

Processo: 1.0000.22.027978-0/000
Relator: Des.(a) Caetano Levi Lopes
Relator do Acórdão: Des.(a) Caetano Levi Lopes
Data do Julgamento: 25/08/2022
Data da Publicação: 01/09/2022

EMENTA: AÇÃO ORIGINÁRIA DE MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM PRESENTE. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. IRREGULARIDADE NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO MUNICÍPIO DE SANTO HIPÓLITO. MULTA APLICADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. PROVA AUSENTE. LESÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADA DE PLANO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A legitimidade passiva, no mandado de segurança, decorre de a autoridade apontada como impetrada ter competência para praticar ou determinar a prática de ato apontado como sendo omissivo ou desfazer o comissivo.
2. O Presidente do Tribunal de Contas de Minas Gerais é parte legítima para figurar no polo passivo do mandamus que visa impugnar decisão de uma das câmaras da Corte de Contas que aplicou multa por suposta ilegalidade na terceirização de serviço público mineiro, haja vista o caráter imperativo de suas decisões para a Administração Pública em geral.
3. O mandado de segurança deve ser impetrado no prazo decadencial de cento e vinte dias. O prazo é contado a partir da data em que o impetrante tem ciência do ato impugnado. Ocorrendo a impetração dentro do prazo legal estabelecido, inexistente decadência.
4. O ato administrativo tem fé pública e goza de presunção de legalidade, legitimidade e veracidade. Apenas em situações excepcionais, nas quais haja prova robusta e cabal em sentido contrário, afigura-se possível sua desconstituição pelo Poder Judiciário.
5. Ausente a comprovação, de plano, da suposta ilegalidade ou abusividade do ato, não há que se falar em lesão em direito líquido e certo na aplicação de multa pelo Tribunal de Contas mineiro, sobretudo quando, notoriamente, a penalidade foi precedida de regular procedimento administrativo no qual foi assegurada a plenitude da defesa aos interessados.
5. Segurança denegada, rejeitada uma preliminar.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.22.027978-0/000 - COMARCA DE CORINTO - IMPETRANTE(S): ALESSADER PATRIK MOREIRA, ELANO SOARES BRAGA, ELIACI MERCES PEREIRA MATOSO, GILSON SANTIAGO ARANHA JUNIOR - AUTORID COATORA: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - INTERESSADO(S): ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, o ÓRGÃO ESPECIAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar preliminar e denegar a segurança.

DES. CAETANO LEVI LOPES
RELATOR

DES. CAETANO LEVI LOPES (RELATOR)

VOTO

Os impetrantes aforaram esta ação de mandado de segurança contra ato Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Afirmaram que a Primeira Câmara do aludido Tribunal, ao julgar a Representação nº 965.777, os condenaram no pagamento de multas nos valores de R\$5.000,00 e R\$3.000,00. Explicaram que as sanções foram aplicadas em decorrência de representação formulada pelo Ministério Público junto à Corte de Contas em razão de hipotéticas ilegalidades ocorridas na terceirização do serviço público de saúde no Município de Santo Hipólito, a saber:

- a) irregularidade na escolha da modalidade pregão, tendo em vista que a contratação de profissionais médicos não se enquadra na definição de "serviços comuns", conferida pelo art. 1º da Lei nº 10.520, de 2002, mas, sim, como serviços técnicos especializados e contínuos, nos moldes definidos pelo art. 13 da Lei nº 8.666, de 1993;
- b) ausência de publicação do certame em jornais de grande circulação no município, conforme

determina o art. 11 do Decreto municipal nº 6, de 14.02.2007, frustrando a ampla competitividade, diante da participação de somente um interessado que possuía vínculo de parentesco com gestor local, o que teria infringido o art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993;

c) incompletude das informações referentes ao certame enviadas via SICOM pelo então Prefeito.

Informaram que no dia 17.01.202 receberam intimação para pagarem as referidas multas. Alegaram que as penalidades não podem prevalecer, porque aplicadas de forma arbitrária, ilegal e em sentido contrário à jurisprudência do TCE/MG. Asseverou ser legítima a opção política municipal pela prestação dos serviços de médico pneumologista pela via da execução indireta, já que não havia, na época, isto é, no ano de 2013, cargos ou empregos públicos nos quadros do Município com atribuições equivalentes. Relataram ter havido ampla publicidade do procedimento licitatório com publicação no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais no prazo oito dias úteis entre a data da publicação e a realização da licitação, bem como no quadro de avisos conforme preconizado pelo art. 100 da Lei Orgânica do Município, sendo que a exigência de publicação em jornais de grande circulação local é desarrozoada se houve a consecução do ato por outros meios, como teria ocorrido no caso concreto. Salientaram haver decisões deste Tribunal de Justiça, do Tribunal de Contas e do egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que irregularidade na publicação de edital - que reafirmou não ter ocorrido na espécie -, não caracteriza improbidade administrativa se ficar comprovada a falta de prejuízo aos cofres públicos. Defenderam a inaplicabilidade de penalidade em desfavor do impetrante Gilson Santiago Aranha Júnior pelo envio de informações incompletas, haja vista a ausência de procedimento administrativo para que ele pudesse exercer a sua defesa. Acrescentaram que, diante do provimento do recurso ordinário interposto pelo advogado parecerista com o consequente afastamento de sua penalidade, os membros da comissão processante e o gestor não poderiam ser responsabilizados, posto que suas decisões foram tomadas com base no parecer jurídico. Requereram liminar para afastar os efeitos do ato administrativo impugnado que, ao final pretendem seja declarado nulo por violar direito líquido e certo seus.

A liminar foi indeferida (arquivo eletrônico nº 69).

O impetrado prestou informações no arquivo eletrônico nº 74. Invocou a decadência e arguiu preliminar de ilegitimidade passiva ad causam. Além disso, refutou a tese de que houve prática de ato ilegal ou abusivo que ofendesse direito líquido e certo dos impetrantes; que foram observados os procedimentos legais cabíveis à espécie, tendo sido respeitados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, os postulados do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Reproduziu a fundamentação contida no acórdão do TCE/MG, proferido na Representação nº 965.777. Acrescentou que os impetrantes, agora, judicialmente, após regular citação, apresentação de defesa e julgamento que resultou na aplicação das multas, buscam a prestação jurisdicional com o único fim de reverter o que se consolidou no âmbito do TCE/MG.

A douta Procuradoria Geral de Justiça oficiou no feito. A Dra. Fé Fraga França, Procuradora de Justiça, emitiu o parecer no arquivo eletrônico nº 84 e opinou pela rejeição da prejudicial de decadência e da preliminar. No mérito, sugeriu a denegação da segurança.

Preliminar do impetrado.

O impetrado arguiu preliminar de ilegitimidade passiva ad causam alegando que a decisão impugnada foi proferida pela Primeira Câmara do TCE, que é representada pelo seu Conselheiro Presidente e não pelo Presidente do Tribunal de Contas do Estado.

O legitimado para a causa é aquele que integra a lide como possível credor ou como obrigado, mesmo não fazendo parte da relação jurídica material. Enfim, é quem está envolvido no conflito de interesses, conforme esclarece Humberto Theodoro Júnior, no Curso de direito processual civil, 57. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. I, p. 166:

Se a lide tem existência própria e é uma situação que justifica o processo, ainda que injurídica seja a pretensão do contendor, e que pode existir em situações que visam mesmo a negar in totum a existência de qualquer relação jurídica material, é melhor caracterizar a legitimação para o processo com base nos elementos da lide do que nos do direito debatido em juízo.

Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão.

Especificamente quanto à legitimidade passiva na ação de mandado de segurança, ensinam Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Mandado de segurança e ações constitucionais, 35. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 69:

Impetrado. O impetrado é a autoridade coatora, a quem se determina a prestação de informações no prazo da lei, e não a pessoa jurídica ou órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício - a qual, contudo, a partir da edição da Lei 12.016/2009, deve ser necessariamente cientificada do feito, de acordo com o art. 7º, II, podendo ingressar no mandado dentro do prazo para as informações, como litisconsorte do impetrado.

Autoridade pública é a que detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e pratica atos decisórios

que, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de correção através de mandado de segurança. Mais uma vez, a lição é de Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, na mesma obra mencionada, desta vez à p. 33:

Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal.

Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios, e, por isso, não responde a mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior.

Assim, o impetrado é sempre quem pratica ato comissivo ou omissivo que possa lesar direito líquido e certo do administrado. E, na segunda hipótese, tenha competência legal para suprir a omissão (art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.016, de 2009). Outra vez, doutrina Humberto Theodoro Júnior em O mandado de segurança segundo a lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 9/10:

Por outro lado, para figurar na ação de segurança não basta ser funcionário ou agente envolvido na prática do ato abusivo. Para ocupar legitimamente a posição de autoridade, exige-se do agente que tenha poderes para decidir sobre a prática do ato impugnado. Quem apenas o realizou em cumprimento de ordens de outrem não chega a configurar a autoridade coatora de que fala a lei. Só quem dispõe de poder para ordená-lo e revogá-lo deixa de ser mero executor material para assumir, na esfera do mandamus, a condição de autoridade coatora.

Não é, outrossim, sujeito passivo do mandado de segurança quem apenas exerce o poder normativo, por meio de edição de lei, decreto, regulamento, portaria etc. Não cabe o writ, em princípio, contra lei em tese. Salvo se se tratar de ato normativo de efeitos concretos, capazes de afetar imediatamente situação jurídica individual.

A propósito, a questão atinente à legitimidade passiva ad causam do Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais para responder por ato de uma das Câmaras da Corte de Contas já foi objeto de debate no Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, que decidiu:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DETERMINAÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. CÂMARA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL. IMPRESCRITIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DOLO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

- O Presidente do Tribunal de Contas é parte legítima para figurar no polo passivo da impetração que ataca decisão de uma das suas Câmaras, tendo em vista o caráter cogente de suas decisões para a administração pública em geral. Por representar o Tribunal perante tais entidades, o seu Presidente se mostra apto à correção do ato, caso o desfecho do mandado de segurança assim o determinar.

- Para se admitir que a afirmação de imprescritibilidade, por aplicação da disposição do §5º, do artigo 37 da Constituição Federal, estaria em desacordo com a recente orientação do Supremo Tribunal Federal, seria necessária dilação probatória, de forma a aferir a ausência de dolo na conduta atribuída aos impetrantes, o que não é viável na via estreita do mandado de segurança.

- V.v.p.: Autoridade coatora em mandado de segurança é o agente que praticou o ato impugnado ou que, em tese, possa rever ou evitar a prática do ato.

- O Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais não possui legitimidade para figurar no polo passivo de impetração na qual se pretende o reconhecimento da ilegalidade de acórdão proferido por órgão fracionário sob a presidência de outra Autoridade, sobretudo quando implica violação ao princípio do juiz natural. (Des. Edgar Penna Amorim) (Ac. no Mandado de Segurança 1.0000.18.026418-6/000, Relator(a): Des.(a) Luiz Carlos Gomes da Mata, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 31/10/2018, publicação da súmula em 13/11/2018).

Portanto, considerando que a representação do Tribunal de Contas perante os demais Poderes e as entidades da Administração Pública é atribuída ao Presidente - que dispõe de competência para sustar a execução do ato impugnado - é de se concluir pela sua legitimidade passiva ad causam no caso concreto. Noutras palavras, a preliminar é impertinente. Rejeito-a.

Mérito.

No mérito, cumpre verificar se ocorreu a decadência e se é caso de invalidação das multas aplicadas no âmbito da Representação nº 965.777, do TCE/MG.

Passo a examinar as provas.

Os impetrantes trouxeram alguns documentos com a petição inicial. Destaco as cópias dos acórdãos do Recurso Ordinário nº 1.048.336 e da Representação nº 965.777, ambos proferidos pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais (arquivos eletrônicos nº 8 e 9, respectivamente). Também merecem destaque as peças que instrumentalizaram o Pregão Presencial nº 025/2013, destinado à contratação de um médico clínico geral para atendimento no PSF Municipal e um médico plantonista para atendimento à UBS do

Centro Municipal de Saúde de Santo Hipólito (arquivos eletrônicos nº 13/24), as quais foram acostadas no procedimento preparatório nº 002.2015.706, deflagrado pela Portaria nº 01/MPC/GABMBCM, de 2015. Estes os fatos.

Em relação ao direito e quanto ao primeiro tema, a decadência consiste na extinção do direito material por ter deixado o seu titular de exercitá-lo no prazo legal ou convencional. Câmara Leal na obra Da prescrição e da decadência, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 115, explica que:

Podemos defini-la: decadência é a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado.

Entretanto, é oportuno salientar que a fluência do prazo para impetração do mandamus só se inicia na data em que o lesado tiver ciência da existência do ato lesivo. Outra vez, mostra-se oportuna a preleção de Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, em Mandado de segurança e ações constitucionais, 35. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 63:

O prazo para impetrar mandado de segurança é de cento e vinte dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado. Este prazo é de decadência do direito à impetração, e, como tal, não se suspende nem se interrompe desde que iniciado. (...)

A fluência do prazo só se inicia na data em que o ato a ser impugnado se torna operante ou exequível, vale dizer, capaz de produzir lesão ao direito do impetrante. Até então, se é insuscetível de causar dano ao destinatário, é inatacável por mandado de segurança, porque este visa, precipuamente, a impedir ou fazer cessar os efeitos do ato lesivo a direito individual ou coletivo. Ora, enquanto o ato não estiver apto a produzir seus efeitos, não pode ser impugnado judicialmente.

A decadência pressupõe, portanto, a existência de um direito potestativo e a inércia do respectivo titular em exercitá-lo no prazo legal ou convencional. E, no caso de mandado de segurança, o prazo é legal de cento e vinte dias (art. 23 da Lei nº 12.016, de 2009).

O art. 5º, I, da Lei nº 12.016, de 2009 veda a utilização do mandamus contra ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução.

Já o art. 334 da Resolução nº 12, de 2008, que contém o Regimento do Tribunal de Contas de Minas Gerais preceitua que, das decisões definitivas proferidas pelas Câmaras caberá recurso ordinário com efeito suspensivo. Confira-se:

Art. 334. Das decisões definitivas proferidas pelo Tribunal Pleno, pelas Câmaras ou pelo Relator caberá recurso ordinário que terá efeitos suspensivo e devolutivo.

Disso é possível concluir que somente após o julgamento do recurso ordinário interposto pelos impetrantes é que foi superada a barreira legal para a impetração do mandado de segurança. Conforme se infere da certidão contida no arquivo eletrônico nº 4, a deliberação, pelo Tribunal Pleno do TCE do Recurso Ordinário nº 108.433.7, transitou em julgado em 11.11.2021. Portanto, o mandamus impetrado em 14.02.2022 está dentro do prazo do prazo decadencial, pelo que não há como acolher a exceção material deduzida pelo impetrado.

No que tange ao segundo tema, a ação de mandado de segurança, além dos pressupostos processuais exigidos para a relação jurídica processual, exige que o direito seja líquido e certo. É o que ensina Celso Agrícola Barbi na obra Do mandado de segurança, 10. ed., Rio de Janeiro: 2000, p. 47:

Pressupostos processuais e condições da ação - Distingue a doutrina moderna os requisitos necessários a que o juiz se pronuncie sobre a demanda e os exigíveis para decisão final favorável ao autor. Os primeiros são chamados "pressupostos processuais" e se referem à existência, ou mais propriamente, à validade da relação jurídica processual, não importando se a sentença final será favorável ao autor ou ao réu. Incluem-se, entre eles, principalmente, a capacidade processual das partes e sua representação em juízo, a existência de juiz competente e não suspeito ou impedido etc.

Os requisitos exigíveis para que exista a ação, isto é, para a sentença favorável ao autor, são as denominadas "condições da ação". Segundo Chiovenda, três são essas condições, as quais variam dentro de certos limites, conforme o tipo de garantia jurisdicional pretendida, isto é, segundo a sentença desejada seja condenatória, declaratória ou constitutiva, ou a ação seja de cognição, de execução ou cautelar.

(...) Liquidez e certeza do direito - Enquanto, para as ações em geral, a primeira condição para a sentença favorável é a existência da vontade de lei cuja atuação se reclama, no mandado de segurança isto é insuficiente; é preciso não apenas que haja o direito alegado, mas também que ele seja líquido e certo. Se ele existir, mas sem essas características, ensejará o exercício da ação por outros ritos, mas não pelo específico do mandado de segurança. A nosso ver, qualquer tentativa de sistematização do mandado de segurança tem de partir, obrigatoriamente, da definição do que seja direito líquido e certo. Estando essa expressão inscrita na Constituição Federal, a ela estarão sujeitos o legislador ordinário e o doutrinador, sob pena de fazerem trabalho irreal, afastado do direito brasileiro, onde surgiu aquela expressão no direito público.

Contudo, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil, porque no writ o conceito refere-se à comprovação dos fatos que ensejam a

aplicação do direito. Hely Lopes Meirelles na obra atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Mandado de segurança, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36, explica:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador no mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC, art. 1.533). É um conceito impróprio - e mal expresso - alusivo a precisão e comprovação do direito quando deveria aludir a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.

Vale dizer: a prova assume excepcional relevo, vez que a definição de direito líquido e certo repousa na indiscutibilidade dos fatos e, conseqüentemente, na questão probatória.

Por outro norte, a regra nas contratações feitas pela Administração Pública é a licitação, procedimento administrativo do qual se utiliza Administração Pública para selecionar propostas mais vantajosas sob o prisma do interesse público. Eis a lição Hely Lopes Meirelles, na obra atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Direito administrativo brasileiro, 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 266:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

O objeto da licitação é sempre a obra, serviço, compra, alienação, concessão, permissão e locação que a Administração Pública fará com o particular, conforme ensina o mesmo autor, na mesma obra citada, p. 264:

Objeto da licitação é a obra, o serviço, a compra, a alienação, a concessão, a permissão e a locação que, afinal, será contratada com o particular.

Como vimos acima, a finalidade precípua da licitação será sempre a obtenção de seu objeto nas melhores condições para a Administração, e, para tanto, esse objeto deverá ser convenientemente definido no edital ou no convite, a fim de que os licitantes possam atender fielmente ao desejo do Poder Público.

Assim, a licitação de obras e serviços, compras e alienações é uma exigência para a Administração Pública, direta e indireta.

A Lei nº 10.520, de 2002, que instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a licitação denominada pregão, delimitou a utilização desta modalidade para as hipóteses de aquisição de bens e serviços comuns, os quais são definidos no parágrafo único do art. 1º da Lei:

Art. 1º. Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Como é de fácil percepção, o conceito de bens e serviços comuns, conferido pela lei de regência, mostra-se impreciso, por isso objeto de muitos debates doutrinários.

Bem a propósito, Cristiana Fortini e Flaviana Vieira Paim, em Terceirização na administração Pública, 1. ed., Minas Gerais: Revista Fórum, 2022, pp. 64/65, lembram que muitas vezes é tênue a linha divisória entre a terceirização legítima e ilegítima. Mas as autoras sugerem que a solução para o impasse está na análise da natureza da atividade:

Um dos fatores de identificação da legitimidade da contratação consiste na natureza da atividade. Para que seja realmente legítimo o contrato de serviço tem que ter como objeto atividades-meio, e nunca atividades fim de natureza sensível. Assim, a Administração não pode celebrar contrato de serviços especializados para a função de professor de escolas públicas ou de médico para hospitais públicos. Contratação para esse tipo de atividades estaria escamoteando uma admissão funcional indevida.

Se determinada atividade se configura como finalística, ainda que se caracterize como profissional especializada, o Poder Público precisa estruturar-se com quadro funcional próprio, constituído de cargos ou empregos, para cujo acesso será necessária a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, como o exige a Constituição (art. 37, II).

Não faz menor sentido que esse tipo de atividades seja objeto de contrato de serviços com terceiros, e

ainda sem licitação, dada a inexigibilidade prevista no art. 74 da lei nº 14.133/2021. Situação dessa ordem levanta a imediata e justificada suspeita favorecimento e de improbidade, com a substituição de servidores concursados e aprovados em razão do mérito por terceiros muito provavelmente apaniguados e frequentemente despreparados para o exercício da função pública.

A terceirização, portanto, se revelará legítima na medida em que o contrato de serviço tiver basicamente por objeto atividade complementar, instrumental e eventual, necessária, enfim, para a consecução dos objetos institucionais da entidade pública.

Sendo frágil, em algumas situações, a linha diferencial entre a terceirização lícita e ilícita, necessário se torna o intérprete ou agente controlador redobre os cuidados para a análise dos elementos que cercam a situação administrativa, coibindo qualquer prática que ponha em risco a observância das exigências constitucionais.

Feitas essas considerações, extrai-se do acervo probatório produzido que no ano de 2013 o Município de Santo Hipólito promoveu o Pregão Presencial nº 025/2013, destinado à contratação de um médico clínico geral para atendimento no PSF Municipal e um médico plantonista para atendimento à UBS do Centro Municipal de Saúde (arquivos eletrônicos nº 13/24). O objeto do certame foi adjudicado à microempresa Centro de Referência de Endocrinologia e Reumatologia Ltda. - CRER, que apresentou proposta única.

No entanto, o Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais ofereceu a Representação nº 965.777 contra os impetrantes por suposta irregularidade no procedimento administrativo, o que acabou sendo acatado pela Primeira Câmara do Tribunal de Contas estadual nos seguintes termos (arquivo eletrônico nº 2):

(...)

III) julgar, no mérito, por maioria de votos, parcialmente procedentes os apontamentos de irregularidade, considerando: a) irregular a licitação na modalidade Pregão, tendo em vista que a contratação de profissionais médicos não se enquadra na definição de "serviços comuns", como previsto no art. 2º da Lei n. 10.520/2002, eis que se caracterizam como serviços técnicos especializados e contínuos, na definição do artigo 13 da Lei n. 8.666/93, razão pela qual, nos termos do art. 85, inciso II, da Lei Complementar n. 102/2008, aplicam multa individual, no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) aos Srs. Gilson Santiago Aranha Júnior, Prefeito Municipal à época; Elano Soares Fraga, pregoeiro municipal; Marcelo Ribeiro Machado, assessor jurídico da prefeitura; Alessader Patrik Moreira, gerente do Departamento de Compras, Licitações, Contratos e Convênios; Eliaci das Mercês Pereira Matoso, presidente da Comissão Permanente de Licitação; b) irregular a ausência de publicação do certame em jornais de grande circulação no município, em inobservância ao disposto no art. 11 do Decreto Municipal n. 6, de 14 de fevereiro de 2007, uma vez que frustrou a ampla competitividade, diante da participação de somente um interessado que possui vínculo de parentesco com gestor, o que contraria o previsto no art. 3º da Lei Federal n. 8.666/1993, motivo pelo qual, nos termos do art. 85, inciso II, da Lei Complementar n. 102/2008, aplicam multa individual no valor de R\$3.000,00 (três mil reais) aos Srs. Gilson Santiago Aranha Júnior, Prefeito Municipal à época; Elano Soares Fraga, pregoeiro municipal; Eliaci das Mercês Pereira Matoso, presidente da Comissão Permanente de Licitação; c) irregular o fato de que as informações concernentes ao referido certame foram enviadas via SICOM de forma incompleta, pelo que aplicam multa no valor de R\$3.000,00 (três mil reais) ao Prefeito Municipal à época, Sr. Gilson Santiago Aranha Júnior, com fulcro nos arts. 7º e 8º da Instrução Normativa n. 10/2011 e no art. 85, inciso VII, da Lei Complementar n. 102/2008; IV) extinguir o processo sem resolução do mérito quanto ao apontamento de conluio e fraude na licitação, pela ausência de pressupostos de constituição válida e regular do processo (...).

No julgamento do Recurso Ordinário nº 1.048.337, o Tribunal Pleno da Corte de Contas do Estado, por unanimidade, afastou a responsabilidade do representado Marcelo Ribeiro Machado, advogado parecerista, ao fundamento de que não havia comprovação de que sua atuação se deu com dolo, má-fé ou erro inescusável (arquivo eletrônico nº 1).

Os impetrantes, por sua vez, alegam arbitrariedade na aplicação das multas e defendem a higidez da contratação argumentando que, na época, não havia cargos ou empregos públicos nos quadros do Município com atribuições equivalentes; que houve ampla publicidade ao procedimento licitatório com publicação no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais e no quadro de avisos nos moldes preconizados pelo art. 100 da Lei Orgânica do Município, salientando a inexistência de prejuízo aos cofres públicos; que a penalidade em desfavor do impetrante Gilson Santiago Aranha Júnior em decorrência do envio de informações incompletas não pode subsistir, haja vista a ausência de procedimento administrativo para que ele pudesse exercer a sua defesa; que a absolvição do advogado parecerista conduz ao afastamento da pena dos membros da comissão processante e do gestor uma vez que suas decisões foram tomadas com base no parecer jurídico.

Pois bem.

Primeiramente é possível verificar que os impetrantes tiveram assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa no procedimento administrativo conduzido pelo Tribunal de Contas estadual, pois eles foram

devidamente citados (arquivo eletrônico nº 40), apresentaram defesa, inclusive técnica (arquivos eletrônicos nº 41/42) e recorreram até a última instância administrativa, enfim, participaram ativamente da construção do provimento final que resultou na aplicação das multas.

Como se sabe, o ato administrativo tem fé pública e goza de presunção de legalidade, legitimidade e veracidade. Apenas em situações excepcionais, nas quais haja prova robusta e cabal em sentido contrário, afigura-se possível sua desconstituição pelo Poder Judiciário. Em se tratando de mandado de segurança, a prova deve ser constituída previamente à impetração. Ou seja, os impetrantes teriam de comprovar, de plano, a suposta ilegalidade ou abusividade na decisão impugnada. Mas a prova não veio.

Registro que, inobstante a imprecisão da definição de serviço comum inserida no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520, de 2002, tenho que a própria qualificação técnica exigida no item 5.3 do edital do certame (arquivo eletrônico nº 18) mostra-se totalmente inconciliável com o pregão.

O serviço prestado por médicos, a toda evidência, exige elevado conhecimento técnico e está relacionado à atividade finalística da Administração Pública. Ademais, se a necessidade era temporária, a contratação poderia ser feita nos moldes autorizados pelo art. 37, IX, da Constituição da República. Portanto, sob este enfoque, o que se percebe é que foi feito recrutamento de pessoal sem observância das regras constitucionais.

No que tange à publicidade do certame, a convocação de interessados no pregão deve obedecer ao regramento contido art. 4º da Lei nº 10.520, de 2002, que dispõe:

Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento de que trata o art. 2º.

O art. 11 do Decreto municipal nº 6, de 2007, que regulamenta a utilização do pregão, no âmbito do Município de Santo Hipólito, exige que a convocação de interessados se dê em jornais de grande circulação na municipalidade (arquivo eletrônico nº 16).

Ora, em que pese ter havido publicação do instrumento convocatório no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais e no quadro de avisos da Prefeitura, é certo que a exigência contida na legislação local específica deixou de ser atendida. Se a falha reduziu a publicidade ao certame ao ponto de comprometer a competitividade, trata-se de questão que demanda dilação probatória, expediente incompatível com a via estreita do mandamus.

Some-se a isso que milita em desfavor dos impetrantes o fato de que a sócia majoritária da empresa vencedora do certame, constituída na época da celebração do contrato, ter vínculo de parentesco com o gestor municipal que promoveu o certame.

Ademais, restou incontroverso que o impetrante Gilson Santiago Aranha Júnior, Prefeito Municipal à época, enviou informações referentes ao certame de forma incompleta via SICOM. Considerando que, no curso do procedimento administrativo, ele teve a oportunidade de se defender, não há como acolher a tese de que a multa foi aplicada ao arrepio de seu direito de defesa.

Por fim, embora a manifestação do assessor jurídico integre a formação do ato administrativo, é preciso considerar que as impressões do parecerista sobre a matéria submetida ao seu exame não vincula a autoridade, que reserva para si a competência para o exame da conveniência do ato, vale dizer, do poder decisório. Logo, ainda que o advogado público tenha sido absolvido, subsiste a responsabilidade de todos os demais agentes públicos que praticaram ato inquinado de ilegalidade.

Em síntese: ausente a prova pré-constituída de que a aplicação da multa infringiu direito líquido e certo dos impetrantes, a denegação da segurança é medida imperativa.

Com estes fundamentos, denego a segurança.

Custas, pelos impetrantes.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. MOREIRA DINIZ - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. EDILSON OLÍMPIO FERNANDES - De acordo com o(a) Relator(a).

DESA. BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ARMANDO FREIRE - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - De acordo com o(a) Relator(a).

DESA. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. SALDANHA DA FONSECA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. WANDERLEY PAIVA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. MARCO AURELIO FERENZINI - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. FERNANDO LINS - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. GERALDO AUGUSTO - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "REJEITARAM PRELIMINAR E DENEGARAM A SEGURANÇA"