



236

Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bozano

PARECER JURÍDICO

Bozano/RS, 05 de dezembro de 2018.

Trata-se de solicitação verbal de exame e parecer, acerca da notificação endereçada pela Associação Hospital de Caridade Ijuí ao Município de Bozano, tendo como finalidade condicionar a renovação do convênio de prestação de serviços médico-hospitalares, à majoração da contraprestação pecuniária mensal, no valor de R\$ 13.715,63. As premissas para tanto invocadas foram: a média de 48 atendimentos/mês; o custo suportado com cada atendimento. A notificação não veio acompanhada de documentação comprobatória.

O termo de convênio nº 001/2014, em vigor face ao seu quarto termo aditivo, firmado em 29 de dezembro de 2017, apresenta como objeto "a prestação de serviços médicos em nível ambulatorial, de segunda à sexta-feira, durante a noite e, ainda, aos sábados, domingos e feriados, durante 24 horas, ou seja, quando não houver atendimento médico na Unidade Básica de Saúde do município de Bozano". O valor mensal atualmente pago pelo Município à Associação Hospitalar é R\$ 4.949,11 (cláusula segunda do aditivo vigente).

A Lei Municipal nº 801/2014 autorizou a celebração do convênio e os seus aditamentos até o limite de 60 meses.

Relatórios oriundos do Hospital-conveniado, contendo nomes de pacientes, datas, procedimentos e valores, foram acostados ao expediente pela Secretaria Municipal de Saúde, a pedido desta Assessoria Jurídica. Indagada, a Sra. Secretária nada opôs quanto aos seus aspectos formais e materiais.

Estes o elementos disponibilizados com a consulta, situação em que a matéria comporta as seguintes considerações:

1. Dentre as razões de ser do Estado, a realização de serviços públicos de saúde figura como essencial: trata-se de direito fundamental social de todo brasileiro, erigido pelo constituinte à condição de dever estatal. Os arts. 6º e 196, da Constituição da República, são ilustrativos a respeito do tema:



27

Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bozano

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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

As ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a rigor do art. 197 desta mesma Constituição:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Também a Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, elencou competências e atribuições comuns a todos os entes da Federação; ao mesmo tempo, previu atribuições próprias para os Municípios. Outros diversos atos normativos aprimoraram e especificaram o rol de ações e competências, inclusive no âmbito de estratégias, ações e programas específicos de saúde desempenhados pelos Municípios.

Sem a pretensão de adentrar em digressão teórica, para o enfrentamento do questionamento proposto basta o registro de que o **Município de Bozano, no âmbito do SUS, limitou a sua atuação à atenção básica/primária em saúde**. Suas competências e responsabilidades internas – frente aos demais entes da Federação (União e Estado do Rio Grande do Sul) –, são afetadas ao desenvolvimento da atenção primária.

A despeito disso, não se pode ignorar que os efeitos externos da integração do Município de Bozano ao SUS, especialmente frente aos usuários desse sistema público, partem da existência de relação jurídica de solidariedade, porque assim previu a própria Constituição da República. Em outras palavras: independente do nível de pactuação do Ente Federado local, convenções e normativas internas do Estado (expressão aqui empregada em sentido lato), não podem ser entraves à efetiva prestação de serviços em saúde.

A tal entendimento, que, aliás, há muito foi consolidado pelo Poder Judiciário, soma-se a notória deficiência financeira do Estado do Rio Grande do Sul, que obriga Municípios a ampliar o rol de atendimentos, sob pena de fragilizar ainda mais a população de seu território.



28

Estado do Rio Grande do Sul

Município de Bozano

Em suma: o Município de Bozano apresenta obrigação pactuada internamente no SUS, que o vincula à prestação de serviços de saúde em nível de atenção primária. Ao par disso, não pode ignorar a crescente demanda de média complexidade por ele suportada, cuja incumbência originariamente é do Estado Gaúcho, que dela não se desincumbe a contento. A afirmação encontra guarida na crescente judicialização de medicamentos e serviços de saúde, no mais das vezes resolvida através do reconhecimento da solidariedade entre os entes federados, para condenar os Municípios a suportar o seu custeio.

Não significa que o Município de Bozano possa ignorar os limites de sua pactuação e, inadvertidamente, ingressar no custeio ilimitado e sem critérios, de ações de média complexidade. A incumbência legal primeira, em média complexidade, é do Estado, a impor muita prudência e análise pontual em cada situação concreta, tendo como balizadores o art. 62 da Lei Complementar nº 101/2000¹ e as constantes decisões judiciais que impõem condenações solidárias aos entes locais. Bom sendo, justificativa do interesse público, da urgência e da denegação do serviço pelas vias convencionais em cada situação, haverão de pautar a atuação neste particular.

2. Independentemente da controvérsia envolvendo ações outras em saúde, é inquestionável a obrigação do Município de Bozano em prestar serviços de atenção primária em saúde à sua população.

A forma como estes serviços podem ser prestados aproxima as considerações antes tecidas da resolução da presente consulta. Isso porque, em regra, os serviços públicos de saúde devem ser prestados de forma direta, através de servidores públicos investidos em cargos efetivos estatutários².

O Executivo Municipal de Bozano apresenta cargos efetivos providos, com servidores aptos e em exercício de atribuições concernentes às diversas profissões da área da saúde. Presta-se, portanto, serviços de forma direta na atenção primária em saúde, através de 1 (uma) Estratégia Saúde da Família – ESF, em atendimento pleno às disposições constitucionais e princípios regentes do SUS.

3. O questionamento que está em voga, diz respeito com a possibilidade de terceirizar serviços de saúde, mediante prestação indireta, através de entidades da iniciativa privada. A respeito disso, destaca-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada quando do julgamento de dois processos: a ADPF nº 324 e o RE nº 958.252, cujo mérito apontou a

¹ Art. 62. Os Municípios só contribuirão para o custeio de despesas de competência de outros entes da Federação se houver: I - autorização na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual; II - convênio, acordo, ajuste ou congêneres, conforme sua legislação.

² Vide art. 37, II, da CF e ADI nº 2135-4.



29

Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bozano

constitucionalidade da terceirização de todas as etapas do processo produtivo das empresas, inclusive atividades-fim.

Desafio que a partir daí foi realçado, consiste em identificar o alcance de tais decisões sobre a Administração Pública. Entidade Municipalista, a FAMURS, defende abertamente a ampla e irrestrita terceirização na Administração Pública, inclusive quando se tratar de arregimentamento de médicos para atender em próprio municipal, ao lado da equipe de servidores investidos em cargos efetivos. Em recente seminário sobre o tema, realizado no dia 5 de dezembro próximo passado, em dependências do Ministério Público em Porto Alegre, chegou-se ao extremo de ser dito por assessor da FAMURS que "só não pode terceirizar o prefeito".

Reiterando a preocupação em evitar desnecessárias digressões³, é imperioso dizer que a posição defendida pela FAMURS é teratológica e, caso seguida pelos Municípios, para além de incontáveis dificuldades operacionais que ao certo resultarão na responsabilização civil, implicará grave violação de dever legal pelo Gestor, suscetível de responsabilidade pessoal.

Ocorre que a essência da terceirização na iniciativa privada, consiste na entrega de determinada atividade específica, para realização autônoma por outra empresa especializada, de modo a possibilitar maior dedicação na atividade-fim. Para que se configure terceirização, é necessário o implemento de três distintos elementos: (1) atividade específica retirada do âmbito da empresa ou do ente que a promove; (2) realização autônoma pela empresa terceirizada sem controle pelo tomador dos serviços; (3) terceirizada especializada no respectivo ramo de atividade. A ausência de um deles, salvo exceções⁴, afasta o instituto da terceirização e caracteriza o fenômeno da **intermediação de mão de obra** – também chamada contratação por interposta pessoa.

A intermediação de mão de obra é e sempre foi ilícita. Muito combatida em nosso ordenamento jurídico, forte no art. 4-C da Recomendação nº 198 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, no art. 9º da CLT, na Súmula nº 331 do TST e no art. 37, II c/c §2º da Constituição da República.

Com efeito, se os **serviços** forem prestados **dentro da estrutura** organizacional, neste caso em próprios municipais, mediante a utilização de seus equipamentos, ou se houver **pessoalidade**, o que se dá quando o Município é quem escolhe as pessoas

³ Especificamente sobre terceirização de serviços de saúde, há pareceres e monografia de especialização de autoria deste Assessor Jurídico, à disposição para consulta.

⁴ As exceções são interpretadas restritivamente nas hipóteses da Lei nº 6.019 (trabalho avulso e aprendizagem).



30

Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bozano

contratadas pela terceirizada, ou, finalmente, quando houver **subordinação**, caracterizada pela gestão das tarefas por servidores do Município mediante ordens dirigidas diretamente aos empregados da terceirizada, a hipótese será de **intermediação de mão de obra** e não de terceirização.

É o que ocorre com a alocação de médicos sem vínculos diretos com o Município para atuar dentro da ESF, ao lado da equipe de servidores efetivos. Não se trata de terceirização, mas de intermediação de mão de obra. É indiscutivelmente ilícito e, por isso, teratológica a sua defesa por entidade municipalista.

De outra parte, a tratar-se da legítima terceirização, em que o Município mesmo mantendo a titularidade do serviço, transfere integralmente a sua execução para instituição privada, também não poderá receber o alcance erroneamente defendido pela FAMURS.

O Tribunal de Contas do Estado – TCE/RS editou inúmeros Pareceres sobre o tema. O excerto do Parecer nº 37/97 ilustra o entendimento da Corte de Contas, no sentido de proibir terceirização integral do serviço público:

O critério a balizar a possibilidade da locação de serviços será, pois, a definição de seu objeto e, este, somente poderá abranger atividades-meio, com caráter acessório ou complementar da atividade -fim, que é o serviço público.

Mesmo após a recente deliberação do STF sobre a possibilidade de terceirizar atividades-fim, é imperioso reconhecer que a Administração Pública apresenta estrutura, regras, princípios e subsistema próprio, que a difere da iniciativa privada. Na prática, significa que atividades de governo, de fiscalização e inerentes à sua essência, ou seja, ao âmago dos serviços públicos, não podem ser integralmente lançados à execução do particular.

Melhor explicando: o Município de Bozano pactuou atuação na atenção primária em saúde, realizada através do cumprimento de normas nacionais e estaduais, mediante a estruturação de 1 (uma) ESF. Terceirizar integralmente essa ESF é ilegal, assim como o é a colocação de médico para atuar ao lado de servidores do quadro (nesse caso nem terceirização seria).

Não obstante o entendimento ora defendido, existe a possibilidade de contar com a atuação da iniciativa privada, como sempre contou o Município. Essa atuação privada, no entanto, deve ser restrita às hipóteses constitucionais e legais.





31

Estado do Rio Grande do Sul

Município de Bozano

O Estado experimenta crescente influência de novos modelos gerenciais, com ênfase na execução de parte dos serviços públicos por terceiros, tudo em nome da qualificação e da otimização dos serviços. DI PIETRO (2001)⁵ justifica este fenômeno na mudança da forma de conceber o Estado: *“quer-se a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço, quer-se a flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública, para permitir maior eficiência”*.

A União sinalizou de longa data com a execução de atividades da Administração Federal amplamente descentralizada, inclusive com a transferência de tarefas para a órbita privada: o Decreto-Lei nº 200, de 25, de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões. [...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. (os grifos são nossos).

O Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, regulamentou o Decreto de 1.967:

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

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas 2001.



325

Estado do Rio Grande do Sul

Município de Bozano

expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Recentemente, editou o Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, dispondo sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, trazendo novas diretrizes para a efetiva implementação da terceirização no âmbito da Administração Federal.

Conclusão única é que a terceirização está cada vez mais presente na rotina da administração pública, sendo, portanto, uma realidade e uma necessidade. Desafio será equacionar as nuances da administração pública frente aos dispositivos legais e constitucionais, associado à cultura do mercado pautado na otimização dos lucros.

4. Especificamente sobre terceirização de serviços de saúde de competência municipal, o Órgão Pleno do TCE/RS, por ocasião do julgamento do Processo nº 5868-02.00/09-8, esteada no voto do ex-Conselheiro Helio Saul Mileski, firmou posição pela possibilidade – e em alguns casos até a necessidade – da realização de parcerias para a gestão da saúde pública entre o Poder Público e a Sociedade, por meio de entidades privadas. Essa parceria, no entanto – afirma o TCE/RS – não pode conduzir à *privatização da saúde*, ou seja, à transferência total dessa atividade à iniciativa privada.

O entendimento do Tribunal de Contas do Estado, que inegavelmente haverá de ser observado, é compatível com as disposições constitucionais e legais. O §1º do art. 199 da Constituição Federal é cristalino ao referir que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde” (grifou-se), *in verbis*:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

A Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, em seus arts. art. 4º, §2º e 24, reproduz a regra constitucional concernente à complementaridade da atuação privada no SUS:

Art. 4º [...]

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.





33

Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bozano

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

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Não há dúvidas de que é possível terceirizar serviços de saúde nos municípios, porém com alcance limitado à complementaridade, sem transferir na íntegra a realização dos serviços.

5. A consulta retrata a existência de convênio de prestação de serviços médico-hospitalares celebrado entre a Associação Hospital de Caridade de Ijuí e o Município de Bozano, voltado à realização de ações de atenção primária em saúde, nos dias e horários em que a ESF não se encontra em operação.

Não se trata de privatizar ou remeter a realização da atenção primária para a iniciativa privada: toda a gestão e a execução principal dos serviços, se opera de forma direta, em próprio municipal e através de servidores investidos em cargos efetivos.

O "convênio", traduz alternativa de atendimento da população nas lacunas de continuidade da execução direta na unidade de saúde, haja vista que a oferta de serviços deve ser nas 24h do dia, nos 7 dias da semana e em todos os dias do mês.

Entre a ampliação do horário de atendimento da unidade de saúde do Município, cujos custos seriam no mínimo triplicados, forte na necessidade de escalas noturnas, ao meio dia, aos fins de semana e feriados, o que notoriamente é inviável ao Município do porte de Bozano, aparentemente a opção de contratar tais serviços com a iniciativa privada atende ao interesse público, cuja deliberação objetiva, por ser própria da espécie, incumbe ao Sr. Prefeito.

De igual sorte, contar com estrutura já existente de entidade privada, ao certo atende aos princípios da eficiência, economicidade, razoabilidade, finalidade e supremacia do interesse público. Não fosse isso, o indiscutível caráter complementar na situação dos autos, encontra respaldo no ordenamento jurídico.

Objetivamente: opina-se pela possibilidade em tese da transferência da execução de serviços de saúde para a iniciativa privada, na formatação atualmente realizada pelo Município de Bozano.





34

Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bozano

6. Em um outro nível de enfrentamento, se faz necessário identificar a possibilidade de contratação direta, sem licitação.

Incumbe esclarecer que o instituto do convênio entre a Administração Pública e entidades privadas resultou prejudicado com o advento da Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação, define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil. Em suma: o desenvolvimento de ações e projetos de interesse público passam a ser instrumentalizados através de termos de parceria e de fomento, em detrimento dos antigos convênios.

Ao delimitar o seu alcance, o art. 3º, IV, da Lei nº 13.019/2014, externou que as suas disposições não se aplicam aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas nos termos do antes transcritos §1º do art. 199 da Constituição Federal:

Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:
IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal;

Há clara intenção do legislador, em excepcionar os ajustes firmados com entidades filantrópicas, para a prestação de serviços complementares em saúde no âmbito do SUS, dos rigores e formalismos da nova ordem normativa sobre parcerias. Evidentemente, pretendeu-se flexibilizar os mecanismos de vinculação entre estas entidades e a Administração Pública, premissa que haverá de pautar a resolução da presente consulta.

Em tais condições, uma leitura apressada da situação concreta poderia apontar para a possibilidade de renovação ou celebração de novo convênio com a Associação Hospitalar, ao amparo do art. 199, §1º da Constituição da República, art. 24, da Lei Federal nº 8.080/1990 e art. 3º IV, da Lei Federal nº 13.019/2014.

Tais dispositivos efetivamente conduzem à ideia de menor rigor na celebração de instrumento entre as partes. Porém, não de forma direta e sem prévio processo administrativo.





35

Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bozano

7. Ocorre que a verdadeira essência da relação jurídica mantida com o Hospital HCI, não traduz parceria em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco. Trata-se de típica relação de contratação de serviços complementares, a ser gerido por instrumento próprio, qual seja, o contrato de prestação de serviços, cuja formalização deve ser precedida de exame dos institutos previstos pela legislação de regência.

No particular, deve-se ter presente que a contratação de serviços, deve ser precedida de processo licitatório, a rigor do art. 37, XXI, da Constituição da República:

Art. 37. [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A regra geral – que impõe a realização de processo licitatório – visa precipuamente à escolha de proposta mais vantajosa ao interesse público, além de igualmente atender a outras finalidades comuns, tal como a principiologia constitucional, responsável por pautar toda a atuação da Administração Pública.

O exame literal do transcrito inciso XXI do art. 37, da Constituição da República, evidencia que exceções à regra da licitação são reservadas à legislação infraconstitucional.

Sem prejuízo, deve-se ter presente que esta mesma Constituição, em seu art. 22, XXVII⁶, atribuiu competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos.

Com efeito, a Lei Federal que regulamenta o inciso XXI do art. 37, da Constituição da República é a 8.666/1993, que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública. Trata-se de norma de âmbito nacional⁷, de competência da União, aplicável a todos os Entes da Federação.

⁶ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

⁷ Não obstante tenha o STF deliberado pela eficácia de norma de âmbito federal (apenas para a própria União) em determinados dispositivos.

P



36

Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bozano

Compulsando-a, se verifica que as exceções à regra da licitação são classificadas em três distintos grupos, a saber: licitação dispensada (art. 17); licitação dispensável (art. 24); licitação inexigível (art. 25).

Em todos os casos, é imprescindível a instrução de prévio processo de justificação, previsto no art. 26, cuja finalidade principal é a produção da melhor escolha para a Administração, *in verbis*:

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

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

- I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

No dizer de Justen Filho⁸, *"a ausência de licitação não equivale à contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação exige um procedimento administrativo prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível"*.

Com efeito, neste processo de justificação, que em sua etapa inicial muito se assemelhará à fase interna de todo processo licitatório, deverá conter os seguintes elementos escritos: a) identificação da necessidade a ser atendida; b) identificação do meio mais adequado para atender a esta necessidade; c) definição do objeto a ser contratado; d) identificação das previsões orçamentárias para atender ao objeto; e) respeitar, na medida do possível, o mais amplo acesso aos possíveis interessados.

Superada a fase inicial do contencioso administrativo de justificação, terá ele continuidade com a produção dos elementos voltados a: f) demonstrar a escolha do contratado; g) justificar o preço a ser pago.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª ed. RT, 2016, p. 617.



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bozano

No que concerne à escolha do contratado, que não será necessariamente o detentor do menor preço, caberá motivação escrita, contendo as razões que conduzam à conclusão de que a proposta escolhida é a mais vantajosa para a Administração.

Já a justificativa do preço consiste na fundamentação voltada a demonstrar a razoabilidade – a sua compatibilidade com os padrões praticados no mercado.

Além disso, o *caput* do art. 26 da Lei nº 8.666/1993, impõe, neste mesmo processo administrativo de justificação, a necessidade de: h) comunicação, dentro de 3 dias, à autoridade superior; i) ratificação da decisão de contratação direta pela autoridade superior; j) publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 dias, da decisão e das formalidades para contratação.

Finalmente, o contrato administrativo haverá de ser celebrado, com observância ao que constar no processo prévio de justificação.

8. As hipóteses de licitação dispensável estão previstas no art. 24, cujo rol é taxativo, o que equivale dizer, se a situação concreta não se moldar a um dos incisos do art. 24, não se há de falar em dispensa. É o que ocorre na situação da consulta, eis que inexistente dispositivo a amparar a dispensa.

9. A cogitar-se a hipótese de inexigibilidade de licitação, deve-se ter presente que o art. 25 da Lei nº 8.666/1993 oferta situações que **derivam da inviabilidade de competição**.

Considerando que o rol do art. 25 é exemplificativo e, por isso, comporta outras hipóteses que nele deixaram de ser previstas, associado à circunstância de que a lei não define o que entende por licitação inviável, a matéria passou a enfrentar divergência doutrinária e jurisprudencial.

Importa esclarecer que a expressão “inviabilidade de competição” indica situações em que não estão presentes os pressupostos para a escolha objetiva da proposta mais vantajosa.

Para Justen Filho⁹, *“impor a licitação em casos de inexigibilidade frustraria o interesse sob tutela estatal. A Administração Pública ou não obteria proposta alguma ou selecionaria propostas inadequadas a satisfazer dito interesse”*.

De acordo com a doutrina administrativista moderna, para que a licitação seja viável, devem estar presentes três pressupostos: (1) pressuposto lógico; (2) pressuposto

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª ed. RT, 2016, p. 570.



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bozano

jurídico; (3) pressuposto fático. Se faltar algum deles, a licitação será inexigível, porque a competição é inviável; se todos estiverem presentes, estar-se-á diante do dever de licitar. Veja-se:

9.1 Pressuposto lógico: precisa de pluralidade para que haja competição, ou seja, deve haver mais de um possível interessado em contratar. Quando a situação indicar fornecedor exclusivo, bem singular ou serviço singular, não estará presente o pressuposto lógico.

9.1.1 Para inexigir licitação sob o fundamento de **serviço singular**, a singularidade deve ser relevante, haja vista que cada pessoa presta seus serviços com as suas particularidades. Não é qualquer singularidade, portanto, que torna a licitação inexigível.

A singularidade relevante é caracterizada cumulativamente pelos seguintes requisitos: (a) estar no rol do art. 13 da Lei nº8.666/1993; (b) deter o profissional, notória especialização; (c) ser necessário contratar o melhor profissional para a realização do objeto (se não for necessário o melhor profissional em cada caso, podendo ser razoavelmente realizado o objeto por qualquer profissional de padrão médio, deve-se licitar).

No que concerne ao pressuposto lógico, a resumida fundamentação, por si só, indicar ausência de pressuposto para a inexigibilidade de licitação.

9.2 Pressuposto jurídico: a licitação não é um fim em si mesmo; serve para proteger o interesse público. Se por alguma razão, observadas as peculiaridades em cada caso, a licitação deixar de proteger o interesse público e, pelo contrário, prejudicá-lo, não deverá ser licitado.

Exemplo que se poderia visualizar é a não licitação para a aquisição de papel para gráfica do Estado, a fim de evitar prejuízo à sua atividade principal. Mesmo neste caso, nas suas atividade-meio deve-se licitar.

Na situação em exame, deve-se ter presente que o Município de Bozano não conta com hospital em seu território. A referência dos serviços de urgência e emergência do SUS se dá no território do Município de Ijuí, localizado a menos de 20km – especificamente no HCl, para onde pacientes de Bozano são conduzidos pelo SAMU regional e, também, onde são realizados tratamentos oncológicos e cardiológicos de sua população.

Para dizer o menos, a referência hospitalar de Bozano, para toda a sua população usuária da rede pública, é o HCl.



Estado do Rio Grande do Sul Município de Bozano

Em tais condições, pretender contratar outra entidade hospitalar, implicaria dificuldades operacionais e transtornos quanto à eficácia dos atendimentos, mormente ser no HCI a realização dos principais outros procedimentos do SUS para a população de Bozano. Sabidamente, na maioria das vezes, a cisão entre atenção primária e a urgência são identificados no procedimento hospitalar de triagem com classificação de risco, a justificar, por si só, a contratação da mesma entidade hospitalar que atenderá a urgência e a complementação da atenção primária – nos horários em que inexistir atendimento na unidade de saúde do Município.

Associado a isso, deve-se ressaltar que o acima transcrito §1º do art. 199 da Constituição da República, determina que entidades filantrópicas e sem fins lucrativos tem preferência na contratação com o Poder Público, regra reproduzida pelo art. 25 da Lei Federal nº 8.080/1990:

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Com efeito, a conclusão perpassa pelo reconhecimento de que este processo administrativo de justificação se encontra de certa forma mitigado: de um lado pela flexibilização que o próprio ordenamento jurídico apresenta para contratar entidade hospitalar filantrópica (condição que se disse ostentada pelo HCI), voltado à prestação de serviços médico-hospitalares em caráter complementar; de outro, porque as premissas fáticas conduzem à manutenção do vínculo contínuo mantido com esta Entidade, inclusive porque, tal como já se afirmou, é o Hospital encarregado de prestar serviços de urgência e emergência no âmbito do SUS, em prol dos usuários adscritos ao território de Bozano.

Em tese, inexigível a licitação, cuja constatação concreta demandará a prévia comprovação dos demais elementos concernentes à espécie, conforme antes apontados.

10. Isso posto, opina-se pela possibilidade, em tese, de inexigir licitação para contratar a Associação Hospitalar de Caridade Ijuí – HCI, com vistas à prestação de serviços complementares de atenção primária em saúde, nos dias e horários em que não houverem atendimentos na ESF mantida pelo Município, com amparo no *caput* do art. 25 da Lei Federal nº 8.666/1993, cumulado com o art. 199, §1º da Constituição da República, arts. 24 e 25, da Lei Federal nº 8.080/1990 e art. 3º IV, da Lei Federal nº 13.019/2014.



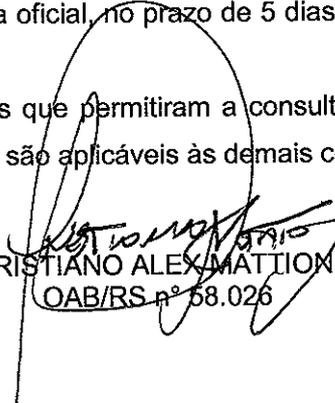
40

Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bozano

Para tanto, deverá ser instrumentalizado processo de justificação administrativa, de que trata o art. 26, da Lei Federal nº 8.666/1993, com os seguintes requisitos adicionais (haja vista que os demais já foram expressa ou implicitamente atendidos):

- a) Reconhecimento, pelo Sr. Prefeito (se assim de fato entender), de que a modalidade mais adequada ao atendimento do interesse público e da principiologia constitucional, perpassa pela contratação de entidade privada para prestar serviços de atenção primária em saúde, complementarmente aos realizados na ESF, nos dias e horários em que nela não houver atendimento. Tal juízo meritório também implica adentrar no exame da conveniência ou não de ampliar o atendimento na unidade própria de saúde;
- b) Identificação das previsões orçamentárias para atender ao objeto;
- c) demonstrar a escolha do contratado. Aqui caberá ao Sr. Prefeito pronunciar-se quanto à conveniência em manter os serviços no território do Município de Ijuí e na mesma entidade hospitalar encarregada pelo atendimento de urgência e emergência no âmbito do SUS, em prol da população de Bozano;
- d) Justificativa do preço a ser pago. Caberá à Associação Hospitalar demonstrar os custos reais médios com cada atendimento e bem assim comprovar, mediante planilhas a serem homologadas pela Secretaria Municipal de Saúde, contendo a quantidade média mensal de atendimentos;
- e) Apresentação de documentos comprobatórios da filantropia e da regularidade fiscal (negativas federais, estadual, municipal, FGTS e CNDT) pelo HCI;
- f) Publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 dias, da decisão que determinar a contratação.

Estas as considerações que permitiram a consulta, cujos fundamentos jurídico defendidos por esta Assessoria, são aplicáveis às demais contratações de serviços.


CRISTIANO ALEX MATTIONI
OAB/RS nº 58.026