PARECER N° _____/2015

ASSUNTO: Contratação de Serviços de Biomedicina no Interesse do Fundo Municipal de Saúde - Atendimento ao Sistema Único de Saúde. - Inexigibilidade de Processo Licitatório – Ausência de Profissionais no Quadro de Servidores - Vantajosidade Assegurada – Regularidade do Procedimento Adotado - Ditames do Art.26 e segs - Possibilidade.

ORIGEM: Comissão de Licitação.

Ementa: Direito Administrativo. Inexigibilidade. Contratação de Serviços de Biomedicina no Interesse do Fundo Municipal de Saúde - Atendimento ao Sistema Único de Saúde. - Inexigibilidade de Processo Licitatório – Ausência de Profissionais no Quadro de Servidores - Vantajosidade Assegurada – Regularidade do Procedimento Adotado - Ditames do Art.26 e segs - Possibilidade.

Interessado: Secretaria Municipal de Saúde.

I – Relatório.

Versão os Presentes Autos sobre pedido de análise jurídica de pedido de contração na modalidade Inexigibilidade de licitação, **PROCESSO LICITÁTÓRIO n° 200320150046,** com escopo de apreciação, e emissão de Parecer Técnico Jurídico quanto a regularidade do procedimento de inexigibilidade do processo licitatório, que tem por objeto a Contratação de Serviços de Biomedicina no Interesse do Fundo Municipal de Saúde - Atendimento ao Sistema Único de Saúde - Atendimento ao Sistema Único de Saúde, encaminhado pela **Secretaria Municipal de Saúde** solicitando contratação, o que é objeto desse parecer.

Foram anexados aos autos; Solicitação de Contratação, Solicitação de Abertura de Processo Administrativo, Motivação Para a Contratação e Despacho autorização do Prefeito Municipal para providenciar pesquisa de preços e confirmar disponibilidade orçamentária, Despacho confirmando a

disponibilidade orçamentária para a despesa, Dotação Orçamentária, exercício 2015, Atividade 1212.103010037.2.055 Manutenção do Fundo Municipal de Saúde, Classificação econômica 3.3.90.36.00 Outros Serv. de Terceiros Pessoa Física, Subelemento 3.3.90.36.06; Termo de Autuação do processo; Autorização; Documentos do Proponente; Proposta de Preço; Julgamento do Processo; Justificativa de preço; Minuta do Contrato; cópia da Portaria de nomeação dos membros da comissão de licitante.

Em apertada síntese este é o relatório.

II - Fundamentação.

Passo *a priori* fundamentar e *a posteriori* a opinar.

Prima facie faz-se mister trazer a lume comentários sobre o sistema de contração pela Administração Pública.

- **Da Inexigibilidade de Licitação de Contratação de Biomédico:**

- Da Gestão Municipal:

Conforme prevê a Constituição Federal (art. 198) e a Lei Orgânica do SUS, o conceito de direção única integra a diretriz de descentralização das ações e serviços públicos de saúde na organização do SUS. Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos, assim se referem ao tema:

> "A direção única também significa que nenhuma das três esferas gestoras do sistema de saúde poderá haver mais de um órgão, setor, ou ente jurídico responsável institucionalmente pelo Sistema Único de Saúde. Ele é dirigido, na esfera federal (que, na maioria das vezes, tem atuação nacional), pelo Ministério da Saúde; na

> estadual, pela Secretaria de Estado de Saúde; e, na municipal, pela Secretaria Municipal de Saúde ou órgão equivalente. Se houver, na mesma esfera de governo, autarquias, fundações ou outros órgãos executando ações e serviços de saúde, todos estarão vinculados à direção do SUS correspondente."

> "Assim, cada uma das esferas de governo – desde que respeitada a competência atribuída por lei para realizar os objetivos do Sistema Único de Saúde – é autônoma, **nos limites de seu território**, para praticar todos os atos referentes à organização e à execução dos serviços de saúde."

> "(...) no caso do SUS, o responsável pela direção única é ao mesmo tempo o dirigente do SUS e o seu gestor máximo, ou seja, aquele que dá as diretrizes de atuação do SUS em seu âmbito político-administrativo e aquele que formula, executa, supervisiona, controla, altera e revê as atividades da política de saúde."

Nesse sentido, a direção única do Sistema Único de Saúde de Pacajá, no âmbito de seu território e nos limites de sua competência, cabe exclusivamente ao Secretário Municipal de Saúde, que tem o papel de ser o coordenador, formulador, articulador, executor, supervisor e controlador das ações e serviços de saúde no município, inclusive em relação aos serviços complementares, contratados ou conveniados.

Sobre a participação complementar, assim prevê a Lei Orgânica da Saúde – Lei 8.080/90:

> 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. (grifo nosso)

Assim, verificando-se a necessidade de complementação dos serviços de saúde por insuficiência de rede própria, o município de Pacajá pode recorrer à iniciativa privada.

Com isso o ordenamento jurídico reconheceu, porém, que as estruturas públicas poderiam ser insuficientes para acolher toda a demanda do SUS. Por esse motivo, admitiu que o Poder Público possa COMPLEMENTAR a sua rede própria com serviços privados contratados ou conveniados. Ou seja, instituições particulares podem participar do SUS quando indispensável para satisfazer as necessidades sociais. Essa participação será em caráter complementar, pois a prestação do serviço público de saúde é responsabilidade direta do Estado (gênero).

Para a percepção dessa estrutura, vale transcrever o texto do artigo 199, *caput* e § 1° da Constituição Federal:

> *"Art. 199 – A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.*
>
> ***§ 1° - 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."***

É evidente, pois, que o papel da iniciativa privada na prestação de serviços do SUS é acessório, coadjuvante. Ou seja, não pode caracterizar verdadeira transferência do serviço para um particular.

Essa é a opinião, inclusive, da doutrina e da jurisprudência. Marlon Alberto Weichert observa:

> "Reconhecendo que a estrutura pública não seria suficiente para dar plena assistência a toda a população (especialmente pela herança de contratação de serviços privados no modelo do então INAMPS), a Constituição Federal permitiu a participação de entidades particulares no âmbito do Sistema Único de Saúde."
>
> Essa participação deve se dar de forma complementar à rede pública, ou seja, somente pode haver contratação de serviços privados quando forem insuficientes as estruturas do Poder Público. A simples menção a uma participação complementar permite concluir que **a Constituição concedeu primazia à execução do serviço público de saúde por uma rede própria dos entes federativos. Atendimento público através de serviços privados deve consistir exceção, tolerável apenas se e enquanto não disponibilizado diretamente pelo Poder Público**." (WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 199) – grifos nossos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro comunga de igual opinião:

> "É importante realçar que a Constituição, no dispositivo citado, permite **a participação de instituições privadas 'de forma complementar'**, o que **afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assuma a gestão de determinado serviço**. **Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de**

> **saúde; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar** atividades-meio, **como limpeza, vigilância, contabilidade,** ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas, etc.; **nesses casos, estará transferindo apenas a execução material** de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, **mas não sua gestão operacional**. (grifos nossos).
>
> A Lei nº 8.080, de 19.9.90, que disciplina o Sistema Único de Saúde, prevê, nos arts. 24 a 26, a participação complementar, só admitindo-a quando as disponibilidades do SUS 'forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área', hipótese em que a participação complementar deverá 'ser formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público' (entenda-se, especialmente, a Lei nº 8.666, pertinente a licitações e contratos). Isto não significa que o Poder Público vai abrir mão da prestação do serviço que lhe incumbe para transferi-la a terceiros; ou que estes venham a administrar uma entidade pública prestadora do serviço de saúde; significa que a instituição privada, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, vai complementar as ações e serviços de saúde, mediante contrato ou convênio." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 186).

No caso de necessidade de contratualização do serviço, para suprir sua demanda complementarmente, o município deverá celebrá-lo dentro das regras da lei nº 8.666/93.

Em suma, para a contratação de serviços de saúde, nas situações de ausência de competição, sob um certo ângulo, configura inexigibilidade de licitação, amparada no art. 25 da Lei n° 8.666/93, considerando-se as peculiaridades de que se reveste o procedimento – ausência de exclusividade e cunho não competitivo da seleção. Todavia, tal situação deve ser 'objetivamente evidenciada e comprovada de modo inquestionável' pela autoridade competente.

Em quaisquer das situações, conforme artigo 26 da Lei Orgânica da Saúde – Lei Federal n° 8.080/90 – os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Ademais, aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados, é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS).

- **Das Exigências e Forma do Procedimento de Inexigibilidade de Licitação**

Estabelece o **art. 37, inciso XXI**, da **Carta Magna**, a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para contratações feitas pelo Poder Público. No entanto, o próprio dispositivo constitucional reconhece a existência de exceções à regra, ao efetuar a ressalva dos casos especificados na legislação, quais sejam a dispensa e a inexigibilidade de licitação.

Sendo assim, o legislador Constituinte admitiu a possibilidade de existirem casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando a Administração Pública a celebrar,

de forma discricionária, porém em casos excepcionais, contratações diretas sem a concretização de certame licitatório.

Mas, para não ser prolixo e desnaturar as características do parecer técnico jurídico final exarado em um processo licitatório, processo de dispensa ou inexigibilidade, é nos resguardamos a análise apenas da regularidade dos atos administrativos que compõe o processo de dispensa de licitação *in casu.*

Mesmo nos casos de dispensa há um procedimento formal a ser seguido.

A Administração Pública é obrigada a:

- ***Caracterizar a situação justificadora da contratação;***
- ***Expor os motivos da escolha do contratado;***
- ***Justificar o preço;***
- ***Instruir o processo com toda a documentação;***
- ***Comprovar a regularidade da contratação direta***

Resta assim verificar a existência dos **elementos necessários** à **instrução do processo de dispensa de licitação**, nos termos do **parágrafo único do art. 26, da Lei n. 8.666/93.**

Cumpre verificar quais as precauções legais exigidas do administrador público quando da realização de contratação direta.

A norma insculpida no Art.26 faz referência a um Processo Administrativo para o caso de dispensa de licitação,

assim torna-se cogente que para dispensa de licitação faz-se mister a existência de procedimento composto de atos administrativos devidamente concatenados.

O que nos impõe obediência parcial ao Art.38 da Lei 8.666/93:

> ***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:***

Mesmo em se tratando de processo de inexigibilidade de licitação 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 os documentos pertinentes a inexigibilidade.***

Já o parágrafo único do **art. 26** arrola os elementos necessários à instrução do processo de dispensa de licitação[1]:

> ***"Art. 26:***
>
> ***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;***
> ***II – razão da escolha do fornecedor;***
> ***III –justificativa do preço;***

[1] *Conforme Decisão nº 30/2000, publicada no DOU de 04.02.2000, pg. 55, salientou-se que "em qualquer contratação efetuada com dispensa de licitação, seja observado, com rigor, o disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/93, de modo que sejam devidamente justificados os motivos da escolha do fornecedor ou executante e os preços pactuados."*

IV – documentos de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados".

Logo se deve avaliar os elementos integrantes dos processos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ou de retardamento da execução de obra ou serviço, de que trata a parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/93, quanto à sua justificação e consistência, observando os seguintes quesitos, conforme o caso:

a) caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa de licitação;

O processo de dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso IV da Lei 8.666/93 deverá estar instruído com documentos que contenham elementos necessários à caracterização da situação emergencial ou calamitosa, além de conter provas de convicção.

b) razão da escolha do fornecedor;

O processo de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, ou de retardamento da execução de obra ou serviço deverá ser instruído com documento que justifique a escolha do fornecedor, mediante:

- correta identificação do motivo da dispensa ou inexigibilidade, segundo uma das hipóteses previstas nos § 2° e 4° do art. 17, art. 24 incisos III a XXIV e art. 25 da Lei 8.666/93;
- motivação e fundamentação da razão da escolha do fornecedor;
- comprovação de singularidade, exclusividade ou notória especialização, quando for o caso;

- correlação entre a hipótese eleita como justificativa da dispensa ou inexigibilidade e a motivação e fundamentação apresentadas.

c) justificativa do preço;

A legislação não determina objetivamente os mecanismos a serem observados para validação da justificativa de preço. Entretanto, considerando a prevalência do interesse público, recomenda-se a pesquisa de mercado mediante orçamento junto a, no mínimo, 03 (três) fornecedores do ramo pertinente ao objeto da contratação, nos moldes do que dispõe o § 3° do art. 22 da Lei 8.666/93.

Ressalte-se que eventual dano ao erário decorrente da inobservância dos preceitos que regem o instituto da licitação enseja a responsabilização do agente que lhe der causa, conforme§ 2° do art. 25 da Lei 8.666/93 e art. 10 da Lei 8.429/92, entre outros dispositivos legais.

d) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

O processo de dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso XXI, da Lei 8.666/93 deverá estar instruído com termo de aprovação do projeto de pesquisa emitido pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento à pesquisa, credenciadas pelo CNPq, responsáveis pela concessão dos recursos a serem utilizados para a aquisição de bens, destinados exclusivamente a pesquisa científica e tecnológica.

Verifica-se que na dispensa de licitação em casos de urgência não há suporte jurídico para se exigir a aferição detalhada dos requisitos associados à qualificação econômica e técnica do contratado.

Documentação e informações para instrução do processo:

- *Requisição do setor interessado;*
- *Indicação dos recursos orçamentários;*
- *Projeto Básico (obras e serviços) ou Termo de Referência (Compras) – quando for cabível;*
- *Justificativa da contratação direta;*
- *Análise das propostas;*
- *Justificativa da escolha do fornecedor e do preço;*

Deve-se ainda certificar-se da formalidade legal e correta instrução do processo nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação mediante verificação dos seguintes elementos (em adição aos previstos no § único do art. 26 da Lei. 8.666/93):

a) identificação do processo, consistente na sua numeração a numeração e rubrica das suas folhas (art. 38 da Lei. 8.666/93);

b) motivação da contratação, consistente na solicitação do setor interessado (§ 2° do art. 13 da Constituição Estadual);

c) documentação relativa a estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes decorrente de:

- criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa (art. 16 da Lei Complementar 101/2000);

- criação ou aumento de despesa de caráter continuado (art. 17 da Lei Complementar 101/2000);

d) declaração do ordenador da despesa de que o aumento da despesa tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, nas hipóteses de criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa (art. 16 da Lei Complementar 101/2000);

e) edital ou convite e respectivos anexos, somente na hipótese contemplada pelo inciso V do artigo 24 da Lei 8.666/93;

f) documento relativo ao projeto básico em caso de obras e serviços de engenharia (art. 7° da Lei 8.666/93);

g) proposta do fornecedor (§ 2° do art. 54 da Lei 8.666/93);

h) comprovação de regularidade fiscal junto ao FGTS e à Seguridade Social, se for o caso (Leis 8.036/90, 8.212/92, 9.012/95 e 9.032/95, artigos 2° e 4°)

i) minuta do termo de contrato na hipótese de sua obrigatoriedade (art. 62 da Lei 8.666/93);

j) termo de garantia do cumprimento do § 3° do art. 13 da Lei 8.666/93, quando aplicável;

k) autorização do Chefe do Poder Executivo Municipal, nas hipóteses de novos contratos de prestação de serviços de terceiros, bem como de prorrogações e termos aditivos a contratos em vigência que impliquem aumento de despesas (art. 1° do Decreto 40.539/99);

l) autorização prévia expedida por órgão competente na hipótese de aquisição de materiais controlados, conforme legislação específica;

m) parecer técnico ou jurídico (art. 38 inciso VI da Lei 8.666/93);

n) ato de ratificação da dispensa ou inexigibilidade da licitação (art. 26 da Lei 8.666/93);

o) cópia da publicação em tempo hábil do extrato do ato de ratificação de que trata o subitem anterior (art. 26 da Lei 8.666/93).

Por conseguinte, enumerando as formalidades ao norte albergadas, verifico que procedimento colocado a apreciação dessa Assessoria Técnica, *a priori*, não padece de nenhum vício que possa lhe causa nulidade Ressalto, no entanto, que havendo algumas irregularidades, pelo **Princípio da Instrumentalidade das Formas**, prevejo que os Atos Administrativos atingiram sua finalidade, embora tenham desnaturado sua forma.

III – Conclusão.

Assim, **opina** esta Assessoria Jurídica Municipal pela Contratação de Serviços de Biomedicina no Interesse do Fundo Municipal de Saúde, ora apresentadas, por inexigibilidade de licitação, isso em face de Verificação da documentação acostada aos autos do processo administrativo de inexigibilidade de licitação, destinado a contratação conforme objeto do presente TERMO da PREFEITURA MUNICIPAL DE PACAJA, e estando este de acordo com os ditames da Lei nº 8.666/93, e em especial ao inciso II do art. 25 e inciso III do art. 13, e cumprindo o rito estabelecido no art. 26, somos da opinião pela INEXIGIBILIDADE da contratação do mencionado proponente, e que se proceda a publicação, para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

É o parecer, é como penso.

Salvo melhor entendimento de superior hierárquico.

Pacajá - PA, 24 de Março de 2015.

Gustavo da Silva Vieira
Assessoria Jurídica
OAB/PA – 18.261-A