



Processo Administrativo n. 15166/2018

Assunto: Impugnação ao edital de licitação pregão eletrônico 16/2018

RELATÓRIO

Trata-se de impugnação ao edital de pregão eletrônico 16/2018, apresentado por OBSERVATÓRIO SOCIAL DE PARANAGUÁ - OSP, questionando a modalidade de licitação adotada, a viabilidade da contratação de serviços médicos por intermédio de licitação e correção de divergência de informações constantes no termo de referência.

DO MÉRITO.

Referente a modalidade de licitação, tem-se que no procedimento licitatório fora indicado a modalidade de licitação desde que a Secretaria Municipal de Saúde certifica-se o enquadramento do serviço como sendo o de bem comum. Referida recomendação foi realizada duas vezes e esclarecendo que a viabilidade da modalidade estava condicionada a esta manifestação da Secretaria, a qual detém o conhecimento técnico necessário para esclarecer o devido enquadramento do serviço.

Ante os apontamentos realizado pelo Observatório, se faz necessário reforçar a legitimidade da modalidade adotada, em profunda pesquisa jurisprudencial, nota-se de plano que predominantemente a modalidade escolhida para este tipo de contratação é o pregão.

Indica-se também que o entendimento trazido pela impugnante esta desatualizado, atualmente o tribunal de contas da união e o STJ não têm declarado como irregular a contratação dos referidos serviços médicos via pregão. Aponta-se também que o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul julgou REGULAR a contratação de serviços médicos mediante pregão, sendo assim a modalidade adotada está em consonância com o ordenamento jurídico vigente.

Com referência a terceirização dos médicos, a impugnante entende que o serviço contratado não é passível de delegação/terceirização, e alega também que é impossível quantificar o número exato de médicos que pretendem ser contratados. Sendo assim, cabe esclarecer esses dois pontos para elucidar a viabilidade da contratação mediante licitações dos plantões médicos.

Preliminarmente a prestação dos serviços da área da saúde são regulamentados por lei específica, qual seja 8.080/90. A qual define as obrigações estatais e organiza o Sistema único de Saúde.

O artigo 2º do referido diploma, impões que o Estado promova as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito a saúde.



Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

No artigo 4º a lei já permite a participação da iniciativa privada do Sistema Único de Saúde, em caráter complementar.

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).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

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

Mais a frente no artigo 24 e seguinte a lei regulamenta a participação complementar da iniciativa privada nos seguintes termos:

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.

O comento explícito do parágrafo único do artigo 24, impões notadamente a observância dos procedimentos licitatórios para a celebração do contrato administrativo. Logo pode-se afirmar que a contratação em caráter complementar é legítima. Ressalta-se o compromisso da administração pública em realizar um novo concurso público para a contratação de profissionais médicos.

Sendo assim, destaca-se que o Município realizou um processo seletivo para o preenchimento das vagas de médicos nas ESF, contudo o certame foi insuficiente para preencher todas as vagas e permaneceram sem médico ao menos 21 equipes. Sendo assim, busca-se complementar essa lacuna técnica, a fim de garantir o direito constitucional a saúde dos munícipes de Paranaguá atendidos pelas ESF.

Necessário ressaltar que a medida tomada é transitória, contendo inclusive no edital um dispositivo de rescisão contratual na iminência da contratação de médicos mediante concurso público, e ressalta-se também que a vigência máxima da contratação é de 180 dias, materialmente este prazo é simétrico com o prazo máximo de contratações emergenciais o que é mais um indicador da transitoriedade da medida tomada e do compromisso com a realização de concurso público para o provimento dos cargos de médico.

Por fim, esclarece-se, com referência ao 4º, item do ofício de impugnação, que estão sendo contratados serviços de plantões médicos, prestados por profissionais devidamente habilitados e não a contratação de um médico em especial. O que permite aos licitantes no curso do processo a possibilidade, desde que cumpridas as exigências técnicas, que mais de um profissional preste o serviço licitado.

A indicação expressa no termo de referência sobre o PSS 04/2017 ocorreu como justificativa para contratação de serviços médicos, sendo que ocorrera a contratação de 10 profissionais médicos, porém um dos médicos, solicitou exoneração precoce em menos de 30 (trinta) dias de contrato. Sendo assim 10 (dez) foram contratados, porém permaneceram 9 (nove) atuando.

Conforme o termo de referência que instrui o edital, nota-se também, que a completa gestão e controle dos serviços de saúde permanecem com o município. As futuras contratadas não poderão determinar horários e quantitativos de atendimento, a Secretaria Municipal de Saúde é quem irá regulamentar a execução e como se dará a prestação dos serviços.

Para regulamentar no âmbito do SUS esta possibilidade criada pelo ordenamento jurídico, o Ministério da Saúde editou a portaria 1.034/2010, a qual dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas no âmbito do SUS. Vejamos o que diz o parágrafo segundo da referida portaria:

Art. 2º Quando as disponibilidades forem



insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o gestor estadual ou municipal poderá complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde, desde que:

I - comprovada a necessidade de complementação dos serviços públicos de saúde e,

II - haja a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde. (grifamos)

Desta maneira, resta evidenciado que a complementação quer significar que não é possível a transferência para a iniciativa privada da execução de todo serviço de saúde oferecido à população, mas tão somente aquela demanda a qual o Estado, seja por falta de estrutura física, seja pela insuficiência de pessoal, naquele momento não consegue atender.

Assim, infere-se que a complementação não é uma faculdade colocada à discricionariedade da Administração, mas só pode ocorrer se restarem comprovados requisitos que lhe autorize.

Desta forma, a celebração de contratos e convênios para complementação do serviço público de saúde pela iniciativa privada não tem por escopo a substituição da titularidade ou da ação do Estado na prestação de serviços públicos típicos não exclusivos, mas tão somente o de complementar as atividades estatais que estiverem sendo executadas de forma insuficiente e que cuja ampliação do atendimento público seja impossível naquele momento.

Nesta linha de entendimento é pertinente citar a brilhante conclusão do Ministro Carlos Ayres Britto, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, em fragmento do voto exarado nos autos da ADI 1923/DF, *litteris*:

“Ora, o que faz a Lei 9.637/98, em seus arts. 18, 19, 20, 21 e 22, é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada toda a prestação de serviços públicos de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia. A iniciativa privada a substituir o Poder Público, e não simplesmente a complementar a performance estatal. É dizer, o Estado a, globalmente, terceirizar funções que lhe são típicas. O que me parece juridicamente aberrante, pois não se pode forçar o Estado a desaprender o fazimento daquilo que é da sua própria compostura operacional: a prestação de serviços públicos.” (grifo nosso)



Para alguns autores, como Maria Sylvia Di Pietro², a complementariedade pode envolver tanto atividade meio quanto fim, desde que não importe na transferência a uma instituição privada de toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas pela ente público, conforme texto abaixo:

(...) a Constituição, no dispositivo citado (§1º do art. 199), 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 (...). (grifo nosso)

Nessa linha, o intérprete do direito deve ter por objetivo alcançar a máxima efetivação dos direitos fundamentais, tendo a saúde indiscutível nota de fundamentalidade. Neste rastro, a oferta dos serviços públicos de saúde deve buscar alcançar e suprir toda a demanda da população, seja esta realizada de forma direta ou indireta, de forma complementar.

Os Tribunais de Justiça brasileiros tem se mostrado sensíveis à prestação dos serviços de saúde como efetivação ao próprio direito fundamental à saúde, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos seguintes termos:

Sempre com a devida vênica, não mais se mostra possível a interpretação de norma constitucional que atribua ao Estado todos os deveres, impedindo-o de contar com auxílio, remunerado ou não, de entidades privadas para a consecução do bem comum.

No caso concreto, ao munícipe doente não interessa saber se o médico que o atende é servidor público ou não. O que lhe interessa é que haja médico para atendê-lo e medicamento para curar sua doença ou ao menos minorar seu sofrimento.

Por isso não vislumbro clara e manifesta



violação, ao menos no âmbito restrito deste recurso de agravo, ao artigo 199 da Constituição Federal que tornaria viável a suspensão da parceira. E, em tese, se mostra possível que alguns programas de saúde, voltados para temas mais sensíveis sejam transferidos a terceiros que tenham a capacidade tecnológica e gerencial de melhor atender à população pelo custo mais barato que o Estado poderia fazer. (TJSP - Agravo de Instrumento nº 627.715-5/3-00 – SP. Relator: Des. Lineu Peinado. 07/08/2007) (grifamos)

Neste rastro, referindo-se ao artigo 199 da Constituição Federal, Paulo Modesto³ recorre à fundamentalidade do direito à saúde e do dever estatal em prestar serviços eficientes, independente de fazê-lo de forma direta ou indireta, conforme trecho abaixo:

A declaração do direito à saúde como direito do cidadão e dever do Estado obriga a que o Estado garanta o direito à saúde e não que ofereça diretamente e de forma executiva o atendimento a todos os brasileiros. A palavra 'saúde', constante do art. 199 da Constituição, refere a um bem jurídico, a uma utilidade fruível pelo administrado, que deve ser assegurada pelo Estado, independente deste fazê-lo direta ou indiretamente, mediante emprego do aparato público ou da utilização de terceiros. (grifamos)

Registra-se nesse sentido, voto do então Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, que referindo-se ao artigo 197 da Constituição Federal, assim pontuou:

(...) Não apenas não há, no dever estatal para com a saúde, obrigação de prestação estatal direta, mas, ao contrário, a expressa previsão de sua prestação mediante colaboração de particulares, embora sujeitos à legislação, à regulamentação, à fiscalização e ao controle estatais. (ADI 1923-5/DF, DOU de 21/09/2007). (grifamos)

Quanto ao tipo de serviço a ser complementado pela iniciativa privada, não se observa restrições no texto constitucional, de forma que, em regra, tanto atividades meio como atividades finalísticas podem ser executadas por entidades privadas. Este foi o entendimento do Tribunal de Contas de Santa Catarina, conforme consta do



prejulgado abaixo:

Prejulgado 2055

1. Serviços médicos ambulatoriais, pequenos procedimentos cirúrgicos, expedição de carteiras de saúde, verificação de exames e demais procedimentos constantes da Tabela do SUS podem ser compreendidos como serviços complementares de saúde a serem oferecidos à população, dentro das normas prescritas pela Lei (federal) n. 8.080/90 e pela Portaria n. 3.277/06, do Ministério da Saúde.

2. A contratação de serviços complementares de saúde pode ocorrer para:

2.1. atividades-meio, desde que não inseridas por lei no Sistema Único de Saúde.

2.2. atividades finalísticas em razão do volume, quando a demanda ultrapassar a capacidade instalada da rede pública, tanto própria quanto à vinculada a outro nível de governo.

a) neste caso, a dimensão do serviço público deve ser reavaliada periodicamente, tendo em conta variáveis como a evolução populacional, evolução da demanda, evolução científica etc., de forma que o volume físico e/ou financeiro dessas contratações não descaracterize o caráter subsidiário em relação às atividades estatais.

2.3. atividades finalísticas, em razão da urgência.

a) neste caso, a Administração deve, quando for o caso, promover as medidas necessárias para restabelecer o sistema público potencial existente antes da situação de urgência que implicou a diminuição de sua capacidade potencial;

b) a contratação junto à iniciativa privada ocorrerá somente durante o período necessário para que sejam adotadas as medidas para o restabelecimento do serviço público.

3. A contratação de serviços complementares de saúde deve atender ainda aos seguintes requisitos:

3.1. Preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos;

3.2. Celebração de convênio ou contrato conforme as normas de direito administrativo,



prevalecendo o interesse público sobre o particular;

3.3. Integração dos serviços privados às diretrizes organizativas do SUS;

3.4. Prevalência dos princípios da universalidade, equidade, integralidade, etc. (grifamos)

Deve-se registrar, contudo, que a complementação dos serviços de saúde (atividade fim) não se confundem com a terceirização de serviços acessórios e instrumentais (atividade meio).

Neste contexto, é salutar ressaltar que os serviços de saúde prestados por particulares em regime de complementação à atuação estatal não devem ser confundidos com o instituto da Terceirização: esta é simplesmente uma forma de contratação de locação/cessão de mão de obra e não pode ser utilizada para subrogar a particulares a execução de serviços públicos sociais finalísticos.

Na terceirização, o Poder Público transfere ao particular uma atividade meio e não uma atividade fim. Caso o contratado atue somente como vetor de interposição de recursos humanos para a Administração, sem estarem presentes as suas parcelas de cooperação e complementariedade de serviços públicos finalísticos de saúde, restarão comprovados indícios que caracterizariam uma fraudulenta interposição de mão de obra, com a consequente violação ao princípio do concurso público.

A doutrina e a legislação federal (a título de exemplo) consagram aos contratos de Terceirização aqueles serviços considerados como atividades meio, ou seja, os serviços 8 relacionados à limpeza, conservação, segurança, vigilância, copeiragem, recepção, manutenção predial, reprografia e etc., (Súmula 331 do TST e art. 1º, §§ 1º e 2º, do Decreto Federal nº 2.271/97), que no caso da Administração Pública estão passíveis de serem avençados por meio de contratos administrativos (Lei 8.666/93).

Nesta senda, é pertinente salientar que a doutrina especializada diferencia a terceirização em lícita e ilícita. As consideradas lícitas são aquelas voltadas ao desempenho de atividades meio definidas na Súmula 331 do TST, e as ilícitas são as que se destinam ao suprimento de atividade fim, caracterizando a interposição de mão de obra.

A definição do que seja atividade meio ou atividade fim é casuística. Contudo, em se tratando de serviços públicos é mais fácil a percepção de que atividade fim compreende aquele serviço posto à disposição para a utilização da coletividade. Etapas anteriormente necessárias mas que não têm relação direta com aquela atividade principal são consideradas atividade meio, como por exemplo os serviços de vigilância, recepção, copeiragem, recepção e reprografia, prestados em um posto de saúde.

Desta forma, somente não haverá a substituição irregular de servidores públicos quando o particular contratado em regime complementar para execução de atividade finalística na área de saúde utilizar de estrutura e pessoal próprio, exclusivamente, e



desde que esta execução ocorra em caráter de cooperação e complementariedade aos serviços já prestados pelo Estado, sem configurar substituição de servidor público.

Dessa forma, desde que complementar, a contratação de particulares para prestação dos serviços de saúde pode ocorrer em atividades fins e contemplar, inclusive, atividades inerentes a cargos com atribuições correlatas no plano de cargos e carreiras do órgão ou entidade contratante, quando insuficientes para atendimento da demanda pelos serviços de saúde, sendo vedado, em todo caso, a substituição de servidor.

Assim, a nota diferencial da prestação dos serviços de saúde decorre da própria Constituição Federal, que permite a complementação dos serviços pela iniciativa privada, desde que a estrutura estatal seja insuficiente para garantir a cobertura assistencial à população e quando não houver possibilidade, naquele momento, de ampliação dos serviços públicos já oferecidos, devendo o ente público envidar esforços para suprir a demanda.

Atendidos esses requisitos, a complementação dos serviços de saúde pela iniciativa privada será considerada legal, devendo o prestador de serviço, no entanto, obedecer as diretrizes do Sistema Único de Saúde.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, em razão das considerações e justificativas expostas opina-se pela inviabilidade dos pedidos de impugnação. Notifiquem via e-mail as impugnantes da presente decisão e publiquem a mesma.

Paranaguá, 11 de maio de 2018.

Dr. José Antônio Ferreira Martins

Dr. José Antônio F. Martins
Diretor Médico / CRM/PR. 23.745
Prefeitura de Paranaguá