

PARECE JURÍDICO

PROCESSO LICITATÓRIO

CREDENCIAMENTO PÚBLICO Nº 02/2022-PMLA/SMS

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 150902/2022-PMLA

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

OBJETO: CREDENCIAMENTO DE EMPRESAS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LABORATORIAIS DE ANÁLISES CLÍNICAS A FIM DE ATENDER AS DEMANDAS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE LIMOEIRO DO AJURU/PA

1. RELATÓRIO

1. Trata o presente expediente de solicitação de análise jurídica acerca do procedimento de Credenciamento Público para prestação de serviços laboratoriais de análises clínicas a fim de atender às demandas da Secretaria Municipal de Saúde de Limoeiro do Ajuru/PA.

2. Consulta-nos sobre a adequação da modalidade licitatória adotada para o processo em questão, e solicita aprovação jurídica da minuta do edital do chamamento publico para credenciamento nº 02/2022-PMLA/SMS.

3. É o que se relata.

2. DA ANÁLISE JURÍDICA.

2.1. DO CARÁTER OPINATIVO

4. Inicialmente, cumpre destacar que, compete a essa Assessoria Jurídica, única e exclusivamente, prestar consultoria, sendo este parecer meramente OPINATIVO, sob o prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos a conveniência e oportunidade da prática dos atos administrativos, que estão reservados à esfera discricionária do administrador público legalmente competente, tampouco examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira, salvo hipóteses teratológicas.

5. Antes de adentrarmos ao mérito, é de ser verificado que a condução da análise técnico jurídica se vincula à atividade prevista legalmente da função da advocacia, em especial conforme disposto na Lei Federal n. 8.906/94. Nesta forma, para confecção do presente instrumento, é de ser observada a isenção do profissional e o seu caráter opinativo, *o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, ou seja, aquela a quem cabe praticar o ato administrativo final. Trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos têm conteúdo antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide.*

6. Nesse diapasão, reitera-se a liberdade de opinião do profissional quando da emissão de seu parecer técnico-jurídico, conforme o entendimento jurisprudencial. Senão, vejamos:

PROCESSO Nº: 0807890-77.2020.4.05.0000 - HABEAS CORPUS CRIMINAL IMPETRANTE: NATALIA LOPES DE SOUZA DUARTE ADVOGADO: Natalia Lopes De Souza Duarte PACIENTE: PÉRICLES FILGUEIRAS DE ATHAYDE FILHO ADVOGADO: Natalia Lopes De Souza Duarte IMPETRADO: JUÍZO DA 12ª VARA FEDERAL DA PARAIBA - SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARABIRA RELATOR (A): Desembargador (a) Federal Paulo Machado Cordeiro - 2ª Turma EMENTA CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME LICITAÇÃO. DISPENSA INDEVIDA. PARECERISTA. PROCURADOR MUNICIPAL. INÉPCIA DENÚNCIA. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO. DOLO ESPECÍFICO E PREJUÍZO AO ERÁRIO. INSUFICIENTE DESCRIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Cuida-se de Habeas Corpus com pedido de liminar impetrado pela defesa de PÉRICLES FILGUEIRA DE ATHAYDE FILHO contra decisão de recebimento de denúncia contra si - dentre outros denunciados - proferida pelo juízo da 12ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Guarabira-PB. 2. Em suas razões, sustentou o ora impetrante: a) "O paciente foi denunciado, em conjunto com outras 07 pessoas, por suposta infração aos artigos 89 da Lei 8.666/93 na ação penal de nº 0800497- 64.2019.4.05.8204, em trâmite na 12ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba - Subseção Judiciária de Guarabira, onde, segundo o Ministério Público Federal, teria, o Paciente,"contribuído ativamente para a simulação de procedimento licitatório", tão somente pelo fato de ter emitido o parecer (como procurador municipal à época dos fatos) pela legalidade do procedimento licitatório na modalidade carta convite de nº 14/2012."; b) "A denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em desfavor do Paciente não aponta as circunstâncias do fato criminoso que por ele teria sido praticada, traz uma inicial acusatória composta de trinta e seis laudas, oito réus, dos quais, no que diz respeito ao Sr. Péricles, ex-procurador do Município, ora

Paciente, cita-o em quatro parágrafos, onde imputa-o participação em "contribuir ativamente para a simulação de procedimento licitatório", sem contudo, definir claramente qual teria sido a conduta por ele utilizada, no cometimento do delito que lhe é imputado."; c) Apesar de apresentar resposta à acusação sustentando a inépcia da denúncia, a ausência de descrição dos fatos, a ausência de justa causa, a falta de tipicidade, bem como a ausência de indícios de dolo, o juízo teria ratificado o recebimento da peça acusatória e dado início à persecução penal, o que ensejaria constrangimento ilegal. 3. A aplicação do art. 89 da Lei nº 8.666/93 - cujo objetivo não é o de punir o administrador público despreparado, inábil, mas aquele desonesto - é objeto de divergências, inclusive no âmbito dos tribunais superiores. Neste contexto, enquanto para a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal o tipo penal do art. 89 da Lei nº 8.666/93 se qualifica como crime formal (que dispensa o resultado danoso para o erário); no âmbito da 2ª Turma do mesmo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a configuração do mencionado tipo demanda a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário, além da configuração do efetivo prejuízo ao patrimônio público. No entanto, quer se adote a primeira ou a segunda corrente, é certo que, a definição quanto à violação ao tipo do mencionado artigo 89 da Lei nº 8.666/93, pressupõe o efetivo exame se a conduta do agente constitui apenas um ilícito civil e administrativo ou se chegou a configurar crime, considerada a natureza de ultima ratio do direito penal. 4. **No tocante à responsabilização do parecerista, não se pode perder de vista que a função dele é a de zelar pela lisura sob o aspecto formal do processo, de maneira a atuar como verdadeiro fiscal de formalidades, somente. Em outras palavras: a assinatura do assessor jurídico na minuta do contrato serve de atestado do cumprimento de requisitos formais, e não materiais (STF. 2ª Turma. HC 171576/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/9/2019 (Info 952).** 5. No caso, conclui-se não constituírem elementos suficientes, sequer ao recebimento da denúncia, as circunstâncias relacionadas: "1) ao fato de o parecer emitido pelo paciente ser genérico e com formatação semelhante a outras peças que compunham o certame; 2) a "coincidênciae anomalia" de a suposta análise sobre todo o procedimento realizado pela Assessoria Jurídica ter se dado no mesmo dia (17/08/2012) de uma série de outros atos, conforme minuciosamente explanado no item "I.4" desta Inicial; 4) a quantidade de irregularidades patentes no procedimento licitatório, que não "passariam" despercebidas - senão propositadamente - pelo procurador do município; bem como 5) o fato de o parecer, segundo o MPF e diante do panorama, ter sido confeccionado justamente para dar ares de legalidade ao que notadamente restava ilícito". É que, além da ausência de indicação de prejuízo ao erário ou de dolo específico, ou mesmo de quais seriam as "irregularidades patentes no procedimento licitatório, que não "passariam" despercebidas - senão

propositadamente - pelo procurador do município", não se extrai da peça inicial acusatória sequer menção à suposta vantagem que ora paciente teria obtido no exercício de suas funções, tampouco se o parecer teria sido emitido com a intenção de causar danos ao erário. 6. Não se pode deixar de considerar que, a caracterização da conduta tipificada no art. 89 da Lei 8.666/1993, pressupõe a indicação, já na fase de recebimento da denúncia, do elemento subjetivo consistente na intenção de causar dano ao erário ou obter vantagem indevida (STF. 2ª Turma. Inq 3965, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 22/11/2016). **Dito de outra forma: em tese, é possível a responsabilização criminal do parecerista, mas não pelo simples fato de ter emitido um parecer, sendo necessário, ao menos, a menção expressa - já na peça inicial acusatória - aos elementos indicativos de sua participação ativa no suposto esquema criminoso, de modo a, inclusive, dele se beneficiar. A propósito, tal indicação se mostra fundamental notadamente em se considerando a natureza jurídica do parecer jurídico como elemento meramente opinativo e, segundo a jurisprudência do STF, o parecer puramente consultivo não gera responsabilização do parecerista:** STF. Plenário. MS 24.631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 1º.2.2008). 7. Por fim, não se pode olvidar que, como regra, a atuação do advogado é resguardada pela ordem constitucional, de modo que eventual responsabilização penal apenas se justifica em caso de indicação de circunstâncias concretas que o vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo. 8. Ordem concedida para o fim de, reconhecendo, no caso, a ausência de justa causa, trancar a ação penal em relação ao ora paciente, ressalvada a possibilidade de outra denúncia ser oferecida (em relação a ele), acaso acompanhada de nova narrativa e elementos de prova indicativos dos elementos subjetivos da conduta. (TRF-5 - HC: 08078907720204050000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO, Data de Julgamento: 04/08/2020, 2ª TURMA)

7. Portanto, o presente parecer, por essência, é um instrumento de opinião não passível de vinculação à decisão da administração pública.

2.2. DA JUSTIFICATIVA

8. Presente aos autos, Termo de Referência, datado do dia 01/09/2022, assinado pelo Secretário Municipal de Saúde, o sr. Edson Farias Marques.

9. Termo de Referência, encaminhando ao Gabinete do Prefeito, por meio do Ofício nº 623/2022 – SMS, destacou as Justificativas da necessidade da contratação.

3. DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL.

10. Primeiramente, insta enaltecer que a contratação no âmbito da Administração Pública deve ser precedida de licitação, ressalvados os casos de inexigibilidade ou dispensa estabelecidos nos artigos 24 e 25, da Lei Federal nº 8.666/93. A decisão de dispensar uma licitação que se enquadre em algumas das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade é do Administrador.

11. Nesse sentido, importante trazermos à lume entendimento TCE/SC, em seu julgado nº 1604:

[...]

A decisão de contratar com dispensa de licitação cabe ao Administrador, desde que o objeto do contrato se ajuste a uma das situações previstas no art. 24, observado o art. 26 da Lei Federal nº 8.666/93.

Realizada a contratação com dispensa de licitação a contratante deverá acautelar-se para que o objeto do contrato seja executado diretamente pelo contratado. (Processo: CON-04/04917305, Parecer: GCMB/2004/0925, Decisão: 3715/2004, Origem: Administração do Porto de São Francisco do Sul - APSFS, Relator: Conselheiro Moacir Bertoli, Data da Sessão: 22/11/2004, Data do Diário Oficial: 24/02/2005).

12. Ressalte-se que, inexistente no ordenamento jurídico pátrio lei específica que trate sobre o sistema do credenciamento.

13. O credenciamento é, um mecanismo para se efetivar uma contratação por inexigibilidade, possuindo como arrimo legal os artigos 25 e 26, da Lei 8666/93.

14. O processo administrativo ora em análise versa sobre procedimento visando Contratação de Pessoa Jurídica de Direito Privado para prestação de serviços laboratoriais de análises clínicas, para atender as necessidades dos usuários do SUS e da Secretaria Municipal de Saúde do Município de Limoeiro do Ajuru/PA, mediante requisitos estabelecidos previamente no edital de convocação.

15. Assim, por tratar-se de participação de forma complementar de instituições privadas para assistência à saúde no âmbito do SUS, o procedimento é regulamentado também pela Lei no 8.080/90 e pela Portaria Ministerial no 1.034/10 – GM/MS, consistindo, numa forma de contratação direta adotada pela Administração Pública.

Lei nº 8.080/90

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.

.....

Portaria Ministerial no 1.034/10 – GM/MS

Art. 1º Dispor sobre a participação de forma complementar das instituições privadas de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

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;

II - Haja a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde.

§ 1º A complementação dos serviços deverá observar aos princípios e as diretrizes do SUS, em especial, a regionalização, a pactuação, a programação, os parâmetros de cobertura assistencial e a universalidade do acesso.”

16. Como podemos verificar de acordo com inteligência das normas acima citadas, poderá o gestor municipal, desde que observados os princípios e as diretrizes do SUS, recorrer a instituições privadas diante da necessidade de complementação e da impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde.

17. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, um dos maiores administrativistas da atualidade, quando da possibilidade do credenciamento, asseverou:

Delegar unilateral e precariamente, por atos administrativos, a credenciados, atividades de interesse público, reconhecendo-lhes a produção de eficácia administrativa pública e dando-lhes assentimento para que sejam remunerados por seus serviços, diretamente pelos administrados beneficiários ou por ela própria.

18. A inviabilidade da competição elimina a possibilidade de promover um processo de licitação pública, pois sabe-se que um dos elementos indispensáveis para a imposição do dever de licitar é a competitividade. A interpretação da expressão “*inviabilidade de competição*”, conforme suscitado, deve ser mais ampla do que a mera ideia de fornecedor exclusivo.

19. Neste contexto, pode-se dizer que, a inviabilidade de competição, além da contratação de fornecedor único, pode se dar por contratação de todos, ou seja, nesta hipótese, a inviabilidade de competição não está presente porque existe apenas um fornecedor, mas sim, porque existem vários prestadores do serviço e todos poderão ser contratados.

20. Nesta esteira, importante trazermos à baila os ensinamentos do professor Jorge Ulisses Jacoby:

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, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação.

21. Segundo a doutrina de Joel de Menezes Niebhur¹, o credenciamento pode ser conceituado como:

Espécie de cadastro em que se inserem todos os interessados em prestar certos tipos de serviços, conforme regras de habilitação e remuneração prefixadas pela própria Administração Pública. Todos os credenciados celebram, sob as mesmas condições, contrato administrativo, haja vista que, pela natureza do serviço, não há relação de exclusão, isto é, o serviço a ser contratado não

¹ Lei e Licitações e Contratos Administrativos. 11ª Ed. São Paulo. Dialética, p.39)

precisa ser prestado com exclusividade por um ou por outro, mas é prestado por todos.

22. Assim, em suma, o credenciamento é um conjunto de procedimentos por meio dos quais a Administração credencia, mediante chamamento público, todos os prestadores aptos e interessados em realizar determinados serviços, quando o interesse público for melhor atendido com a contratação do maior número possível de prestadores simultâneos.

23. Para o jurista Marçal Justen Filho:

[...]

Nas hipóteses em que não se verifica o cunho de exclusão entre as contratações públicas, a solução será o credenciamento. A Administração deverá editar um ato de cunho regulamentar, fundado no reconhecimento da ausência de exclusão de contratação de um número indeterminado de particulares para atendimento a certas necessidades, no qual serão estabelecidas as condições, os requisitos e os limites não apenas para as futuras contratações como também para que os particulares obtenham o credenciamento - ato forma por meio do qual o particular é reconhecido como em condições de contratação.

O credenciamento envolve uma espécie de cadastro de prestadores de serviços ou fornecedores. O credenciamento é ato pelo qual o sujeito obtém a inscrição de seu nome no referido cadastro.

(JUSTEN FILHO, Marçal. , Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 39-40). (destacou-se).

24. O que se deve ter em mente é que tal credenciamento deve exigir condições mínimas de qualificação dos interessados, de modo que viabilize a execução do serviço de maneira satisfatória.

25. Desta feita, adverte-se que não é possível limitar a quantidade de credenciados, portanto, todos deverão participar, bem como o credenciamento deverá permanecer aberto.

26. O credenciamento em apreço permite que vários prestadores sejam contratados concomitantemente, sem distinção, pagando-lhes valores idênticos pela execução dos serviços em igualdade de condições, cuja escolha do prestador, caso a caso, recairá sobre o próprio usuário do serviço, ou seja, a distribuição do serviço aos prestadores não cabe à Administração Pública.

27. O edital deve admitir o credenciamento a qualquer tempo, exigindo que o particular comprove os requisitos para obter o credenciamento.

28. Urge ressaltar que o sistema de credenciamento deve ser norteado pelos princípios elevados no caput do art. 37, da Constituição Federal, e nos termos da Lei 8.666/93 e suas alterações, devendo ser observados os requisitos apostos alhures, visando sempre o interesse público, requisito essencial a ser perseguido em todas as contratações.

29. Em derradeiro, exsurge salientar que, nos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação os pareceres jurídicos não se revestem de caráter vinculante, porém opinativo, conforme dispõe o TCU no Acórdão n. 2.121/2010, Rel. Benjamin Zynler, ficando assim emendado:

A compulsoriedade legal, no entanto, não alcança os atos de dispensa e de inexigibilidade de licitação. Em que pese esteja prevista, no art. 38, inciso IV, da Lei n. 8.666/93, a juntada oportuna ao processo administrativo de pareceres técnicos ou jurídicos emitidos, a LLC não exige expressamente que se submeta a matéria à apreciação e a aprovação dos assessores jurídicos, assim, apesar de bastante recomendável que a decisão pela dispensa ou pela inexigibilidade esteja respaldada em parecer jurídico, em não havendo exigência legal para a consulta, a manifestação do parecerista jurídico não se reveste de caráter vinculativo, mas opinativo.

30. No caso em análise, a necessidade da contratação de prestador de serviços laboratoriais de análises clínicas, foi devidamente justificada pela Secretaria de Saúde do Município de Limoeiro do Ajuru/PA.

31. Diante disso, após a análise do presente procedimento licitatório, tem-se que o mesmo se encontra em consonância com os princípios que regem a Administração Pública, em especial, os princípios atinentes aos processos licitatórios.

32. A forma escolhida pelo ente Público no presente caso, busca permitir a ampla participação dos interessados, bem como, ao mesmo tempo, manter o caráter impessoal da contratação pública.

4. DA CONCLUSÃO

33. Ante exposto, esta Assessoria Jurídica opina pela regularidade, legalidade e licitude da escolha do credenciamento público para o desenvolvimento da licitação, bem como pela aprovação da minuta do Edital, para contratação de pessoa jurídica de direito privado para prestação de serviços laboratoriais de análise clínicas, a fim de atender às necessidades da Secretaria Municipal de Saúde de Limoeiro do Ajuru/PA

34. Retornem-se os autos à Autoridade Competente para as medidas que entender cabíveis.

35. É o parecer, s.m.j.

Limoeiro do Ajuru (PA), 13 de outubro de 2022.

Amanda Lima Figueiredo
Advogada – OAB/PA 11751

Flávio R. dos Santos Nóbrega
Advogado – OAB/PA 27.737