Luiz de Moraes Parula, secretário municipal de Saúde e subscritor do edital, e da Sra. Angelita de Lima Pedro, responsável pelo Departamento de Licitações e subscritora do edital, para que, no prazo de 48 horas, enviassem cópia dos documentos atualizados relativos às fases interna e externa do certame, informando o estágio em que se encontrava o procedimento de credenciamento no momento do cumprimento da intimação e, ainda, apresentassem as justificativas e documentos que entendessem cabíveis acerca das alegações da denunciante.

Intimados, os referidos agentes públicos carregaram aos autos documentos atinentes ao certame e apresentaram esclarecimentos, peça n. 30, informando que o credenciamento já havia sido concluído e o contrato assinado. No tocante ao apontamento de irregularidade da denúncia, afirmaram que a exigência de registro dos licitantes no CRM/MG se deu amparada pela Resolução CFM n. 1.980/2011, que fixa regras para cadastro, registro, responsabilidade técnica e cancelamento para as pessoas jurídicas. Ademais, alegaram que não houve, pela denunciante, impugnação ou questionamento perante a Comissão de Licitação. Requereram, ao final, o arquivamento do feito.

Ato contínuo, tendo verificado que a Prefeitura de Planura firmou termo de credenciamento com a empresa Atento Serviços de Saúde Ltda., peça n. 22, remeti os autos ao Centro de Fiscalização Integrada e Inteligência Suricato – Central Suricato, peça n. 36, para que procedesse à análise da compatibilidade dos valores contratados com aqueles praticados no

mercado, bem como para pesquisa, nas bases de dados deste Tribunal, sobre a empresa, a fim de que fosse verificado se ela já havia prestado serviços em outros municípios e se existiria indícios de irregularidades em sua constituição ou atuação.

Em resposta, a Central Suricato apresentou estudo, à peça n. 36, no qual concluiu, em suma, que não teriam sido observados indícios de sobrepreço no valor por hora de serviço contratado, embora tenha destacado que a análise ficou prejudicada ante a falta de amostra para comparação. Além disso, afirmou que não foram observados indícios de irregularidades quanto aos vínculos societários da empresa, tampouco quanto à sua constituição e atuação, ressaltando a existência de diversas contratações com pessoas jurídicas desde a sua fundação.

Diante do quadro que se apresentou, tendo sido assinado o contrato e contraídas obrigações pela Administração, não vislumbrando, em juízo de cognição sumária, prejuízo relevante na continuidade da execução contratual, indeferi a pretensão de suspensão cautelar do credenciamento, peça n. 37, por entender ausente o requisito do *periculum in mora*, indispensável à concessão de qualquer providência cautelar, sem prejuízo da proposição de adoção oportuna de outras medidas acautelatórias e da aplicação de quaisquer das sanções previstas na Lei Orgânica desta Casa, após a instrução processual.

Em seguida, os autos foram encaminhados à 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios – 1ª CFM que, no exame técnico à peça n. 44, concluiu pela irregularidade da exigência de registro no CRM/MG na fase de habilitação, e não no momento de execução do contrato. Propôs, ao final, a citação dos responsáveis.

O Ministério Público de Contas, por sua vez, em manifestação preliminar à peça n. 46, quanto à exigência de inscrição no CRM/MG, concluiu pela procedência do apontamento, uma vez que a condição imposta poderia restringir indevidamente a participação das empresas interessadas no certame, o que ensejaria a aplicação de multa aos responsáveis. Ademais, apresentou apontamentos complementares, concernentes à possível violação ao princípio do concurso público, em decorrência do credenciamento examinado nos autos, e à ausência de justificativa de preço no procedimento, em afronta ao art. 26, parágrafo único, III, da Lei n. 8.666/93. Sugeriu, por fim, a citação dos responsáveis.

Na sequência, determinei a citação dos Srs. André Luiz de Moraes Parula, secretário municipal de Saúde, e Angelita de Lima Pedro, responsável pelo Departamento de Licitações, ambos subscritores do edital, peça n. 47, para que apresentassem defesa e/ou documentos que entendessem pertinentes quanto aos apontamentos da denúncia, da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas. Além disso, determinei a intimação do Sr. Antônio Luiz Botelho, prefeito de Planura, para que informasse se foram realizados procedimentos licitatórios para contratação de profissionais para prestação de serviços médicos no contexto do município, tendo em vista a possível afronta à exigência de realização de concurso público para preenchimento de emprego ou cargo público.

Os responsáveis Srs. André Luiz de Moraes Parula e Angelita de Lima Pedro, além do Sr. Antônio Luiz Botelho, intimado, manifestaram-se conjuntamente, peça n. 60, arguindo, inicialmente, a ilegitimidade passiva da referida agente pública. No mérito, quanto às irregularidades apontadas, afirmaram que: i) inexistia, na estrutura da Administração Municipal, cargos correspondentes aos visados pelo credenciamento, existindo apenas um, de clínico geral, preenchido por concurso; ii) foi realizada pesquisa de preços, a fim de verificar os valores estabelecidos no edital e sua compatibilidade com os praticados no mercado; iii) a exigência de registro no CRM/MG, na fase de habilitação, baseou-se na Resolução CFM n. 1.980/2011, tendo os servidores agido de boa-fé e em estrita observância à legislação pertinente, inexistindo prejuízo, e ressaltando que, nos novos procedimentos, deixou-se de exigir o registro prévio à contratação. Ao final, requereram o arquivamento do feito.

No reexame, peça n. 63, a 1ª CFM rechaçou a preliminar de ilegitimidade passiva aventada, uma vez que constava a assinatura da Sra. Angelita de Lima Pedro no edital, sendo assim responsável pelas cláusulas que ratificou. No mérito, manifestou-se pela procedência do apontamento de irregularidade da denúncia, envolvendo a exigência de registro no CRM/MG como requisito de qualificação técnica. Ademais, concluiu pela procedência parcial dos apontamentos complementares do *Parquet* de Contas, manifestando-se pela improcedência da irregularidade atinente à possível burla ao concurso público e, lado outro, pela procedência do apontamento referente à ausência de justificativa de preço.

No mesmo sentido, o Ministério Público de Contas, em seu parecer conclusivo, peça n. 65, se manifestou pelo não acolhimento da preliminar arguida, e, no mérito, pela procedência parcial das irregularidades examinadas nos autos, nos moldes do reexame da Unidade Técnica, além de aplicação de multa aos responsáveis.

É o relatório.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

Com a palavra a Dra. Renata Soares Silva para sua sustentação oral, representando, neste ato, André Luiz de Moraes Parula e Angelita de Lima Pedro.

Concedo a palavra à Dra. Renata para apresentar suas alegações, por até quinze minutos, conforme previsto no § 3º do art. 191 do Regimento Interno.

ADVOGADA RENATA SOARES SILVA:

Renovo os meus votos, Excelências.

Trata-se de uma denúncia realizada pela pessoa jurídica Casa de Diagnóstico Vida Gestão e Saúde, em face do Processo Licitatório 086/2021, que se tratou de uma inexigibilidade – 007/2021 –, que tinha como objetivo credenciamento e cadastramento de reserva de pessoa jurídica para prestação de serviços médicos do Município de Planura. O Município de Planura estava com uma grande dificuldade em contratar médicos plantonistas.

Inicialmente, nós pugnamos, aqui, pela preliminar de ilegitimidade passiva com relação à denunciada Angelita de Lima Pedro, uma vez que a mesma nada tem a ver com esse processo. Ela é meramente auxiliar e não realizou qualquer ato decisório nesse processo. Então, pedimos a sua exclusão do polo.

No mérito, Excelências, como eu já havia mencionado, o município tinha uma necessidade de contratar médicos plantonistas para realizar a urgência e a emergência em uma unidade de saúde do município, exatamente porque, inicialmente, só havia a previsão da contratação de Clínico Geral. Para essa vaga foi aberto um edital de concurso público e foram aprovados somente dois médicos. O primeiro tomou posse e renunciou; e o segundo foi nomeado. Então, o município sequer tinha cadastro reserva com relação a essa única vaga que possuía. Daí porque, Excelências, foi necessária essa inexigibilidade de licitação. Com relação a essa irregularidade, entendemos que ela restou superada nos argumentos e documentos trazidos na defesa.

Com relação à justificativa de preço, foi juntado aos autos o termo de credenciamento – também entendemos que essa questão foi afastada – e a exigência de inscrição no CRM do Estado de Minas Gerais. Excelências, nesse ponto é importante trazer ao conhecimento de que a empresa denunciante, em qualquer momento, impugnou o edital de licitação. Então, entendemos que não há qualquer dano, qualquer prejuízo à empresa, uma vez que, quando teve a oportunidade, ela não se manifestou.

Com essas considerações, pedimos pelo não provimento da denúncia. É o que se requer.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

Passo a palavra ao Conselheiro Substituto Adonias Monteiro para prolatar a proposta de voto.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

Agradeço à Dra. Renata.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Preliminar

1.1 Ilegitimidade Passiva

A responsável Sra. Angelita de Lima Pedro arguiu, à peça n. 60, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, pois não integrava, à época, a Comissão Permanente de Licitação, consoante dispunha o Decreto Municipal n. 9/2021, nem mesmo qualquer equipe de apoio. Afirmou, nesse sentido, ser apenas servidora atuante na parte operacional do setor de licitações, cuja função seria meramente auxiliar, não tendo realizado qualquer ato decisório ou administrativo ensejador de responsabilização. Alegou, ainda, que não lhe competia o dever de revisar todos os editais e procedimentos licitatórios, bem como convênios ou instrumentos congêneres efetivados pelas secretarias locais.

Em oposição, a Unidade Técnica, no reexame à peça n. 63, atestou que a gestora em questão assinou o Edital de Credenciamento n. 5/2021, Inexigibilidade de Licitação n. 7/2021, objeto dos autos, e que, assim, de acordo com a jurisprudência dessa Corte, teria responsabilidade pelo seu conteúdo. Concluiu, outrossim, que a mera alegação de que exercia função administrativa não seria suficiente para afastar sua responsabilização, pugnando pelo afastamento da preliminar aventada, no que foi acompanhada pelo Ministério Público de Contas, em seu parecer conclusivo, peça n. 65.

Inicialmente, para fins de contextualização, compartilho a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni¹, diante da análise da teoria de Liebman, a respeito das condições da ação, *in verbis*:

Ao tratar da legitimação para agir, assim se expressa LIEBMAN: “Legitimação para agir (*legitimatio ad causam*) é a titularidade (ativa e passiva) da ação. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual [*nei cui confronti*] ele existe (...). Também quanto à ação, prevalece o elementar princípio segundo o qual apenas o seu titular pode exercê-la; e tratando-se de direito a ser exercido necessariamente com referência a uma parte contrária, também esta deve ser precisamente a pessoa que, para os fins do provimento pedido, aparece como titular de um interesse oposto, ou seja, aquele em cuja esfera jurídica deverá produzir efeitos o provimento pedido. A legitimação, como requisito da ação, é uma condição para o pronunciamento sobre o mérito do pedido: indica, pois, para cada processo, *as justas partes*, as *partes legítimas*, isto é, as pessoas que devem estar presentes para que o juiz possa julgar sobre determinado objeto. Entre esses dois requisitos, ou seja, a existência do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva, o segundo é que deve ter precedência, porque só em presença dos dois interessados diretos é que o juiz pode

¹ Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil, Volume 1 [livro eletrônico] / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. -- 5. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, págs. 258/259.

examinar se o interesse exposto pelo autor efetivamente existe e se ele apresenta os requisitos necessários”.

A análise da legitimidade passiva, portanto, perpassa primordialmente pela verificação da potencialidade de atuação do envolvido na participação dos fatos discutidos nos autos, porém, em exame perfunctório das questões examinadas no feito, sem levar em consideração, neste momento, fatos atinentes ao mérito.

Nestes termos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que adota a teoria da asserção, estabelece que as “[...] condições da ação, dentre elas o interesse processual e a legitimidade, definem-se da narrativa formulada inicial, não da análise do mérito da demanda (teoria da asserção), razão pela qual não se recomenda ao julgador, na fase postulatória, se aprofundar no exame de tais preliminares” (REsp n. 1561498/RJ, relator ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 1/3/2016, DJe 7/3/2016).

Compulsando os autos, à peça n. 32, verifiquei que, de fato, consta a assinatura da Sra. Angelita de Lima Pedro no Edital de Credenciamento n. 5/2021, o que atrai sua potencial responsabilização, exatamente por figurar como subscritora do documento ensejador das irregularidades apontadas. A propósito, ressalto precedente deste Tribunal quanto à responsabilidade do subscritor do edital em relação ao conteúdo do documento que assina, nos seguintes termos:

RECURSOS ORDINÁRIOS. DENÚNCIA. CONHECIMENTO. MÉRITO. SUBSCRITOR DO EDITAL DE LICITAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELO CONTEÚDO. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA DE 100% DO QUANTITATIVO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE MULTA AO GESTOR. OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO DESNECESSÁRIA. NÃO PROVIMENTO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

1. O subscritor do edital de licitação é responsável pelo seu conteúdo, ainda que o documento tenha sido elaborado com base em minuta disponibilizada por órgão central da administração ou tenha sido submetido à apreciação de assessoria jurídica.

[...]

(Recurso Ordinário n. 969647, de relatoria do conselheiro em exercício Hamilton Coelho, julgado pelo Tribunal Pleno, na sessão do dia 1/8/2018)

Ante todo o exposto, levando em conta que, ao assinar o edital do procedimento licitatório, a agente pública anuiu com o seu conteúdo, atraindo para si o dever de zelar pela legalidade do certame, entendo que é parte legítima para compor a relação processual, pois poderia, pelo menos em tese, ser responsabilizada por este Tribunal, devendo eventuais fundamentos de responsabilização ser analisados no mérito, considerando as condutas praticadas individualmente, razão pela qual proponho que seja rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela Sra. Angelita de Lima Pedro.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

VISTA DO PROCESSO CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA MARIA CECÍLIA BORGES.)

RETORNO DE VISTA
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
PRIMEIRA CÂMARA – 16/5/2023

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia apresentada pela empresa Diagnóstico Vida Gestão e Saúde Ltda. em face de possíveis irregularidades no âmbito do Processo Licitatório n. 86/21, Credenciamento n. 05/21, Inexigibilidade de Licitação n. 07/21, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Planura, cujo objeto consistiu no credenciamento e cadastramento de reserva de pessoa jurídica para prestação de serviços médicos no município.

Na sessão da Primeira Câmara ocorrida no dia 21/03/23, após a realização de sustentação oral pela procuradora do Senhor André Luiz de Moraes Parula e da Senhora Angelita de Lima Pedro, o relator, conselheiro substituto Adonias Monteiro, apresentou sua proposta de voto, rejeitando a preliminar de ilegitimidade passiva arguida.

Na sequência, pedi vista do processo.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Compulsando os autos, vislumbrei, ao contrário do que fora alegado por sua procuradora em sede de sustentação oral, que a Senhora Angelita de Lima Pedro, responsável pelo Departamento de Licitações, subscreveu o edital do Processo Licitatório n. 86/21, Credenciamento n. 05/21, Inexigibilidade de Licitação n. 07/21, não tendo atuado, portanto, como “mera auxiliar”.

Desse modo, considero que a proposta de voto apresentada pelo relator, em sede de preliminar, apreciou adequadamente a matéria, não carecendo de qualquer reparo, razão pela qual acolho-a integralmente.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, acolho a proposta de voto do relator pela rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela Senhora Angelita de Lima Pedro.

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator.

FICA ACOLHIDA A PROPOSTA DE VOTO QUANTO À PRELIMINAR.

Ultrapassada a deliberação da preliminar arguida, indago ao Conselheiro Substituto Adonias Monteiro se estaria em condições de relatar o mérito.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

Sim, Senhor Presidente.

2. Mérito

2.1 Apontamento da denúncia

2.1.1 Exigência de registro no CRM/MG, como requisito de qualificação técnica

A denunciante apontou ter ocorrido restrição à competitividade no Edital de Credenciamento n. 5/2021, Inexigibilidade de Licitação n. 7/2021, ante a disposição do item 3.1.3, “c”, que exigia “prova de registro da empresa no Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais – CRM/MG” para qualificação técnica das participantes. A empresa aduziu que, por sua sede estar localizada no Estado de São Paulo, tem seu CRM chancelado por aquele estado, o que obstou sua participação no certame. Nessa perspectiva, argumentou a irregularidade da cláusula, visto que a exigência de inscrição prévia e específica no conselho regional de Minas Gerais, anteriormente ao resultado, implicaria restrição ao caráter competitivo do certame, o que não encontraria guarida na legislação aplicável.

Na manifestação apresentada em cumprimento à intimação determinada nos autos, peça n. 30, os gestores afirmaram, em relação à cláusula impugnada, que agiram amparados pela Resolução n. 1980/2011, que determina, em seu art. 3º, que as “as empresas, instituições, entidades ou estabelecimentos prestadores e/ou intermediadores de assistência à saúde com personalidade jurídica de direito privado devem registrar-se nos Conselhos Regionais de Medicina da jurisdição em que atuarem, nos termos das Leis n. 6.839/80 e n. 9.656/98”. Ressaltaram ter agido de boa-fé, norteados pela segurança jurídica, e que a empresa denunciante nem ao menos impugnou o edital, sequer solicitando esclarecimentos à Comissão de Licitação.

A 1ª CFM, em seu exame inicial à peça n. 44, assim se manifestou quanto ao apontamento da denúncia:

Da disposição acima, constata-se que é condição essencial ao exercício da atividade de saúde o registro no conselho regional de medicina da jurisdição em que a empresa atuar.

Nesse sentido, é possível afirmar que o registro junto ao CRM/MG consiste em obrigação a ser satisfeita pela futura empresa contratada, no momento da execução contratual, uma vez que a empresa participante pode ainda não atuar no Estado de Minas Gerais.

O que não se admite, portanto, é a exigência de registro de todos os licitantes perante o CRM/MG, quando ainda não se sabe quem será o vencedor do certame e prestará os serviços objeto da licitação.

Nesse sentido, em caso análogo, o Tribunal de Contas da União já decidiu sobre o assunto:

5. A respeito desse ponto, relembro que este Tribunal tem jurisprudência firme no sentido de que **a exigência de registro ou visto no CREA do local de realização da obra licitada somente dar-se-á no momento da contratação**. Nessa linha, cito as Decisões Plenárias 279/1998 e 348/1999, o Acórdão 979/2005-Plenário e o Acórdão 992/2007-Primeira Câmara.

6. O entendimento do Tribunal fundamenta-se no princípio constitucional da universalidade de participação em licitações, impondo-se ao ato convocatório o estabelecimento de regras que garantam a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, vedadas cláusulas desnecessárias ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo do certame”. (TCU – Acórdão 772/2009)

Nessa toada, esta Corte de Contas também possui entendimento sobre o tema. Veja-se:

DENÚNCIA. EDITAL DE LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. IRREGULARIDADES. AUSÊNCIA DO DEMONSTRATIVO DO PERCENTUAL DE BDI JUNTAMENTE COM A PROPOSTA. INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. EXIGÊNCIA DE VISTO DO CREA LOCAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO. [...]

3. Mostra-se desarrazoada a imposição, como condição de habilitação, de que as empresas interessadas no certame apresentem o visto no registro profissional expedido especificamente pelo CREA da localidade da prestação dos serviços, haja vista que tal requisito tem o condão de afastar licitantes de outros estados, por lhes impor ônus desnecessário, sem garantia de contratação. (Denúncia 1088936. Segunda Câmara. 29/04/2021)

No presente caso, verifica-se que o cadastro junto ao CRM/MG é exigido em face de todas as licitantes interessadas, no momento da habilitação, e não só quando da execução do contrato, por aquela sagrada vencedora, de modo que esta Coordenadoria entende pela procedência das alegações do denunciante.

O aludido posicionamento foi acompanhado pelo Ministério Público de Contas que, à peça n. 46, afirmou que a exigência “[...] pode restringir indevidamente a participação das empresas interessadas no certame e que tenham sede em outros estados, de modo a configurar direcionamento da licitação para aqueles licitantes que se encontram no estado de Minas Gerais”.

Em defesa, à peça n. 60, os responsáveis reforçaram os argumentos apresentados na manifestação prévia, reiterando que os atos foram praticados com boa-fé, não tendo originado dano ao erário, o que afastaria o condão de eventual sancionamento por este Tribunal. Informaram, nessa perspectiva, que, ao realizar novos procedimentos licitatórios para prestação de serviços médicos², deixaram de exigir a inscrição no CRM do Estado de Minas Gerais no momento da habilitação, e sim, na contratação, demonstrando terem acolhido as recomendações desta Corte.

Sobre o apontamento, destaco, nos moldes dos exames técnicos e dos pareceres ministeriais apresentados, que o art. 3º da Resolução CFM n. 1980/2011, utilizado como justificativa pelos subscritores do edital quanto à exigência questionada, de fato dispõe sobre a necessidade de as empresas de assistência à saúde se registrarem nos conselhos regionais de medicina da jurisdição em que atuarem. Contudo, inexistente, no dispositivo em questão, norma impositiva no sentido de que licitantes interessadas em participar de eventual procedimento licitatório devam fazê-lo.

A imposição promovida pela legislação, nos moldes do art. 30, I e IV³ da Lei n. 8.666/1993 e do art. 67, V⁴ da Lei n. 14.133/2021, é de que as empresas devem ser registradas nos conselhos regionais do território em que atuem, o que integra, inclusive, a qualificação técnica. No entanto, nada impede que licitantes de estados distintos ao do órgão licitante – que, por consequência, possuam registro em CRM diverso – possam participar de procedimentos

² Segundo manifestação dos responsáveis, Processo Licitatório n. 98/2021, Inexigibilidade de Licitação n. 9/2021, Credenciamento n. 7/2021 e Processo Licitatório n. 5/2022, Inexigibilidade de Licitação n. 3/2022, Credenciamento n. 3/2022.

³ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

⁴ Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

V - registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso;

licitatórios no âmbito do estado em que aquele se encontra sediado, visto que, até o momento de assinatura do contrato, não se pode inferir que atuem em tal território. No caso em análise, a empresa denunciante, com sede em São Paulo, viu-se obstada de participar do credenciamento, embora contasse, à época, com registro no CRM/SP, não tendo sido demonstrada atuação prévia no âmbito do estado de Minas Gerais.

A propósito, de acordo com a jurisprudência do TCU, considera-se irregular a exigência de registro em conselhos profissionais de forma prévia à assinatura do contrato, uma vez que tal exigência representa afronta à competitividade do certame, conforme ilustrado pelo enunciado a seguir, anterior ao procedimento licitatório objeto dos autos:

A exigência de registro no Crea do local de realização da obra licitada somente deve ocorrer no momento da contratação, não na fase de qualificação técnica, de forma a evitar que as licitantes tenham despesas desnecessárias para participar de licitação. (Acórdão 10362/2017, relator ministro substituto Marcos Bemquerer Costa, julgado em 6/12/2017 pela Segunda Câmara)

Depreende-se, assim, do comando normativo e da jurisprudência apresentada, que a exigência de registro no CRM das empresas atuantes na área de atendimento à saúde, embora válida no território em que atuam, o que se depreende por lei, não deve ser exigida antes da efetiva assinatura do contrato decorrente do certame, visto comprometer a competitividade e obstar a participação de licitantes de outros estados, de forma desproporcional.

O administrador público tem a obrigação de cumprir de forma exata os preceitos do Direito que regem sua atuação, estando submetido aos princípios constitucionais citados no *caput* do art. 37 da Constituição da República, dentre os quais destaco o princípio da legalidade, segundo o qual o agente público somente pode agir de acordo e nos limites da lei.

Assim, entendo que a exigência de apresentação de registro no CRM/MG previamente à assinatura do contrato contraria o art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 8.666/1993, renovado no art. 9º, I, “a”, da Lei n. 14.133/2021, em prejuízo aos princípios da legalidade, da isonomia e da ampla competitividade, razão pela qual proponho que seja julgado procedente o apontamento.

Somado a isso, depreende-se dos documentos acostados aos autos, peça n. 22, que apenas uma empresa participou do credenciamento em sessão realizada no dia 24/8/2021, a qual foi declarada credenciada em 1º lugar, conforme ata da sessão de julgamento, págs. 1 a 2, o que foi validado, numa análise de legalidade, pelo procurador municipal, parecer acostado às págs. 4 a 6, e pela controladora-geral, parecer acostado à pág. 7, bem como ratificado pelo prefeito municipal, pág. 8. Ao final, firmou-se o termo de credenciamento com a empresa Atento Serviços de Saúde Ltda. pelo valor global de R\$ 2.591.458,56, com vigência de 24/8/2021 a 31/12/2021, págs. 9 a 11, o que se confirma com o extrato de Contrato n. 149/2021, publicado no átrio da Prefeitura em 24/8/2021, pág. 12.

Não obstante a Administração tenha adotado o instituto do credenciamento para a contratação em tela, não se vislumbrou o credenciamento de outros interessados, havendo fortes indícios de que a exigência em exame pode ter comprometido o credenciamento de outros interessados, o que, em tese, desconstrói o referido instituto, que tem por fim propiciar a participação do maior número possível de prestadores de serviços, a fim de suportar a demanda complementar na qual o quadro permanente de pessoal seria insuficiente, agravado com a pandemia no caso concreto, conforme justificativa constante do termo de referência, peça n. 29, pág. 3, sendo que qualquer dos credenciados estaria em condições de executar o contrato com qualidade, uma vez atendidos os requisitos do ato convocatório.

Vale esclarecer que a adoção do credenciamento somente será possível quando a satisfação do interesse público almejado depender da contratação de diversos particulares e não de um só.

Nas palavras de Marçal Justen Filho⁵, somente se impõe a licitação se existir, para a contratação pela Administração, a viabilidade da competição entre os particulares em situações de exclusão. Na hipótese de um número ilimitado de contratações e/ou quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração, ausente a referida condição de exclusão, a opção poderá ser o credenciamento:

Mas somente se impõe a licitação quando a contratação por parte da Administração pressupuser a competição entre os particulares por uma contratação que não admita a satisfação concomitante de todos os possíveis interessados.

A obrigatoriedade da licitação somente ocorre nas situações de exclusão, em que a contratação pela Administração com determinado particular exclua a possibilidade de contratação de outrem. Já que haverá uma única contratação, excludente da viabilidade de outro contrato ter o mesmo objeto, põe-se o problema da seleção da alternativa mais vantajosa e do respeito ao princípio da isonomia. É necessário escolher entre diversas alternativas e diferentes particulares interessados. A licitação destina-se a assegurar que essa escolha seja feita segundo os valores norteadores do ordenamento jurídico.

Por isso, não haverá necessidade de licitação quando for viável um número ilimitado de contratações e (ou) quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração. Isso se verificará especialmente quando uma alternativa de contratar não for excludente de outras, de molde a que a Administração disponha de condições de promover contratações similares com todos os particulares que preencherem os requisitos necessários. Sempre que a contratação não caracterizar uma "escolha" ou "preferência" da Administração por uma dentre diversas alternativas, será desnecessária a licitação.

Nessas hipóteses, em que não se verifica a exclusão entre as contratações públicas, a solução será o credenciamento. A Administração deverá editar um ato de cunho regulamentar, fundado no reconhecimento da ausência de exclusão de contratação de um número indeterminado de particulares para atendimento a certas necessidades, no qual serão estabelecidas as condições, os requisitos e os limites não apenas para as futuras contratações como também para que os particulares obtenham o credenciamento - ato formal por meio do qual o particular é reconhecido como em condições de contratação.

O credenciamento envolve uma espécie de cadastro de prestadores de serviço ou fornecedores. O credenciamento é o ato pelo qual o sujeito obtém a inscrição de seu nome no referido cadastro.

É necessário destacar que o cadastro para credenciamento deve estar permanentemente aberto a futuros interessados, ainda que seja possível estabelecer certos limites temporais para contratações concretas.

Portanto, a inobservância da lei quanto à exigência que ultrapasse seus ditames e represente afronta à competitividade, um dos pilares da licitação e um dos objetivos primordiais na contratação pela Administração, conforme o art. 3º da Lei n. 8.666/1993 e o art. 5º da Lei n. 14.133/2021, o que pode ter comprometido o credenciamento de diversos particulares, justificando-se, assim, a aplicação de sanção.

Dessa forma, com fundamento no art. 83, I c/c o art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/2008, proponho a aplicação de multa individual no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) aos responsáveis, Sr. André Luiz de Moraes Parula, secretário municipal de Saúde, e Sra. Angelita de Lima Pedro, responsável pelo Departamento de Licitações, ambos subscritores do edital.

Proponho, ainda, a emissão de recomendação ao atual prefeito de Planura, bem como ao atual secretário municipal de Saúde e ao responsável pelo Departamento de Licitações do aludido

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Thompson Reuters, Revista dos Tribunais. 18ª edição revista, atualizada e ampliada, pág. 75 a 76.

município, que, em contratações futuras, orientem os respectivos servidores responsáveis para que se abstenham de inserir, nos instrumentos convocatórios, cláusula que exija o registro no CRM/MG, ou outro conselho profissional, antes da efetiva contratação, evitando assim restrição indevida à competitividade do certame, em violação ao art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 8.666/1993.

Ademais, no que tange à argumentação da defesa quanto à presunção de que a denunciante teria aceitado as regras editalícias, uma vez que não realizou pedido de esclarecimento ou impugnação ao edital, importa considerar que, ainda que o edital se transmute em “lei” para os participantes que a ele se sujeitam, impondo às licitantes interessadas que sigam seus ditames, de acordo com os defendentes, isso não impede que haja, por este Tribunal, ainda que em momento posterior ao da pactuação, o controle efetivo da legalidade do instrumento. Nesse sentido, destaco que no julgamento da Denúncia n. 1066512, de relatoria do conselheiro Wanderley Ávila, relator para o acórdão conselheiro Cláudio Couto Terrão, a Segunda Câmara, em sessão de 2/9/2021, adotou o entendimento segundo o qual “A ausência de impugnação do edital junto ao órgão realizador do certame licitatório não obsta a apresentação de denúncia perante esta Corte de Contas”.

Não obstante, afigura-se pertinente trazer à tona recente posicionamento adotado pelo TCU, que reforçou, no Acórdão n. 1805/2022⁶, diante das mudanças legislativas operadas pela nova Lei de Licitações, previstas no art. 169⁷ da Lei n. 14.133/2021, a necessidade de respeito às linhas de defesa passíveis de serem utilizadas pelos interessados em eventual contratação pública. O TCU asseverou que a empresa deve fazer uso da primeira (estrutura interna) e da segunda (assessoramento jurídico e controle interno do próprio órgão ou entidade) linha de defesa, antes que possa ingressar perante a terceira (órgão central de controle interno da Administração e tribunal de contas), aqui representada por este Tribunal, de forma a evitar múltiplos esforços de apuração, em desfavor do interesse público, sob pena inclusive de eventual configuração de litigância de má-fé e aplicação da devida sanção, tudo sob o condão do princípio da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

⁶ “Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ACORDAM, por unanimidade, [...], em: [...] reforçar a informação à representante, já comunicada mediante o Acórdão 572/2022-TCU-Plenário, de que, considerando o princípio da eficiência insculpido no art. 37 da Constituição Federal e as disposições previstas no art. 169 da Lei 14.133/2021, deve o interessado acionar inicialmente a primeira e a segunda linhas de defesa, no âmbito do próprio órgão/entidade, antes do ingresso junto à terceira linha de defesa, constituída pelo órgão central de controle interno e tribunais de contas, evitando, por exemplo, a apresentação de pedidos de esclarecimentos ou impugnação a edital lançado, ou mesmo de recurso administrativo concomitantemente com o ingresso de representações junto a esta Corte de Contas, sob pena de poder acarretar duplos esforços de apuração desnecessariamente, em desfavor do interesse público, bem como alertá-la de que isso pode configurar litigância de má-fé e ensejar a aplicação da multa prevista nos arts. 80 e 81 do Código de Processo Civil, tendo em vista a aplicação subsidiária, no Tribunal, das disposições advindas das normas processuais em vigor, art. 15 do CPC e art. 298 do Regimento Interno; [...] (Acórdão de Relação n. 1805/2022, relator ministro Vital do Rêgo, julgado pelo Plenário em 10/8/2022).

⁷ Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

Para melhor visualização da questão envolvendo as linhas de defesa, compartilho a doutrina de Joel de Menezes Niebuhr⁸ :

A nomenclatura empregada pela Lei n. 14.133/2021 é decorrente do *compliance* já fixada para as estatais ao estabelecer as linhas de defesa segregando funções de execução, de assessoramento e de controle interno da Administração. Assim é que a primeira linha deve ser integrada pelos agentes públicos da estrutura de governança, isto é, de execução dos atos necessários para a aquisição de bens e serviços e sua destinação de acordo com a lei, a ética e as melhores práticas administrativas. A expressão governança envolve estruturas, sistemas, normas, agentes, práticas processuais e administrativas, entre outras. Todas com vistas ao desempenho adequado para atingir seus fins.

Já a segunda linha trata do assessoramento jurídico e da unidade de controle interno do órgão. Integram-se naturalmente sob o aspecto sistêmico aos órgãos centrais de controle.

A terceira linha de defesa é integrada pelo órgão central de controle interno e, curiosamente, pelo Tribunal de Contas. Aí surge claramente a figura do controle externo cujas competências decorrem diretamente da Constituição Federal (artigo 71) e de sua Lei Orgânica cuja iniciativa também é de sua competência (Lei n. 8.443/1992). Igualmente não deixam de vigorar as regras básicas de planejamento e transparência já firmadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

É de se pontuar, portanto, sobre a possibilidade de litigância de má-fé, se o licitante, tendo a oportunidade de manifestar-se em vias administrativas, resolve silenciar-se para depois formular pleito aos tribunais de contas ou ao Poder Judiciário que poderia igualmente manifestar sem ônus perante a Administração Pública, contribuindo mais ainda para a sobrecarga do aparelho estatal judicial, bem como administrativo.

Contudo, não se pode perder de vista o direito de petição, de envergadura constitucional, previsto no art. 5º, inciso XXXIV, aí incluído o direito de denunciar aos tribunais de contas contra irregularidades na aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, tendo em vista que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas, a quem compete o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos pela referida lei, nos termos do art. 113 da Lei n. 8.666/1993. Mas a Lei n. 14.133/2021, sob uma nova perspectiva, traz uma mudança de paradigma ao delimitar as linhas de defesa e inserir o Tribunal de Contas na terceira linha de defesa, como medida de eficácia da governança nas contratações públicas e fortalecimento do controle interno.

Nesse cenário, proponho que seja informado à empresa denunciante, Diagnóstico Vida Gestão e Saúde Ltda., que, ao formular impugnações ou denúncias acerca de procedimentos licitatórios, observe as linhas de defesa estabelecidas no art. 169 da Lei n. 14.133/2021, alertando-a de que a inobservância de tal dispositivo legal, considerando as circunstâncias do caso concreto, pode configurar litigância de má-fé e ensejar a aplicação da multa prevista no art. 303 do Regimento Interno, e dos arts. 80 e 81 do Código de Processo Civil, aplicáveis supletivamente no âmbito deste Tribunal, nos termos do art. 379 do RITCEMG.

2.2 Apontamentos complementares efetuados pelo Ministério Público de Contas

2.2.1. Não realização de concurso público para contratação de profissionais para prestação de serviços médicos

⁸ Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos / Joel de Menezes Niebuhr et al. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. 1. 283p. Versão eletrônica disponível em: <https://www.zenite.com.br/books/nova-lei-de-licitacoes/nova_lei_de_licitacoes_e_contratos_administrativos.pdf>. Acesso em 20/10/2022.

O Ministério Público de Contas, em sua manifestação preliminar, peça n. 46, destacou, diante de possível burla ao princípio do concurso público, em face do Credenciamento n. 5/2021, realizado pela Prefeitura Municipal de Planura com a empresa Atento Serviços de Saúde Ltda., no valor global de R\$ 2.591.458,56, a necessidade de os responsáveis informarem se havia sido realizado, em período anterior, outros procedimentos licitatórios, visando à contratação de profissionais para prestação de serviços médicos municipais.

Assim, acolhi a manifestação ministerial e determinei, à pág. 47, a intimação do Sr. Antônio Luiz Botelho, prefeito de Planura, para que informasse se, previamente ao procedimento objeto dos autos, foram realizados procedimentos licitatórios para contratação de profissionais para prestação de serviços médicos.

O chefe do Executivo Municipal manifestou-se juntamente com os responsáveis, à peça n. 60, e afirmou ser importante mencionar que o credenciamento visou à contratação de serviços “[...] na qualidade de plantões 12x36 na rede de urgência e emergência da unidade mista de saúde do Município”, cargo que não existia na estrutura da Administração Municipal, consoante Lei Municipal n. 75/2021, que dispõe sobre a estrutura de cargos municipal. Além disso, salientou que existe, no Município de Planura, somente um cargo de clínico geral, inexistindo opção senão a prática adotada para efetuar os serviços médicos de urgência e emergência prestados no pronto socorro municipal.

No reexame, à peça n. 63, a Unidade Técnica acolheu a argumentação trazida pelos gestores, nos seguintes termos:

De início, cumpre pontuar que a Constituição Federal estabelece a necessidade de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para investidura em cargo ou emprego público. Nesse sentido, o instituto jurídico do credenciamento deve ser utilizado com cautela, de modo a não violar o princípio constitucional do concurso público.

Feitas tais considerações, insta salientar que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem sido firmada no sentido de que é possível a utilização do instituto do credenciamento para fins de contratação de serviços de saúde no âmbito do SUS, nas hipóteses em que se observar a inviabilidade de competição:

[...]

No âmbito deste Tribunal de Contas, também entende-se ser possível a contratação de profissionais para a saúde por meio do instituto do credenciamento. É o que se infere do julgamento da Denúncia n. 969.142:

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

De modo semelhante, por meio da Consulta n. 811.980, de relatoria do Conselheiro Antônio Carlos Andrada, este Tribunal manifestou-se pela possibilidade de adoção do sistema de credenciamento pela Administração:

O Município pode realizar sistema de credenciamento de consultas médicas, desde que precedido de procedimento formal de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 5º, *caput*, c/c o parágrafo único do art. 26 da Lei n. 8.666/93.

No presente caso, os defendentes informaram que o cargo objeto do credenciamento não existe na estrutura do Município.

À Peça 57, foi anexada a Lei Complementar n. 073/2020, “que Dispõe sobre a criação e extinção de vagas, extinção de cargos públicos já existentes e modifica a estrutura do quadro de pessoal da Prefeitura Municipal de Planura e dá outras providências”. Nota-se que não foi apresentada a citada Lei Municipal nº 075/2021.

Também foi anexado o Edital Retificado de Abertura de Concurso Público n. 001/2015 (Peça n. 61), bem como a lista de aprovados no referido concurso (Peça n. 56), evidenciando que houve apenas 2 aprovados para o certame.

Pois bem, conforme já informado anteriormente, o objeto do Processo Licitatório n. 86/2021 - Credenciamento n. 005/2021 – Inexigibilidade n. 007/2021 é o credenciamento e cadastramento de reserva de pessoa jurídica para a prestação de serviços médicos no Município de Planura/MG.

[...]

Com efeito, considerando a inexistência de previsão de função equivalente na estrutura do Município, percebe-se que o credenciamento objetivou a contratação de serviços de forma complementar ao SUS.

Diante do exposto, tendo em vista a ausência de capacidade operacional do município, esta Unidade Técnica entende ser regular a utilização do procedimento de credenciamento, não havendo que se falar, a princípio, em burla ao concurso público.

Em sentido semelhante, o Ministério Público de Contas, em seu parecer conclusivo, afirmou ter verificado “[...] a impossibilidade de o Município de Planura prestar os serviços por meio de profissionais concursados, tendo em vista que o cargo objeto do credenciamento não existe em sua estrutura”, sendo possível observar que a escolha administrativa adotada havia sido delimitada corretamente pelo princípio da proporcionalidade, na observância do binômio necessidade-adequação.

Destaco, inicialmente, que o instituto do credenciamento se apresenta como hipótese de inexigibilidade de licitação decorrente da existência de pluralidade de possíveis contratados com capacidade para prestar serviços de modo equivalente, que se sujeitam às mesmas condições, inclusive de preço. A propósito, importa destacar a lição de Bernardo Strobel Guimarães⁹, que apresenta seus delineamentos nos seguintes termos:

Usualmente, a inexigibilidade está associada, portanto, ou inexistência de vários fornecedores ou ainda às condições intrínsecas de certos objetos, a impedir a disputa objetiva. Eis os sentidos comumente extraídos do art. 25 da Lei de Licitações.

Todavia, há outra condição para que possa se falar em licitação (*como já notara há tempos Carlos Ari Sundfeld no seu livro acerca de licitações e contratos*). Ela diz respeito à hipótese de o vínculo a ser oferecido pela Administração estar disponível potencialmente a todos os interessados. Para que haja disputa é necessário - antes do que existirem vários interessados - que haja certa escassez na oferta da Administração. Deste modo, ao cogitarmos das hipóteses de inexigibilidade usualmente analisadas costumamos assumir uma premissa implícita: a de que a oportunidade de contratar não estará disponível a todos os interessados. Só que nem sempre essa premissa é verdadeira. E, em não o sendo, não cabe a realização de licitação.

Mas afinal, o que fazer nesses casos? A resposta não está contemplada de modo explícito nos diplomas que estruturam as contratações administrativas.

Aqui entra em cena a figura do credenciamento de particulares pela Administração.

[...]

⁹ Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/bernardo-strobel-guimaraes/credenciamento-e-contratos-da-administracao-uma-alternativa-virtuosa>>. Acesso em: 10 de outubro de 2022.

Nesses casos, em linhas gerais, o procedimento implica, que diante de uma oportunidade de contratar passível de ser oferecida de modo equivalente a diversos interessados, a Administração promova o registro formal de todos os particulares capazes de atender sua necessidade e, a partir daí, direcione objetivamente suas demandas para eles. Claro que para tanto, qualquer dos credenciados deve poder cumprir com propriedade o objeto do contrato, sendo indiferente para Administração quaisquer circunstâncias pessoais.

Já quanto à remuneração, o credenciamento exige ainda que ela seja previamente definida de modo objetivo de modo a eliminar que os particulares disputem a melhor proposta a partir do preço.

Nota-se, portanto, que o credenciamento é uma técnica à disposição da Administração para ser utilizada nos casos em que a licitação é inexigível por não se estar diante de uma oportunidade contratual restrita. Em tese, a demanda da Administração é estável e ampla, assim como admite de modo indiferente à sua satisfação por diversos interessados. Nesses casos é que a Administração pode se utilizar do credenciamento. (Grifei).

Marçal Justen Filho¹⁰ também entende que somente se impõe a licitação se existir, para a contratação pela Administração, a viabilidade da competição entre os particulares em situações de exclusão. Na hipótese de um número ilimitado de contratações e/ou quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração, ausente a referida condição de exclusão, a opção deverá ser o credenciamento:

Mas somente se impõe a licitação quando a contratação por parte da Administração pressupuser a competição entre os particulares por uma contratação que não admita a satisfação concomitante de todos os possíveis interessados.

A obrigatoriedade da licitação somente ocorre nas situações de exclusão, em que a contratação pela Administração com determinado particular exclua a possibilidade de contratação de outrem. Já que haverá uma única contratação, excludente da viabilidade de outro contrato ter o mesmo objeto, põe-se o problema da seleção da alternativa mais vantajosa e do respeito ao princípio da isonomia. É necessário escolher entre diversas alternativas e diferentes particulares interessados. A licitação destina-se a assegurar que essa escolha seja feita segundo os valores norteadores do ordenamento jurídico.

Por isso, não haverá necessidade de licitação quando for viável um número ilimitado de contratações e (ou) quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração. Isso se verificará especialmente quando uma alternativa de contratar não for excludente de outras, de molde a que a Administração disponha de condições de promover contratações similares com todos os particulares que preencherem os requisitos necessários. Sempre que a contratação não caracterizar uma "escolha" ou "preferência" da Administração por uma dentre diversas alternativas, será desnecessária a licitação.

Nessas hipóteses, em que não se verifica a exclusão entre as contratações públicas, a solução será o credenciamento. A Administração deverá editar um ato de cunho regulamentar, fundado no reconhecimento da ausência de exclusão de contratação de um número indeterminado de particulares para atendimento a certas necessidades, no qual serão estabelecidas as condições, os requisitos e os limites não apenas para as futuras contratações como também para que os particulares obtenham o credenciamento - ato formal por meio do qual o particular é reconhecido como em condições de contratação.

O credenciamento envolve uma espécie de cadastro de prestadores de serviço ou fornecedores. O credenciamento é o ato pelo qual o sujeito obtém a inscrição de seu nome no referido cadastro.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Thompson Reuters, Revista dos Tribunais. 18ª edição revista, atualizada e ampliada. Pg. 75/76.

É necessário destacar que o cadastro para credenciamento deve estar permanentemente aberto a futuros interessados, ainda que seja possível estabelecer certos limites temporais para contratações concretas.

Um exemplo de credenciamento envolve a prestação de serviços de saúde. Nessa área, é usual a Administração praticar modalidades de estipulação em favor de terceiros. Os servidores receberão os serviços e escolherão o profissional que os prestará. [...].

A propósito do tema, destaco, ainda, o Acórdão n. 436/2020 – Plenário proferido pelo TCU, que, na sessão do dia 4/3/2020, decidiu que o “[...] credenciamento, entendido como espécie de inexigibilidade de licitação, é ato administrativo de chamamento público de prestadores de serviços que satisfaçam determinados requisitos, constituindo etapa prévia à contratação, devendo-se oferecer a todos igual oportunidade de se credenciar”. Ressalta-se que, na referida decisão, foram destacados quais os requisitos deveriam ser observados para a utilização do mencionado instituto:

- i) contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão;
- ii) garantia de igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido;
- iii) demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma.

No tocante à situação analisada nos autos, verifiquei, consoante aduziu a Unidade Técnica, em reexame, que foi encaminhada pelos responsáveis a Lei Complementar n. 73/2020, peça n. 57, que dispunha sobre a criação e extinção de vagas, extinção de cargos públicos já existentes, além de modificar a estrutura do quadro de pessoal da Prefeitura de Planura.

De acordo com os argumentos apresentados na peça de defesa, não vislumbrei constar, do diploma legal, vagas relativas a serviços médicos emergenciais que se amoldassem ao objeto do Credenciamento n. 5/2021, qual seja, a contratação de profissionais visando à realização de plantões médicos de urgência e emergência, como se pode depreender da relação de serviços presente no Anexo I do edital, peça n. 9, pág. 9. Além disso, conforme informado pelo prefeito de Planura, somente existe, no contexto municipal, um cargo de clínico geral, preenchido mediante realização do concurso público, Edital Retificado de Abertura de Concurso Público n. 1/2015, peça n. 61, o que obstaria a efetiva atuação, em regime de plantão, nos casos emergenciais ocorridos no município.

Desse modo, de acordo com a instrução probatória colacionada, entendo que havia premente necessidade de contratação de serviços médicos capazes de atender situações emergenciais que viessem ocorrer no contexto municipal, envolvendo a prestação de serviços atrelados à área de saúde, de caráter essencial.

O fundamento legitimador do credenciamento decorre da impossibilidade de se limitar o número de contratados necessários para a execução do contrato, o que vislumbro no caso em tela. Buscar-se-ia, pela Prefeitura, a contratação de serviços médicos de extensa, porém genérica, gama de atuações, o que dificultaria a definição capaz de viabilizar a ocorrência de procedimento licitatório, atraindo possivelmente diversos participantes, todos capazes de preencherem os requisitos necessários para prestação dos serviços.

Diante do exposto, em face das particularidades da situação examinada, tendo em vista a ausência de capacidade operacional do município para o atendimento das necessidades emergenciais de saúde da população, e tendo sido demonstrada a legitimidade da utilização do credenciamento, proponho, em consonância com o entendimento da Unidade Técnica e do

Ministério Público de Contas, em seu parecer conclusivo, que o apontamento de irregularidade quanto à burla ao concurso público seja julgado improcedente.

2.2.2. Ausência de justificativa de preço

O Ministério Público de Contas, em sua manifestação preliminar, peça n. 46, diante do quadro apresentado, afirmou ser imprescindível a justificativa de preço para “[...] comprovar que o preço ajustado no contrato administrativo é compatível com os valores praticados pelo mercado, tanto nos procedimentos de contratação, quanto nas contratações diretas, dispensáveis ou inexigíveis”, segundo disciplina o art. 26, parágrafo único, III, da Lei n. 8.666/93. Ressaltou, que a Instrução Normativa n. 73/2020¹¹ possibilita, para além das opções oficialmente previstas em seu art. 7º, I e II, a utilização de outros critérios ou métodos para demonstrar a higidez dos preços apresentados, consoante disposto em seu § 1º, desde que devidamente justificados pelo gestor responsável e aprovados pela autoridade competente. No entanto, analisando a documentação apresentada até aquele momento, destacou que inexistia qualquer justificativa quanto aos valores pactuados, pugnando, assim, pela citação dos gestores para que informassem os critérios adotados.

Citados, os responsáveis, Sra. Angelita de Lima Pedro e Sr. André Luiz de Moraes Parula se manifestaram, à peça n. 60, no sentido de que foi realizada pesquisa de preços para certificar que os valores fossem compatíveis com aqueles praticados no mercado, o que estaria demonstrado mediante o Termo de Credenciamento n. 4/2019, advindo do Processo Licitatório n. 2/2019, Credenciamento n. 1/2019, Inexigibilidade de Licitação n. 2/2019, e posteriores reajustes. Afirmaram que, diante da necessidade de nova contratação, foram realizadas cotações em diversas cidades, aferindo-se a média de R\$ 122,00 a hora do plantão presencial, conforme o Ofício n. 73/2021. Dessa forma, com fundamento em tal pesquisa, bem como nos valores do termo de credenciamento mencionado, foram balizados os preços do procedimento objeto dos presentes autos, o que iria, inclusive, ao encontro do disposto no art. 7º da IN n. 73/2020. Destacaram, ao final, que não foram observados indícios de sobrepreço pela Central Suricato, que teve dificuldades em encontrar parâmetros concretos para aferir os preços praticados no mercado na região do município, na análise técnica à peça n. 36.

No reexame, a 1ª CFM rechaçou os argumentos da defesa, nos seguintes termos:

Da análise dos autos, observa-se que os defendentes juntaram, à Peça n. 55, certidão contendo as mesmas informações apresentadas na defesa (Peça n. 60). Juntaram, também, cópia do Processo Licitatório n. 02/2019, Credenciamento nº 001/2019, Inexigibilidade nº 02/2019, Termo de Credenciamento nº 004/2019, conforme fls. 04/16 da Peça n. 55.

Ocorre que, nos documentos anexados, também não foi localizada a justificativa de preço relacionada ao Credenciamento n. 001/2019. Registre-se que o Ofício n. 73/2021 (fl. 17 da Peça n. 55), datado de 27 de julho de 2021, apenas demonstra que foi solicitado o reajuste do valor da hora médica dos serviços de plantões.

Nesse sentido, vislumbra-se que a ausência de demonstração dos critérios adotados como justificativa de preço pode ser prática reiterada pela Prefeitura.

Vale destacar que, este Tribunal tem firme entendimento pela imprescindibilidade da pesquisa de preços, de modo a evitar que a Administração celebre acordos se comprometendo a pagar valores acima dos praticados no mercado.

¹¹ Dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-73-de-5-de-agosto-de-2020-270711836>>. Acesso em 25/11/2022.

A necessidade de justificativa do preço, além de ser uma exigência legal, decorre também dos princípios da motivação, da economicidade e da razoabilidade, uma vez que compete à Administração demonstrar que o valor contratado é compatível com o interesse público, à luz da razoabilidade e levando em consideração a prática de mercado.

Dessa forma, esta Unidade Técnica entende como irregular a ausência de justificativa de preço.

Nos mesmos moldes, o Ministério Público de Contas, em seu parecer conclusivo, peça n. 65, afirmou que a pesquisa de preço é formalidade importantíssima nos procedimentos de inexigibilidade de licitação, a qual considerou não realizada pelo Município de Planura, uma vez que a cotação de preços se baseou em solicitação de reajuste ocorrida no contexto de outra contratação direta. Outrossim, não localizou, nos autos, justificativa de preço relacionada ao Credenciamento n. 1/2019, não sendo possível aferir, de forma efetiva, quais foram os critérios adotados naquele procedimento.

De início, consoante já relatado, impende registrar que, considerando a materialidade dos valores envolvidos na contratação e a ausência de justificativas para o preço decorrente do Credenciamento n. 5/2021, bem como a população municipal e a essencialidade dos serviços, remeti os autos à Central Suricato para que fosse avaliada a compatibilidade dos valores contratados com aqueles praticados no mercado.

Em resposta, a Unidade Técnica, à peça n. 36, promoveu análise dos valores contidos no procedimento objeto dos autos, apontando, inicialmente, que a remuneração prevista para plantão presencial foi de R\$ 122,00 valor/hora, o plantão em sobreaviso, de R\$ 42,83 valor/hora, e a direção técnica, de R\$ 5.712,38 valor/mês.

Em seguida, a fim de aferir a média dos valores cobrados regionalmente, e considerando ser o Município de Planura membro do Consórcio Público Intermunicipal de Saúde da Rede de Urgência e Emergência da Macrorregião do Triângulo do Sul – Cistrisul, utilizou como base de pesquisa outro consórcio de saúde (uma vez que não foi localizada tabela ou lista de preços do anterior), o Consórcio Intermunicipal de Saúde do Médio Paraopeba – Cismep, cujos valores foram de R\$ 160,00 valor/hora os “serviços/atividades realizadas por profissional médico para atendimento em urgência/emergência”, R\$ 50,00/67,34 valor/hora os “serviços/atividades realizadas por profissional médico cirurgia geral- sobre aviso hora” e R\$ 117,85 valor/hora “serviços/atividades realizadas por profissional médico consultor (diretor clínico)”. Ressaltou, ainda, que “embora a referida tabela tenha apresentado diferentes formas de representar o valor pago pela função, tais categorias de atendimentos, juntamente com seus respectivos preços, podem ser úteis na criação de parâmetros comparativos.”

O credenciamento, espécie de inexigibilidade de licitação, rege-se pela legislação licitatória, que dispõe, no art. 26, parágrafo único, II e III¹², da Lei n. 8.666/93, sobre a imprescindibilidade da razão da escolha do fornecedor ou executante e a justificativa dos preços adotados nos procedimentos.

¹² Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

[...]

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

Nesse sentido, é firme o posicionamento nesta Corte de Contas, assim como no Tribunal de Contas da União, quanto à necessidade de justificativa do preço avençado por meio de procedimento de inexigibilidade de licitação, mediante pesquisa mercadológica, com o fim de preservar o interesse público e evitar eventual sobrepreço e, consequentemente, potencial prejuízo ao erário. Destaco, acerca da matéria, trecho da proposta de voto que apresentei no âmbito da Representação n. 1024617, de minha relatoria, aprovada por unanimidade pela Primeira Câmara, em sessão de 2/8/2022, na qual também foi examinada contratação direta para prestação de serviços, cujos fundamentos se amoldam à situação ora examinada:

Nos processos de dispensa de licitação, a Administração deve apresentar a justificativa do preço a ser pago ao particular e a razão de sua escolha, consoante previsto no art. 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei n. 8.666/1993.

Nesse sentido é a jurisprudência do TCU, consoante se extrai do enunciado do Acórdão n. 1403/2010 – Plenário, de relatoria do ministro Raimundo Carreiro, sessão do dia 16/6/2010:

Em caso de contratação por dispensa ou inexigibilidade, deve constar do processo, obrigatoriamente, a razão da escolha do fornecedor e a justificativa de preço, em atendimento ao art. 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei n. 8.666/1993.

Colaciono, ademais, a Súmula n. 250 do TCU, que preconiza a necessidade de comprovação dos preços do mercado na contratação direta, vejamos:

A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

No âmbito desta Corte de Contas, destaco o entendimento da Primeira Câmara em sessão de 1º/11/2016, no julgamento da Denúncia n. 951970, relator conselheiro Cláudio Terrão, segundo o qual: “A motivação da escolha do fornecedor ou executante do serviço e a justificativa do preço contratado devem estar formalizadas nos autos do procedimento administrativo de dispensa de licitação”.

Cito, ainda, outro julgado em que este Tribunal adotou o referido entendimento, a exemplo do Processo n. 886397, decidido pela Primeira Câmara em sessão ordinária do dia 21/2/2017, de relatoria do conselheiro Mauri Torres, do qual se extrai da ementa que: “[...] a contratação por dispensa de licitação deve ser acompanhada da justificativa de preços, conforme previsto no inciso II do art. 26 da Lei n. 8.666/1993, e observar os preços de mercado”.

Por fim, ressalto dispositivo da ementa da Consulta n. 1007399, de relatoria do conselheiro Cláudio Couto Terrão, respondida em sessão plenária de 21/8/2019:

[...] 2. A licitação será inexigível quando verificados os requisitos do art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93, e, não sendo o caso, **poderá ser dispensada quando verificadas as hipóteses dos incisos II, VIII e XIII do art. 24 do mesmo diploma legal, observados o procedimento de explicitação da razão da escolha do fornecedor e da justificativa do preço, nos termos do art. 26 da Lei de Licitações, e dos Enunciados de Súmula n. 106 e 113 deste Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.** (Grifei)

Compulsando os autos, verifico, conforme exposto pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público de Contas, que não foi demonstrado que constou do processo a justificativa do preço da contratação no âmbito do Credenciamento n. 5/2021.

A propósito, consoante certidão apresentada pelos gestores, peça n. 55, págs. 1 a 3, verifico que os valores se basearam, de fato, naqueles empregados no Termo de Credenciamento n. 4/2019

e posteriores reajustes, procedimento anteriormente promovido pela Prefeitura de Planura, de objeto semelhante¹³. Entretanto, não consta, nos documentos apresentados, nenhum que elucide ou faça menção à justificativa originalmente tomada neste processo, estando presente apenas cópia do Ofício Requisitório à Comissão Permanente de Licitação, pág. 5; Ata de Reunião Extraordinária, págs. 6 a 7; Demonstrativo de Despesas Médicas, pág. 8; Ratificação do Processo Licitatório, pág. 9; Termo de Credenciamento n. 4/2019, págs. 10 a 12; Termo Aditivos, págs. 12 a 16, sem que contasse pesquisa mercadológica realizada naquele contexto. Além disso, não há, concernente ao reajuste realizado com referência aos valores adotados nas cidades circunvizinhas, demonstrado mediante Ofício n. 73/2021, peça n. 55, pág. 17, comprovação de que os valores mencionados seriam, de fato, os efetivamente praticados nos contextos dos municípios.

Ante todo o exposto, proponho que este apontamento de irregularidade seja julgado procedente, uma vez que não constou dos autos a justificativa quanto aos preços avençados por meio do Processo Licitatório n. 86/2021, Credenciamento n. 5/2021, Inexigibilidade de Licitação n. 7/2021, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Planura, em afronta ao art. 26, parágrafo único, III, da Lei n. 8.666/1993.

Por outro lado, ressalto que a Central Suricato, em seu exame à peça n. 36, apontou não haver indícios de sobrepreço no preço pago por hora de serviço prestado, por meio de comparativo ao valor adotado por outros municípios conveniados. Além disso, não foi localizada tabela ou lista de preços empregados pelo Cistrisul, tendo a Unidade Técnica que recorrer a consórcio diverso na busca por um meio comparativo.

Sob esse viés, considerando a dificuldade de acesso a informações precisas quanto aos valores praticados pelo consórcio ao qual o município era conveniado, e levando em conta ainda as mudanças trazidas pela Lei n. 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb (Decreto-Lei n. 4.657/1942), no que tange à imperiosidade de se ponderar, na interpretação de normas sobre gestão pública, os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados, assim como as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”, nos termos do art. 22, *caput* e § 1º¹⁴, não sendo possível inferir má-fé dos gestores, que envidaram esforços para a aferição de preços que consideraram apropriados, proponho o afastamento de aplicação de multa, em observância ao contexto fático apresentado, na linha da jurisprudência deste Tribunal¹⁵.

Não obstante, proponho a emissão de recomendação ao atual prefeito de Planura, bem como ao atual secretário municipal de Saúde e ao responsável pelo Departamento de Licitações do

¹³ Cláusula Segunda – Do Objeto

2.1 – O presente Termo de Credenciamento tem por objeto a Prestação de Serviços Médicos ao Município de Planura/MG

¹⁴ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

[...]

¹⁵ Processos n. 1095034 (Denúncia, rel. conselheiro substituto Licurgo Mourão, julgada pela Segunda Câmara em 30/8/2022); 784466 (Tomada de Contas Especial, rel. conselheiro substituto Hamilton Coelho, julgada pela Primeira Câmara em 14/12/2021); 1107581 (Consulta, rel. conselheiro Cláudio Couto Terrão, respondida pelo Tribunal em 1º/12/2021); 1082502 (Recurso Ordinário, rel. conselheiro Cláudio Couto Terrão, julgado pelo Tribunal Pleno em 18/8/2021); 1082506 (Denúncia, rel. conselheiro substituto Licurgo Mourão, julgada pela Primeira Câmara em 8/6/2021); 1048014 (Monitoramento, rel. conselheiro Wanderley Ávila, julgada pela Primeira Câmara em 27/1/2021).

aludido município, que, em contratações futuras, orientem os respectivos servidores responsáveis para que se atentem à necessidade de comprovação da justificativa de preços nos casos de contratação mediante credenciamento, nos termos do art. 26, parágrafo único, III, da Lei n. 8.666/93.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, proponho que seja rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela Sra. Angelita de Lima Pedro, tendo em vista que a referida agente pública é parte legítima para compor a relação processual, visto que poderia, pelo menos em tese, ser responsabilizada por este Tribunal.

No mérito, proponho que seja julgado procedente o apontamento de irregularidade da denúncia quanto à exigência, no edital do Credenciamento n. 5/2021, de registro no CRM/MG como requisito de qualificação técnica, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil, diante das circunstâncias do caso delineadas na fundamentação desta proposta de voto, com a aplicação de multa individual, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), aos responsáveis, Sr. André Luiz de Moraes Parula, secretário municipal de Saúde, e Sra. Angelita de Lima Pedro, responsável pelo Departamento de Licitações, ambos subscritores do edital, com fundamento no art. 83, I c/c o art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal.

Ademais, proponho que sejam julgados parcialmente procedentes os apontamentos complementares do Ministério Público de Contas, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil, sem a aplicação de sanção aos responsáveis, em razão das particularidades da situação examinada nos autos, expostas na fundamentação.

Proponho, ainda, recomendar ao atual prefeito de Planura, bem como ao atual secretário municipal de Saúde e ao responsável pelo Departamento de Licitações do aludido município, que, em contratações futuras, orientem os respectivos servidores responsáveis para que:

a) se abstenham de inserir, nos instrumentos convocatórios, cláusula que exija o registro no CRM/MG, ou outro conselho profissional, antes da efetiva contratação, evitando assim restrição indevida à competitividade do certame, em violação ao art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 8.666/1993;

b) se atentem à necessidade de comprovação da justificativa de preços nos casos de contratação mediante credenciamento, nos termos do art. 26, parágrafo único, III, da Lei n. 8.666/93.

Ademais, proponho que seja informado à empresa denunciante, Diagnóstico Vida Gestão e Saúde Ltda., que, ao formular impugnações ou denúncias acerca de procedimentos licitatórios, observe as linhas de defesa estabelecidas no art. 169 da Lei n. 14.133/2021, alertando-a de que a inobservância de tal dispositivo legal, considerando as circunstâncias do caso concreto, pode configurar litigância de má-fé e ensejar a aplicação da multa prevista no art. 303 do Regimento Interno, e dos arts. 80 e 81 do Código de Processo Civil, aplicáveis supletivamente no âmbito deste Tribunal, nos termos do art. 379 do RITCEMG.

Comunique-se a empresa denunciante pelo DOC, e intimem-se os responsáveis e o gestor interessado, por via postal e pelo DOC, bem como o Ministério Público de Contas, na forma regimental.

Promovidas as demais medidas cabíveis à espécie, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Senhor Presidente, nesse caso, pedi para que fosse distribuída uma declaração de voto.

Espero que tenha chegado a todos. Inclusive ao Conselheiro relator.

O relator propõe a parcial procedência da denúncia formulada pela empresa Diagnóstico Vida Gestão e Saúde Ltda. Apresenta as seguintes propostas em relação aos apontamentos atinentes ao Processo Licitatório n. 86/21, Inexigibilidade de Licitação n. 07/21, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Planura, para credenciamento e cadastramento de reserva de pessoa jurídica para prestação de serviços médicos no município: **a)** procedência do apontamento tratado no item 2.1.1 (exigência de registro da empresa no CRM/MG como requisito de qualificação técnica), além da aplicação de multa individual no valor de R\$1.000,00 (mil reais) aos subscritores do edital; **b)** improcedência do apontamento examinado no item 2.2.1 (burla ao concurso público); e **c)** procedência do apontamento analisado no item 2.2.2 (ausência de justificativa de preço), mas, em razão das particularidades do caso concreto, afastou a aplicação de sanção aos responsáveis.

De imediato, acolho a proposta quanto à regularidade do item 2.2.1. Peço vênia, contudo, para não acolher a proposta de voto em relação à procedência dos apontamentos indicados nos itens 2.1.1 e 2.2.2, bem como no que diz respeito à orientação de observância às linhas de defesa estabelecidas no art. 169 da Lei n. 14.133/21.

Na fundamentação do **item 2.1.1**, quanto à prova de registro no Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais (CRM/MG) para fins de habilitação no credenciamento, o relator considerou que tal exigência pode ter comprometido a eventual participação de outras empresas.

Ressaltou que, embora válida a exigência, amparada no art. 3º da Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n. 1.980/11¹⁶, de que as empresas atuantes na área de atendimento à saúde sejam inscritas no CRM da jurisdição em que atuam, esta **“não deve ser exigida antes da efetiva assinatura do contrato decorrente do certame, visto comprometer a competitividade e obstar a participação de licitantes de outros estados, de forma desproporcional”**.

Entendo, contudo que, em se tratando de credenciamento, cuja forma de seleção é diversa da do procedimento licitatório (pregão ou da concorrência por exemplo), não é cabível exigir-se o preenchimento do supracitado requisito apenas no momento da contratação. Isso porque, neste instrumento auxiliar para fins de contratação, “inexiste a chamada relação de exclusão, tendo em vista que todos os interessados em contratar com a Administração Pública que demonstrem atender as suas exigências podem ser contratados”¹⁷.

Este Tribunal já se manifestou sobre o tema nos autos Consulta n. 833.252¹⁸, ainda vigente, julgada pelo Pleno em 19/10/11, a saber:

CONSULTA – MUNICÍPIO - SERVIÇOS DE SAÚDE NÃO DISPONIBILIZADOS PELO MUNICÍPIO – POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE PRESTADORES PARTICULARES EM CARÁTER COMPLEMENTAR – LEGALIDADE DAS CONTRATAÇÕES, MEDIANTE LICITAÇÃO, DE LABORATÓRIOS E

¹⁶ Art. 3º As empresas, instituições, entidades ou estabelecimentos prestadores e/ou intermediadores de assistência à saúde com personalidade jurídica de direito privado devem registrar-se nos conselhos regionais de medicina da jurisdição em que atuarem, nos termos das Leis n. 6.839/80 e n. 9.656/98.

¹⁷ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 437.

¹⁸ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta n. 833.253. Rel. Cons. Antônio Carlos Andrada. Tribunal Pleno. Sessão de 19/10/11.

INSTITUIÇÕES PARTICULARES PARA CONSULTAS, CIRURGIAS E EXAMES LABORATORIAIS – O CREDENCIAMENTO COMO PROCEDIMENTO PREFERENCIAL – HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE – FIXAÇÃO PRÉVIA DAS CONDIÇÕES PARA A PARTICIPAÇÃO DE INTERESSADOS – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CONSÓRCIOS PÚBLICOS DE SAÚDE COMO OPÇÃO – ALERTA AOS GESTORES – REFORMA DAS TESES COM ENTENDIMENTO CONTRÁRIO.

(...)

3) O credenciamento deve ser precedido da prévia fixação de condições para a participação dos possíveis interessados, porque **esse procedimento pressupõe o direito de a ele se candidatar todo aquele que possa implementar a prestação de serviço.** (grifo nosso)

Assim, conforme preconiza Fernandes¹⁹, se a Administração se dispuser “a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, fixando ela própria o valor que 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”.

Nesse contexto, depreende-se que, se a denunciante ou qualquer outra interessada tinham interesse em credenciar-se, elas deveriam apenas demonstrar aptidão à prestação dos serviços, atendendo aos requisitos previamente definidos pela Administração, dentre os quais se incluía o registro no CRM/MG. Assim, não há que se falar na comprovação de tal inscrição apenas no momento da contratação, sob pena de descaracterização do instituto do credenciamento.

Ademais, o objeto do credenciamento, qual seja, a prestação de serviços médicos plantonistas na rede de urgência e emergência municipal, é de necessidade imediata. Por este motivo, estando o exercício de tal atividade condicionada, pelo Conselho Federal de Medicina, ao registro da empresa no CRM da jurisdição em que atuar, caso a credenciada fosse demandada a prestar o serviço, não teria tempo hábil para providenciar tal cadastro.

Considerando, portanto, que a própria natureza do credenciamento pressupõe a inviabilidade de competição, **a exigência contestada não representou restrição indevida à competitividade do certame**, razão pela qual não acolho a proposta de voto do relator e **considero o apontamento examinado no item 2.1.1 improcedente**, afastando, por consequência, a aplicação de multa aos responsáveis.

Ainda no item 2.1.1, o relator propôs, em consonância com recente posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no Acórdão n. 1805/22, a emissão de orientação para a denunciante no sentido de que, no momento da formulação de impugnações ou denúncias acerca de procedimentos licitatórios, observe as linhas de defesa estabelecidas no art. 169 da Lei n. 14.133/21, alertando-a de que a inobservância a tal dispositivo pode dar ensejo à aplicação de multa.

Ocorre que, apesar das mudanças legislativas operadas pela Nova Lei de Licitações, continuo firme no entendimento perfilhado na Denúncia n. 1.066.512²⁰, citada pelo próprio relator, **no sentido que, com fulcro em garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas, não há óbice para que o licitante ou qualquer cidadão apresente denúncia perante o Tribunal de Contas competente**, ainda que não tenha interposto impugnação ao instrumento convocatório no momento oportuno.

¹⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 41.

²⁰ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia n. 1.107.535. Rel. Cons. Wanderley Ávila. Segunda Câmara. Sessão de 2/9/21.

Isto posto, com a devida vênia, **entendo não ser razoável impor à denunciante o dever de, necessariamente, provocar a Administração para buscar o reconhecimento de seu direito, antes de recorrer ao auxílio do controle externo.**

Por fim, o relator, apesar de ter afastado a aplicação de sanção aos gestores no **item 2.2.2**, propôs o julgamento pela procedência do apontamento ali tratado por considerar que não constou dos autos a justificativa quanto aos preços avençados, em afronta ao art. 26, parágrafo único, III, da Lei n. 8.666/93.

Fato é que os responsáveis comprovaram, por meio de documentação acostada ao processo (peça n. 55), que, ao estabelecerem o “valor-hora” dos serviços a serem contratados, basearam-se em credenciamento de mesmo objeto deflagrado pela municipalidade em 2019 (Credenciamento n. 04/19) e posteriores reajustes. O relator, todavia, compreendeu que a justificativa não foi suficiente, uma vez que não ficaram demonstradas em quais premissas a Administração baseou-se para a definição dos valores à época.

Com efeito, o credenciamento previsto na Lei n. 8.666/93, usado em hipótese de inexigibilidade de licitação, está sujeito à instrução de seu processo com os elementos previstos no parágrafo único do art. 26, dentre os quais se inclui a necessidade de motivação dos preços aventados. Isso porque o Poder Público deve pautar suas aquisições nos princípios da economicidade, da eficiência e da moralidade, além da indisponibilidade do interesse público, o qual impõe ao administrador a gestão do patrimônio da coletividade de modo racional e a evitar quaisquer prejuízos à sociedade.

Nesse contexto, observa-se que, **quando da solicitação de reajuste do contrato decorrente do referido Credenciamento n. 04/19 em 27/07/21**, foi realizado, conforme Ofício n. 73/21 (fl. 17 da peça n. 55), um levantamento dos preços praticados para remuneração de plantões médicos por municípios vizinhos, chegando-se, assim, a um valor médio de R\$122,00 (cento e vinte e dois reais), senão vejamos:

Cumprimentando-o cordialmente, servimo-nos da oportunidade para solicitar a este departamento o reajuste do valor da hora Médica dos serviços de Plantões Médicos hoje está no valor de R\$ 117,00 e está sendo solicitado reajuste conforme documento enviado pela empresa para 127,14.

Foi feito um levantamento dos valores praticados nas cidades circunvizinhas.

Frutal/MG contato Medico Plantonista Dr Mateus Tomaz Borges, R\$154,16 a hora

Colômbia/SP Contato Dr. Cristiano Moraes, R\$125,00 a hora

Conceição das Alagoas/MG contato Secretaria Municipal de Saúde Josiane Mendes, valor R\$119,58 a hora

Pirajuba /MG Contato Dr. Delcicleider Menezes do Nascimento , valor R\$ 93,00 reais a hora

Chegamos em uma média de R\$ 122.00 Reais

Atenciosamente,


ANDRÉ LUIZ MORAES PÁROLA
Secretário Municipal de Planura

Além disso, a própria Central Suricato, à peça n. 36, registrou ter tido dificuldades em encontrar amostras satisfatórias para fins de aferição dos preços praticados no mercado da região em que se encontra o Município de Planura. Mas, ainda assim, consignou não ter constatado indícios de sobrepreço no credenciamento em questão. Tal fato, a meu ver, demonstra que os valores

fixados não foram exorbitantes e, ao que tudo indica, não ocasionaram prejuízo aos cofres públicos.

Por isso, diferentemente do relator, entendo que os documentos apresentados pelos responsáveis à peça n. 55 mostraram-se suficientes para justificar o valor fixado no contrato, razão pela qual não acolho a sua proposta de voto e **considero o apontamento examinado no item 2.2.2 improcedente.**

Ante o exposto, no mérito, acolho parcialmente a proposta de voto do relator, para a) julgar improcedente o item 2.2.1; b) julgar improcedentes os itens 2.1.1 e 2.2.2 e c) deixar de emitir orientação de observância às linhas de defesa estabelecidas no art. 169 da Lei n. 14.133/21.

Em síntese, voto pela improcedência da denúncia, determinando a extinção do feito com resolução de mérito, nos termos do art. 176, IV, do Regimento Interno.

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

De acordo com o voto-vista do Conselheiro Cláudio Terrão.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

Também acompanho o voto-vista do Conselheiro Cláudio Terrão.

NÃO ACOLHIDA A PROPOSTA DE VOTO DO RELATOR QUANTO AO MÉRITO.

APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO QUANTO AO MÉRITO.

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

* * *