

Processo: 1084542
Natureza: REPRESENTAÇÃO
Representante: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas
Representada: Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba
Apenso: Edital de Licitação n. 1058835
Partes: Eustáquio da Abadia Amaral; Ana Isabela Alves Rezende; Pedro Henrique de Abreu Paiva; Viviam Taborda Alvim; Gabriela Maria Pereira Santos; Thiago Camilo Pinto; Vanessa de Oliveira da Silva; Thassia Alexandra Rodrigues, Marcelo Pinheiro do Amaral
Procuradores: Vanessa de Oliveira da Silva, OAB/MG 191.088; Alice Coutinho Chaves, OAB/MG 136.139; Carolina Moraes Gonçalves de Alencar, OAB/MG 167.340; Tamara Regiane Alves Cecílio, OAB/MG 197.074, Thiago Camilo Pinto, OAB/MG 134.998; Eduarda Frederico Duarte Arantes, OAB/MG 169.943
MPTC: Procurador Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS

PRIMEIRA CÂMARA – 3/8/2023

REPRESENTAÇÃO. CONSÓRCIO. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS ESPECIALIZADOS E GESTÃO. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO CONTROLADOR INTERNO. EXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL. TEORIA DA ASSERTÃO. REJEITADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA PARECERISTA. EXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL. TEORIA DA ASSERTÃO. REJEITADA. MÉRITO. SUPOSTA ILEGALIDADE NA CONTRATAÇÃO DE MÉDICOS. PODER DE IMPÉRIO. NATUREZA TÍPICA DE ESTADO. IMPROCEDÊNCIA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA MODALIDADE PREGÃO. PADRÕES DE DESEMPENHO E QUALIDADE. POSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS COMUNS. PESQUISA DE PREÇOS INSATISFATÓRIA EM DECORRÊNCIA DA MÁ DEFINIÇÃO DO OBJETO. MENOR TAXA DE ADMINISTRAÇÃO COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO. IRREGULARIDADE. PROCEDÊNCIA. ERRO GROSSEIRO. APLICAÇÃO DE MULTA. FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO. INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. INDÍCIO DE DIRECIONAMENTO. AFASTADO. RECOMENDAÇÃO.

1. Restando demonstrada de forma incontroversa a participação dos representados nos atos apontados como irregulares, deve ser rejeitada a alegação de ilegitimidade passiva, cabendo à análise de mérito a verificação da efetiva participação nos fatos indicados como irregulares, bem como sua possível responsabilização.
2. Embora não exerça função administrativa, consistente no ordenamento, utilização, gerenciamento, arrecadação, guarda ou administração de bens, dinheiros ou valores públicos, o advogado ou assessor jurídico não está excluído do rol de agentes sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas e, vislumbrando-se nexo de causalidade entre a sua conduta e as irregularidades apontadas nos autos, deve-se rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva arguida, uma vez que eventuais fundamentos de responsabilização serão analisados no mérito.

3. Os consórcios públicos devem observar as normas de direito público, por serem compostos por entidades da Administração Pública.
4. Consoante entendimento fixado na Consulta n. 1024677, a terceirização de serviços pela Administração Pública não mais se pauta pelas noções de atividade-fim ou atividade-meio, ou mesmo de atividades “materiais acessórias, instrumentais ou complementares”, sendo permitida a execução indireta de todas as atividades que não detenham natureza típica de Estado e que não reflitam o seu poder de império, cuja identificação foi balizada pelo art. 3º do Decreto Federal n. 9.507/2018.
5. É possível a utilização da modalidade pregão para contratação de serviços médicos, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos de maneira objetiva no edital, nos termos do art. 3º, II, da Lei n. 10.520/2002.
6. A ausência da devida especificação do objeto a ser licitado compromete a realização de uma pesquisa de mercado satisfatória, necessária para evitar que os valores praticados destoem dos preços praticados no mercado, em atendimento ao disposto no art. 3º, III, da Lei n. 10.520/2002.
7. Não estando demonstrado o nexo de causalidade entre a atuação dos agentes públicos e a baixa competitividade identificada, resta afastada a alegação de direcionamento do certame.

ACÓRDÃO

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

- I) rejeitar, preliminarmente, a alegação de ilegitimidade passiva arguida pelo Sr. Thiago Camilo Pinto, uma vez presente nexo de causalidade entre sua conduta e os apontamentos em exame nos autos;
- II) rejeitar, ainda, a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela Sra. Vanessa de Oliveira da Silva, uma vez que está presente o nexo de causalidade entre sua conduta e os apontamentos em exame nos autos;
- III) julgar, no mérito, parcialmente procedentes as irregularidades apresentadas na representação formulada pelo Ministério Público junto ao Tribunal em face do Processo Licitatório n. 11/2019, Pregão Presencial n. 7/2019, deflagrado pela Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba – Icismep, em virtude da ausência de devida caracterização do objeto, em violação aos termos do art. 3º, II e III, da Lei n. 10.520/2002, e que culminou, potencialmente, na restrição das propostas a serem apresentadas por eventual participante e na deficiência de eventual pesquisa de mercado realizada, bem como gerou incompatibilidade do critério de julgamento adotado “menor taxa de administração” com o tipo de licitação “menor preço”;
- IV) aplicar multa individual à Sra. Viviam Taborda Alvim, subscritora do Termo de Referência e do edital, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos da fundamentação desta decisão, tendo em vista que sua conduta violou, com erro grosseiro, o disposto no art. 3º, II e III, da Lei n. 10.520/2002;
- V) recomendar ao Diretor Geral da Icismep que, em futuras contratações na modalidade pregão, abstenha-se de utilizar o critério de julgamento da “menor taxa de administração” sem o estabelecimento de parâmetros para os preços dos produtos e serviços licitados, em

afronta à vantajosidade da contratação e a apuração do melhor preço, nos termos do disposto nos arts. 3º, *caput*, e 45, §1º, I, da Lei n. 8.666/1993;

- VI) determinar, considerando o teor das irregularidades elencadas e reconhecidas, que a Icismep se abstenha de celebrar prorrogação do Contrato n. 8/2019, decorrente do Processo Licitatório n. 11/2019 – Pregão Presencial n. 7/2019, caso ainda esteja em vigor;
- VII) determinar a intimação dos responsáveis por via postal e pelo Diário Oficial de Contas – DOC, bem como do Ministério Público junto ao Tribunal, na forma regimental;
- VIII) determinar o arquivamento dos autos, após o cumprimento dos procedimentos cabíveis à espécie, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro Presidente Durval Ângelo.

Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 3 de agosto de 2023.

DURVAL ÂNGELO
Presidente

AGOSTINHO PATRUS
Relator

(assinado digitalmente)



PRIMEIRA CÂMARA – 3/8/2023

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de representação formulada pelo Ministério Público de Contas, diante de supostas irregularidades no Processo Licitatório n. 11/2019, Pregão Presencial n. 7/2019, deflagrado pela Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba – Icismep, cujo objeto consistia na “Contratação de Pessoa Jurídica para Prestação de Serviços Médicos Especializados agregados à Gestão de Escalas e Atividades Médicas Assistenciais a serem executados em unidade de saúde de quaisquer dos Municípios consorciados ou que venham a se consorciar à Icismep das microrregiões de Betim, Itaúna e Contagem, visando atendimento das demandas que lhe sejam direcionadas pelos respectivos entes”, conforme peça n. 2.

Em síntese, o representante apontou a ocorrência das seguintes irregularidades: a) ilegalidade na contratação de profissionais médicos por meio de pregão, por caracterizar terceirização ilícita de serviços públicos e burla à regra constitucional de realização de concurso público; b) irregularidades no planejamento, na caracterização do objeto e na formalização do orçamento, em especial acerca da ausência de ampla pesquisa de mercado e de elaboração de planilhas com preços unitários; c) incompatibilidade do critério de julgamento adotado, qual seja, “menor taxa de administração”, com o tipo de licitação “menor preço”; d) frustração do caráter competitivo do certame, com indícios de direcionamento da licitação.

O representante entendeu, ainda, pela necessidade de realização de inspeção extraordinária junto a Icismep, mediante indícios de irregularidade envolvendo revogações de certames quando da instauração de processos, impossibilidade de verificação da parcela de ações e serviços da saúde dos municípios consorciados e a recorrente demanda junto a outras instâncias acerca de suspeitas de irregularidades envolvendo contratações realizadas pela instituição.

A documentação foi recebida e autuada como representação em 12/2/2020, pág. 118 da peça n. 4, e distribuída à relatoria do conselheiro Sebastião Helvecio, em 13/2/2020, pág. 119 de mesma peça, por dependência ao relator do processo n. 1058835, apenso.

O então relator determinou, assim, por meio de despacho de peça n. 3, o encaminhamento dos autos para análise inicial.

A 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios – 3ª CFM, à peça n. 7, manifestou-se pela procedência das irregularidades indicadas, com citação dos responsáveis.

Instado a se manifestar, o *Parquet* Especial, à peça n. 10, reiterou os apontamentos da inicial, requerendo a citação dos responsáveis, e realizou apresentou pedido de realização de inspeção.

Registre-se que, à peça n. 11, o relator à época determinou a disponibilização da peça inicial da representação e do parecer preliminar ao Presidente deste Tribunal, em atenção ao pedido formulado pelo Ministério Público de Contas de realização de inspeção extraordinária na Icismep, para, considerando os critérios de relevância, materialidade, oportunidade e risco, avaliasse a inclusão da referida matéria na Matriz de Risco desta Corte a fim de subsidiar o planejamento das ações de controle externo.

Ato contínuo, em despacho de peça n. 11, foi determinada a citação do Sr. Eustáquio da Abadia Amaral, Diretor Geral da Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba – Icismep; da Sra. Ana Isabela Alves Resende, Diretora de Saúde da Icismep, subscritora do Termo de Referência do Pregão n. 7/2019; do Sr. Pedro Henrique de Abreu Paiva, agente responsável pelo setor de Regulação da Icismep e subscritor do Termo de Referência do Pregão

n. 7/2019; da Sra. Vivian Taborda Alvim, responsável pela escolha da modalidade licitatória e subscritora do edital do Pregão n. 7/2019; da Sra. Gabriela Maria Pereira Santos, responsável pela cotação de preços para a formalização do orçamento do Pregão n. 7/2019; do Sr. Thiago Camilo Pinto, agente do setor de Controladoria e subscritor do “Parecer Fase Interna”; da Sra. Vanessa de Oliveira da Silva, advogada da Icismep, subscritora do edital e dos pareceres jurídicos emitidos no âmbito do Processo Licitatório n. 11/2019; e da Sra. Thassia Alexandra Rodrigues, pregoeira.

Devidamente citados, a Sra. Vanessa de Oliveira da Silva se manifestou à peça n. 44, bem como o Sr. Thiago Camilo Pinto, à peça n. 46. Os outros responsáveis, Srs. Eustáquio da Abadia Amaral, Ana Isabela Alves Resende, Pedro Henrique de Abreu Paiva, Vivian Taborda Alvim, Gabriela Maria Pereira Santos e Thassia Alexandra Rodrigues apresentaram defesa conjunta à peça n. 50.

Em sede de análise de defesa, a 3ª CFM, à peça n. 53, entendeu pela procedência parcial da representação.

À peça n. 58, consta acórdão prolatado em sessão da 2ª Câmara de 18/11/2021, pelo sobrestamento do feito.

Em seguida, os autos foram redistribuídos ao Conselheiro em exercício Adonias Monteiro, à peça n. 59.

O Sr. Thiago Camilo Pinto, à peça n. 61, requereu a reconsideração da análise técnica realizada, para reconhecimento de sua ilegitimidade passiva. O novo relator considerou o pedido prejudicado vide o referido sobrestamento e determinou o prosseguimento do feito.

À peça n. 69, os autos foram devolvidos ao Conselheiro em exercício Adonias Monteiro, tendo em vista que os Agravos de n. 1104877 e 1104867 foram decididos em sessão do Pleno de 15/12/2021 e que se esgotou o prazo recursal.

Por meio de despacho de peça n. 69, o relator determinou o encaminhamento dos autos ao Ministério Público de Contas para manifestação.

Em seu parecer, o *Parquet* Especial, por meio de peça n. 71, demandou a tramitação prioritária do processo em caráter de urgência, e opinou pela procedência parcial do feito, com condenação ao pagamento de multa pelos responsáveis.

Em despacho de peça n. 74, o então relator concedeu vista aos representados acerca da manifestação do Ministério Público de Contas buscando evitar arguição de eventuais nulidades.

À peça n. 87, os Srs. Eustáquio da Abadia Amaral; Ana Isabela Alves Resende, Pedro Henrique De Abreu Paiva, Vivian Taborda Alvim, Gabriela Maria Pereira Santos e Thassia Alexandra Rodrigues se manifestaram conjuntamente, reforçando entendimento pela improcedência das alegações.

Em 2/2/2023, os autos foram redistribuídos à minha relatoria, peça n. 91.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Preliminares de ilegitimidade passiva

1.1. Sr. Thiago Camilo Pinto

O Sr. Thiago Camilo Pinto, em defesa de peça n. 46, alegou sua ilegitimidade passiva, por considerar que a análise realizada pela controladoria interna seria meramente superficial, sendo responsável somente pela conferência da pesquisa de mercado.

A Unidade Técnica, à peça n. 53, opinou pelo não acolhimento da preliminar suscitada pelo requerente, por este ter atuado de forma a atestar a regularidade da fase interna do procedimento licitatório.

O Ministério Público de Contas, em sua manifestação conclusiva de peça n. 71, acolheu argumentos de defesa pela exclusão do Sr. Thiago Camilo Pinto do rol dos responsáveis.

Com efeito, a análise da legitimidade passiva perpassa primordialmente pela verificação da potencialidade de atuação dos envolvidos na participação dos fatos discutidos nos autos, porém, em exame perfunctório das questões atinentes ao feito, sem considerar, neste momento, questões 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).

Assim, partir do despacho de peça n. 11, constatei que o então relator determinou a citação do Sr. Thiago Camilo Pinto na qualidade de agente do setor de Controladoria e subscritor do “Parecer Fase Interna”. Ademais, do exame dos autos, verifiquei que o defendente, diversamente do alegado em sua defesa, não restringiu sua análise à pesquisa de mercado, mas concluiu pela regularidade do Processo Licitatório n. 11/2019, Pregão Presencial n. 7/2019, afirmando que o procedimento se encontrava revestido de todas as formalidades legais e que, portanto, estaria em acordo com a legislação aplicável, conforme peça n. 5, págs. 316-317.

De tal modo, visto que as irregularidades apuradas nos autos são relativas ao Processo Licitatório n. 11/2019, Pregão Presencial n. 7/2019, e que restou incontroverso a disposição favorável do defendente quanto a legalidade do procedimento em sua totalidade, rejeito a preliminar suscitada, uma vez presente o nexo de causalidade entre sua conduta e a dos apontamentos em exame, motivo pelo qual a averiguação acerca dos fatos denunciados, bem como sobre a eventual responsabilização do defendente deverão ser apreciados no mérito.

1.2. Sra. Vanessa de Oliveira da Silva

A Sra. Vanessa de Oliveira da Silva, em defesa de peça n. 44, alegou sua ilegitimidade para figurar no polo passivo do feito, por ter participado do certame unicamente enquanto parecerista.

A Unidade Técnica, à peça n. 53, entendeu que se deveria acolher a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela referida agente pública, advogada da Icismep, com o consequente afastamento da sua responsabilização.

O Ministério Público de Contas, em sua manifestação conclusiva de peça n. 71, também se posicionou pela exclusão da Sra. Vanessa de Oliveira da Silva do rol dos responsáveis.

Inicialmente, importante registrar que, embora não exerça função administrativa, consistente no ordenamento, utilização, gerenciamento, arrecadação, guarda ou administração de bens, dinheiros ou valores públicos, o advogado ou assessor jurídico não está, necessariamente, excluído da lista de agentes sujeitos à jurisdição dos órgãos de controle externo. Não sendo o autor imediato do ato questionado, a responsabilização do parecerista decorre da existência do

nexo de causalidade entre o parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso com a prática do ato irregular, como bem pontuou a Unidade Técnica.

A matéria, inclusive, já foi objeto de importante manifestação do Supremo Tribunal Federal – STF que admitiu a responsabilidade do parecerista em caso de culpa ou erro grosseiro, nos termos da decisão abaixo:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (Mandado de Segurança n. 24631. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Data da Sessão:9/8/2007).

Ademais, em sede de mandado de segurança, a Suprema Corte Federal confirmou a possibilidade de convocação, pelo TCU, do advogado público que se manifesta em editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes, *in verbis*: “Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos (STF, Mandado de Segurança nº 24.584 DJ 20-06-2008)”.

Aliás, o próprio STF já pontuou que a “[...] responsabilidade do parecerista deve ser proporcional ao seu efetivo poder de decisão na formação do ato administrativo, porquanto a assessoria jurídica da Administração, em razão do caráter eminentemente técnico-jurídico da função, dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador” (AgR no Mandado de Segurança n. 35196/DF – Relator Min. Luiz Fux, Julgamento: 12/11/2019, Primeira Turma. DJe 4/2/2020, publicado no dia 5/2/2020).

No mesmo sentido tem decidido esta Corte de Contas, como se observa em decisão nos autos da Denúncia n. 886286, de relatoria do então conselheiro Sebastião Helvecio, e ainda na Denúncia n. 980480, de relatoria do conselheiro substituto Adonias Monteiro, sessão de 21/5/2019, da qual se colaciona ementa a seguir:

DENÚNCIA. TOMADA DE PREÇOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE PUBLICIDADE. PRELIMINAR DE MÉRITO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA JULGAR ATOS DE GESTÃO DO CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL. REJEIÇÃO. MÉRITO. NÃO CONHECIMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA. PRAZO DE VALIDADE PARA EMISSÃO DE ATESTADO TÉCNICO. DESCRIÇÃO GENÉRICA DO OBJETO. CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO E METODOLOGIA DE TRABALHO. DEFINIÇÃO NO ESCOPO DO EDITAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. ARQUIVAMENTO.

[...]

2. Considerando a atribuição de natureza técnico-opinativa do Procurador Jurídico, na emissão de parecer concernente ao não conhecimento de Recurso Administrativo, sua responsabilização dependerá da comprovação de que, na emissão da opinião, houve erro grosseiro ou inescusável, com dolo ou culpa.

Vale destacar, por fim, que nesta fase preambular do processo, tal como já me manifestei acima, deve haver exame, ainda que perfunctório, dos elementos subjetivos envolvidos no caso em análise e do nexo de causalidade entre a conduta praticada e do ato que se imputa ilícito, pois, a rigor, a legitimidade passiva é extraída a partir dos fatos narrados na exordial.

Assim, tendo exarado parecer que respaldou atos nos quais se apontaram a existência de irregularidades, é possível a presença da referida advogada nestes autos, pois ela poderia, pelo menos em tese, ser responsabilizada por este Tribunal.

Em face do exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela Sra. Vanessa de Oliveira da Silva, uma vez que entendo que ele é parte legítima para compor a relação processual, devendo eventuais fundamentos de responsabilização, isto é, a presença de dolo ou erro grosseiro, serem analisados no mérito, notadamente a assertividade de seu parecer jurídico emitido neste caso e se de fato a defendente atuou com base em teses jurídicas aceitáveis e lições doutrinárias e jurisprudenciais.

2. Mérito

2.1. Ilegalidade na contratação de profissionais médicos

Inicialmente, o representante assinalou a obrigatoriedade de realização de concurso público pela Administração Pública direta e indireta, e observou entendimento da Consulta n. 896648 sobre critérios para a complementação privada para a saúde pública.

Informou que a Icismep, enquanto associação pública de natureza autárquica, deveria realizar concurso público conforme a lei, o que teria sido descumprido pela terceirização efetivada por meio do Processo Licitatório n. 11/2019, Pregão Presencial n. 7/2019. Além de considerar indevida a terceirização, o Ministério Público de Contas ainda teria identificado ilegalidade na utilização da modalidade pregão para a contratação dos médicos. Nesse sentido, indicou como fundamento as Consultas n. 783820, 442370 e 783098.

Declarou que por se tratar de consórcio intermunicipal formado por 43 (quarenta e três) entes, este teria capacidade para promover a realização de concurso, não se tratando de município de pequeno porte que poderia possuir dificuldades práticas para a celebração de concurso público. Reforçou inclusive que em outras ocasiões o responsável teria realizado concurso para provimento de empregos públicos, o que também deveria ser aplicado à contratação de profissionais médicos.

Aduziu, ainda, que, na hipótese de necessidade de contratação temporária devidamente justificada, não caberia utilização do pregão, por não entender se encaixar as atividades médicas como serviços comuns.

Concluiu, assim, que a irregularidade na contratação de médicos enseja a aplicação de multa aos responsáveis, a determinação de que o consórcio se abstenha de prorrogar o referido instrumento, bem como a recomendação de que não sejam realizadas contratações de médicos por meio de processo licitatório na modalidade pregão no futuro.

Em relatório técnico inicial, a 3ª CFM ratificou o teor da representação e observou que a contratação de médicos dependeria da demonstração da impossibilidade de realização de concurso público, o que não teria sido comprovado nos autos.

Ademais, corroborou a alegação do representante de que o pregão não seria a modalidade adequada em caso de contratação de serviços médicos por se tratar de serviço especializado.

O Sr. Thiago Camilo Pinto informou que a manifestação se deu com base nas normas legais e na nota jurídica n. 24/2017 CAOPP/CAOSAÚDE, e afirmou que o parecer emitido como

controlador interno não teria condão de certificar a regularidade do certame por ausência de previsão legal, cabendo à análise jurídica tal certificação, motivo pelo qual concluiu que não houve, de sua parte, erro grosseiro ou culpa e dolo.

Os demais defendentes, em defesa conjunta, assinalaram que a atuação da Icismep busca atender as demandas dos municípios envolvidos, e indicaram que a terceirização possui ampla discussão jurídica favorável para além do mero embate entre atividade meio e atividade fim, e que a opção pela metodologia aplicada se deu pela sua eficiência, tendo em vista haver respaldo normativo para tal.

Asseverou que houve indeferimento de instauração de inquérito pelo Ministério Público por meio da Notícia de Fato n. 0027.20.000525-7 acerca do Processo Licitatório n. 11/2019, Pregão Presencial n. 7/2019, e que a prestação de serviço dos consórcios públicos atua perante demanda, não sendo, portanto, compatível com a prestação de tais serviços por médicos concursados.

Declararam ainda que a Lei n. 10.520/2002, ao dispor sobre serviços comuns, não se refere à complexidade destes, mas sim à possibilidade de padronização no mercado dada ampla oferta.

Em análise de defesa, a 3ª CFM afastou os argumentos de defesa apresentados, reforçando seu entendimento prévio.

O Ministério Público de Contas, em parecer conclusivo, reforçou seu posicionamento pela procedência do apontamento, advertindo que a terceirização de serviços de saúde somente poderia ocorrer de forma complementar, e que não foi possível identificar a parcela dos serviços de saúde que foram efetivamente terceirizados através do consórcio em cada município. Contudo, afastou a aplicação de multa por não verificar a demonstração inequívoca da existência de erro grosseiro, solicitando que a Icismep se abstenha de prorrogar o Contrato n. 8/2019, e que seja expedida recomendação aos gestores para não realizar tais contratações no futuro.

2.1.1. Da terceirização ilícita e da burla ao concurso público

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

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

Vale destacar o teor da Consulta n. 1024677, aprovada pelo Pleno na sessão de 4/12/2019, sob relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão:

No que tange à possibilidade de terceirização em sentido estrito, em virtude de necessária interpretação sistemática, notadamente quanto à eventual incompatibilização com o modelo do regime jurídico único previsto na redação originária do caput do art. 39 da CR/88 e, sobretudo, com a regra do art. 37, II, CR/88, as normas da Lei nº 6.019/74 devem aplicar-se parcialmente à administração direta, às autarquias e às fundações públicas, ou seja, apenas 4 naquelas atividades que não compreendam o exercício de parcela do poder estatal, a exemplo do que fora disciplinado pelo Poder Executivo Federal nos termos do Decreto nº 9.507/18.

E, em resposta a um dos quesitos formulados, o Pleno deixou consignado que:

2) As normas da Lei nº 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam à administração direta, às autarquias e fundações públicas no que concerne às atividades que não compreendam o exercício de parcela do poder estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; **d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.**

Imprescindível ainda mencionar a Consulta n. 1040717, também de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, respondida em sessão Plenária de 17/6/2020, na qual se admitiu a prestação de serviços de saúde por meio de execução indireta.

Inclusive, em recente Consulta de n. 1095479, respondida em sessão plenária do dia 15/9/2021, o referido Órgão Colegiado se pautou, debruçando-se sobre o questionamento sobre a possibilidade de terceirização da atividade de regulação médica no âmbito dos Consórcios Públicos de saúde que mantém o SAMU, na lógica acima mencionada, isto é, utilizando-se do novel parâmetro contido nas Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017, e do Decreto Federal n. 9.507/2018¹.

No caso específico da Icismep, que possui natureza jurídica de autarquia, vale destacar os Recursos Ordinários de ns. 1098500, 1098547 e 1101528, todos julgados na sessão plenária do dia 28/9/2022, novamente de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, em que se decidiu, por unanimidade, dar provimento afastando as multas aplicadas por entender que os serviços médicos terceirizados pelo Icismep não detinham natureza típica de Estado e que não refletiram o seu poder de império:

¹ CONSULTA. PREFEITURA MUNICIPAL. ADMISSIBILIDADE. CONSÓRCIOS PÚBLICOS. TERCEIRIZAÇÃO. DECRETO N. 9.507/2018. ATIVIDADE DE TÍPICA DE ESTADO. SAÚDE PÚBLICA. SERVIÇOS DE REGULAÇÃO MÉDICA. TOMADA DE DECISÕES E ORGANIZAÇÃO ESTRATÉGICA. INCOMPATIBILIDADE. [...] 2. Como tratado no âmbito da Consulta n. 1.024.677, a terceirização de serviços pela Administração Pública não mais é balizada pela noção de atividades meio ou finalísticas, mas sim, conforme Decreto n. 9.508/2018, sendo restrita quanto às atividades que envolvam atos decisórios, estratégicos, relacionados ao poder de polícia e regulação ou inerentes às categorias funcionais do órgão ou entidade. 3. A regulação médica tem por objeto a distribuição e organização dos profissionais de saúde e equipamentos disponíveis para o atendimento das demandas de urgência em determinada região, assim, consiste em serviço indispensável ao bom funcionamento dos sistemas públicos de saúde, exigindo a tomada de decisões estratégicas sobre a distribuição de equipes, equipamentos e atendimento de demandas, tornando-a incompatível com a terceirização, conforme art. 3º, I e II, do Decreto n. 9.508/2018.

RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. SERVIÇOS MÉDICOS. TERCEIRIZAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. SERVIÇOS COMUNS. RECURSO PROVIDO. 1. Consoante entendimento fixado na Consulta nº 1.024.677, a terceirização de serviços pela Administração Pública não mais se pauta pelas noções de atividade-fim ou atividade-meio, ou mesmo de atividades “materiais acessórias, instrumentais ou complementares”, sendo permitida a execução indireta de todas as atividades que não detenham natureza típica de Estado e que não reflitam o seu poder de império, cuja identificação foi balizada pelo art. 3º do Decreto Federal nº 9.507/18. [...]

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

Nos termos do Decreto nº 9.507/18, podem ser objeto de execução indireta atividades que (i) não envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento coordenação, supervisão e controle; (ii) não sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; (iii) não estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e (iv) não sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

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

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

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

[...]

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

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

[...]

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

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

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

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

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

Portanto, alinhando-me às razões anteriormente transcritas e os termos da jurisprudência desta Corte, julgo improcedente o apontamento de irregularidade relacionado à terceirização ilícita e à burla ao concurso público.

2.1.2. Possibilidade de utilização do pregão

No caso em apreço, tem-se que houve a utilização da modalidade pregão para contratação de sociedade empresária para prestação de serviços médicos especializados a atuarem nas unidades de saúde de quaisquer dos municípios consorciados, incluindo a gestão de escalas e atividades médicas assistenciais.

Cabe apontar que o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 10.520/2002, prevê a utilização da modalidade pregão nas hipóteses de aquisição de bens ou serviços comuns, conceituados como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Portanto, para que se faça opção pela modalidade pregão, é preciso que seu objeto, isto é, bens e serviços, sejam padronizados e possuam razoável grau de homogeneidade ofertados pelo mercado, ainda que envolvam natureza complexa.

A partir dessas ponderações, deve-se reconhecer que, se é possível estabelecer padrão de desempenho e qualidade de determinado bem ou serviço, de modo que no mercado haja especificação usual para ele, tem-se por configurada a condição de “comum” descrita no art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 10520/2002, possibilitando a sua contratação mediante pregão.

Esta Corte de Contas possui julgados no sentido de que inexistente ilegalidade na contratação, por meio da modalidade pregão, da prestação de serviços médicos, desde que devidamente justificada, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos de maneira objetiva no edital, a exemplo do que se deliberou na Representação n. 1084653, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, sessão da 2ª Câmara do dia 29/4/2021: “É possível a licitação mediante pregão para bens e serviços comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos de maneira objetiva no edital”.

Na mesma direção foram julgados os Recursos Ordinários n. 1098500, 1098547 e 1101528, também de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, em sessão plenária de 28/9/2022, que igualmente reconhece não haver tal impedimento, *verbis*:

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

1. Consoante entendimento fixado na Consulta nº 1.024.677, a terceirização de serviços pela Administração Pública não mais se pauta pelas noções de atividade-fim ou atividade-meio, ou mesmo de atividades “materiais acessórias, instrumentais ou complementares”, sendo permitida a execução indireta de todas as atividades que não detenham natureza típica de Estado e que não reflitam o seu poder de império, cuja identificação foi balizada pelo art. 3º do Decreto Federal nº 9.507/18.

2. É possível a licitação mediante pregão para bens e serviços comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos de maneira objetiva no edital. (Destaquei)

Importante destacar ainda o conceito utilizado por Joel de Menezes Niebhur sobre os bens e serviços comuns, que seriam aqueles definidos no edital, por meio de especificações objetivas, que se prestam a estabelecer o padrão de qualidade desejado pela Administração Pública, de acordo com características usuais no mercado, “[...] sem que variações de ordem técnica eventualmente existentes entre os bens e serviços ofertados por diversos fornecedores que atendam a tais especificações objetivas sejam importantes ou decisivas para a determinação de qual proposta melhor satisfaz o interesse público e desde que a estrutura procedimental da modalidade pregão, menos formalista e mais célere, não afete a análise da qualidade do objeto licitado ou importe prejuízos ao interesse público”.

Ante o exposto, nos termos das decisões anteriormente colacionadas, entendo que é possível a utilização da modalidade pregão para contratação de serviços médicos mediante pregão, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos de maneira objetiva no edital, diante dos elementos trazidos aos autos, não podendo, em abstrato, tal como quer o Ministério Público de Contas, apontar ilegalidade no emprego dessa modalidade para contratar tais serviços, motivo pelo qual julgo improcedente o apontamento.

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

O representante alegou que não foi realizada a devida caracterização do objeto do certame, opinando que houve caracterização superficial dos serviços a serem prestados e que o detalhamento seria realizado apenas nos contratos específicos dos municípios e a Icismep.

Afirmou que a pesquisa de mercado foi realizada posteriormente à formalização do orçamento, sem detalhamento dos serviços efetivamente prestados em contrato anterior utilizado como parâmetro em Termo de Referência.

Apontou, ademais, a ocorrência das seguintes irregularidades: i) ausência de pesquisa de mercado para estabelecer a média dos valores liquidados por profissionais, tendo sido utilizado como referência apenas os valores supostamente adotados na contratação anterior; ii) ausência de detalhamento do tipo e quantitativo de serviços executados no contrato anterior; iii) ausência de demonstração do cálculo e metodologia adotados para estimar os valores que seriam demandados nos municípios que não foram contemplados pelo contrato precedente; e iv) ausência de esclarecimento de como obteve a estimativa de valor.

Alegou, assim, que as etapas de planejamento não teriam sido regularmente seguidas e tampouco ensejaram resultados satisfatórios.

Questionou, especificamente quanto à pesquisa de preço, que as empresas teriam sido chamadas a fornecer a cotação de preços a partir de valores já fechados e indicados pelo consórcio, sem que tivesse sido informado o quantitativo de serviços abarcados na futura contratação, tendo, ainda, destacado que a apresentação de apenas três orçamentos não configuraria ampla pesquisa de mercado.

Ponderou, por fim, que o critério de julgamento adotado não permitiria que fosse contratado o menor preço por meio da taxa de administração, visto que essa teria sido calculada com base no valor anual indicado de forma imprecisa e sem que fosse apresentado o quantitativo de serviços da contratação.

A Unidade Técnica, em análise inicial, ratificou o posicionamento do *Parquet Especial*.

Em sede de defesa, o Sr. Thiago Camilo Pinto apontou que a caracterização teria sido clara e devidamente pormenorizada. Alegou que a análise da pesquisa de mercado se deu com base na Resolução Interna do Icismep n. 15/2016 e que tal análise teria sido realizada de forma ampla. Destacou que a presença de três orçamentos estaria regular por se tratar de objeto complexo para o qual seria difícil obter cotação de preços. Aduziu, ainda, que o orçamento realizado antes da pesquisa de mercado serviria somente como norteador, não havendo, assim, irregularidade na apresentação de valor de orçamento prévio. Ressaltou, ao final, que a Lei n. 10.520/2002 não admitiria outra metodologia que não critério de menor preço e que os critérios de maior lance ou maior desconto teriam a mesma natureza do menor preço.

Em defesa conjunta, os outros responsáveis declararam que o objeto atendeu às exigências legais de clareza e precisão, que seria inclusive vedado o detalhamento minucioso dos serviços a serem realizados. Esclareceu que, dada a natureza de consórcio que atende a diversos municípios, seria impossível precisar os serviços a serem executados. Informaram que o valor estimado se deu a partir da média dos valores de 2018 em parte das regiões atendidas pelo consórcio, e que a adesão dos municípios associados poderia ocorrer posteriormente, abrindo margem para a requisição de novos serviços com aumento significativo na demanda.

Esclareceram que a pesquisa de mercado foi realizada junto a cinco fornecedores, dos quais três ofereceram orçamentos. Destacaram também que houve pesquisa junto a painéis de compras como banco de preços e *comprasnet*, e que a quantidade de cotações foi limitada pelo desinteresse de alguns prestadores. Ademais, assinalaram que a Resolução Interna do Icismep n. 53/2019 que prevê a pesquisa de preços junto à três fornecedores distintos.

Apontaram, por fim, julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ que reconheceria a compatibilidade entre o critério “menor taxa de administração” e o de “menor preço”. Aduziram, ainda, que suas atribuições remetem ao controle administrativo e não exercício de funções daquela a ser contratada.

A Unidade Técnica, em sua análise das defesas apresentadas, manteve posição pela manutenção da irregularidade.

Em sua manifestação conclusiva, o Ministério Público de Contas reforçou entendimento pela procedência da irregularidade e aplicação de multa aos responsáveis.

Com efeito, em se tratando da caracterização do objeto, a Lei n. 10.520/2002, em seu art. 3º, II², prevê a necessidade de definição do objeto de forma precisa e suficientemente clara.

Nesse sentido, tem-se que a devida especificação do objeto é essencial para a realização do procedimento licitatório, visto que sua imprecisão pode comprometer todo o procedimento ao abrir margem para a inserção de elementos não previstos em edital ou para a apresentação de preços não compatíveis com o serviço a ser efetivamente prestado.

Em tal perspectiva se posiciona o doutrinador Marçal Justen Filho³, *verbis*:

O projeto deverá obrigatoriamente estimar as quantidades a serem adquiridas [...] Haverá casos em que inexisterão condições técnico-científicas para definir quantidades. Ainda nessas hipóteses será proibida a licitação de quantidades indefinidas. Deverá promover-se uma estimativa dentro dos limites que a técnica permita formular. Se, no curso do contrato, verificar-se a inadequação dos cálculos, serão adotadas as providências adequadas. Se, nos

² Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

[...]

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 157.

quantitativos forem insuficientes, realiza-se uma alteração no contrato ou nova licitação; se excessivos, a Administração arcará com o seu custo.

Assim já decidiu o Conselheiro José Alves Viana, na Denúncia de n. 886599, sessão da 2ª Câmara de 5/4/2018, na qual argumentou que a ausência de especificação devida do objeto inviabiliza a realização de ampla pesquisa de mercado condizente com os preços reais praticados no mercado, bem como apresentação de proposta satisfatória.

Também o conselheiro Wanderley Ávila, nos autos da Denúncia n. 951250, sessão da 2ª Câmara de 15/9/2016, de modo mais específico, ainda se debruçou notadamente na questão da falta de especificação dos quantitativos dos serviços ou bens que compõem o objeto, que igualmente comprometeria a avaliação precisa necessária para a apresentação de propostas.

Vale mencionar ainda a Súmula n. 177 do TCU⁴, que dispõe acerca da importância da definição precisa e suficiente do objeto da licitação, tendo essa como regra indispensável para a competição e sem a qual pode incorrer o gestor em violação dos princípios da impessoalidade, da igualdade, da publicidade, da probidade e da competitividade, como restou julgado quando do Acórdão n. 2276/2019 – 1ª Câmara, de relatoria do Ministro Substituto Augusto Sherman.

Especificamente quanto à contratação promovida por consórcios públicos que permitem aos entes consorciados (ou suas entidades da Administração Indireta) celebrar ajustes decorrentes da licitação, entendo que é necessária a adoção de determinadas cautelas a fim de assegurar a eficiência e garantir a legalidade do processo e, dentre as medidas a serem tomadas, impõe-se a elaboração do devido planejamento (definição da necessidade, identificação da solução, pesquisa de preços) que perpassa todas as entidades envolvidas⁵, notadamente ante a utilização do critério de julgamento “menor taxa de administração”. Ao consórcio, portanto, compete consolidar as informações relativas à estimativa e total de consumos dos municípios, elaborando os termos de referência aos projetos básicos encaminhados para atender aos requisitos de padronização e racionalização, cabendo aos consorciados a responsabilidade pelo envio de sua demanda e necessidades.

Ao analisar os autos, é possível identificar que, embora conste, no edital, à pág. 284 da peça n. 5, Anexo I, tabela informando os serviços médicos que comporiam o contrato, não há relação de serviços que deveriam ser prestados por município; aliás, todos os serviços estão relacionados em lote único em que não se detalhou as atividades que seriam prestadas; ausentes, ainda, o número de horas e/ou os dias em que tais serviços seriam oferecidos por município e quais desses profissionais deveriam servir a cada localidade.

Ademais, como bem apontado pelo *Parquet* Especial, não foram esclarecidos os quantitativos relativos aos serviços prestados em contrato anterior utilizado como referencial para a definição dos valores de cada serviço e do valor geral. A partir de tal informação seria possível estimar,

⁴ Súmula 177 – TCU: A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

⁵ Consulta de n. 821513 de 2016, Acórdão n. 1.624/2020 do Plenário do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, *verbis*: [...] a participação do ente consorciado há que se dar na fase interna da licitação, ao explicitar o interesse no objeto da licitação, vertendo as características que lhe interessariam, bem como o seu quantitativo. Veja-se se compete ao consórcio a realização da licitação, sem que ele usufrua do objeto da contratação, ele tão só a fará após perquirir junto aos seus membros quais as necessidades a serem satisfeitas com a contratação do referido objeto. Não é razoável afirmar que consórcios realizariam diversas licitações dos mais variados objetos, esperando, a posteriori, a adesão dos seus consorciados, eis que atitude malsã ao princípio da eficiência que se impõe indistintamente a toda a Administração Pública, de todas as esferas e de todos os poderes (art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

ainda que de maneira flexível, a quantidade a ser prestada dos serviços relacionados no Anexo II (peça n. 5, pág. 414).

O item 6.1 do Termo de Referência, pág. 264 da peça n. 5, inclusive, contém informação de que tais serviços estariam contemplados nos contratos específicos celebrados junto aos municípios com a Icismep, tendo o edital especificado apenas quais especialidades médicas seriam contratadas, bem como o possível valor da consulta/plantão, que em alguns casos especificava quantias diferentes para dias distintos.

Importa ressaltar que a ausência do referido detalhamento, mesmo que estimado, dos serviços a serem prestados, influencia diretamente na pesquisa de mercado e na proposta que será apresentada, podendo comprometer, de tal modo, a competitividade e a economicidade do certame.

Inclusive, é válido mencionar Relatório de Avaliação⁶ apresentado pela CGU, relativo à contratação de prestação de serviços médicos pelo Município de Sarzedo por meio da Icismep, que incluiu o contrato originado do Pregão Presencial n. 20/2013, cujo objeto foi similar ao aqui analisado, bem como sua caracterização, e em que se concluiu que a descrição teria sido realizada de forma ampla e subjetiva, o que teria permitido a ampliação dos serviços prestados após a assinatura do contrato, de modo a incluir outros municípios e serviços médicos de acordo com as necessidades que fossem surgindo.

Assim, entendo que, para a devida caracterização do objeto, deveria ter sido informada a relação de serviços a serem prestados por município e, ao menos, a quantidade estimada de cada localidade a título de referência para elaboração da proposta, ainda que não fosse possível precisar exatamente a quantidade desses (contendo as horas e os dias em que seriam prestados os serviços). Ainda, deveria ter sido colacionada relação dos serviços prestados relativos ao ano de 2018, utilizada como referência para composição dos valores indicados pelo edital.

Nessa linha, considero também que a caracterização insuficiente do objeto comprometeu a adequada realização de pesquisa de mercado que reflita os preços reais praticados, tal como estabelece o art. 3º, III, da Lei n. 10.520/2002⁷, pois a ausência de precisa definição do objeto, necessariamente realizada na fase interna do procedimento licitatório, impõe dificuldades a todos os agentes nas etapas seguintes – inclusive na elaboração da proposta.

Ademais, considerando o critério de julgamento “menor taxa de administração”, correspondente ao somatório dos percentuais de tributos, custos e lucro, conforme indicado nos itens 12.1. do edital e 6.1. do Termo de Referência – ANEXO I, é irregular sua utilização sem o estabelecimento de parâmetros para os preços dos produtos e serviços licitados.

Vale aqui destacar trecho da representação do *Parquet* Especial:

113. Conforme pontuado no capítulo anterior, não foi apresentado o quantitativo de serviços da contratação. A Administração indicou, de forma imprecisa e subjetiva, que o valor anual correspondia R\$45.000.000,00. Assim, a partir desta importância pré-fixada, as licitantes deveriam apresentar as propostas de taxa de administração, ou seja, os percentuais ofertados para gerir aquele montante de recursos.

⁶ Disponível em: <https://caud.cgu.gov.br/relatorios/download/911860>. Acesso em 7/3/2023.

⁷ Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

[...]

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

114. Ora, como as empresas poderiam apresentar percentuais relativos à taxa de administração sem saber ao certo quais serviços seriam realizados? Isto é, como apresentar uma proposta, atinente à gestão de um contrato, sem conhecê-lo?

115. Ao ver deste Ministério Público de Contas, o dado referente ao valor total do contrato não é suficiente para responder a dúvida suscitada.

116. O gerenciamento de 40.000 plantões, ao custo unitário de R\$1.000,00, por exemplo, certamente não se equivale ao gerenciamento de 5.000 plantões, 5.000 consultas e 5.000 cirurgias, com remunerações próprias para cada atividade.

117. A primeira insubsistência refere-se, assim, à impossibilidade de apresentar propostas para administrar determinados serviços, sem conhecer o quantitativo de serviços que seriam gerenciados.

118. Dito isto, e retomando ao caso concreto, verifica-se que foi indicado como parâmetro para a taxa de administração, na fase interna, o percentual médio de 30,57%. Posteriormente, na fase externa, foi homologada a proposta de 24%.

119. Ou seja, a contratada seria remunerada pela taxa de administração de 24% sobre o valor total do contrato, estimado em R\$45.000.000,00, o que corresponde à importância aproximada de R\$10.800.000,00 ao ano.

120. Em tese, a empresa receberia mais de dez milhões de reais para fazer todo o gerenciamento envolvido no contrato. Desde à contratação e pagamento dos médicos, à elaboração das escalas de trabalho e alocação dos profissionais nas unidades de atendimento do SUS.

121. Contudo, verificou-se que, na prática, a contratada não seria responsável por todas as providências exigidas na gestão dos serviços, de modo que algumas atribuições ficariam a cargo da própria ICISMEP.

[...]

124. Ora, tais tarefas não deveriam estar incluídas na taxa de administração? A empresa não é contratada justamente para realizar a gestão do contrato?

125. Considera-se que a forma de contratação e o critério de julgamento foram adotados apenas para conferir aparência de legalidade ao certame, enquanto, na verdade, a empresa contratada foi utilizada pela ICISMEP apenas para que não lhe fossem atribuídos vínculos e responsabilidades com os médicos contratados. A empresa, que recebe um valor extremamente alto a título de taxa de administração, aparentemente não gerencia todo o contrato, blindando a atuação do consórcio público.

No caso concreto, devido à indicação de valor anual impreciso, alguns fatores já discutidos anteriormente assinalam para a inadequação da utilização do critério de menor taxa de administração, quais sejam: (i) deficiência de especificação adequada do objeto da licitação sem o estabelecimento de parâmetros para os preços dos produtos e serviços licitados; (ii) a utilização de valores médios calculados a partir de contrato anterior que não foi juntado ao procedimento, que inclusive poderia ter sido usado como base para quantificação dos serviços do item anterior.

Esse foi o posicionamento adotado pelo Conselheiro Wanderley Ávila na já citada Denúncia de n. 951250, cuja ementa dispõe da seguinte forma:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DA VANTAJOSIDADE DA CONTRATAÇÃO PELO SISTEMA DE GERENCIAMENTO. AUSÊNCIA DA ADEQUADA ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO EM PLANILHA DE CUSTOS

UNITÁRIOS. RECOMENDAÇÃO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO ADOTADO - MENOR TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. IRREGULARIDADES. MULTA. RECOMENDAÇÕES.

[...] 7. Deve ser adotado o critério de julgamento compatível com objeto licitado em sua integralidade, não sendo possível licitar com base apenas no menor percentual de taxa de administração, uma vez que, assim procedendo, estaria sendo escolhido apenas a melhor proposta para o gerenciamento, deixando sem parâmetros os serviços a serem prestados no bojo do contrato.

[...]

Por derradeiro, apontou o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas que a apuração do menor preço, da forma como foi realizada no Pregão Presencial nº 012/2015, tendo como base apenas a taxa de administração do serviço de gerenciamento de frota, sem o estabelecimento de parâmetros para os preços dos produtos e serviços licitados, teria representado afronta direta à vantajosidade da contratação e a apuração do melhor preço, infringindo assim o disposto nos artigos 3º, caput, e 45, §1º, inc. I, da Lei de Licitações.

[...]

A ausência de disputa em torno dos preços das peças e dos serviços deixa em aberto o valor a ser pago pela Administração durante a execução do ajuste e impede a verificação da vantajosidade da proposta contratada.

O Parecer da AGU dispõe que a forma como conseguir a almejada competitividade em relação aos serviços varia conforme cada caso:

A título de exemplo, cite-se a exigência de um percentual de descontos sobre os valores de combustíveis, peças, lubrificantes etc. Utilizar-se-iam, então, alguns valores tabelados, sobre os quais incidiriam esse desconto, como uma tabela de preço combustíveis da Agência Nacional de Petróleo (ANP), uma tabela de serviços (mão-de-obra e peças) do fabricante etc. Ter-se-ia, assim, uma competitividade referente à taxa de administração cobrada pelo gerenciamento e também uma competitividade sobre os serviços a serem efetivamente prestado, afastando-se, assim, uma série de questionamentos levantados pelo TCU no Acórdão 2.731/2009-P. Caberia à Administração, nos estudos da fase interna, fixar esses pressupostos, com base nos aspectos.

Esclarece o Órgão Técnico que, **no caso de serviços não previstos em tabela de fabricante ou outra tabela-padrão adotada na licitação, a solução seria utilizar-se da sistemática de apuração dos valores de mercado para fins de aplicação do percentual acordado e respectivo pagamento.**

Logo, considerando os elementos apresentados, verifico que procede alegação do representante, atentando ao fato de que, devido aos fatores elencados quanto à caracterização e pesquisa de preços, a utilização da menor taxa de administração como critério único não se mostrou como mais adequado no caso concreto para a escolha da melhor proposta.

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

Dado que a irregularidade apontada violou o disposto no art. 3º, II e III, da Lei n. 10.520/2002, e comprometeu a apuração dos custos e interferiu na elaboração da apresentação de propostas pelas interessadas, bem como restringiu potencialmente a competitividade do certame – que, aliás, contou com apenas três participantes, justamente as mesmas que participaram da cotação de preço e possuem um histórico de contratos firmados com o Icismep –, entendo caracterizado

neste caso o erro grosseiro, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb, apto a ensejar a aplicação de multa individual à Sra. Vivian Taborda Alvim, subscritora do Termo de Referência e do edital (peça n. 5, pág. 366/441).

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

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

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

2.3. Frustração do caráter competitivo do certame: indícios de direcionamento do certame

O representante assinalou que as únicas sociedades empresárias participantes do certame foram aquelas que apresentaram orçamentos na fase interna, das quais duas já haviam prestado serviços anteriormente à Icismep, e a outra se trataria de empresa com sede no Estado do Paraná.

Aduziu que uma dessas empresas desistiu da proposta apresentada após ser acusada de tentar fazer uso indevido dos benefícios concedidos pela Lei Complementar n. 123/2006. Posteriormente, a vencedora teria tido documentação inadmitida por violar um dos itens editalícios e, após a sua inércia em regularizar a situação, a terceira empresa teria sido declarada vencedora, após negociação do valor da taxa de administração, sendo vitoriosa, por fim, a sociedade empresária que apresentou o maior valor de proposta, o que seria suspeito.

Concluiu que, apesar de não haver indícios suficientes para corroborar o direcionamento do certame, haveria elementos capazes de evidenciar a frustração do caráter competitivo.

A Unidade Técnica ratificou o apontamento do Ministério Público de Contas em sede de análise inicial.

O Sr. Thiago Camilo Pinto não se manifestou a esse respeito.

Os demais defendentes argumentaram, acerca da participação de licitante com sede no Paraná, que tal fato somente demonstraria que foi respeitada a devida publicidade do certame, o que, por sua vez, afastaria a alegada restrição ao caráter competitivo do procedimento licitatório.

Em sede de análise de defesa, a 3ª CFM reconsiderou análise anterior e entendeu que não restou comprovado o direcionamento do certame.

Em manifestação conclusiva, o *Parquet* Especial, do exame dos argumentos de defesa, concluiu que os elementos constantes dos autos não seriam suficientes para atestar a existência de direcionamento neste caso, pois haveriam informações nos autos que contribuiriam para o afastamento da irregularidade.

Com efeito, é válido ressaltar que alguns dos apontamentos analisados anteriormente – e julgados procedentes –, poderiam, em tese, ter contribuído para a redução do caráter competitivo do certame.

Todavia, tal como reconhecido pelo próprio representante e pela Unidade Técnica, não restou demonstrado, nos autos, o mencionado direcionamento do certame, não estando demonstrado o nexo de causalidade entre a atuação dos agentes públicos e a baixa competitividade identificada, motivo pelo qual entendo que não houve afronta ao comando do art. 3º, §1º, I, da Lei n. 8.666/1993, como destacado na exordial.

Ante o exposto, na esteira do reexame técnico e do parecer do Ministério Público de Contas, julgo improcedente o presente apontamento de irregularidade.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, nos termos da fundamentação, em sede de preliminar de mérito, rejeito a alegação de ilegitimidade passiva arguida pelo Sr. Thiago Camilo Pinto, uma vez presente nexo de causalidade entre sua conduta e os apontamentos em exame nos autos.

Ainda em sede de preliminar de mérito, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela Sra. Vanessa de Oliveira da Silva, uma vez que também está presente o nexo de causalidade entre sua conduta e os apontamentos em exame nos autos.

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

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

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

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

Intimem-se os responsáveis por via postal e pelo Diário Oficial de Contas, bem como o Ministério Público de Contas, na forma regimental.

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

* * * * *