

PARECER JURÍDICO

INTERESSADA: Comissão Permanente de Licitação – CPL.

OBJETO: Credenciamento de empresa especializada na prestação de serviços médicos, de forma complementar ao Sistema Único de Saúde (SUS), para atender aos pacientes do Município de Tomé-Açu, conforme Termo de Referência.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATOS. CREDENCIAMENTO. CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS SAÚDE. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. LEI FEDERAL Nº 8.666/1993. PARECER JURÍDICO. ANÁLISE PRÉVIA. MINUTA DO EDITAL E SEUS ANEXOS.

I. RELATÓRIO

Trata-se o presente de solicitação de parecer jurídico encaminhado a esta Assessoria Jurídica acerca da legalidade da minuta do edital e anexos, haja vista a deflagração de procedimento administrativo através da Chamada Pública nº. 002/2021-CPL, objetivando o “Credenciamento de empresa especializada na prestação de serviços médicos, de forma complementar ao Sistema Único de Saúde (SUS), para atender aos pacientes do Município de Tomé-Açu, conforme Termo de Referência”.

Insta esclarecer, que o presente parecer é elaborado para atendimento ao disposto no parágrafo único do art. 38¹ da Lei nº. 8.666/1993, ainda em vigor, sendo para tanto a análise restrita a verificação de conformidade do edital e seus anexos, quanto ao aspecto jurídico formal da licitação, sem adentrar, portanto, nos aspectos técnicos e econômicos ou, ainda, exercer juízo de oportunidade e conveniência da contratação pretendida.

É o breve relatório. Passo a apreciar a questão.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Prima facie, antes de qualquer análise acerca do mérito do pedido ora formulado, entende-se por bem, trazer à baila a legislação vigente e pertinente à matéria em comento para que ao fim seja verificada a possibilidade de aprovação da minuta apensada aos autos para posterior elaboração do contrato.

Nos termos do art. 37, inciso XXI da CF/88 e art. 2º da Lei nº. 8.666/93, como regra para contratar serviços, ou adquirir produtos e serviço a Administração Pública encontra-se obrigada a realizar previamente processo de licitação.

As exceções, por sua vez, segundo o referido artigo, deverão estar expressamente previstas na legislação, que é exatamente o que se observa das disposições dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993, os quais tratam, respectivamente, dos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

¹ Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Para os casos de dispensa de licitação, parece não haver grande problemática, uma vez que o rol taxativo disposto no artigo 24 da Lei nº 8.666/1993 é claro ao estabelecer, sistematicamente, os casos em que pode incidir citado meio de contratação direta.

Todavia, igual sorte não ampara os casos de inexigibilidade. O artigo 25 da Lei de Licitações e Contratos dispõe que “é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”. Veja-se que, neste caso, o legislador não se preocupou em estabelecer um rol taxativo de situações por meio do qual se pode contratar por inexigibilidade, até mesmo porque a interpretação da expressão “inviabilidade de competição” é ampla, sendo difícil elencar e relacionar todas as hipóteses que abrange.

É bem verdade que o próprio artigo 25 prevê em seus incisos três situações que podem dar supedâneo à contratação por inexigibilidade. Entretanto, a expressão “em especial”, inserida no caput, traz a ideia de que tal rol é meramente exemplificativo, devendo, assim, ser melhor interpretada a expressão “inviabilidade de competição” contida no artigo 25 em um sentido mais abrangente.

Neste contexto, pode-se dizer que a inviabilidade de competição, além da contratação de fornecedor único prevista no inciso I, e, obviamente, além dos casos inseridos nos incisos II e III, pode se dar por contratação de todos, ou seja, nesta hipótese, a inviabilidade de competição não está presente porque existe apenas um fornecedor ou prestador do serviço, mas, sim, porque existem vários e todos serão contratados.

Este é também o entendimento do Doutrinador Jorge Ulisses Jacoby², vejamos:

Se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, ela própria fixando o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra,

² JACOBY, Jorge Ulisses. Coleção de Direito Público. 2008, pág. 538.

Parece claro que, se a Administração convoca profissionais dispondo-se a contratar todos os interessados que preencham os requisitos por ela exigidos e por um preço previamente definido no próprio ato do chamamento, também estamos diante de um caso de inexigibilidade, pois, de igual forma, não haverá competição entre os interessados. Esse método de inexigibilidade para a contratação de todos é o que a doutrina denomina de Credenciamento.

Assim, pode-se dizer que o credenciamento é um sistema pelo qual a Administração Pública efetivará uma contratação direta, mediante a inexigibilidade de licitação, selecionando não apenas um participante, mas sim, pré-qualificando todos os interessados para, segundo condições previamente definidas em regulamento e divulgadas, credenciarem-se como prestadores de serviços ou beneficiários de um negócio futuro a ser ofertado.

Neste caso, há uma necessidade que a Administração Pública pretende suprir mediante contrato, contudo, diferentemente do que ocorre na praxe, onde há apenas um vencedor, e, por consequência, apenas um contratado, no sistema de credenciamento não se objetiva um único contrato, mas vários, sendo que todos podem atender perfeitamente o objeto pretendido pelo Poder Público.

Tal procedimento reveste-se de legalidade quando verificada a necessidade de complementar os serviços de saúde pública municipal, indispensável para satisfazer as necessidades sociais de seus munícipes. O ordenamento jurídico tem reconhecido a legalidade do Poder Público complementar a própria rede com serviços privados contratados ou conveniados, podendo as instituições particulares participar do Sistema Municipal de Saúde (SUS) dado o caráter essencial da prestação deste serviço público.

Neste contexto o artigo 199, parágrafo 1º, da Constituição Federal, assim dispõe:

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.

(...)

Sobre a participação complementar, a Lei Orgânica da Saúde - Lei nº. 8.080/90 institui que:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

(...)

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

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.

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).

É cediço que os Municípios têm adotado a prática de abertura de procedimento licitatório por meio da chamada pública objetivando o credenciamento de empresas prestadoras de serviços médico hospitalares como auxiliares e complementares a rede pública de saúde, a rigor dos demais procedimentos insculpidos na lei de licitações, inclusive grande

parte da doutrina faz menção ao credenciamento como um "sistema" legalmente instituído como no caso do presente certame.

A título de exemplo colaciona-se análise de procedimento do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul (processo n. 122-02.00/05-8) da Prefeitura Municipal de Lajeado deparou-se com essa referida questão, tendo-a resolvido na Informação n°. 002/2005 que:

"(...) a doutrina e a jurisprudência revelam constituir a figura do credenciamento matéria escassa e, como assinalou, também, o TCU, não está prevista expressamente na Lei n° 8.666/93'. Assim, na linha consignada no subitem 1.8 da presente informação e baseado no exposto no citado Parecer n°57/95, por ser a figura do credenciamento negócio jurídico contratual, seguindo o princípio geral da atipicidade que vigora neste campo do direito devem ser aplicadas à mesma as normas da Lei n° 8.666/93, em especial no que tange ao edital, às cláusulas necessárias (art. 57), à habilitação, e a outros aspectos julgados igualmente fundamentais(...). "E aqui aditamos a necessária observância por parte da Administração em exigir dos futuros credenciados toda a documentação a que aludem os artigos 28 e 29, ambos da Lei Federal n° 8.666/93 e, conforme o caso, também aqueles documentos previstos nos artigos 30, 31 e 33, e tudo na forma do art. 32, todos do mencionado Diploma Federal, sem prejuízo da obediência ao edital do credenciamento a ser veiculado, o qual, é claro, não poderá contrariar o aludido Estatuto Licitatório. Neste passo e no particular dos serviços médicos assistenciais a serem contratados (...), entendemos, nos termos até aqui expostos, que as manifestações trazidas à colação são unânimes na contratação através do sistema de credenciamento por 'inexigibilidade de licitação (art. 25, caput, da Lei n° 8.666/93), somente na hipótese em que se configure a inviabilidade de competição, devendo tal situação ser objetivamente evidenciada e comprovada de modo inquestionável pela autoridade competente. Todavia, no particular, ratificamos as considerações deste Tribunal quanto às exceções à regra da licitação, expedidas no (...) presente estudo."

Neste íterim, vale ressaltar a decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União, prolatada no Processo nº 016.171/94:

“Finalizando, constatamos ter ficado devidamente esclarecido no processo TC 008.797/93-5 que o sistema de credenciamento, quando realizado com a devida cautela, assegurando tratamento isonômico aos interessados na prestação dos serviços e negociando-se as condições de atendimento, obtém-se uma melhor qualidade dos serviços além do menor preço, podendo ser adotado sem licitação amparado no art. 25 da Lei 8.666/93.” (Decisão nº 104/1995 – Plenário; grifo aditado).

Não se pode deixar de evidenciar que o ato de credenciamento deve ser público, nos moldes do quanto disposto no artigo 21, I a III, da Lei nº 8.666/1993, ou seja, mediante aviso publicado no Diário Oficial da União, se os recursos forem provenientes da União, ou no Diário Oficial do Estado, em se tratando de dinheiro advindo dos cofres públicos estadual ou da municipalidade, e em jornal de grande circulação local, a fim de que os interessados possam efetivamente tomar conhecimento do sistema.

Outro aspecto a ser observado é que no credenciamento, não há apresentação de propostas, pois o valor a ser pago já foi fixado pela Administração, ou seja, não há competição, então, desta forma, não há como se declarar um vencedor. Todos são igualmente credenciados. Todavia, o sistema do credenciamento tem aplicação restrita e somente deve ser adotado nos casos em que a contratação do maior número possível de particulares seja condição indispensável para o atendimento da demanda administrativa.

Ressalte-se que, quanto a instrução processual o credenciamento deve atender também o disposto no artigo 26 da Lei nº. 8.666/1993, visto que os contratos de dispensa e inexigibilidade de licitação deverão ser instruídos, no que couber, com as formalidades pertinentes, evidenciando-se, inclusive, que o preço pactuado é compatível com os praticados no mercado.

Assim, é o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, nos autos do processo nº 10.983-5/2013, que teve como Relator o Exmo. Conselheiro Antônio Joaquim, vejamos:

"(...)

2º) SAÚDE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELA INICIATIVA PRIVADA. CREDENCIAMENTO "CHAMAMENTO PÚBLICO". POSSIBILIDADE, ATENDIDOS OS REQUISITOS. 1) Constatado o interesse público de contratar todos os prestadores de serviços que satisfaçam os requisitos e que expressamente acatem as condições do poder público, configurar-se-á a inviabilidade de competição ensejadora da inexigibilidade de licitação, sendo possível a realização do credenciamento.

2) Para realização do procedimento de credenciamento para fornecimento de serviços da área de saúde é necessário:

a) dar ampla divulgação na imprensa oficial e em jornal de grande circulação do edital de Chamada Pública para o credenciamento, devendo também a Administração utilizar-se, suplementarmente, de outras medidas visando a maior divulgação do procedimento;

b) que sejam estabelecidos critérios e exigências mínimas para que os interessados possam credenciar-se, de modo que os profissionais, clínicas e laboratórios que vierem a ser credenciados tenham, de fato, condições de prestar um bom atendimento, sem que isso signifique restrição indevida ao credenciamento;

c) fixar, de forma criteriosa, a tabela de preços que remunerará os diversos itens de serviços médicos e laboratoriais, observada a tabela de procedimentos e valores do SUS;

d) consignar vedação expressa do pagamento de qualquer sobretaxa em relação à tabela adotada, ou do cometimento a terceiros (associação de servidores, p. ex.) da atribuição de proceder o credenciamento e/ou intermediação do pagamento dos serviços prestados;

e) estabelecer as hipóteses de descredenciamento para excluir do rol de credenciados os prestadores de serviços que não estejam cumprindo as regras e condições fixadas para o atendimento;

- f) permitir o credenciamento, a qualquer tempo, de qualquer interessado, pessoa física ou jurídica, que preencha as condições mínimas exigidas;*
- g) prever a possibilidade de denúncia do ajuste, a qualquer tempo, pelo credenciado, bastando que notifique ao TCU, com antecedência fixada no termo;*
- h) possibilitar que os usuários denunciem qualquer irregularidade verificada na prestação dos serviços e/ou no faturamento; e*
- i) fixar as regras que devem ser observadas pelos credenciados no atendimento (como p. ex. Proibição de que o credenciado exija que o usuário assine fatura ou guia de atendimento em branco).*

Este estudo do Tribunal de Contas da União serviu de base para várias decisões desse tribunal, entre as quais podem se citar: Decisão 104/1995, Decisão 656/1995, Decisão 324/2000, Decisão 1027/2000, Decisão 112/1997, Decisão 98/2000, Decisão 324/1998.

Mister evidenciar que o ato convocatório deve estabelecer os critérios objetivos de qualificação, como se licitação fosse, não se podendo credenciar os interessados por uma avaliação meramente subjetiva da autoridade administrativa. Deve haver um ato convocatório com todos os requisitos a serem cumpridos para a qualificação e credenciamento de cada interessado.

No tocante a minuta do edital ora analisada é possível observar a presença de do número de ordem em série anual, no preâmbulo conta a interessada em licitar, por intermédio de sua pregoeira, externando a realização de procedimento administrativo de credenciamento, através de chamada pública, a indicação da legislação pertinente que fundamentará o ato, bem como o local para retirada do edital e dia e hora para apresentação das propostas e documentos destinados a habilitação das empresas a serem credenciadas.

Observa-se ainda na minuta do edital que o objeto que se pretende licitar está descrito de forma clara; estabelece as condições para participação e forma de credenciamento dos representantes das empresas licitantes; descreve as pessoas impedidas de participar do credenciamento; a forma em que ocorrerá o processo de avaliação e qualificação das empresas interessadas; elenca a documentação obrigatória para a habilitação das

interessadas em se credenciar; dispõe sobre os critérios para avaliação técnica; define a forma de execução dos serviços; descreve prazo e condições de pagamento conforme TR; discrimina as sanções para o caso de inadimplemento; estabelece hipóteses de descredenciamento; discrimina a dotação orçamentaria que custeará a despesa decorrente do objeto; define o prazo e condições para apresentação do recurso administrativo; prazo para homologação; destaca prazo de vigência do edital de credenciamento e do contrato; descreve as responsabilidades da contratada; acompanhamento e fiscalização do contrato; estabelece os critérios utilizados para formalização do preços dos serviços e valor estima apresentado em planilha e outras especificações ou peculiaridades necessárias para compor um edital de chamada pública destinado aos credenciamento de prestação de serviços médicos, observando, inclusive o estabelecido no art. 40 da Lei de Licitações e Contratos, cabendo recomendar que:

- A peça original do edital deverá ser datada, rubricada em todas as folhas e assinada pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo administrativo de credenciamento, e dele extraído-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados, em cumprimento ao § 1º, do art. 40 da Lei 8666/93.

No tocante a análise do anexo I da Minuta do Edital, denominado Termo de Referência, o art. 3º do Decreto 10.024/2019, assim dispõe:

Art. 3º - Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:

a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:

1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame;

2. o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado; e
3. o cronograma físico-financeiro, se necessário;
 - a) o critério de aceitação do objeto;
 - b) os deveres do contratado e do contratante;
 - c) a relação dos documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico-financeira, se necessária;
 - d) os procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato ou da ata de registro de preços;
 - e) o prazo para execução do contrato; e
 - f) as sanções previstas de forma objetiva, suficiente e clara.

O presente termo de referência dispõe sobre o objeto de forma precisa e clara de modo a não dar margem a frustração da competição, bem como de sua realização, além de apresentar justificativa para a contratação pretendida, estabelece o prazo, o local, a quantidade e condições do fornecimento do objeto; os deveres dos profissionais prestadores dos serviços, obrigações das partes; forma e prazo de pagamento; imposição de sanções administrativas e demais particularidades que se fazem necessário para formalização de um termo de referência, conforme exige o dispositivo legal acima, cabendo apenas recomendar que: seja acostado ao mesmo a planilha discriminando o valor estimado do objeto que se pretende contratar.

Finalmente, antes de adentrar a análise da minuta do contrato, cabe destacar que contratos administrativos regulam-se por suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, assim devem obedecer a diversas formalidades quanto a sua formação e composição.

De acordo com o Parágrafo Único do art. 2º, da Lei nº. 8.666/93 - *“considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”*.

O contrato deve ser composto por diversas cláusulas dentre as quais serão fixados o objeto, a vigência, o valor, os prazos, a dotação orçamentaria. Além de estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os

direitos, obrigações e responsabilidades das partes, bem como as sanções aplicadas no caso de descumprimento, dentre outras, e em conformidade com os termos da licitação.

A este respeito o art. 55 e incisos da Lei 8.666/93 institui as cláusulas necessárias a todo contrato administrativo, vejamos:

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

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

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

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Após a análise da minuta do contrato, parte integrante do edital de credenciamento nota-se que a mesma está em conformidade com o que determina o artigo acima citado, visto que cumpriu os principais requisitos exigidos quanto a sua formalidade e composição das cláusulas que se fazem necessárias para a elaboração do pretense contrato.

Diante do exposto, conclui-se que é possível a contratação de serviços de saúde por intermédio do credenciamento, por meio de inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93, cabendo ao Gestor avaliar, no caso concreto, o preenchimento dos requisitos estabelecidos legalmente, consoante anteriormente explicitado no curso deste, à luz do interesse público e com observância aos princípios da isonomia, impessoalidade, publicidade, economicidade, eficiência e competitividade.

Todavia, importante salientar que o credenciamento deverá ser adotado de forma excepcional nas hipóteses em que a única forma de atender ao interesse público é contratando diretamente todos os particulares habilitados capazes de executar com segurança o objeto envolvido, devendo, pois, ser usado com cautela e em caráter subsidiário.

No tocante as minutas ora analisadas, considerando que as mesmas cumpriram os principais requisitos exigidos pela Lei nº 8.666/1993, quanto a legalidade de sua formalização, bem como não apresentam irregularidades que possam macular o certame até a presente análise, esta Assessoria Jurídica não vislumbra óbice a sua aprovação, pelo que opina-se favorável ao prosseguimento do processo licitatório em seus ulteriores atos.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Tomé-Açu/PA, 09 de julho de 2021.

Vanessa Watras Rebêlo

Assessora Jurídica

OAB/PA nº. 24956