



## EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO RELATOR

**Processo TC:** 4100/2007  
**Jurisdicionado:** Prefeitura Municipal da Serra

O **Ministério Público de Contas (MPC)**, no exercício de suas atribuições institucionais, com fundamento nos art. 152, inciso II<sup>1</sup>, 157<sup>2</sup>, 159<sup>3</sup> e 166<sup>4</sup> da Lei Complementar Estadual 621/2012, no art. 3º, inciso III, da Lei Complementar Estadual 451/2008<sup>5</sup>, bem como nos art. 408<sup>6</sup> e 402, inciso I<sup>7</sup> do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCEES), exprimindo irresignação com os termos assentados pelo **Acórdão TC-501/2016 – Plenário** (acostado às fl. 1459/1467 do Processo TC 4100/2007), o qual definiu pela **regularidade** dos atos de gestão analisados por meio de **Auditoria** no município de Serra, exercício 2006, sob responsabilidade do senhor Audifax Charles Pimentel Barcelos, vem propor o presente

## PEDIDO DE REEXAME

- <sup>1</sup> Art. 152. Cabem os seguintes recursos nos processos em tramitação no Tribunal de Contas:  
[...]  
II - pedido de reexame;
- <sup>2</sup> Art. 157. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de recurso.
- <sup>3</sup> Art. 159. Cabe ao interessado demonstrar, na peça recursal, em preliminar, o seu interesse em intervir no processo.
- <sup>4</sup> Art. 166. Cabe pedido de reexame, sem efeito suspensivo, da decisão de mérito proferida em processos de fiscalização e de consulta.
- <sup>5</sup> Art. 3º Compete aos Procuradores Especiais de Contas, além de outras atribuições estabelecidas na Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas:  
[...]  
III - interpor os recursos e requerer as revisões previstas em lei;
- <sup>6</sup> Art. 408 Caberá pedido de reexame, sem efeito suspensivo, da decisão de mérito proferida em processos de fiscalização e de consulta.  
§ 1º Nas hipóteses em que a decisão possa resultar grave lesão ou lesão de difícil reparação, o Tribunal poderá, excepcionalmente, por maioria absoluta de seus membros, a pedido do interessado, do sucessor ou do Ministério Público junto ao Tribunal, atribuir efeito suspensivo ao pedido de reexame.  
§ 2º É cabível a concessão de efeito suspensivo em pedido de reexame em face de parecer em consulta.  
§ 3º Nos casos em que for concedido efeito suspensivo a item específico da decisão, deverá ser dado prosseguimento à execução dos demais itens em processo apartado.  
§ 4º Nos processos de consulta, o pedido de reexame será interposto exclusivamente pelo Ministério Público junto ao Tribunal.  
§ 5º O prazo para interposição do pedido de reexame é de trinta dias, contados na forma prevista na Lei Orgânica do Tribunal.
- <sup>7</sup> Art. 402. Interposto o recurso pelo Ministério Público junto ao Tribunal, serão notificados os demais interessados para se manifestarem, nos termos do art. 156 da Lei Orgânica do Tribunal, nos seguintes prazos:  
[...]  
I - Trinta dias, nos casos de pedido de reexame e recurso de reconsideração;



em vista das razões adiante aduzidas, requerendo, após o cumprimento das formalidades legais e regimentais, seja o presente feito submetido à apreciação do egrégio Plenário, na forma do art. 9º, inciso XIII, da Resolução TC nº 261/2013<sup>8</sup>.

## **1 DO CABIMENTO, DA LEGITIMIDADE E DA TEMPESTIVIDADE DO PEDIDO DE REEXAME**

Preceitua o art. 166 da Lei Complementar nº. 621/12 que *“cabe pedido de reexame, sem efeito suspensivo, da decisão de mérito proferida em processos de fiscalização e de consulta”*, aplicando-lhe, no que couber *“as disposições dos artigos 164 e 165 desta Lei Complementar”*.<sup>9</sup>

Por sua vez, prescreve o art. 408, §5º, do Regimento Interno desta Corte que *“o prazo para interposição do pedido de reexame é de trinta dias, contados na forma prevista na Lei Orgânica do Tribunal”*<sup>10</sup>, especificamente em seu art. 67<sup>11</sup>.

De seu turno, dispõe o art. 157 da Lei Complementar nº. 621/12 que *“o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de*

---

<sup>8</sup> **Art. 9º** Ao Plenário, órgão máximo de deliberação, dirigido pelo Presidente do Tribunal e composto por sete Conselheiros, compete:

**XIII** - deliberar sobre os recursos de reconsideração e os pedidos de reexame interpostos em processos do Tribunal;

<sup>9</sup> **Art. 166.** Cabe pedido de reexame, sem efeito suspensivo, da decisão de mérito proferida em processos de fiscalização e de consulta.

**§ 1º** Nas hipóteses em que a decisão possa resultar grave lesão ou lesão de difícil reparação, o Tribunal poderá, excepcionalmente, por maioria absoluta de seus membros, a pedido do interessado, do sucessor ou do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, atribuir efeito suspensivo ao pedido de reexame.

**§ 2º** Nos processos de consulta, o pedido de reexame é cabível exclusivamente ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

**§ 3º** Ao pedido de reexame aplicam-se, no que couber, as disposições dos artigos 164 e 165 desta Lei Complementar.

<sup>10</sup> **Art. 408.** Caberá pedido de reexame, sem efeito suspensivo, da decisão de mérito proferida em processos de fiscalização e de consulta.

[...]

**§ 5º** O prazo para interposição do pedido de reexame é de trinta dias, contados na forma prevista na Lei Orgânica do Tribunal.

<sup>11</sup> **Art. 67.** Para efeito do disposto nesta Lei Complementar, os prazos serão contínuos, não se interrompendo nem se suspendendo nos finais de semana e feriados, e serão computados excluindo-se o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento, salvo disposição legal em contrário.

**Parágrafo único.** Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil subsequente, se o início ou o término coincidir com final de semana, feriado ou dia em que o Tribunal não esteja em funcionamento ou que tenha encerrado o expediente antes da hora normal.



*recurso*<sup>12</sup>, iniciando-se sua contagem mediante entrega, de forma pessoal, dos autos com vista ao órgão ministerial (art. 62, parágrafo único)<sup>13</sup>.

Denota-se à fl. 1468, que os autos ingressaram na Secretaria do Ministério Público de Contas no dia **14/07/2016**, quinta-feira. Logo, a contagem do prazo para a interposição do Pedido de Reexame iniciou-se no dia seguinte, **15.07.2016**, sexta-feira, primeiro dia útil subsequente ao recebimento dos autos pelo Ministério Público de Contas, com previsão de encerramento no dia **12.09.2016**, segunda-feira.

Perfaz-se, tempestivo, portanto, o presente recurso.

Em idêntica senda, revela-se, estreme de dúvidas, a legitimidade do *Parquet* de Contas, bem assim seu interesse na interposição deste Pedido de Reexame.

## **2 DOS FATOS**

Versam os autos sobre **Auditoria Especial** realizada na Prefeitura Municipal de Serra em atendimento ao **Plano e Programa de Auditoria Especial 197/2007** (fl. 793/795), que restou materializado no **Relatório de Auditoria RA-D 23/2008** (fl. 799 a 833 e documentos de suporte às fl. 834/1278), por meio do qual foram identificadas irregularidades concernentes ao exercício 2006, sob responsabilidade do senhor **Audifax Charles Pimentel Barcelos**, então Prefeito Municipal.

Após devidamente citado nos moldes da **Instrução Técnica Inicial ITI 685/2009** (fl. 1280/1283) e apresentadas justificativas e documentos (fl. 1298/1348), por força regimental, os autos foram remetidos ao Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC para emissão do último ato da fase instrutória, consubstanciado na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 2073/2013** (fl. 1354/1366), a qual acolheu as razões de justificativas, afastando o indicativo de irregularidade atinente a “**1.1 Contratação emergencial irregular para aquisição de combustível**” e, giro outro,

<sup>12</sup> **Art. 157.** O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de recurso.

<sup>13</sup> **Art. 62.** A comunicação dos atos e decisões presume-se perfeita com a publicação no Diário Oficial do Estado ou outro meio de divulgação oficial do Tribunal de Contas, salvo as exceções previstas em lei.  
**Parágrafo único.** A comunicação dos atos e decisões ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em qualquer caso, será feita pessoalmente mediante a entrega dos autos com vista, sob pena de nulidade.



**manteve** aquelas concernentes ao **Contrato nº. 143/2006** (fl. 1229/1238), celebrado entre o Município da Serra e a Cooperativa Médica COOPANEST – Cooperativa dos Anestesiologistas do Espírito Santo, quais sejam, “**1.2 Contratação de cooperativa médica em detrimento de concurso público**” e “**1.3 Realização de contrato por prazo indeterminado**”, concluindo, ao final, pela sugestão de julgamento no sentido da **irregularidade** dos atos de gestão do Chefe do Executivo Municipal no bojo do instrumento fiscalizatório em questão, bem como pela aplicação de multa pecuniária ao Responsável.

Confira a acurada análise empreendida pelo corpo técnico desta Corte de Contas, com especial atenção para os pontos destacados por este *Parquet*<sup>14</sup>:

#### **À Coordenadora do NEC,**

Através da Comunicação Interna nº 92/2007, a Secretaria Geral de Sessões, informou à área técnica em sessão ordinária realizada, que o Dr. Ananias Ribeiro de Oliveira, Procurador Chefe da Procuradoria de Justiça de Contas, solicitou a realização de Auditoria Especial na Secretaria de Saúde da Prefeitura Municipal da Serra para a verificação da legalidade dos atos de gestão relativos àquela secretaria no exercício de 2006.

O conselheiro Vice-Presidente em exercício na Presidência, Dr. Elcy de Souza, autorizou a realização de auditoria especial desencadeando-se a auditoria em atendimento ao **Plano e Programa de Auditoria Especial 197/2007 (fls. 793/795) e sua prorrogação (fl. 796)**, que resultou na elaboração do **Relatório de Auditoria nº 6CT/023/2008** (fls. 799/833 e documentos), no qual foram constatadas irregularidades.

Com base nas informações obtidas, confeccionou-se a **Instrução Técnica Inicial - ITI 685/2009** (fls. 1280/1283), por meio da qual informou que as irregularidades referentes ao Pregão Eletrônico nº 23/2006 já haviam sido analisadas na Instrução Técnica Conclusiva nº 4423/2008 (constante no Processo TC 2993/2006, apenso ao processo TC 1798/2007). Também sugeriu a citação do Sr. Audifax Charles Pimentel Barcelos, Prefeito Municipal da Serra no exercício de 2006. Em seguida, através da **Decisão Preliminar TC 0396/2009** (fl. 1291), assinalou-se o prazo improrrogável de 45 dias para a apresentação de justificativas.

Regularmente citado, o Senhor Audifax Charles Pimentel Barcelos apresentou tempestivamente justificativas e documentos, acostados às fls. 1298/1348. Após, os autos vieram a este Núcleo para elaboração de Instrução Técnica Conclusiva, em atendimento ao artigo 66, inciso III, alínea *h*, do Regimento Interno deste Tribunal (Resolução TC 182/2002).

### **1 ANÁLISE TÉCNICA DOS INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES**

#### **1.1 Contratação emergencial irregular para aquisição de combustível (Item 1 da ITI 685/2009)**

<sup>14</sup> Destaques em amarelo no texto, à semelhança de um marca-texto.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**  
Procuradoria Especial de Contas

**Base legal:** Inobservância ao artigo 24, incisos IV e V, da Lei nº 8.666/93.

**Responsável:** Sr. Audifax Charles Pimentel Barcelos (Prefeito Municipal no exercício de 2006)

**Auditoria**

Abaixo transcrevemos a irregularidade apontada no item 1 da ITI nº 685/2009:

Segundo o Relatório de Auditoria, o Contrato nº 089/2005/SEAD, para fornecimento de combustível, da Prefeitura Municipal de Serra, foi rescindido por decisão judicial.

Assim, amparada em parecer de sua procuradoria e após prévia coleta de preços, a Prefeitura firmou o Contrato nº 457, de 07/10/2005, com a empresa Litorânea Derivados de Petróleo, com base no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre a dispensa de licitação em situações emergenciais.

Na sequência, a Prefeitura realizou o processo licitatório - Pregão Eletrônico nº 141/2005, sem a efetivação de contrato.

De acordo com a ata, a oferta para aquisição de álcool e gasolina comum ficou acima do valor do contrato emergencial com a empresa Litorânea. Além do que, a empresa participante do pregão - GALON & MAESTRI LTDA - restou desclassificada.

Com relação ao lote para aquisição de óleo diesel, segundo o Relatório de Auditoria, não houve vícios que pudessem macular o caráter competitivo do procedimento. Entretanto, o objeto não foi adjudicado ao vencedor.

Decidiu então a Administração, a partir do novo fato, firmar o Contrato Emergencial nº 102/2006 - SEAD com a Litorânea Derivados de Petróleo Ltda, com prazo de 02/01/2006 até 31/03/2006, com base no inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93.

Entretanto, verifica-se que o Município deveria ter adjudicado o lote referente ao óleo diesel ao participante vencedor do certame, não havendo razão para a contratação emergencial, infringindo o artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

Com relação ao lote de álcool e gasolina comum, verifica-se que a empresa foi inabilitada por não apresentar documentação relativa à habilitação jurídica, devendo ter sido repetido o processo para a aquisição do material, em observância ao inciso V do artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

**Justificativas**

O justificante afirma que a empresa que venceu o lote referente à aquisição de óleo diesel foi a empresa Carapina Derivados de Petróleo Ltda. Em 06/01/2006 já havia sido adjudicado o lote e assinado o contrato, conforme documentação trazida.

Afirma que a contratação emergencial refere-se somente a compra de gasolina e álcool combustíveis, visto que a empresa vencedora do respectivo lote foi desclassificada e, portanto, novo certame teve de ser iniciado, demandando tempo. Cumprido o prazo para realização de novo pregão, foi contratada a empresa Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**  
Procuradoria Especial de Contas

### **Análise**

A equipe de auditoria apontou a irregularidade em comentário sob a alegação de que mesmo havendo vencedor no Pregão Eletrônico nº 141/2005 referente ao lote 3, cujo objeto é óleo diesel, a administração pública optou por realizar o Contrato Emergencial nº 102/2006, com dispensa de licitação. Assim, o município teria incorrido em irregularidade ao não adjudicar o objeto à empresa que apresentou a melhor proposta.

Todavia, o justificante aponta que o lote referente ao óleo diesel foi adjudicado e realizado a contratação com a empresa Carapina Derivados de Petróleo Ltda. Afirma que o Contrato Emergencial nº 102/2006 tem como objeto gasolina e álcool somente, e não o óleo diesel.

De fato, assiste razão ao justificante. A Ata do Pregão eletrônico nº 141/2005 aponta a empresa Carapina Derivados de Petróleo Ltda. como vencedora do certame quanto ao fornecimento de óleo diesel, constando inclusive a publicação do resultado da licitação, conforme fl. 1308.

Também juntou o Contrato nº 109/2006 (fls. 1309/1315), oriundo do Pregão Eletrônico nº 141/2005, onde foi firmado contrato com a vencedora do certame cujo objeto era óleo diesel, conforme anexo do contrato (fl. 1316).

O justificante ainda apontou que quanto à licitação fracassada do lote referente à gasolina comum e álcool, foi feito o Contrato Emergencial nº 102/2006 somente quanto a gasolina e álcool hidratado. Da leitura do referido contrato, às fls. 952/956, conta no item 1.1 da cláusula primeira que o objeto contratual é o fornecimento de combustível, não havendo a especificação de quais combustíveis.

Todavia, o item 2.1, cláusula segunda estabelece que a proposta apresentada faz parte do contrato. Da proposta da vencedora, à fl. 958/961, verifica-se discriminado os tipos de combustível e seu respectivo valor. Assim, constatou-se que o objeto contratual é o álcool e a gasolina comum. Resta evidente que não licitou o óleo diesel.

Ademais, restou comprovado que foi realizado novo certame licitatório, através do Pregão Eletrônico nº 082/2006, para contratar o fornecimento de álcool e gasolina, em substituição ao Contrato Emergencial citado. Assim, em 20 de abril de 2006, 4 meses após a assinatura do contrato emergencial, firmou-se novo contrato (Contrato nº 288/2006, às fls. 1320/1333) após o devido procedimento licitatório.

Logo, entende-se que foram respeitados os preceitos estabelecidos nos incisos IV e V, art. 24 da Lei Federal nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**  
Procuradoria Especial de Contas

Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

Os veículos que necessitavam de abastecimento eram aqueles que prestavam serviço a Secretaria de Saúde da Prefeitura da Serra, abrangendo veículos que prestam serviços emergências de saúde, não podendo ficar sem o combustível devido. Não se trata de mero fornecimento de combustível a veículos, mas veículos essenciais a boa prestação do serviço público da saúde, onde o fator tempo é crucial.

Assim, restou caracterizada que a solução da continuidade implicaria em prejuízo as atividades da administração pública e população. A prefeitura adjudicou o objeto referente ao óleo diesel e contratou o seu fornecimento com o vencedor do Pregão Eletrônico nº 141/2005.

Também, em face do Pregão Eletrônico nº 141/2005 ter fracassado, devido a desqualificação do único ofertante, quanto ao objeto álcool e gasolina comum, realizou novo contrato com dispensa de licitação (inciso V, art. 24), com vigência entre 02/01/2006 a 31/03/2006, tempo que julgou necessário para repetir a licitação sem que houvesse prejuízo as atividades administrativas e à sociedade.

Tempo este que me afigura compatível com a possível duração de um pregão eletrônico e a realização das atividades administrativas conexas à efetiva contratação. Ressalta-se que em 20 de abril 2006, a municipalidade firmou o Contrato nº 288/2006 com a vencedora do Pregão Eletrônico nº 082/2006. Logo, todas as situações fáticas e procedimentos adotados se enquadram na previsão contida dos incisos IV e V do art. 24 da Lei de Licitações.

Pelo exposto, **opina-se pelo afastamento da irregularidade.**

**1.2 Contratação de cooperativa médica em detrimento de concurso público (Item 2 da ITI 685/2009)**

**Base legal:** Inobservância ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

**Responsável:** Sr. Audifax Charles Pimentel Barcelos (Prefeito Municipal no exercício de 2006)

Pregão Eletrônico nº 166/2005

Objeto: Contratação de empresa especializada para prestação de serviços de anesthesiologia.

Vencedor: COOPANEST Cooperativa dos anesthesiologistas AM

Contrato: 143/2006

Valor: R\$340.080,00

**Auditoria**

Abaixo transcrevemos a irregularidade apontada no item 2 da ITI nº 685/2009.

Segundo o Relatório de Auditoria, a Prefeitura Municipal de Serra contratou através do Pregão Eletrônico 166/2005 a cooperativa de anesthesiologistas COOPENEST, para prestação de serviços à Secretária de Saúde da Serra/ES.

Entretanto, de acordo com a Equipe de Auditoria, as funções exercidas pelos "cooperados" são inerentes aos cargos públicos, constantes no



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**  
Procuradoria Especial de Contas

plano de carreira do Município, devendo ter sido realizado Concurso Público, na forma do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

#### **Justificativas**

O justificante atenta para os fatos ocorridos durante o ano de 2005, ano em que ocorreu a licitação. Afirma que em 2005, o sistema de saúde capixaba sofreu um revés devido a paralisação da classe médica que reivindicava melhoria salarial. Em agosto de 2005, o movimento paredista suspendeu a paralisação sob a condição de que o SUS reajustasse a tabela de procedimento em 90 dias, fato este que não ocorreu.

Assim, o movimento de greve mobilizou o descredenciamento em massa de todos os anestesiólogistas no estado, o que resultou na Decretação de Estado de Emergência na saúde pública capixaba, conforme documentação juntada. O pregão 166/2005 se deu no dia 21/12/2005, isto é, em plena vigência do decreto citado.

Alega existir forte dificuldade na contratação de tais profissionais, que só aceitam realizar a contratação por meio de cooperativas em detrimento de concurso público, prejudicando sobremaneira a correta atuação municipal.

#### **Análise**

Conforme mencionado pela equipe de auditoria, a Prefeitura Municipal da Serra teria terceirizado atividades administrativas permanentes e contínuas, ou seja, teria contratado profissional médico, através de cooperativas, com preferência à realização de concurso público, em detrimento do artigo 37, caput e inciso II, da CF/88.

A terceirização é um importante instrumento de gestão administrativa. Contudo, só é admitida para atividades-meio do tomador, nunca às suas finalidades institucionais, sob pena de importar em burla à exigência constitucional do concurso público.

Os serviços médicos referem-se a atividades permanentes, contínuas e próprias de órgãos integrantes da estrutura dessa Administração. O Tribunal de Contas de Minas Gerais, em resposta a consulta formulada, corrobora esse entendimento, conforme texto abaixo:

**O Tribunal, em resposta a consulta, consignou que as atividades a serem desempenhadas por médicos só podem ser exercidas por servidor ou empregado público de carreira, sendo vedada a possibilidade de terceirização, exceto na hipótese de contratação temporária, para atender a necessidade de excepcional interesse público, estatuída no art. 37, IX, da CR/88. Em seu parecer, aprovado por unanimidade, o relator, Cons. Elmo Braz, utilizando-se do entendimento exarado pelo Aud. Licurgo Mourão, observou que se considera irregular a terceirização de mão de obra inerente às atividades-fim da Administração Pública. Citou disciplina estabelecida na Consulta nº 442.370 (Rel. Cons. Moura e Castro, sessão de 22.04.98), segundo a qual apenas os serviços de natureza auxiliar, ligados à atividade-meio, são passíveis de terceirização, não podendo a Administração terceirizar serviços que traduzam atribuições típicas de cargos permanentes, que só podem ser preenchidos por concurso público.** Ressalvou, contudo, que na hipótese de o Município não conseguir preencher o seu quadro de médicos efetivos, o administrador público pode, justificadamente, até a realização do devido concurso público, valer-





ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**  
Procuradoria Especial de Contas

se da contratação temporária para atender a necessidade de excepcional interesse público, submetida ao regime geral de previdência social, previsto no art. 40, § 13º, da CR/88. O relator orientou, ainda, que as despesas referentes à substituição de servidores, por consubstanciarem terceirização de mão de obra, devem ser contabilizadas como “Outras Despesas de Pessoal”. Mencionou disposição contida na Portaria Interministerial STN/SOF 519/01, segundo a qual as despesas com a contratação temporária para atender a necessidade de excepcional interesse público e despesas com contratos de terceirização de mão de obra referentes à substituição de servidores e empregados públicos são classificadas no grupo de natureza de despesa “Pessoal e Encargos Sociais”, em atendimento ao disposto no art. 18, § 1º, da LC 101/00 (Consulta nº 783.820, Rel. Cons. Elmo Braz, 30.03.11). (g.n)

Ainda segundo Jessé Torres Pereira Junior, *“ao eleger o concurso público como o meio exclusivo de acesso a cargos e empregos públicos, a Constituição de 1988 (art. 37, II) pretendeu ferir de morte a prática do clientelismo na Administração Pública, ou seja, o ingresso segundo o critério do apadrinhamento, e, não, o do mérito. A resposta que contorna a exigência do concurso público veio sob o disfarce da chamada “terceirização” do serviço público, que consiste em contratar a terceiros (empresas privadas) o fornecimento de mão-de-obra para a execução de tarefas que, de outro modo, deveriam ser desempenhadas por servidores públicos.”*<sup>15</sup>

O Poder Judiciário do Espírito Santo já se deparou com a argumentação trazida pelo justificante em que aponta a dificuldade na contratação de médicos de forma direta e não por cooperativas. De fato, se trata de problema grave, mas não escusa o dever da contratação por concurso público, previsto no inciso II do art. 37 da CRF/88. A decisão da 2º Vara da Fazenda Pública do Espírito Santo, que trata de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual e pelo Ministério Público Federal em face do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO assim expõe a questão:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, na medida em que é garantida constitucionalmente. Nesse sentido, o Estado, ao assumir para si a função de gestor da coisa pública, está obrigado a disponibilizar condições satisfatórias ao atendimento da população.

Para tanto, a Constituição Federal de 1988 dedica um capítulo exclusivo para disciplinar o direito à saúde, de acordo com o artigo 196 e seguintes, e nele concede ampla proteção, visando, com isso, a redução do risco de doença, como também a garantia das ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da população brasileira.

No entanto, em seu artigo 199, §1º, a Constituição Federal de 1988 estabelece que:

“as entidades privadas poderão participar de **forma complementar** ao sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos” (grifo nosso).

Logo, tendo em vista a aludida disposição, a iniciativa privada poderá participar na manutenção da saúde pública tão somente de maneira

---

<sup>15</sup> Pereira Junior, Jessé Torres. Comentários a lei de licitações e contratações da administração pública. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 155.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**  
Procuradoria Especial de Contas

complementar, e nunca como a principal fornecedora, o que significa dizer que o Estado tem a obrigação primordial de contemplar o acesso universal à saúde.

Passando para a questão específica dessa presente demanda, relatam os autores que, a partir de 1997, diversos médicos da especialidade de cirurgia geral rescindiram judicialmente seus contratos com Estado do Espírito Santo. Assim, em razão da falta desses profissionais no âmbito da saúde, foi realizada a primeira contratação de cooperativa de médicos, para prestação de serviços aos pacientes do SUS – Sistema Único de Saúde.

Nesse sentido, verificando que essa forma de contratação era consideravelmente lucrativa, diversos outros grupos de médicos associaram-se em cooperativas e, conseqüentemente, também pediram demissão. Dessa maneira, desvinculados do Estado, passaram a prestar o serviço por meio das cooperativas, cobrando preços mais elevados pelos seus serviços em relação aos vencimentos que recebiam do Estado.

Tal situação pressionou o Estado do Espírito Santo a celebrar contratos diretos com as referidas cooperativas, impedindo-o de realizar concursos públicos, face ao desinteresse criado pela classe médica em razão da desigualdade de valores pagos individualmente aos médicos.

É sabido que a administração pública obedece ao princípio da legalidade, que prevê a obrigatoriedade de contratação de servidores por meio de concurso público, bem como a contratação de empresas prestadoras de serviço por meio de licitação, salvo determinadas exceções legais. Desta forma, decidiu o Supremo Tribunal Federal em caso análogo, vejamos:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI AMAPAENSE N. 765/2003. CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO DE PESSOAL PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PERMANENTES: SAÚDE; EDUCAÇÃO; ASSISTÊNCIA JURÍDICA; E, SERVIÇOS TÉCNICOS. NECESSIDADE TEMPORÁRIA E EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO NÃO CONFIGURADOS. DESCUMPRIMENTO DOS INCISOS II E IX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. (ADI 3116 / AP - AMAPÁ - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA - Julgamento: 14/04/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno).**

Nesse mesmo sentido, ensina o brilhante doutrinador Alexandre de Moraes<sup>1</sup> em seu livro Constituição do Brasil Interpretada:

“A Constituição Federal é intransigente em relação à imposição à efetividade do princípio constitucional do concurso público, como regra a todas as admissões da Administração Pública, vedando expressamente tanto a ausência deste postulado, quanto seu afastamento fraudulento, por meio de transferência de servidores públicos para outros cargos diversos daquele para o qual foi originariamente admitido.”

Todavia, a maneira como as cooperativas foram contratadas pelo Estado do Espírito Santo dispensou qualquer desses requisitos, ferindo, portanto, frontalmente os princípios administrativos insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, senão vejamos:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**  
Procuradoria Especial de Contas

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público **depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos**, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (grifo nosso).

(...)

É cediço que o tema envolve grande conflito de interesses, notadamente porque as cooperativas de médicos estão unidas com intuito de paralisar os serviços de atendimento à população pela ameaça do Governo em promover o concurso público.

Um episódio semelhante ocorreu em junho de 2003, oportunidade na qual a cooperativa dos anestesistas resolveu suspender o atendimento e, posteriormente, as outras cooperativas se uniram com a intenção de pressionar o governo para a manutenção da situação irregular, conforme restou exemplificado nas fls. 2.170/2.179.

(...)

Pelo exposto, **JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, OS PEDIDOS AUTORAIS** e, em consequência, com fulcro no artigo 37, inciso II da Constituição Federal e do artigo 11 da Lei nº 7.347/85, **CONDENO o Estado do Espírito Santo a obrigação de fazer de, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, deflagrar concurso público de provas ou de provas e títulos, visando a contratação efetiva de médicos e enfermeiros, executá-lo e, posteriormente, dar posse aos candidatos devidamente aprovados.**

**CONDENO** ainda o requerido a outra obrigação de fazer, a fim de que **rescinda os contratos temporários, bem como os contratos com as cooperativas médicas**, assim que exaurido o prazo acima assinalado ou a posse dos candidatos (o que ocorrer primeiro), sendo proibido o pagamento a qualquer médico ou cooperativa a partir de escoado o termo supra, sob pena de configuração de crime e ato de improbidade.

Outrossim, **CONDENO** o requerido a **obrigação de não fazer**, qual seja, de não firmar contrato com qualquer cooperativa médica ou qualquer tipo de contratação direta na área da saúde, salvo exceções legais e específicas da Lei nº 8.666/1993.”

Assim, resta evidente que a terceirização contínua de atividade-fim da administração configura burla ao concurso público, consagrado no art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Pelo exposto, **opina-se pela manutenção da irregularidade.**

**1.3 Realização de Contrato por prazo indeterminado (Item 3 da ITI 685/2009)**

**Base legal:** Inobservância ao artigo 55, incisos IV, da Lei nº 8.666/93.

**Responsável:** Sr. Audifax Charles Pimentel Barcelos (Prefeito Municipal no exercício de 2006)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**  
Procuradoria Especial de Contas

### **Auditoria**

Abaixo transcrevemos a irregularidade apontada no item 3 da ITI nº 685/2009:

Segundo o Relatório de Auditoria, a Prefeitura Municipal de Serra firmou o Contrato nº 143/2006 sem o estabelecimento de prazo, infringindo o artigo 55, inciso IV, da Lei 8.666/93, segundo o qual, são cláusulas necessárias em todo contrato *“as que estabeleçam os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso”*.

### **Justificativas**

O defendente alega, com o fito de não pairar dúvidas, que no extrato do contrato publicado consta o prazo de vigência de 12 meses, a contar da data da assinatura até 31/12/2006.

### **Análise**

Trata-se de **ausência de cláusula com previsão da vigência contratual**, em respeito ao disposto no inciso IV do art. 55 da Lei nº 8.666/93, abaixo transcrito:

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;”

É requisito legal a existência de prazo de vigência no contrato, e realmente, o Contrato nº 143/2006 (fls. 1229/1238) não previu seu término. A cláusula sexta, que trata do prazo de vigência dispõe em seu item 6.1:

6.1 - O prazo de vigência do presente contrato a ser celebrado com a contratada é a contar de sua assinatura e posterior publicação no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo ou Jornal de maior circulação do Estado, conforme faculta a Lei nº 8.666/93, podendo ser prorrogado por igual e sucessivos períodos, conforme faculta o art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93 e mediante acordo entre as partes.

Logo, não estabelece qualquer vigência, se omitindo quanto ao seu término.

**O justificante alega que o extrato contratual publicado prevê a vigência de 12 meses do contrato, com limite temporal em 31/12/2006. Todavia, a publicação do extrato visa justamente dar somente publicidade a contratação, não compondo os termos do contrato em si. Portanto, não supre a irregularidade apontada.**

Pelo exposto, **opina-se pela manutenção da irregularidade.**

## **2 CONCLUSÃO / RESPONSABILIDADES**

**2.1** Após a análise dos fatos constantes dos presentes autos que versam sobre o **Relatório de Auditoria nº 6CT/023/2008** na **Prefeitura Municipal da Serra**, relativo ao **exercício de 2006**, entende-se que devem ser mantidas as irregularidades analisadas nos seguintes itens desta Instrução Técnica Conclusiva:

**2.1.1 Contratação de cooperativa médica em detrimento de concurso público** (Item 1.2 desta ITC)

**Base legal:** Inobservância ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**  
Procuradoria Especial de Contas

**Agente responsável:** Audifax Charles Pimentel Barcelos - Prefeito Municipal no exercício de 2006

**2.1.2 Realização de Contrato por prazo indeterminado** (Item 1.3 desta ITC)

**Base legal:** Inobservância ao artigo 55, incisos IV, da Lei nº 8.666/93.

**Agente responsável:** Audifax Charles Pimentel Barcelos - Prefeito Municipal no exercício de 2006

**2.2.** Isto posto e diante do preceituado no art. 79, inciso III<sup>16</sup>, da Res. TC 182/02, conclui-se opinando por:

**2.2.1.** Acolher as razões de justificativa do senhor **Audifax Charles Pimentel Barcelos** afastando a irregularidade constante no **item 1.1** desta Instrução Técnica Conclusiva;

**2.2.2. Rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo senhor Audifax Charles Pimentel Barcelos, em razão das irregularidades dispostas nos itens 1.2 e 1.3 desta Instrução Técnica Conclusiva sugerindo a aplicação de multa pecuniária ao responsável com amparo no artigo 62 e na forma do artigo 96, inciso II e III da Lei Complementar Estadual nº 32/93;**

**2.2.3. Julgar irregulares as contas** do senhor **Audifax Charles Pimentel Barcelos** – Prefeito Municipal da Serra no exercício de 2006, pela prática de ato ilegal presentificado **nos itens 1.2 e 1.3**, com amparo no artigo 84<sup>17</sup>, inciso III, alíneas “c” e “d” da Lei Complementar 621/2012;

Em seguida, o caderno processual foi remetido a este *Parquet* de Contas que, por meio do **Parecer PPJC 3199/2014** (fl. 1388/1390), encampou, *in totum*, o entendimento exarado pela Equipe Técnica, *in verbis*:

O **Ministério Público de Contas**, no exercício de suas atribuições institucionais, com fundamento no art. 55, inciso II, da Lei Complementar nº 621/2012<sup>18</sup> e no artigo 3º, inciso II<sup>19</sup>, da Lei Complementar Estadual nº

<sup>16</sup> Art. 79. Todos os documentos e processos que tramitam no Tribunal serão devidamente instruídos e informados pelas unidades competentes, observando-se, entre outros, os seguintes critérios:

[...]

III - conclusão, opinando a respeito da matéria.

<sup>17</sup> Art. 84. As contas serão julgadas:

I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis e a legalidade, a legitimidade, a economicidade, a efetividade e a razoabilidade dos atos de gestão do responsável;

II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal, que não seja de natureza grave e que não represente dano injustificado ao erário;

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

a) omissão do dever de prestar contas;

b) não comprovação da regular aplicação de recursos repassados pelo Estado ou Município;

c) prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico;

d) grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

e) dano injustificado ao erário, decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;

f) desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos.

<sup>18</sup> **Art. 55.** São etapas do processo:

[...]

II – o parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, nas hipóteses previstas em lei ou no Regimento Interno;

<sup>19</sup> **Art. 3º** Compete aos Procuradores Especiais de Contas, além de outras atribuições estabelecidas na Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas:

(...)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**  
Procuradoria Especial de Contas

451/2008, considerando o **Plano e Programa de Auditoria Especial nº. 197/2007** (fls. 793/798); considerando o **Relatório de Auditoria RA-23/2008** (fls. 799/833 e documentação de suporte às fls. 834/1278); considerando a **Instrução Técnica Inicial ITI 685/2009** (fls. 1280/1283), manifestando-se pela citação do Prefeito Municipal da Serra, no exercício 2006, Senhor Audifax Charles Pimentel Barcelos; considerando a **Decisão Preliminar TC 396/2009** (fl. 1291) acatando os termos da peça instrutória inicial, e promovendo a citação do Senhor Audifax Charles Pimentel, para apresentar justificativas e esclarecimentos necessários à elucidação dos fatos; considerando a **Defesa** e documentos de suporte apresentados pelo Responsável, acostados às fls. 1298/1348; e, por derradeiro, considerando a **Instrução Técnica Conclusiva ITC 2073/2013** (fls.1354/1366); manifesta-se em consonância com o entendimento exarado na referida peça técnica, cuja Conclusão/Responsabilidades enunciou-se nos seguintes termos:

## **2 CONCLUSÃO / RESPONSABILIDADES**

**2.1** Após a análise dos fatos constantes dos presentes autos que versam sobre o **Relatório de Auditoria nº 6CT/023/2008** na **Prefeitura Municipal da Serra**, relativo ao **exercício de 2006**, entende-se que devem ser mantidas as irregularidades analisadas nos seguintes itens desta Instrução Técnica Conclusiva:

### **2.1.1 Contratação de cooperativa médica em detrimento de concurso público** (Item 1.2 desta ITC)

**Base legal:** Inobservância ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal

**Agente responsável:** Audifax Charles Pimentel Barcelos - Prefeito Municipal no exercício de 2006

### **2.1.2 Realização de Contrato por prazo indeterminado** (Item 1.3 desta ITC)

**Base legal:** Inobservância ao artigo 55, incisos IV, da Lei nº 8.666/93.

**Agente responsável:** Audifax Charles Pimentel Barcelos - Prefeito Municipal no exercício de 2006

**2.2.** Isto posto e diante do preceituado no art. 79, inciso III, da Res. TC 182/02, conclui-se opinando por:

**2.2.1.** Acolher as razões de justificativa do senhor **Audifax Charles Pimentel Barcelos** afastando a irregularidade constante no **item 1.1** desta Instrução Técnica Conclusiva;

**2.2.2.** Rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo senhor **Audifax Charles Pimentel Barcelos**, em razão das irregularidades dispostas nos **itens 1.2 e 1.3** desta Instrução Técnica Conclusiva sugerindo a aplicação de **multa pecuniária** ao responsável com amparo no artigo 62 e na forma do artigo 96, inciso II e III da Lei Complementar Estadual nº 32/93;

**2.2.3. Julgar irregulares as contas** do senhor **Audifax Charles Pimentel Barcelos** – Prefeito Municipal da Serra no exercício de 2006, pela prática de ato ilegal presentificado **nos itens 1.2 e 1.3**, com amparo no artigo 84, inciso III, alíneas “c” e “d” da Lei Complementar 621/2012;

---

II - emitir parecer escrito em todos os processos sujeitos à apreciação do Tribunal na forma que dispuser a Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas e a Lei Orgânica do Tribunal de Contas, com exceção dos processos administrativos internos;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**  
Procuradoria Especial de Contas

Ato contínuo, após a promoção de sustentação oral (notas taquigráficas à fl. 1409) e juntada de memoriais e documentos (fl. 1414/1417; 1418/1422) na 3ª Sessão Ordinária realizada no dia 01/03/2016, os autos foram objeto de julgamento na Sessão Plenária realizada no dia 10 de maio de 2016, ocasião em que o eminente Conselheiro Relator José Antônio Pimentel pronunciou seu **Voto 234/2016** (fl. 1432/1458), deliberando, por derradeiro, pela **regularidade** dos atos de gestão analisados, afastando, por consectário lógico, os indicativos de irregularidade acima referidos, posicionamento que foi seguido, de forma unânime, pelo Plenário deste egrégio Tribunal de Contas, como se denota do **Acórdão TC-501/2016** (fl. 1459/1467):

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-4100/2007, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia dez de maio de dois mil e dezesseis, à unanimidade, considerar **regulares** os atos de gestão aqui analisados do Município de Serra, relativas ao exercício de 2005, sob a responsabilidade do Senhor Audifax Charles Pimentel Barcelos, **arquivando-se os autos** após o trânsito em julgado, nos termos do voto do Relator, Conselheiro José Antonio Almeida Pimentel.

Por fim, os autos foram remetidos a este *Parquet* para ciência da decisão, revelando, no entanto, a imperiosa necessidade de sua reforma, nos termos delineados a seguir.

Esses são os fatos dignos de nota.

Passa-se à fundamentação.

### **3 DOS FUNDAMENTOS**

À vista do relatado constata-se que a decisão em tela, ao afastar o indicativo de irregularidade concernente à **contratação de cooperativa médica em detrimento**



**de concurso público**, padeceu de inegável *error in iudicando*<sup>20</sup>, ensejador, portanto, de inelutável reforma.

Em síntese, o veredito ancorou-se nos argumentos de que, durante o *‘exercício de 2005, o sistema de saúde capixaba enfrentou diversas tribulações na prestação de serviços de anestesiologia, [...], com cenário de greve por melhores salários levando o serviço de saúde pública capixaba ao caos’*, sendo que *‘em agosto de 2005, houve suspensão do movimento de greve sob a condição de que o SUS reajustasse a tabela em 90 dias’*, [...]; *‘com o fim do prazo para o reajuste da tabela do SUS houve um descredenciamento em massa de todos os anestesiológicos no Estado, resultando na Decretação de ESTADO DE EMERGÊNCIA na saúde pública estadual’* (fl. 1461).

Destacou-se, na oportunidade, que os profissionais deixaram de se interessar pela realização de concurso público uma vez que, enquanto autônomos credenciados às redes de saúde, recebiam remuneração superior àquela fornecido pelo Poder Público como concursados.

Outrossim, a deliberação foi baseada no ideário de que *“a situação sob apreciação é peculiar, pois a ausência de médicos em participar de certame para a contratação com vínculo efetivo é notória. Para essa conclusão se verificou efetivamente a falta de interesse desses profissionais. Não adiantaria para a municipalidade dar início a um procedimento de concurso público sabendo que não haveria interessados. O custo do certame que envolveria hoje a contratação de profissionais feriria o princípio da economicidade e da própria conveniência, pois, não havendo interessados, não seria conveniente dar início a um procedimento oneroso, cuja finalidade não seria atingida”* (fl. 1463).

Por fim, invocou-se o direito constitucional de acesso à saúde, asseverando que, caso não existissem médicos para fornecer o serviço, que são agentes primordiais

---

20 “Quando a apelação tem por objetivo a reforma da decisão é porque se está diante de vícios de juízo (*errores in iudicando*). (...) O vício da sentença, nessa hipótese é de natureza substancial, provocando a injustiça do ato judicial. A injustiça atinge o conteúdo da sentença e consiste num erro na declaração dos efeitos jurídicos substanciais e processuais. (...) Em todos esses casos de apelação fundada em erros de juízo o que se tem é a reforma da sentença, em razão da injustiça cometida” (JORGE, Flávio Cheim. **Apelação cível: teoria geral e admissibilidade**. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 60, grifo nosso)





para sua realização, estaria o Estado mitigando a acessibilidade ao sistema de saúde, um de seus deveres para com a população.

Pois bem.

A partir dessas proposições, então, se desenvolverá o presente expediente recursal, em que se buscará demonstrar que a inexistência de concurso público e a consequente contratação de cooperativa médica infringem o art. 37, II da Constituição Federal.

### **3.1 DA CONTRATAÇÃO DE COOPERATIVA MÉDICA EM DETRIMENTO DE CONCURSO PÚBLICO.**

**Base Legal:** Art. 37, II, § 2º, CF/88.

**Dados da contratação:** Edital de Pregão Eletrônico nº 166/2005 (fl. 1174/1198) e Contrato nº 143/2006 (fl. 1229/1238).

A Carta Republicana trata de forma expressa no parágrafo 2º, inciso II de seu artigo 37 que a aprovação em concurso público de maneira prévia é condição *sine qua non* para o ingresso no serviço público, **sob pena de nulidade do ato**, salvo em casos de nomeações para cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, assim como nos casos de contratação temporária, devidamente estabelecidos em lei. Confira:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

**II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos**, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...]

§ 2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei. (grifo nosso)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**  
Procuradoria Especial de Contas

Há de se notar, inicialmente, que as funções exercidas pelos anestesistas cooperados são inerentes aos cargos públicos de provimento efetivo, infringindo, assim, o disposto no artigo supramencionado.

Ainda sobre a temática, convém ressaltar que a ausência de concurso público para a contratação de servidores configura-se como medida extrema, admitida somente em situações excepcionais, analisadas frente ao caso concreto, conforme permissivo legal.

A dispensa de concurso público encontra amparo no inciso IX do artigo 37 da Constituição<sup>21</sup> que versa sobre contratações temporárias. O eminente Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3430/ES, ao tratar explicitamente do tema, de maneira didática, testificou que “(...) *para a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja pré-determinado; c) a necessidade seja temporária; e, d) o interesse público seja excepcional*”<sup>22</sup>.

Por consequência, percebe-se que, para que a inexistência de concurso público seja justificável, a contratação deve seguir os requisitos acima delineados.

Deste modo, verifica-se que a situação do caso concreto não pode ser configurada como sendo de excepcional interesse público, pois não consiste em uma necessidade extraordinária e incomum, dado que estes serviços médicos configuram-se como funções de natureza permanente e habitual, indispensáveis ao funcionamento natural da administração pública.

Nessa mesma esfera, analisando o caso em tela sob a ótica do pressuposto intitulado necessidade transitória, que se conceitua como sendo a necessidade de

---

<sup>21</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

<sup>22</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.430-8 Espírito Santo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604552>> . Acesso em 31 de agosto de 2016.



providências imediatas com duração pré-determinada, esse não pode ser constatado, uma vez que, diante da análise dos documentos anexados ao caderno processual percebe-se que a contratação de cooperativas de anestesistas consistia em prática corriqueira do Município. Aliás, assim continua sendo.

Tal asserção encontra supedâneo no **Termo Aditivo ao Contrato nº 104/2004** (fl. 1172/1173), cujo escopo era prolongar a relação contratual com a Cooperativa COOPANEST por mais doze meses, a partir de 01/01/2005, e do **Edital de Pregão Eletrônico nº 166/2005** (fl. 1174/1198), o qual possuía como objeto a “**Contratação de Empresa Especializada para Prestação de Serviços de Anestesiologia**”, e que restou consubstanciado no **Contrato 143/2006** (fl. 1229/1238).

Ademais, diante de simples pesquisa no sítio eletrônico da Prefeitura da Serra, foi possível localizar o **Edital de Concorrência Pública nº 4/2016**<sup>23</sup>, colacionado abaixo, o qual versa sobre “*contratação de empresa especializada em procedimentos de anestesia para maternidade de Carapina*”, comprovando, de tal maneira, que o ardil de contratar cooperativa médica para desempenhar funções de anestesiologia, em detrimento de concurso público, perdura-se até os dias de hoje. Assim, fácil é atestar que, mesmo onze anos após a paralização da classe médica, citada como uma das justificativas para o afastamento da irregularidade em comento, não foi envidado esforços para solucionar a problemática de maneira constitucional, de modo a atender as peculiaridades do Município.

---

<sup>23</sup> Disponível em: <http://www.serra.es.gov.br/site/download/1470678277178-cp004-2016-anestesiologia.pdf> Acesso em 02 set. 2016.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**  
Procuradoria Especial de Contas

Comissão:	COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - SESA
Objeto:	CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM PROCEDIMENTOS DE ANESTESIA PARA A MATERNIDADE DE CARAPINA, CONFORME EDITAL
Processo:	61.353/2015
Data/Horário de abertura:	08/08/2016 às 14:41 horas.
Pregoeiro:	Carolina Soares Teixeira
Situação:	Aguardando Abertura
Observações:	

Percebe-se, neste diapasão, que o indício de irregularidade analisado não pode ser classificado como contratação temporária, a justificar a terceirização, posto que, para que a admissão seja conceituada como tal, é preciso que não só o prazo de contratação esteja previsto, mas também que o serviço contratado seja, pela sua própria natureza, temporário. Nesses termos, a corroborar o exposto acima cabe transcrever ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal sobre caso similar, *verbo ad verbum*:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI AMAPAENSE N. 765/2003. **CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO DE PESSOAL PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PERMANENTES: SAÚDE; EDUCAÇÃO; ASSISTÊNCIA JURÍDICA; E, SERVIÇOS TÉCNICOS. NECESSIDADE TEMPORÁRIA E EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO NÃO CONFIGURADOS.** DESCUMPRIMENTO DO INCISO II E IX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. PRECEDENTES. ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PRÓCEDENTE (ADI 3116 / AP – AMAPÁ – ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA – Julgamento: 14/04/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno).<sup>24</sup>

Da mesma forma, é possível perceber que o Município não possui nenhuma intenção em reverter este quadro, preferindo a manutenção desta irregularidade, ao perpetuar os contratos com as cooperativas, em detrimento de medidas que possam saná-la, tais como a promoção de novo concurso público e um reajuste salarial que

<sup>24</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.116 Amapá. Supremo Tribunal Federal. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623255> > . Acesso em: 31 de agosto de 2016.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**  
Procuradoria Especial de Contas

motivasse os profissionais a se candidatarem ao processo seletivo, *exempli gratia*, uma vez que a medida encontrada – contratação de cooperativa –, não observa as normas constitucionais.

Insta destacar que a justificativa encartada ao Voto do eminente Relator ao afirmar que “o custo do certame que envolveria hoje a contratação de profissionais feriria o princípio da economicidade e da própria conveniência, pois não havendo interessados, não seria conveniente dar início a um procedimento oneroso cuja finalidade não seria atingida” (fl. 1434), além de configurar mera presunção, é incabível, uma vez que o ônus gerado ao município não é suficiente para usá-lo como motivo de inobservância ao art. 37, II, da Constituição.

Registre-se que essa linha argumentativa já foi analisada pela Segunda Câmara do egrégio Tribunal de Contas da União, restando sedimentado no **Acórdão nº 5388/2016**<sup>25</sup>, *verbis*:

Quanto ao aspecto da economicidade, **a adoção de concurso público certamente vai gerar ônus ao município. Entretanto, esse fato (ônus), por si só, não é justificativa suficiente para afastar o cumprimento do art. 37, caput, e inciso II, da CF**, que determina prévio concurso público para selecionar pessoal e aferir aptidões necessárias aos ocupantes de cargos e empregos públicos na Administração Pública federal, estadual e municipal. **Trata-se de procedimento administrativo que privilegia o sistema de mérito** ao proporcionar que os interessados participem do certame em igualdade de condições e que sejam selecionados os candidatos mais aptos a firmar relação jurídica estatutária ou laboral conforme o vínculo a ser encetado.<sup>26</sup> (grifo nosso)

Por imperioso, cumpre realçar que o não atendimento ao disposto no art. 37, II do texto constitucional viola uma série de princípios da administração pública tais como o **princípio da legalidade**, por ser uma prática contrária ao ordenamento jurídico, o **princípio da eficiência**, posto que a função do concurso público é escolher os melhores candidatos para o serviço em questão, e o **princípio da isonomia e da impessoalidade**, pois, ao contratar uma cooperativa médica, impossibilita-se a

<sup>25</sup> Versa sobre processo de monitoramento no município de Oliveira de Fátima/TO.

<sup>26</sup> AC 5388-15/16-2. Tribunal de Contas da União. Relator: Marcos Bemquerer. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31363438393430&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO:&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 31 de agosto de 2016.



oportunidade equitativa de acesso ao serviço público, isto é, o direito fundamental de concorrer, em igualdade de condições, aos cargos públicos.

Em idêntica senda, colhe-se o escólio de Fabrício Macedo Motta, que, no bojo de obra coordenada por J.J Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck, ao tecer comentários acerca do dispositivo constitucional em tela, nos informa que:

A realização de certame competitivo prévio ao acesso aos cargos e empregos públicos, objetiva realizar os princípios consagrados em nosso sistema constitucional, notadamente os princípios da democracia e da isonomia, e efetiva-se por meio de processo administrativo. Utilizando esse mecanismo, são atendidas também as exigências do princípio da eficiência, neste momento entendido como a necessidade de selecionar os mais aptos para ocupar as posições em disputa e proporcionar uma atuação estatal otimizada. **O acesso a cargos e empregos públicos deve ser amplo e democrático, precedido de um procedimento impessoal onde se assegurem igualdade de oportunidades a todos interessados em concorrer para exercer os encargos oferecidos pelo Estado, a quem incumbirá identificar e selecionar os mais adequados, mediante critérios objetivos.**<sup>27</sup> (grifou-se)

Ante todo expandido, verifica-se que a terceirização contínua de atividade finalística da administração pública, materializada, *in casu*, na contratação de cooperativa médica pela Prefeitura da Serra para a prestação de serviços de anesthesiologia, configura-se como ato atentatório ao princípio constitucional do concurso público, positivado pelo artigo 37, II e, como prevê o parágrafo 2º do mesmo dispositivo, deve ser considerada nula, além de implicar na punição à autoridade responsável, nos termos legais.

#### **4 DOS PEDIDOS**

Ante os fatos e fundamentos colacionados, o **Ministério Público de Contas** requer:

**4.1** seja **CONHECIDO** o presente Pedido de Reexame, na forma do art. 152, II<sup>28</sup> da Lei Complementar nº. 621/2012;

<sup>27</sup> CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014. P.830.

<sup>28</sup> Art. 152. Cabem os seguintes recursos nos processos em tramitação no Tribunal de Contas:  
II – **pedido de reexame**; (grifou-se)



**4.2** seja **PROVIDO** o presente Pedido de Reexame no sentido de **REFORMAR o Acórdão TC 501-2016 – Plenário**, emitindo-se, assim, novo Acórdão considerando **IRREGULARES** os atos de gestão do Chefe do Executivo Municipal analisados na Auditoria – Processo TC 4100/2007, no tocante ao exercício 2006, ante a manutenção da seguinte irregularidade:

- ***Contratação de Cooperativa Médica em Detrimento de Concurso Público.***

**4.3** Por derradeiro, com fulcro no inc. III<sup>29</sup> do art. 41 da Lei 8.625/93, bem como no parágrafo único<sup>30</sup> do art. 53 da Lei Complementar nº 621/12, reserva-se o direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento, em defesa da ordem jurídica.

Vitória, 06 de setembro de 2016.

Nesses termos pede deferimento.

Procurador Especial de Contas

---

<sup>29</sup> **Art. 41.** Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

III - ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e **intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato;**

<sup>30</sup> **Art. 53.** São partes no processo o responsável e o interessado, que poderão praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procurador regularmente constituído.

Parágrafo único. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas terá os mesmos poderes e ônus processuais do responsável e do interessado, **observadas, em todos os casos, as prerrogativas asseguradas em lei.**