



PARECER n. 00090/2017/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00441.000134/2015-26

INTERESSADOS: MG/EXÉRCITO/COMANDO DA 4ª REGIÃO MILITAR

ASSUNTOS: CONSULTA E ORIENTAÇÃO DE ATUAÇÃO - OUTROS ASSUNTOS

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. ATUAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS E PROFISSIONAIS AUTÔNOMOS DA ÁREA DE SAÚDE NAS INSTALAÇÕES DAS ORGANIZAÇÕES MILITARES DE SAÚDE. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO. EXCEPCIONALIDADE DE CREDENCIAMENTO.

I - Em regra, é incompatível com a Constituição da República (art. 37, II) a contratação de pessoas jurídicas prestadoras de serviço ou profissionais autônomos da área de saúde para atuarem no interior das instalações das organizações militares de saúde, tendo em vista a existência de carreira com atribuições específicas a serem desempenhadas pelos profissionais especializados das Forças Armadas (art. 1.º, § 2.º, do Decreto n.º 2.271/97).

II - Não obstante, excepcionalmente, é possível o credenciamento como solução emergencial para atender as necessidades por um lapso temporal delimitado, à luz dos direitos constitucionais à vida e à saúde, a fim de se evitar a solução de continuidade na prestação desses serviços públicos essenciais. Portanto, essa modalidade de contratação se encontra momentaneamente em conformidade com a Constituição Federal.

III - O trâmite necessário à realização de concursos públicos e demais ações destinadas a sanar a problemática analisada não ocasiona, em regra e nos termos acima descritos, a responsabilização ao gestor, desde que se mantenha ativo na resolução e sem morosidade excessiva nesse cenário de excepcionalidade.

Excelentíssimo Coordenador,

I - RELATÓRIO

1. Os autos revelam controvérsia jurídica sobre a possibilidade de atuação de pessoas jurídicas prestadoras de serviços e profissionais autônomos da área de saúde nas instalações das organizações militares de saúde, tendo em vista a realidade encontrada na seara e os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que regem a temática.

2. Uma vez que se trata de pedido de revisão de parecer anteriormente emitido por este Departamento, será mantido, *per relationem* (Lei nº 9.784/99), o relatório e parte da fundamentação anteriormente confeccionados pelo Excelentíssimo Advogado da União Antônio dos Santos Neto, bem como as suas conclusões (e, na maioria das vezes, suas palavras).

3. Nesse contexto, restou evidenciado que a Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais não admite que pessoas jurídicas prestadoras de serviço ou profissionais autônomos atuem dentro das instalações das organizações militares de saúde em prejuízo das atribuições dos profissionais do Exército Brasileiro da área de saúde. O referido entendimento foi expresso no Parecer n.º 865/2015/CJU-MG/CGU/AGU, de 11/08/2015, ao submeter a controvérsia a este Departamento.

4. No entanto, diante da realidade (v.g. continuidade de serviço público essencial), a CJU-MG recomendou que fosse enviada cópia da manifestação ao órgão assessorado, para fins da continuidade da contratação de seu interesse, baseado na tese da CJU/RJ, desde que observados os pressupostos estabelecidos por aquela douta Consultoria (cf. parágrafos 26 e seguintes do Parecer nº 865/2015/CJU-MG/CGU/AGU):

(...) **dificuldade de retenção do profissional de saúde** na Força após a conclusão do Curso de Formação de Oficial Médico. Hoje, **apesar das vagas existentes para militares de saúde, nem todas são preenchidas por diversos fatores, dentre os quais se pode citar: baixa atratividade salarial; atividades operacionais, impondo afastamentos temporários e ininterruptos da localidade onde trabalha; acúmulo de funções; incontrolável processo de especialização, exigido atualmente pela atividade médica; horários de expedientes incompatíveis com outras atividades; e movimentações exigidas pela carreira.**

3. Atualmente, **o efetivo existente de pessoal de saúde nas OMS, particularmente de médicos e enfermeiros, estaria aquém do necessário** para atendimento das atribuições previstas, tanto pela **dificuldade no recrutamento de pessoal, quanto pelo aumento dos pedidos de demissão e pela baixa procura nos concursos públicos** para as escolas de formação.

(...)

5. Duas manifestações refletem o posicionamento desta CJU/MG: Nota n.º 303/2012/CJU-MG/CGU/AGU e Parecer n.º 161/2015/CJU-MG/CGU/AGU. **Ambas defendem a atuação dos**

contratados, seja pessoa física ou jurídica, fora dos limites físicos das organizações militares de saúde.

6. Cabe iniciar demonstrando-se a licitude da terceirização dos serviços de saúde do Exército, mas se buscando limites para tanto.

7. Assim sendo, há significativa diferença entre o serviço de saúde prestado no âmbito das organizações militares, previsto em seus regimentos internos e dedicado à assistência dos militares da ativa no desempenho da função militar, inclusive em campanha, em relação ao serviço dedicado aos beneficiários do SAMMED/FUSEX/PASS.

8. Nesses termos, se quanto ao primeiro, por estar inserido nas atividades regulares daquela Força, há inerente caracterização como atividade-fim, uma vez que integra a missão constitucional posta. Lado outro, quanto ao segundo, mostra-se incompatível categorizá-lo como atividade finalística do Exército Brasileiro.

(...)

9. Por conseguinte, através do prisma da atividade, a terceirização das funções inerentes ao SAMMED mostra-se, adequada, por se constituir em exercício de apoio daquela Força Singular.

10. Outrossim, quanto ao FUSEX/PASS, pode-se dizer que nem mesmo atividade de apoio caracterizaria, vez que se mostra como um benefício - fazendo as vezes de um plano de saúde - dos militares e seus dependentes, fixado no art. 50, IV, 'e', da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, ou dos servidores civis do Exército, com base no art. 230 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, hipóteses em que a terceirização se mostraria possível, plenamente lícita e preferencial.

11. Ademais, o fundamento legal para a contratação de OCS e PSA adviria da autorização posta no Decreto nº 92.512, de 2 de abril de 1986, que de forma expressa admitiu a complementação do sistema SAMMED/FUSEX. Observe-se:

Art. 20. Os Ministérios Militares, através de seus órgãos competentes, poderão celebrar convênios ou contratos com entidades públicas, com pessoas jurídicas de direito privado ou com particulares, respectivamente, para:

I - prestar assistência médico-hospitalar aos seus beneficiários nas localidades onde não existam organizações de saúde das Forças Armadas;

II - complementar os serviços especializados de suas organizações militares de saúde;

III - outros fins, a critério dos respectivos Ministérios.

Parágrafo único. As organizações de saúde das Forças Armadas, através de convênios ou contratos firmados nas mesmas condições deste artigo, poderão prestar assistência médico-hospitalar ao público estranho aos Ministérios Militares, quando inexistir organização civil congênere na localidade.

12. Destarte, o art. 1º, cabeça, do Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, também admite a execução indireta das atividades materiais 'complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade'. Dessa forma, não haveria incompatibilidade entre ambos.

13. Por fim, restaria a análise quanto ao argumento do princípio do concurso público, cuja aplicação ao caso concreto dar-se-á por meio da regra posta no Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Veja-se:

Art. 1º (...).

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

14. Atente-se:

1. Primeiro. Restam protegidas apenas 'as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão';

2. Segundo. Mesmo essas, admitem exceção mediante previsão legal em contrário; ou,

3. Terceiro. Admite-se a terceirização 'quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal'.

15. Esclareça-se que nas pesquisas empreendidas não foram encontradas quaisquer normas que fixassem as atribuições dos militares afetos aos serviços de saúde do Exército - oficiais médicos, farmacêuticos e odontólogos, assim como graduados técnicos em enfermagem. Assim sendo, resta sobremaneira dificultada uma análise quanto à defesa das atribuições dos mesmos. Nesse ponto, seria recomendável um contato do DECOR junto ao Departamento-Geral do Pessoal (DGP) do Exército Brasileiro.

16. Pode-se inferir que as atribuições desses profissionais restarão conectadas a duas esferas: inicialmente, quanto à profissão regulamentada que exerçam ou especialidade que detenham; a duas, quanto ao local de lotação - OM ou OMS.

17. Por conseguinte, formulou-se a seguinte tese - que poderia ser confirmada junto ao DGP e CONJUR/Comando do Exército:

18. Em OM o desempenho dos serviços de saúde será exclusivo dos profissionais militares, de carreira ou temporários, por se tratar de atividade-fim conectado a missão constitucional daquela Força Singular, salvo hipótese de profissionais de saúde não militares que ocupassem cargo comissionado, caso existente.

19. **Em OMS, igualmente, o desempenho das funções de saúde será exclusivo dos profissionais militares, aplicado o motivo do item acima, mas considerado, como razão principal, o intuito de se evitar a lotação em cargo público de profissional de saúde sem a observância da forma de ingresso admitida para a hipótese, qual seja, concurso público, à exceção de profissionais de saúde não militares que ocupassem cargo comissionado, caso existente.**

20. A coexistência de profissionais com regimes diversos, no exercício de semelhante função e no mesmo ambiente, causaria sério risco jurídico à União, mediante disparidades remuneratórias desconectadas de um plano de carreira. (...)

21. Assim sendo, tem-se a consequente conclusão: **forte no princípio do concurso público, a atuação de OCS ou PSA deverá respeitar o limite físico das OM e OMS, ou seja, não se admite que pessoas jurídicas prestadoras de serviço ou profissionais autônomos atuem intramuros em prejuízo das atribuições dos profissionais dos serviços de saúde do Exército Brasileiro.**

22. Ademais, considera-se que esse limite representaria a ponderação adequada entre o princípio da isonomia, em sua vertente do concurso público, em face do princípio da dignidade humana, do qual é decorrência direta o direito fundamental à saúde. Por conseguinte, **considera-se razoável a interpretação que resguarda o concurso público quanto aos serviços de saúde em OM e OMS, mas permite o atendimento pleno dos contribuintes do FUSEX/PASS e usuários do SAMMED, por meio da complementação qualitativa e quantitativa do sistema.**

2.2 Do posicionamento da CJU/RJ.

23. **A interpretação dada pela Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio de Janeiro permite a contratação, para atuação intramuros, de pessoas jurídicas e pessoas físicas profissionais em organização militar de saúde. Baseia-se, sobretudo, no argumento de que o direito a saúde (arts. 5º, 6º e 24 da Constituição) possuiria força normativa suficiente, considerada a realidade de impossibilidade material das Forças, apta a afastar outros princípios no caso, seja o princípio da legalidade ou o da isonomia, na sua vertente do concurso público.** As manifestações submetidas a análise identificam que tal força normativa se mostraria presente, por exemplo, para a contratação de profissionais para o 'atendimento em UTI a pacientes graves e em risco de morte', situação decorrente, por vezes, de decretos judiciais -, desde que acompanhada de outros elementos citados: insuficiência de profissionais de saúde militares; relevância da OMS (hospital estratégico, existência de plantão de urgência, etc.); meio alternativo e temporário para a complementação da equipe; e, restrinja-se a um quantitativo mínimo para as necessidades emergenciais.

24. Citem-se as respectivas manifestações (Parecer nº 4257/2013/MIR/CJU-RJ/CGU/AGU e Parecer nº 168712015/MIR/CJU-RJ/CGU/AGU) (...)

25. Em conclusão, **solicita-se a submissão ao DECOR da questão atinente a licitude da atuação de OCS ou PSA dentro dos limites físicos das OM e OMS, ou seja, se ou quando se admitiria que pessoas jurídicas prestadoras de serviço ou profissionais autônomos atuassem intramuros em prejuízo das atribuições dos profissionais dos serviços de saúde das Forças Armadas.**

26. Anote-se que, a partir das consultas realizadas a esta CJU/MG, a decisão de gestão identificada seria o livre acesso, ou seja, o acesso em qualquer caso e não apenas para pacientes graves e em risco de morte, dos profissionais ou pessoa jurídicas privadas a prestação do serviço de saúde no âmbito interno das organizações militares de saúde.

(...)

(...) **recomenda-se o envio de cópia da presente manifestação, caso aprovada, ao órgão assessorado, para fins da continuidade da contratação de seu interesse, baseado na tese da CJU/RJ, quando deverá observar os pressupostos estabelecidos por aquela douta Consultoria: contratação para atendimento em UTI - médicos intensivistas - e procedimentos pertinentes - anestesistas - a pacientes graves e em risco de morte; insuficiência de profissionais de saúde militares; relevância da OMS (hospital estratégico, existência de plantão de urgência, etc.); meio alternativo e temporário para a complementação da equipe; e, restrinja-se a um quantitativo mínimo para as necessidades emergenciais.**

31. Registre-se que a situação fática permitida por parte da CJU/RJ não foi, até o presente momento, submetida a esta CJU/MG, ainda que por semelhança, pelos órgãos militares assessorados.

32. Em termos finais, **parece-me que a solução perpassa por uma readequação das normas que fundamentam as diversas organizações militares de saúde ou mesmo a regulamentação das atribuições dos profissionais de saúde militares, o que poderia permitir uma terceirização lícita em determinadas hipóteses.** De forma evidente, estruturas como a do Hospital Marcílio Dias, dado a realidade de mercado e sua complexidade inerente, exigem formas outras que não a existência enquanto órgão da Administração Direta que o submete a um regime legal mais rígido, seja pela Constituição quanto pelos demais elementos do Direito Administrativo. A solução é quanto antes política, de gestão, vide, por exemplo, a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH (Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011).

5. Foi registrado, ainda, que a Consultoria jurídica da União no Estado de Minas Gerais persiste na adoção do mencionado entendimento, conforme apontam os pareceres nº 798/2016/CJU-MG/CGU/AGU e nº 1416/2016/CJU-MG/CGU/AGU. Por outro lado, a Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio de Janeiro entendia pela viabilidade de contratação excepcional de médicos e outros profissionais da área de saúde para atuar dentro das organizações militares de saúde, consoante os nº 4257/2013/MIR/CJU-RJ/CGU/AGU e 1687/2015/MIR/CJU-RJ/CGU/AGU:

Parecer n.º 4257/2013/MIR/CJU-RJ/CGU/AGU

(...) Hospital Naval Marcílio Dias - HNMD/Marinha do Brasil encaminha (...) procedimento de inexigibilidade de licitação para credenciamento de equipes multidisciplinares de saúde especializadas em áreas médica, de enfermagem e de fisioterapia das unidades de terapia intensiva adulto (UTI-A) do HNMD, para atendimento aos usuários do Sistema de Saúde da Marinha.

(...)

(...) procurou-se esclarecer que o HNMD possui uma quantidade de profissionais de saúde para atendimento em UTI que não atende ao exigido pela Resolução n.º 07/2010, da Diretoria Colegiada da ANVISA, sendo bastante inferior ao previsto, inclusive com utilização de médicos sem a especialização compatível com o atendimento de UTI, gerando problemas de atendimento nas outras áreas de atendimento originais.

10. A Administração reconhece que a melhor solução para a falta de profissionais seria a realização de concurso público para provimento dos cargos necessários, já que possui 69 cargos vagos para médicos e 17 cargos vagos para enfermeiros, sem possuir nenhuma vaga para fisioterapeuta. Contudo, aponta que já foram feitas ingerências para a realização de concurso, mas que se esbarra na situação da baixa procura dos profissionais para o preenchimento dessas vagas, em razão da grande diferença de salários pagos pela Administração e os oferecidos pelo mercado.

11. Quanto ao preenchimento de vagas de cargos do Corpo de Saúde da área militar, verifica-se grande dificuldade no preenchimento das vagas já disponibilizadas, haja vista que além das atividades médicas o profissional tem que cumprir com as atividades inerentes à carreira militar, o que já afasta grande parte dos profissionais.

(...)

15. A autoridade administrativa, na pessoa do Diretor do HNMD, trouxe aos autos esclarecimentos e documentos comprobatórios sobre fatos bastante graves enfrentados por aquela OM, mormente quanto a ser compelido judicialmente a promover internações em UTI de pacientes beneficiários do FUNSA, mesmo sem ter o suporte humano profissional para isso, além de outros fatores como ser o HNMD o Hospital Público Federal designado como referência para acidentes nucleares, possuir serviço de emergência 24h, ser o responsável pelo atendimento a 205.716 usuários da área do 1º Distrito Naval, além de ser, por diversas vezes, destacado para cumprimento de missões de apoio às nações amigas da América Latina quando de cataclismos, bem como ser o hospital de referência para os grandes eventos que ocorrem no Estado do Rio de Janeiro, funcionando como hospital de retaguarda, como foi o caso do apoio à recente jornada Mundial da Juventude, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, quando houve o destaque de três médicos intensivistas para eventuais atendimentos.

16. Embora se possa ter o entendimento de que a contratação para os serviços pretendidos, utilizando-se mão de obra (profissionais de saúde) de forma exclusiva nas dependências do HNMD seria irregular, ainda porque lastreada na Nota nº 203/2012/DECOR/CGU/AGU de 12/06/2012, aprovada em 18/10/2012, cujo entendimento é no sentido de que é possível a complementação dos serviços de saúde, tanto qualitativa como quantitativa, prestados pelos órgãos de saúde militares, desde que a atuação não seja intramuros, o que obstaculizaria a presente contratação, cabe dizer que a situação que se apresenta é bastante grave, principalmente em razão do momento crítico, quando a população tem se levantado em passeatas solicitando a melhoria nos serviços de saúde prestados à população brasileira como um todo.

17. Há que se levar em consideração que o atendimento médico-hospitalar prestado nas organizações militares de saúde serve a minimizar os atendimentos nos hospitais públicos civis e na rede do SUS, já que, não só o HNMD, mas os hospitais militares são responsáveis pelo atendimento de centenas de militares, seus dependentes e pensionistas, beneficiários obrigatórios dos fundos de saúde militares, os quais deixam de impactar o atendimento nos hospitais públicos e da rede SUS.

18. Diante dos fatos apresentados pelas autoridades administrativas, principalmente no que tange às determinações impostas pela justiça para internação na UTI do HNMD, às quais a autoridade administrativa não pode descumprir, não só por respeito à ordem judicial, mas ainda, por dever do cargo de gestor público bem como em razão dos valores ético-profissionais que envolvem a medicina, cabe reconhecer a necessidade premente da contratação pretendida.

19. Insta esclarecer que esta parecerista não está de forma alguma induzindo a autoridade administrativa ao entendimento de que a contratação, no presente caso, se reveste de total regularidade, serve, porém, a reconhecer que existe premência na solução da situação, pois há necessidade do atendimento médico-hospitalar e o preenchimento dos claros profissionais existentes nas unidades de tratamento intensivo do HNMD.

20. Relevante se faz dizer que a Administração Pública, em especial os órgãos diretores de saúde, devem buscar soluções mais incisivas e duradouras para os problemas enfrentados, buscando junto aos órgãos de gestão, vinculados à governança do País, posturas pró ativas para o preenchimento de vagas e realizações de concursos públicos.

21. Fato é que já foi reconhecida a possibilidade de contratação voltada à complementação qualitativa e quantitativa de serviços médicos pelas organizações militares de saúde, sendo ela considerada regular, desde que não desempenhada intramuros.

22. Assim, fica a critério da autoridade administrativa, levando em consideração o seu dever de prestar o atendimento médico-hospitalar e, em especial, o atendimento em UTI a pacientes graves e em risco de morte, levando, ainda, em consideração que a nossa lei maior, em seu art. 5º prevê o direito inviolável à vida, bem como o direito social à saúde (art. 6º, art. 24 etc.) realizar o credenciamento pretendido, visando assegurar o atendimento a pacientes internados nas unidades de atendimento intensivo do HNMD.

23. Observa-se que a relevância da contratação para garantir o suporte à vida de pacientes em estado grave estaria amparado no dispositivo constitucional, o que pode significar, nesse caso, que o credenciamento se reveste de regularidade.

(...)

Parecer n.º 1687/2015/MIR/CJU-RJ/CGU/AGU

(...) Hospital Naval Marcílio Dias - HNMD/Marinha do Brasil encaminha (...) procedimento de inexigibilidade de licitação para credenciamento de médicos anesthesiologistas para o HNMD, para atendimento aos usuários do Sistema de Saúde da Marinha.

(...)

(...) foi informado que o HNMD não dispõe do número necessário de anesthesiologistas para o atendimento de urgência e emergencial, neles incluindo acidentados, partos e outros procedimentos médicos.

7. A autoridade responsável indicou que o sistema de credenciamento é meio alternativo e temporário para a complementação da equipe de médicos anesthesiologistas do HNMD, que não implicaria em terceirização irregular de mão de obra, substituição de profissionais que deveriam estar ocupando as vagas existentes nos quadros de servidores.

(...)

9. Disse-se, ainda, que a contratação destina-se a oferecer um quantitativo mínimo de profissionais estabelecidos legalmente, com uma escala que atenda às necessidades emergenciais, e, o não atendimento de uma cirurgia de emergência por falta de anesthesiologista acarretaria em danos irreparáveis à prestação do atendimento médico hospitalar, pois não seria possível aguardar que uma determinação judicial fosse proferida, mas, ao contrário, uma condenação judicial por omissão de socorro. A realização de procedimentos anestésicos extramuros seria um fator que inviabilizaria o atendimento, de modo que ou o HNMD realiza todo o procedimento fora do Hospital, ou o médico anesthesiologista vem realizar o procedimento.

(...)

41. Assim, diante da necessidade do atendimento médico-hospitalar em que se mostra imprescindível a contratação de empresa prestadora de serviços de anesthesiologia de forma a complementar o atendimento aos beneficiários do FUSMA no Hospital Naval Marcílio Dias - HNMD, em havendo a impossibilidade de realização de concurso público para o preenchimento de vagas destinadas a civis e inexistindo a possibilidade de alteração numérica do quantitativo previsto para o Quadro de Saúde da Marinha do Brasil, restaria dizer que o gestor do HNMD se vê na obrigação de formalizar a contratação solicitada, razão pela qual indicou-se o credenciamento através de inexigibilidade de licitação.

42. Entende-se que no presente caso há que se permitir que se promova a contratação pretendida, com base no Decreto n.º 92.512/1986, não só para garantir o direito do militar e seus dependentes, contido na letra 'e' do art. 50 da Lei n.º 6.880/80, como para garantir o seu direito à vida e à saúde, previstos na Constituição Federal.

(...)

6. No entanto, após reflexão sobre o tema, a Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio de Janeiro alterou seu entendimento e passou a recomendar a impossibilidade de prorrogação de termos de credenciamento de sociedades empresárias da área de saúde que tinham por escopo a

atuação dentro das organizações militares de saúde. A tese foi firmada no Parecer n.º 2701/2016/CJU-RJ/CGU/AGU, de 28/07/2016, aprovado pelo Despacho n.º 165/2016/CJU-RJ/CGU/AGU, *in verbis*:

Trata-se de processo administrativo do HOSPITAL NAVAL MARCÍLIO DIAS - HNMD, submetido a esta Consultoria Jurídica da União (...) para análise e aprovação das minutas de **07 (sete) Termos Aditivos de prorrogação por 12 (doze) meses, dos Termos de Credenciamento em epígrafe, firmados entre o HNMD e as empresas (...) para prestação de assistência médico-hospitalar, em caráter complementar, aos usuários do Sistema de Saúde da Marinha (SSM), por meio de equipe médica especializada, para atuar no Serviço de Emergência do HNMD.**

(...)

11. O objeto dos credenciamentos é a prestação de assistência médica aos usuários do Sistema de Saúde da Marinha (SSM), por meio de equipe médica especializada, para atuar no Serviço de UTI infantil do HNMD (deste processo). Os profissionais terceirizados são médicos intensivistas pediátricos e neonatais e coordenador médico (deste processo). A justificativa apresentada pelo órgão à época da publicação do edital foi, em suma, a insuficiência quantitativa de médicos para atender a demanda.

12. No entanto, a quantidade insuficiente de médicos não autoriza a terceirização do serviço dentro das dependências do HNMD, conforme a seguir será exposto.

13. Cumpre salientar que o Decreto nº 2.271/1997 admite, em seu art. 1º, que sejam objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, meramente instrumentais ou complementares às atividades finalísticas do órgão ou entidade, com a condicionante, contida em seu § 2º, no sentido de que tais atividades não sejam abrangidas pelo plano de cargos do referido órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo extinto total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

14. Vê-se, pois, que **somente é permitida a contratação de pessoal se o cargo não integrar o plano de cargos do respectivo órgão, em consonância com o artigo 37, inciso II da Constituição da República.**

(...)

17. Assim, somente se deve admitir a inclusão de determinados profissionais no contrato, caso sejam atribuídas funções a tais profissionais estritamente necessárias à execução do objeto, sem qualquer participação na área de atuação própria dos servidores públicos, ou seja, não poderão encontrar-se relacionadas às atividades finalísticas e abrangidas pelo plano de cargos do Órgão ou entidade (área de competência legal do órgão, na expressão do art. 1º, do Decreto nº 2.271/1997), exceto quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal, ou havendo disposição legal expressa em contrário.

18. A recomendação que ora é feita se fundamenta no citado Decreto, mas também na necessidade de enquadramento da situação ao Termo de Conciliação Judicial, nos autos do processo nº 1044/2001 - 15ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, celebrado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, esta representada pela Advocacia-Geral da União e pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

19. Por meio do citado Termo de Conciliação Judicial, a Administração Pública Federal comprometeu-se a somente contratar serviços terceirizados apenas e exclusivamente nas hipóteses autorizadas pelo Decreto nº 2.271, de 1997, ajustando-se a uma programação com vistas à regularização das situações existentes que estivessem em desacordo com o citado regulamento, e, nesta oportunidade, também em desacordo com a Instrução Normativa nº 02, de 2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que trata dos serviços continuados ou não, que em seu artigo 9º, incisos I e II, assim disciplinam:

'Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:

I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;

II - constituam missão institucional do órgão ou entidade;'

20. Nesse contexto, as obrigações assumidas pela União por intermédio do Termo de Conciliação Judicial e, sobretudo, as sanções previstas em caso de descumprimento (Cláusula Quarta) são bastante claras e severas no sentido de coibir-se a execução indireta de atividades inerentes às categorias funcionais dos órgãos.

21. Destaque-se que deve ser feita a distinção entre cargo/função não ocupada ("vaga" não preenchida), com a ausência de previsão 'in abstrato' do cargo/função nos quadros da instituição, sendo possível a contratação apenas na última hipótese.

(...)

23. Ressalte-se que a regularidade das terceirizações é objeto de contínua apuração pelo E. TCU que, ordinariamente, determina a substituição dos terceirizados por concursados (Acórdão nº 1823/2006- TCU - Plenário), inclusive com o estabelecimento de cronogramas (Acórdão nº 1520/2006 - TCU - Plenário)

ou, em outros casos, expede determinação de anulação ou correção de procedimentos licitatórios (Acórdão nº 1672/2006- TCU - Plenário).

24. Aliás, versando exatamente sobre a contratação de médicos, cite-se, por exemplo, Acórdão nº 1823/2006- TCU - Plenário:

'9.2. alterar a redação do subitem 9.2.3 e acrescentar o subitem 9.2.4 ao Acórdão 437/2006-Plenário para os seguintes termos:

'9.2.3. promova as gestões necessárias à substituição de médicos anesthesiologistas, bem como de outros empregados terceirizados que exerçam irregularmente atividades finalísticas do Hospital das Clínicas da Universidade Federal do Paraná por servidores ou empregados previamente aprovados em concurso público, em obediência ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, observado o cronograma estabelecido pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em compromisso solene firmado perante o TCU, conforme Acórdão nº 1.520/2006-Plenário;

9.2.4. enquanto não forem totalmente substituídos os trabalhadores terceirizados em situação irregular, no Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná, por servidores concursados e ao proceder a contratação de médicos anesthesiologistas mediante cadastramento, com fulcro no art. 25 da Lei nº 8.666/93, fixe previamente os honorários de acordo com os valores constantes da Tabela do SUS;'

25. Por sua vez, o Decreto nº 92.512/86 (artigo 20, II) não possui o alcance de autorizar a utilização de serviços terceirizados de médicos dentro das dependências do HNMD. Com o advento da Constituição da República de 1988, temos que dar ao Decreto nº 92.512/86 uma interpretação que se coadune com o artigo 37, inciso II, da Constituição. Assim, a interpretação compatível é aquela que permite a contratação de pessoas jurídicas de direito privado e de pessoas físicas para prestarem serviços complementares fora das dependências do HNMD. A contratação para a prestação de serviços intramuros constitui terceirização ilícita. Dentro das dependências do HNMD os serviços devem ser prestados apenas por médicos concursados, militares ou civis, ou por nomeados para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Esse limite extrai-se da ponderação entre o princípio da isonomia (realização de concurso público) e o princípio da dignidade humana, do qual é corolário o direito fundamental à saúde. Destarte, é razoável a interpretação que resguarda o concurso público quanto aos serviços de saúde em Organizações Militares e Organizações Militares de Saúde, mas admite o atendimento pleno dos beneficiários do Sistema de Saúde da Marinha, por meio da complementação qualitativa e quantitativa do sistema, a ser exercido fora dos limites físicos dessas organizações militares.

26. O HNMD deve envidar todos os esforços possíveis para atender as suas necessidades contínuas de médicos através do instituto do concurso público, pois o caminho da terceirização não é uma solução juridicamente segura. O HNMD não deve se acomodar com credenciamentos intermináveis, os quais não podem ser encarados como alternativas à realização dos concursos públicos necessários ao suprimento das demandas do órgão por profissionais imprescindíveis à realização de sua atividade fim.

27. Portanto, do ponto de vista jurídico, cabe recomendar ao órgão assessorado que não dê prosseguimento às prorrogações dos credenciamentos.

28. No entanto, uma vez que o parecer jurídico não tem natureza vinculante, a autoridade administrativa do órgão assessorado possui a prerrogativa de decidir fundamentadamente pela continuidade dos credenciamentos, não acatando o entendimento jurídico do órgão consultivo, expondo as razões de fato e de direito para tanto, consoante art. 50, VII, da Lei nº 9.784/99. Entretanto, ao agir dessa forma, a autoridade administrativa assumirá um risco maior de responsabilização perante os órgãos de controle externo, como o TCU, razão pela qual a sua decisão deverá estar muito bem fundamentada e exposta nos autos.

(...) recomenda-se que o órgão assessorado não dê prosseguimento às prorrogações dos credenciamentos. No entanto, conforme esclarecido nos itens 28 e 29 deste Parecer, caso o órgão decida não seguir essa recomendação, deve expor nos autos as razões de fato e de direito para assim proceder, hipótese em que se recomenda também a adoção das orientações dos itens 40 a 45 deste Parecer.

(...)

7. Posteriormente, conforme registrado, a Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio de Janeiro **ratificou seu novo posicionamento** no Parecer n.º 3967/2016/CJU-RJ/CGU/AGU, de 28/10/2016, nos seguintes termos:

(...)

12. Recentemente tramitou nesta CJU/RJ o processo nº 63148.000298/2013-26, também do Hospital Naval Marcílio Dias, com mesmo objeto do presente processo, ou seja, **aditivos a sete termos de credenciamentos, concernentes a prestação de assistência médico-hospitalar, em caráter complementar, aos usuários do Sistema de Saúde da Marinha (SSM)**, por meio de equipe médica especializada, para atuar no Serviço de Emergência do HNMD. Naquela oportunidade, foi exarado o Parecer nº 2701/2016/GEG/CJU-RJ/CGU/AGU de ilustre Advogado da União, no qual, foi opinado pela **impossibilidade das**

prorrogações nos termos do contido nos itens 11 a 29 dessa manifestação. Posteriormente tal Parecer foi aprovado pela Ilustre Consultora Jurídica da União/RJ, pelo Despacho nº 00165/2016/AVAR/CJU-RJ/CGU/AGU. Nesse diapasão, a Consultora Jurídica expediu e-mail, em 28.07.2016, direcionado a todos ao Advogados da União em exercício na CJU/RJ, no sentido de que tal posicionamento fosse adotado por todos Advogados. Sendo assim, em atenção a tal determinação, transcreverei abaixo os itens 11 a 29 do indigitado Parecer, que também será aplicado ao presente processo, inclusive a conclusão pela impossibilidade das prorrogações.
(...)

8. Por fim, restou apontado no relatório anterior que foram encontradas manifestações da Consultoria Jurídica da União no Estado do Acre no mesmo sentido da tese defendida inicialmente pela Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais (Parecer n.º 163/2014/DLS/CJU-AC/CGU/AGU e Parecer n.º 326/2014/MCS/CJU-AC/CGU/AGU).

9. Foi lançado nos autos o OfExt nº 50-121/2017 (Seq. 27), da DGPM, no qual pede reconsiderações quanto ao parecer 80/2016/DECOR/CGU/AGU, elaborado pelo Excelentíssimo Advogado da União Antônio dos Santos Neto. Os argumentos anexados almejam viabilizar a realização de Termos de Credenciamentos, pela Marinha do Brasil, de pessoas jurídicas ou profissionais autônomos da área de saúde para prestarem serviços nas instalações das Organizações Militares de Saúde.

10. Segundo consta, isso ocorreria até que **todas as medidas empreendidas pela Administração Naval, junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para a realização de concurso público para provimento de cargos sejam efetivamente autorizados, tendo em vista a necessidade imperiosa de assegurar o atendimento médico aos pacientes do SSM, o direito à vida, a visão adotada pelo TCU no Acórdão n 2834/2016 - Plenário, bem como a economicidade da contratação para os cofres públicos.** Salienta-se, por importante, que **o acórdão referido pelo gestor fora considerado e analisado na manifestação anterior (parágrafo nº 30).**

11. É o Relatório. Passo à Fundamentação.

II - FUNDAMENTAÇÃO

12. Inicialmente, cumpre repisar que será mantida, em sua essência, a fundamentação da manifestação anteriormente prolatada nestes autos, pelo Excelentíssimo Advogado da União Antônio dos Santos Neto, de forma *per relationem* (Lei nº 9.784/99), mas com alguns esclarecimentos. Isso decorre da concordância com o entendimento externado, após vista a situação fática e os argumentos elencados.

13. Conforme apontado, a Nota n.º 203/2012/DECOR/CGU/AGU, aprovada pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da União Substituto em 16/01/2013, não chegou a enfrentar o mérito da controvérsia jurídica, por não estarem presentes os requisitos de administrabilidade quanto à competência do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos.

14. A tese formulada no âmbito da Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais, no sentido da inviabilidade jurídica da contratação de pessoas jurídicas prestadoras de serviço ou profissionais autônomos da área de saúde para atuarem nas instalações das organizações militares de saúde, é a que homenageia a Constituição da República.

15. O princípio do concurso público, previsto no art. 37, II, da Constituição da República, bem como a vedação à terceirização das *"atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal"*, consoante o § 2.º do art. 1.º do Decreto n.º 2.271/97, efetivamente obstaculizam a viabilidade jurídica da prestação de serviços de saúde nas organizações militares de saúde em prejuízo das atribuições dos profissionais da área de saúde das Forças Armadas.

16. Frisa-se, por oportuno, que a Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio de Janeiro, ao defender a existência de suporte jurídico para a assinatura dos termos de credenciamento, levava em consideração, de modo especial, a multiplicidade de decisões judiciais que obrigam à internação em organizações militares de saúde, ainda que as instalações não contem com o suporte profissional adequado, além da baixa procura pelos concursos públicos promovidos. Apesar disso, a Consultoria não afirmava que deveria ser a regra, de modo que fosse constitucional e legítima a contratação desses profissionais sem a realização de concurso público.

17. A Constituição da República predetermina a contratação por intermédio de concurso público e, excepcionalmente, o dispensa, presentes as hipóteses constitucionais e cumpridos os demais requisitos estipulados pelo legislador. O mesmo tratamento deve ser dado ao provimento dos cargos públicos civis e militares das organizações militares de saúde.

18. Tal como ocorre com as demais carreiras, o número de servidores civis e militares para fins de atuação na área de saúde deve ser estabelecido com fulcro em estudos, cuja programação deve ter por objetivo conseguir prover todos os cargos necessários ao pleno atendimento, ainda que sejam necessárias melhoras em seu plano de carreira, para que seja adequado, atraente e alinhado com o mercado setorial, entre outros pontos.

19. Ressai dos autos que a procura pelos concursos públicos tem sido baixa e, em alguns casos, o déficit ocorre por questões financeiras ou condições de trabalho, ou até mesmo pela atuação coordenada de profissionais e suas associações (v.g. médicos anestesiológicos). Além dessas, é factível situações em que o órgão pretende realizar o concurso público para o provimento de seus cargos vagos, mas esbarra na falta de recursos orçamentários ou em contingenciamentos e suspensões temporárias.

20. Conforme bem delineado pelo Excelentíssimo Advogado da União na manifestação anterior (PARECER n.º 80/2016/DECOR/CGU/AGU), o entendimento defendido pelas citadas unidades consultivas desta Advocacia-Geral da União se coaduna perfeitamente à compreensão externada pelos Tribunais, inclusive o Tribunal de Contas da União, ao examinar a questão de saúde pública.

21. Tendo em vista que a regra é realização de concurso público, é de bom alvitre conhecer, historicamente, o conteúdo de alguns acórdãos paradigmáticos do Tribunal de Contas da União, especificamente sobre a questão da contratação de médicos e outros profissionais da área de saúde em desacordo com o Decreto n.º 2.271/97.

22. O primeiro deles é o **Acórdão n.º 437/2006 - Plenário**, relatado pelo Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, julgado em 29/03/2006 pelo Plenário do TCU, o qual examinou a situação de uma cooperativa de médicos anesthesiologistas contratados por inexigibilidade de licitação pelo Hospital das Clínicas da Universidade Federal do Paraná:

ACÓRDÃO 437/2006 - PLENÁRIO DO TCU

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pela Secretaria deste Tribunal no Estado do Paraná - Secex/PR em decorrência de denúncia anônima que apontou prejuízos no atendimento *médico* a cargo do Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná - HC/UFPR, prejuízo este consistente no não cumprimento da jornada de trabalho pelos médicos daquela Unidade. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Representação, uma vez que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no inciso VI do art. 237 do Regimento Interno/TCU, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. com fulcro nos arts. 45 da Lei nº 8.443/1992 e 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, **determinar à Universidade Federal do Paraná - UFPR que:**

9.2.1. no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, adote providências no sentido de cessar o pagamento de plantões médicos a servidores, por contrariar o art. 3º da Lei nº 8.460/1992, estando estes servidores dispensados do ressarcimento dos valores que lhes foram pagos, haja vista terem sido os serviços efetivamente prestados;

9.2.2. **no prazo de 120 (cento e vinte) dias, respaldada na Cláusula Nona do Contrato nº 106/2001, firmado com a Cooperativa Paranaense dos Anesthesiologistas - COPAN, rescinda a aludida Avença, por falta de fundamento legal e por afronta ao interesse público;**

9.2.3. **no prazo de 90 (noventa) dias, proceda, com fulcro no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, ao credenciamento de médicos anesthesiologistas, fixando previamente os honorários de acordo com os valores constantes da Tabela do SUS;**

(...)

Relatório

Trata-se da Representação formulada pela Secretaria deste Tribunal no Estado do Paraná - Secex/PR em decorrência de denúncia anônima que apontou prejuízos no atendimento médico a cargo do Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná - HC/UFPR, prejuízo este consistente no não cumprimento da jornada de trabalho pelos médicos daquela Unidade.

(...)

6. Questionamento II: - formalização e administração de contrato com a COPAN - Cooperativa Paranaense dos Anesthesiologistas, a partir de 04/12/2001, para prestação de serviços de anesthesiologistas, em desacordo com as Leis nº 8.666/93 e 4.320/64, no qual podem ser destacados o pagamento em Programa de Trabalho distinto do previsto no contrato e a existência de cláusulas prejudiciais para a Administração Pública, como por exemplo, ausência do fundamento legal no preâmbulo do contrato, prazo de vigência indeterminado, previsão de remuneração por valores que têm como base o quantitativo de 'AC- Atos Cooperativos' constantes na Lista de Procedimentos Anestésicos da COPAN, prévio acerto de um reajuste após o prazo de três meses sem que fosse explicada a sua necessidade, possibilidade de multa de 100% à contratante e vedação de pagamento de serviços a anesthesiologistas que não façam parte do quadro social da COPAN traduzindo-se em uma clara reserva de mercado para a Cooperativa.

6.1. Cópia do contrato encontra-se às fls. 72/78. As razões de justificativa dos responsáveis são idênticas. Encontram-se às fls. 110, 117/118 e 134/135. É informado que:

'O Hospital de Clínicas, por sua característica e missão junto não somente à comunidade Universitária mas e muito especialmente junto à comunidade paranaense - usuários do sistema público de saúde -, é a unidade que mais sofre com as políticas de Recursos Humanos da Administração Pública. Nesse sentido o gerenciamento de seu quadro de pessoal não raramente se choca com o quadro de pessoal da Administração Federal e, mais ainda, com as normativas de horário e tipo de contrato. O Contrato com a Cooperativa em referência, deu-se, pois, nessa tentativa de cumprir as obrigações funcionais do Hospital.

a) o contrato com a COPAN foi firmado com base no Art. 25, inciso I, da lei 8.666/93, por inexigibilidade de licitação, considerando a declaração de exclusividade do órgão de classe OCEPAR, Sindicato e Organização das Cooperativas do Estado do Paraná, documento já constante dos autos.

(...)

6.10. A existência de preços semelhantes àqueles praticados para com as entidades contratantes de saúde complementar descaracteriza a inexigibilidade mencionada na contratação. Por esses preços o HC/UFPR poderia contratar outras empresas, associações

médicas ou cooperativas que tenham uma relação de anesthesiologistas conveniados, como por exemplo a UNIMED.

6.11. A definição de inexigibilidade perde força também pela reserva de mercado expressa na Cláusula Sétima, Parágrafo Segundo, do contrato: vedação de pagamento de serviços a anesthesiologistas que não façam parte do quadro social da COPAN. A própria inclusão dessa cláusula reconhece a existência de possíveis concorrentes, inclusive os anesthesiologistas autônomos que não queiram fazer parte da COPAN.

(...)

6.13. Na instrução inicial à fl. 24 também foi comentado que a situação criada obriga a convivência de profissionais exercendo a mesma atividade mas com tratamento diferenciado quanto à remuneração e à necessidade de cumprimento de carga horária. Passa-se a remunerar parte do corpo clínico por produção e outra parte por tempo, diga-se salário fixo. Provoca-se um total desestímulo à realização de concursos públicos para contratação de pessoal, dificultando ainda mais o preenchimento do quadro de médicos do HC/UFPR.

6.14. A observação comprova-se pelos dois editais de concurso público realizados depois da assinatura do contrato: foram oferecidas 89 vagas para diversas especialidades médicas. Nenhuma vaga para anesthesiologista (Editais nº 170, DOU 03/05/2002, e nº 174, DOU 23/07/2003).

(...)

Voto

(...)

8. A respeito da rescisão do Contrato nº 106/2001, sugerida pela Secex/PR, entendo que a medida pode, desde já, ser determinada à UFPR, independentemente da oitiva prévia da contratada, haja vista a inexistência de prazo final para o Contrato - Cláusula Nona (fl. 75, v.p.) - e a expressa previsão, contida nessa mesma Cláusula, da possibilidade de rescisão da Avença por qualquer das partes, respeitado o prazo mínimo de 30 dias, condições estas que, evidenciando a condição precária da contratação, permitem à Contratante fazê-lo sem ônus indenizatório e sem necessidade de se abrir à COPAN prévia oportunidade de contraditório.

9. Frise-se não haver no mencionado Contrato (fl. 75, v.p.), conforme apontou a Unidade Instrutiva, indicação de seu fundamento legal, fato este a corroborar a tese que ora sustento de não se tratar de contrato regido pela Lei nº 8.666/1993, mas de ajuste precário, não necessitando, por conseguinte, recorrer-se, em caso de rescisão, a indenizações ou ao contraditório prévio da contratada, desde que respeitado o prazo mínimo de 30 dias estipulado em sua Cláusula Nona.

10. Sobre o prazo para a rescisão contratual, apesar da possibilidade de fixá-lo em 30 dias, considero pertinente estipulá-lo em 120 dias, de modo a afastar o risco de interrupção nas intervenções médicas que necessitem de procedimentos anestésicos.

11. Finalizando as ponderações acerca do Contrato nº 106/2001, resalto que sua finalidade - contratação da anesthesiologistas - pode ser alcançada por meio de credenciamento, mediante o qual a UFPR lançaria, conforme exemplifica Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, 'edital, similar ao de concorrência, convocando os profissionais formados em Medicina, (...), fixando previamente os honorários adequados em tabela própria ou tendo por referência a de outro órgão [no caso em estudo, os valores constantes da Tabela do SUS], abrindo inscrições. Desse modo, todos os médicos que tivessem interesse no contrato compareceriam ao órgão, fariam sua inscrição, comprovando o atendimento aos requisitos estabelecidos, e seriam contratados diretamente, sem licitação, por inexigibilidade, nos termos do art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93.' (in Contratação Direta Sem Licitação, 4ª edição, 1999, Editora Brasília Jurídica, pp. 407/408)

12. Reputo importante, inclusive, que esse credenciamento seja adotado pela UFPR, mesmo que a Entidade queira, posteriormente, lançar mão de um procedimento licitatório ordinário com vistas a obter valores mais vantajosos que os pagos aos anesthesiologistas credenciados, uma vez que assim procedendo resultarão afastadas as possibilidades de atraso na licitação e de ocorrência de uma licitação deserta, evitando, em decorrência, o risco de interrupção das intervenções cirúrgicas.

Com essas considerações, acompanho, em parte, o Parecer da Secex/PR e Voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

23. Nos termos da manifestação anterior, em 2006 **o Plenário do Tribunal de Contas da União determinou a rescisão, em 120 dias, de contrato firmado entre o Hospital das Clínicas da Universidade Federal do Paraná e cooperativa de médicos anesthesiologistas diante de diversos vícios constatados** (contratação da cooperativa por inexigibilidade de licitação, prazo indeterminado, valores acima da Tabela do SUS, vedação a pagamento de médicos não integrantes da cooperativa, dentre outras irregularidades). **Determinou, por conseguinte, o credenciamento de médicos anesthesiologistas, com fundamento no art. 25 da Lei n.º 8.666/93, em noventa dias, com a fixação prévia de honorários de acordo com os valores constantes da Tabela do SUS.**

24. Após o referido desfecho, o Acórdão n.º 437/2006 - Plenário foi objeto de pedido de reexame da Universidade Federal do Paraná, negado provimento no dia 04/10/2006, **Acórdão n.º 1823/2006 - Plenário**, cujo relator foi o Ministro Walton Alencar Rodrigues. No entanto, **alterou o subitem 9.2.3 e acrescentou o subitem 9.2.4 ao Acórdão n.º 437/2006 - Plenário para esclarecer a necessidade de contratação por concurso público para afastar a ilicitude**

existente, de forma que o credenciamento presta-se apenas como alternativa provisória:

ACÓRDÃO 1823/2006 - PLENÁRIO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Pedido de Reexame interposto pela Universidade Federal do Paraná, contra o subitem 9.2.3 do Acórdão 437/2006-Plenário;

Considerando que o Pedido de Reexame interposto pela Universidade Federal do Paraná já foi conhecido pelo Acórdão 1.172/2006-Plenário;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 48, parágrafo único, c/c o 33 da Lei 8.443/92, em:

9.1. negar provimento ao Pedido de Reexame interposto pela Universidade Federal do Paraná;

9.2. alterar a redação do subitem 9.2.3 e acrescentar o subitem 9.2.4 ao Acórdão 437/2006-Plenário para os seguintes termos:

9.2.3. promova as gestões necessárias à substituição de médicos anestesiológicos, bem como de outros empregados terceirizados que exerçam irregularmente atividades finalísticas do Hospital das Clínicas da Universidade Federal do Paraná por servidores ou empregados previamente aprovados em concurso público, em obediência ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, observado o cronograma estabelecido pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em compromisso solene firmado perante o TCU, conforme Acórdão nº 1.520/2006-Plenário;

9.2.4. enquanto não forem totalmente substituídos os trabalhadores terceirizados em situação irregular, no Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná, por servidores concursados e ao proceder a contratação de médicos anestesiológicos mediante cadastramento, com fulcro no art. 25 da Lei nº 8.666/93, fixe previamente os honorários de acordo com os valores constantes da Tabela do SUS;

(...)

Voto

Insurge-se a Recorrente contra determinação do Tribunal para que a Universidade Federal do Paraná promova a contratação de médicos anestesiológicos mediante prévio credenciamento de profissionais, com base no art. 25 da Lei 8.666/93, observados os valores de honorários estabelecidos na Tabela do Sistema Único de Saúde (SUS). Essa medida foi justificada pelo fato de a Universidade haver celebrado o Contrato 106/2001 (fls. 72/78, v.p.) com a Cooperativa Paranaense dos Anestesiologistas (COPAN), que previa o pagamento de serviços em quantias superiores aos valores do SUS.

A origem pública dos recursos empregados no pagamento dos procedimentos de *anestesiologia* no Hospital de Clínicas não autoriza a utilização de valores superiores aos despendidos pela rede pública de saúde, pois é exatamente a tabela SUS que remunera esses serviços. Do contrário, haveria um nítido descasamento entre as receitas e despesas. Não é admissível o argumento da Recorrente de os valores referenciais da Tabela SUS serem insuficientes para estimular a contratação de profissionais mediante prévio credenciamento. Incumbe ao gestor público reivindicar a correção da referida Tabela, jamais utilizá-la como pretexto para descumprir a lei e o princípio da economicidade.

De igual forma é improcedente a alegação de insuficiência de médicos anestesiológicos não-credenciados, porquanto é possível a contratação de outros profissionais não-cooperados que estejam inscritos no Conselho Regional de Medicina.

Também não merece guarida a alegação de que o credenciamento dos profissionais de saúde em comento venha a configurar vínculo empregatício com a União. Essa hipótese é descartada pelo próprio mandamento constitucional inscrito no art. 37, inciso II, da Lei Maior, que exige o provimento efetivo em cargo ou emprego público mediante prévia aprovação em concurso.

Nos termos da Súmula 331, inciso IV, do TST, a eventual responsabilidade subsidiária da Administração Pública restringe-se à hipótese em que esta seja tomadora de serviços prestados por empresa ou entidade inadimplente no recolhimento de obrigações trabalhistas, e desde que a contratante haja participado da relação processual ou conste de título executivo extrajudicial. Este enunciado não autoriza o estabelecimento de vínculo empregatício com a União ou com qualquer de suas entidades vinculadas sem prévia aprovação em concurso público, o que é expressamente vedado pelo inciso II da Súmula 331 do TST.

Conquanto o recurso em exame questione apenas a possibilidade da contratação de médicos anestesiológicos por meio de credenciamento de profissionais, cujo pagamento deve estar limitado aos valores da Tabela do SUS, **o ponto essencial a ser claramente enfrentado por este Plenário refere-se à terceirização de atividades fins do Hospital das Clínicas, vinculado à Universidade Federal do Paraná.**

Como bem salientou a instrução, **ainda que a contratação desses profissionais de saúde ocorra mediante prévio credenciamento, esta não deixa de caracterizar uma terceirização vedada pelo art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que determina o prévio concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. Essa prática viola também o art. 1º, § 2º, do Decreto 2.271, de 7/7/97, que proíbe a execução indireta de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade.**

No voto condutor do Acórdão recorrido, o Relator deixa claro que a contratação, mediante

credenciamento, de médicos anestesiológicos pelo Hospital das Clínicas é **expediente provisório** para evitar a solução de continuidade na prestação de serviços de inadiável interesse público, até que sobreviesse o provimento definitivo de novos empregados ou servidores por meio da prévia aprovação em concurso público. O próprio Contrato 106/2001, firmado entre a UFPR e a COPAN, fl. 72, v.p., estabelecia que os médicos cooperados prestariam serviços ao HC/UFPR até a realização de concurso público para a admissão dos especialistas na área de *anestesiologia*.

A leitura do dispositivo recorrido poderá induzir a Apelante a inadvertidamente valer-se unicamente da contratação de profissionais mediante credenciamento para protelar a necessidade inafastável de prover os cargos efetivos por meio de concurso público. Assim, convém deixar claro que a possibilidade da contratação de médicos mediante prévio credenciamento, observados os valores da Tabela SUS, não exonera o responsável da obrigação primordial de substituição dessa mão-de-obra por servidores efetivos aprovados em certame público, conforme o exige o art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

A extrapolação do âmbito de devolutividade do recurso para examinar a limitação à *terceirização* de atividades fins da Administração Pública é plenamente justificável pela natureza cogente e de índole constitucional da matéria. (...)

Em razão de imperativo de ordem pública que veda a *terceirização* de atividades fins integrantes do plexo de atribuições finalísticas do hospital universitário, urge alterar o Acórdão 437/2006-Plenário, a fim de registrar que o credenciamento de profissionais, observados os valores da Tabela SUS, coloca-se como alternativa provisória, devendo ser priorizado o provimento efetivo de médicos anestesiológicos no quadro de pessoal do Hospital das Clínicas da UFPR mediante concurso público.

Sobre a matéria, este Tribunal foi recentemente cientificado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão acerca do compromisso solene de implementar novo cronograma de substituição da mão-de-obra terceirizada que executa atividades finalísticas em toda a Administração Pública Federal, por meio do provimento de *cargos* e empregos efetivos por concurso público (Acórdão 1.520/2006-Plenário; Ata nº 34/2006; Sessão do dia 23/08/2006; DOU de 30/08/2006).

Saliento, por fim, que essas medidas não representam violação ao princípio da *non reformatio in pejus*, a qual possa agravar a situação da UFPR. A precariedade da situação dos serviços terceirizados e a sua substituição por servidores concursados já era de conhecimento da Recorrente, conforme se infere, inclusive, do já referido Contrato 106/2001.

Diante do exposto, acolho em essência a proposta da Unidade Técnica e voto por que o Tribunal de Contas da União aprove o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

25. Anos mais tarde, em 2014, a **2.ª Câmara do Tribunal de Contas da União afirmou expressamente que a contratação de sociedade empresária para a prestação de serviços ligados à área de saúde no Departamento de Saúde do Arsenal de Marinha desrespeitava o art. 1.º, § 2.º, do Decreto n.º 2.271/97**, embora tenha considerado improcedente a representação que apontava, quanto ao mérito, diversas irregularidades no pregão promovido para efetivar tal contratação.

26. Em consequência, o Arsenal da Marinha apresentou fatos, mormente a necessidade de preservação da saúde dos funcionários e a notícia da existência de processo administrativo em curso no Ministério do Planejamento para propiciar a realização de concursos público para o provimento de cargos efetivos, para fins de substituir os terceirizados irregulares. Por esses motivos, o Tribunal de Contas da União aceitou a continuidade do certame. Trata-se do **Acórdão n.º 7574/2014 - 2.ª Câmara**, relatado pelo Ministro Marcos Bemquerer, julgado em 02/12/2014:

ACÓRDÃO N.º 7574/2014 - 2.ª Câmara

Vista esta representação do Instituto Brasileiro Ação e Progresso acerca de possíveis irregularidades no pregão eletrônico 12-0040/2014, realizado pelo Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro (AMRJ) para contratação de empresa para prestação dos serviços profissionais de apoio à saúde em diversas áreas de interesse, para suprir demandas médicas, inclusive para atendimentos emergenciais e exames clínicos em caráter complementar;

considerando que, em juízo sumário, foi determinada a oitiva do AMRJ acerca da: (i) necessidade da referida contratação; (ii) consonância com o Decreto 2.271/1997, em especial no que se refere à contratação de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de carreira da instituição; e (iii) conformidade do pregão eletrônico com o art. 30, II, da Lei 8.666/1993 e com o art. 19 da Instrução Normativa MPOG 6/2014;

considerando que a referida contratação se justifica pela necessidade de apoio médico em caráter de emergência (suporte à vida) e em condições mínimas de segurança aos servidores civis, militares, e pessoal em trânsito que trabalham em atividades de alta periculosidade inerentes aos serviços de manutenção preventiva e corretiva em navios de guerra e submarinos, a exemplo de operações de reparo de caldeiras que operam com alta demanda de vapor superaquecido, fundição de peças em altíssimas temperaturas, limpeza química de peças, utilização de soldas elétricas, reparo em tanques e espaços confinados, içamento de cargas de elevada tonelagem, manuseio de cabos elétricos e equipamentos de alta tensão, retífica e ajustagem de peças em tornos mecânicos de grande tonelagem;

considerando que o AMRJ não é parte integrante do Sistema de Saúde da Marinha (SSM), o

que torna inviável eventual redistribuição de cargos vagos das Organizações Militares de Saúde (OMS) para o AMRJ, para que possa realizar concurso público para suprir suas necessidades de pessoal de saúde;

considerando a existência de processo administrativo 60010.000524/2014-17, em trâmite no Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), para realização de concurso público para preenchimento de cargos na área de saúde do AMRJ, de forma a que a contratação decorrente do pregão eletrônico 12-0040/2014, que contraria o § 2º do art. 1º do Decreto 2.271/1997, possa ser substituída pela atuação de servidores devidamente concursados;

considerando registros históricos de 8.382 a 10.064 atendimentos de emergência por ano no setor de pronto atendimento do Departamento de Saúde do AMRJ e considerando que, com o quantitativo de médicos existentes, não seria possível estruturar serviço de pronto atendimento para emergências que possam ocorrer no estaleiro militar;

considerando que a contratação pretende suprir a alocação de dezesseis profissionais de saúde com total de vinte horas semanais para atender, aproximadamente, 34 ocorrências de diversas espécies por dia e considerando que não se trata de atendimento médico-hospitalar complementar;

considerando que a viabilidade jurídica da contratação foi ratificada por meio do parecer 6971/2013/MIR/CJU-RJ/CGU/AGU, de 21/11/2013 (peça 24, p. 62-67), complementado pelo despacho 4051/2014/PKBF/CJU-RJ/CGU/AGU, de 8/9/2014 (peça 24, p. 21-22);

considerando que o § 11 do art. 19 da IN MPOG 2/2008 estabelece que, justificadamente, a depender da especificidade do objeto a ser licitado, os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira constantes daquele artigo poderão ser adaptados, suprimidos ou acrescidos de outros considerados importantes para a contratação, observados os arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993;

considerando que as disposições do art. 19, XXIV e XXV, da IN MPOG 2/2008 não possuem caráter obrigatório e podem ser adaptadas à conveniência e à oportunidade do caso concreto, tendo em vista o interesse público;

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de 2ª Câmara, ACORDAM, por unanimidade, de acordo com os pareceres emitidos nos autos e com fundamento nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno, em conhecer desta representação, em considerá-la improcedente, em encaminhar cópia eletrônica desta deliberação, bem como da instrução da unidade técnica, ao AMRJ, ao Instituto Brasileiro Ação e Progresso e à SecexDefesa, e em arquivar os presentes autos.

27. O último é o **Acórdão n.º 2834/2016 - Plenário**, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, julgado em 09/11/2016, que **abordou especificamente a situação vivida pelo Hospital Naval Marcílio Dias anotando-se, mais uma vez, a figura do credenciamento como medida alternativa e transitória, enquanto não realizado o devido concurso público, in litteris:**

ACÓRDÃO 2834/2016 - PLENÁRIO

VISTOS, relatados e discutidos os autos de **representação em face contratações realizadas pelo Hospital Naval Marcílio Dias-HNMD;**

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno, em:

9.1. **conhecer da presente representação, considerando-a improcedente ;**

9.2. **determinar ao Hospital Naval Marcílio Dias-HNMD, à Diretoria de Pessoal Civil da Marinha (DPCvM) e ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP), que adotem as providências necessárias à realização de concurso público para preenchimento dos cargos na área de saúde da Marinha do Brasil, com vistas à substituição dos contratos de terceirização em andamento ou que venham a ser realizados - por imperiosa necessidade de assegurar o atendimento emergencial dos usuários do hospital - pela atuação de servidores devidamente concursados, em cumprimento ao disposto no art. 1º, § 2º, do Decreto 2.271/1997.**

(...)

Voto

Trata-se de representação da Promotoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro, relatando supostas irregularidades na contratação de empresas privadas, para a prestação de serviços de assistência médico-hospitalar no setor de emergência do Hospital Naval Marcílio Dias-HNMD, localizado no Estado do Rio de Janeiro.

(...)

Analisados os elementos apresentados pelo diretor do hospital, verifica-se que, **no período de 2013 a 2015, o HNMD realizou 10 credenciamentos para serviços de assistência médica, em desacordo com o disposto no art. 1º, § 2º, do Decreto 2.271/1997 - que proíbe a execução indireta de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos dos órgãos ou entidades da Administração Pública Federal.**

Com o intuito de demonstrar a excepcionalidade dessas contratações, o diretor afirmou, inicialmente, que o hospital atende aos usuários do Sistema de Saúde da Marinha do Brasil, 24 horas por dia, sendo o único que possui capacidade de prestar serviços de alta complexidade.

Informou, ainda, que, com o intuito de 'viabilizar a prestação mínima' dos serviços de emergência, realizou o remanejamento de pessoal militar lotado em outros serviços e clínicas do hospital, bem como adotou medidas tendentes à cessão de médicos de outras unidades do Sistema da Marinha.

Em complemento às informações do HNMD, o titular da Diretoria-Geral do Pessoal da Marinha enviou expediente à unidade técnica, em **expôs as dificuldades do Sistema de Saúde da Marinha do Brasil-SSM, e destacou o reconhecimento, pelo TCU, do credenciamento como modalidade de contratação, a exemplo da decisão exarada no Acórdão 351/2010-TCU-Plenário.**

Relativamente ao Credenciamento 65720/024/2013 e às demais contratações realizadas pelo hospital, ressalta que foram **precedidos de ampla pesquisa de preços de mercado, observados os 'princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade', dando azo a contratações com preços vantajosos para administração.**

No que tange ao número de profissionais pertencentes ao quadro do SSM, informou que **o quantitativo de militares foi fixado por meio de Decreto Presidencial, sendo desproporcional ao número de usuários do serviço, bem assim que foram indeferidos os requerimentos de abertura de concurso público destinado à nomeação de servidores civis, formulados nos últimos 10 anos.**

Diante das ponderações aqui resumidas, a Diretoria-Geral de Pessoal da Marinha requer que esta Corte de Contas autorize, em caráter excepcional, a 'manutenção dos credenciamentos imprescindíveis ao funcionamento do SSM, cujas especialidades não sejam obtidas por meio dos concursos realizados, durante o prazo de cinco anos, a fim de que a Administração possa implementar todas as medidas apresentadas que integram o Plano de Ação da DGPM para a melhoria do SSM.'

II

A instrução transcrita no relatório demonstrou que em outra oportunidade este Tribunal foi instado a se manifestar acerca de contratações decorrentes das deficiências de pessoal da área médica, no âmbito da Marinha do Brasil.

Por intermédio do Acórdão 7.574/2014, a 2ª Câmara desta Corte apreciou representação relacionada à terceirização do mesmo tipo de serviço aqui tratado, pelo Departamento de Saúde do Arsenal da Marinha do Rio de Janeiro. Naquela assentada, o Tribunal considerou improcedente a representação, tecendo considerações acerca dos motivos que ensejaram o descumprimento da legislação pertinente (...)

Não há, portanto, distinção entre as razões das contratações analisadas no acórdão acima mencionado e dos credenciamentos objeto desta representação.

Ademais, tal como apontado pela Secex/RJ, em que pese não estar expressamente previsto na Lei 8.666/1993, a doutrina e a jurisprudência do TCU têm admitido o uso do credenciamento, especialmente nos casos em que se identifica a inviabilidade de competição, que a demanda pelos serviços é superior à oferta, bem como quando há possibilidade de contratação de todos os interessados, conforme se depreende do entendimento firmado no Acórdão 352/2016-Plenário, ao analisar contratos de terceirização de profissionais de saúde com recursos do SUS.

Por fim, cumpre registrar que **a unidade técnica não identificou indícios de dano ao Erário, em decorrência das contratações analisadas nestes autos.**

Considero, pois, justificados os credenciamentos realizados no âmbito do Hospital Naval Marcílio Dias, visto que, embora não tenham observado a vedação constante do art. 1º, § 2º, do Decreto 2.271/1997, tiveram o intuito de remediar a crônica deficiência de pessoal qualificado para o atendimento dos usuários do Sistema de Saúde da Marinha.

Por esse motivo, julgo improcedente a presente representação.

Considerando que não cabe a este Tribunal, em desacordo com o dispositivo legal acima mencionado, autorizar a realização de novas contratações, mediante credenciamento ou outra modalidade contratual que o órgão entenda conveniente, determino ao Hospital Naval Marcílio Dias-HNMD, à Diretoria de Pessoal Civil da Marinha (DPCvM) e ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP), que adotem as providências necessárias à realização de concurso público para preenchimento dos cargos na área de saúde da Marinha do Brasil, com vistas à substituição dos contratos de terceirização em andamento ou que venham a ser firmados - por imperiosa necessidade de assegurar o atendimento emergencial dos usuários do hospital - pela atuação de servidores devidamente concursados, em estrito cumprimento ao disposto no art. 1º, § 2º, do Decreto 2.271/1997.

Diante do exposto, voto por que o Tribunal acolha a minuta de acórdão que submeto à deliberação deste Colegiado.

28. No contexto analisado, a Diretoria-Geral de Pessoal da Marinha solicitou ao Tribunal de Contas da União autorização excepcional para a *"manutenção dos credenciamentos imprescindíveis ao funcionamento do SSM, cujas especialidades não sejam obtidas por meio dos concursos realizados, durante o prazo de cinco anos"*.

29. Conforme identificado anteriormente pelo Excelentíssimo Advogado da União Antônio dos Santos Neto, o pleito foi negado pelo Tribunal de Contas da União, tendo em vista a

inconstitucionalidade e a ilegalidade das contratações sem a realização de concurso público. No entanto, diante da gravidade da situação, não se vedou a assinatura de novos contratos de terceirização irregulares, o que implicou, de igual maneira, a não aplicação de penalidades aos administradores.

30. Desse modo, o Tribunal preterdeterminou a **"substituição dos contratos de terceirização em andamento ou que venham a ser firmados - por imperiosa necessidade de assegurar o atendimento emergencial dos usuários do hospital - pela atuação de servidores devidamente concursados"**, afastou a aplicação de penalidades aos administradores e instou os órgãos competentes a adotarem as medidas necessárias à realização de concursos públicos que viabilizem as substituições.

31. **As conclusões do Ilustre Advogado da União, firmadas à luz (e em consonância) dos acórdãos da Corte de Contas, foram no sentido de que: a) o órgão sempre aceitou a contratação de médicos, seja por credenciamento, seja por licitação, como medida excepcional e apta a garantir o funcionamento de hospitais, sem prejuízo da manutenção da saúde das pessoas neles atendidas; b) é necessário o respeito ao princípio do concurso público e ao Decreto n.º 2.271/97, a partir do Acórdão n.º 1823/2006 - Plenário, no qual se previu a substituição dos terceirizados irregulares; e c) não é possível a punição de gestores que tenham demonstrado atitudes tendentes ao provimento dos cargos efetivos vagos via concursos públicos, bem como que zelam pela economicidade na aplicação de recursos públicos quando imprescindível a contratação de profissionais da saúde terceirizados.**

32. Nesta senda, restou enfatizado que a substituição de terceirizados irregulares foi objeto de Termo de Conciliação Judicial nos autos do Processo n.º 1044/2001 - 15.ª Vara do Trabalho de Brasília, celebrado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, esta apresentada pela Advocacia-Geral da União e com a participação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a corroborar a necessidade de concurso público.

33. Há que se acrescentar que a **ponderação em abstrato**, quanto a contratações, já foi feita pelo constituinte originário, o derivado e demais órgãos com poder regulamentar, especificamente no sentido do cumprimento do princípio do concurso público. Excepcionalmente, quanto a ponderações *in concreto*, mediante a consideração dos direitos constitucionais à vida e à saúde, poderá impulsionar solução diversa, desde que presentes, argumentativamente, entre outros vetores, a necessidade, utilidade, razoabilidade, concordância prática, entre outros pontos. **Frisa-se, ademais, que justificativas pautadas em questões financeiras ou dependentes da ação dos próprios gestores têm sido tratadas com muita rigidez pelos Tribunais Superiores.**

34. Não se pode desprezar o risco de propositura de ações judiciais contra a União, para fins de responsabilidade por danos à saúde de outrem e demais prejuízos aos cidadãos. Assim, fora recomendada no Parecer n.º 80/2016/DECOR/CGU/AGU a utilização de horas extras para seus funcionários, bem como remanejamentos internos que não prejudiquem as demais atividades, ainda que tenham impacto delimitado.

35. **Outra solução ventilada foi aplicação da Lei n.º 8.745/93, a qual permite a contratação de servidores públicos temporários. O tratamento jurisprudencial sobre o tema tem evoluído constantemente, em especial por precedentes do Supremo Tribunal Federal.**

36. Como bem pontuado na manifestação anterior deste Departamento, até o julgamento da ADI 3068 o Supremo Tribunal Federal não admitia a contratação de servidores públicos temporários para o exercício de funções permanentes (ADIn-MC 2.125-DF, relatada pelo Ministro Maurício Corrêa, julgada pelo Pleno do STF em 06/04/2000). Entretanto, a partir da ADI 3068, relatada pelo Ministro Eros Grau, julgada pelo Plenário em 25/08/2004, a Corte passou a não exigir o requisito temporal quanto à função a ser desempenhada pelos servidores temporários. Eis a ementa do citado acórdão:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.843/04. SERVIÇO PÚBLICO. AUTARQUIA. CADE. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL TÉCNICO POR TEMPO DETERMINADO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA ATIVIDADE ESTATAL. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, IX, DA CB/88. 1. O art. 37, IX, da Constituição do Brasil autoriza contratações, sem concurso público, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, **quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente**. 2. A alegada inércia da Administração não pode ser punida em detrimento do interesse público, que ocorre quando colocado em risco o princípio da continuidade da atividade estatal. 3. Ação direta julgada improcedente.

37. Posteriormente, o Plenário do STF voltou a exigir que as funções para as quais seriam contratos não poderiam ser permanentes, o que se deu no RE 658.026, relatado pelo Ministro Dias Toffoli e julgado em 09/04/2014:

Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da CF. (...) Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, II e IX, da CF. Descumprimento dos requisitos constitucionais. (...) O conteúdo jurídico do art. 37, IX, da CF pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo **vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado**, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da administração. É inconstitucional a lei

municipal em comento, eis que a norma não respeitou a CF. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência.

38. Após as idas e vindas quanto à exigência, recentemente o Supremo Tribunal Federal voltou a rever seu entendimento sobre a matéria, na ADI 3721, relatada pelo Ministro Teori Zavascki, julgada pelo Tribunal Pleno em 09/06/2016. Na oportunidade, passou a admitir a possibilidade de contratação de servidores públicos temporários para desempenhar funções de caráter permanente:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI COMPLEMENTAR 22/2000, DO ESTADO DO CEARÁ. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES DO ENSINO BÁSICO. CASOS DE LICENÇA. TRANSITORIEDADE DEMONSTRADA. CONFORMAÇÃO LEGAL IDÔNEA, SALVO QUANTO A DUAS HIPÓTESES: EM QUAISQUER CASOS DE AFASTAMENTO TEMPORÁRIO (ALÍNEA "F" DO ART. 3º). PRECEITO GENÉRICO. IMPLEMENTAÇÃO DE PROJETOS DE ERRADICAÇÃO DO ANALFABETISMO E OUTROS (§ ÚNICO DO ART. 3º). METAS CONTINUAMENTE EXIGÍVEIS. 1. O artigo 37, IX, da Constituição exige complementação normativa criteriosa quanto aos casos de 'necessidade temporária de excepcional interesse público' que ensejam contratações sem concurso. **Embora recrutamentos dessa espécie sejam admissíveis, em tese, mesmo para atividades permanentes da Administração, fica o legislador sujeito ao ônus de especificar, em cada caso, os traços de emergenciaisidade que justificam a medida atípica.** 2. A Lei Complementar 22/2000, do Estado do Ceará, autorizou a contratação temporária de professores nas situações de 'a) licença para tratamento de saúde; b) licença gestante; c) licença por motivo de doença de pessoa da família; d) licença para trato de interesses particulares; e) cursos de capacitação; e f) e outros afastamentos que repercutam em carência de natureza temporária'; e para 'fins de implementação de projetos educacionais, com vistas à erradicação do analfabetismo, correção do fluxo escolar e qualificação da população cearense' (art. 3º, § único). 3. As hipóteses descritas entre as alíneas 'a' e 'e' indicam ocorrências alheias ao controle da Administração Pública cuja superveniência pode resultar em desaparecimento transitório do corpo docente, permitindo reconhecer que a emergenciaisidade está suficientemente demonstrada. O mesmo não se pode dizer, contudo, da hipótese prevista na alínea 'f' do art. 3º da lei atacada, que padece de generalidade manifesta, e cuja declaração de inconstitucionalidade se impõe. 4. Os projetos educacionais previstos no § único do artigo 3º da LC 22/00 correspondem a objetivos corriqueiros das políticas públicas de educação praticadas no território nacional. Diante da continuada imprescindibilidade de ações desse tipo, não podem elas ficar à mercê de projetos de governo casuísticos, implementados por meio de contratos episódicos, sobretudo quando a lei não tratou de designar qualquer contingência especial a ser atendida. 5. Ação julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucionais a alínea 'f' e o § único do art. 3º da Lei Complementar 22/00, do Estado do Ceará, com efeitos modulados para surtir um ano após a data da publicação da ata de julgamento.

39. O ponto contou com a defesa da Advocacia-Geral da União, no sentido da possibilidade jurídica da contratação temporária para atividades permanentes, conforme constou do relatório elaborado pelo Ministro-Relator da ADI 3721:

O Advogado-Geral da União destacou a alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na matéria, ocorrida após o julgamento da ADI 3068, quando a Corte passou a considerar válida a contratação temporária também para atividades permanentes, e pronunciou-se pela improcedência do pedido formulado, sob a consideração de que a lei cearense teria demarcado de forma suficiente a excepcionalidade subjacente às contratações.

40. Além disso, a contratação temporária de profissionais, para ser considerada constitucional e legal, deve atender aos requisitos constantes da Lei n.º 8.745/93, expressamente elencados pelo legislador (art. 2.º, II, ou VI, "i"):

Art. 2º Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

(...)

II - **assistência a emergências em saúde pública** ; (Redação dada pela Lei nº 12.314, de 2010)

(...)

VI - **atividades**: (Redação dada pela Lei nº 9.849, de 1999).

(...)

i) **técnicas especializadas necessárias à implantação de órgãos ou entidades ou de novas atribuições definidas para organizações existentes ou as decorrentes de aumento transitório no volume de trabalho que não possam ser atendidas mediante a aplicação do art. 74 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**; (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)

(...)

§ 4º **Ato do Poder Executivo disporá, para efeitos desta Lei, sobre a declaração de emergências em saúde pública.** (Incluído pela Lei nº 12.314, de 2010)

(...)

Art. 3º O recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União, prescindindo de concurso público.

§ 1º A contratação para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública, de emergência ambiental e de emergências em saúde pública prescindirá de processo seletivo. (Redação dada pela Lei nº 12.314, de 2010)

(...)

§ 3º As contratações de pessoal no caso das alíneas h e i do inciso VI do art. 2º desta Lei serão feitas mediante processo seletivo simplificado, observados os critérios e condições estabelecidos pelo Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008) (Regulamento)

Art. 4º As contratações serão feitas por tempo determinado, observados os seguintes prazos máximos: (Redação dada pela Lei nº 10.667, de 2003) (Prorrogação de prazo pela Lei nº 11.784, de 2008)

I - 6 (seis) meses, nos casos dos incisos I, II e IX do caput do art. 2º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)

(...)

V - 4 (quatro) anos, nos casos do inciso V e das alíneas a, g, i e j do inciso VI do caput do art. 2º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)

Parágrafo único. É admitida a prorrogação dos contratos: (Incluído pela Lei nº 10.667, de 2003) (Vide Lei nº 11.204, de 2005)

(...)

IV - no caso das alíneas g, i e j do inciso VI do caput do art. 2º desta Lei, desde que o prazo total não exceda a 5 (cinco) anos; (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)

(...)

VI - nos casos dos incisos I e II do caput do art. 2º desta Lei, pelo prazo necessário à superação da situação de calamidade pública ou das situações de emergências em saúde pública, desde que não exceda a 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.314, de 2010)

Art. 5º As contratações somente poderão ser feitas com observância da dotação orçamentária específica e mediante prévia autorização do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministro de Estado sob cuja supervisão se encontrar o órgão ou entidade contratante, conforme estabelecido em regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.849, de 1999)

(...)

41. Conforme registrado na manifestação anterior, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Defesa, ao analisar um caso concreto, se posicionou pela possibilidade da contratação temporária de cento e noventa e seis médicos, com supedâneo no art. 2º, VI, "i", da Lei nº 8.745/93, com o objetivo de suprir necessidades do Sistema de Saúde da Marinha (Parecer nº 372/2016/CONJUR-MD/CGU/AGU, de 09/06/2016):

Contratação Temporária. Lei nº 8.745/93. Admissão de 196 médicos para atuação no Sistema de Saúde da Marinha. Regularidade jurídica. Recomendações.

1. Trata-se de pedido de contratação temporária, com base na Lei nº 8.745/1993, para admissão de 196 (cento e noventa e seis) médicos para atuar no Sistema de Saúde da Marinha - SSM.

2. De acordo com a Marinha, houve a criação de novas Organizações Militares, aumento de demanda e ampliação do número de leitos no Hospital Naval Marcílio Dias. Além disso, incrementou-se o número de consultórios do Ambulatório Naval da Penha e foram ativadas as policlínicas navais de Niterói e Campo Grande, além da Unidade Médica da Esquadra. O quadro teria se agravado especificamente pela não autorização de concurso público por parte do Ministério da Planejamento, Orçamento e Gestão, de modo que haveria grande número de cargos vagos, e a iminência de evasões em razão de aposentadoria (Ofício nº10-259/GCM-MB, de 4.4.2016).

(...)

7. A contratação temporária de excepcional interesse público é regida pela Lei nº 8.745/1993, e regulamentada pela Instrução Normativa SG/MPOG nº 3/2010, e, com base nestes estatutos, serão apreciados os aspectos jurídicos da presente demanda.

8. O primeiro aspecto a ser observado no caso vertente refere-se à identificação da hipótese que justificaria a contratação excepcional. Para a situação em apreço, fundamenta-se a medida com base no art. 2º da lei citada:

Art. 1º Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei.

Art. 2º Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

(...)

VI - atividades:

(...)

i) técnicas especializadas necessárias à implantação de órgãos ou entidades ou de novas atribuições definidas para organizações existentes ou as decorrentes de aumento transitório no volume de trabalho que não possam ser atendidas mediante a aplicação do art. 74 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990;

9. Sem prejuízo da análise meritória a cargo dos setores de gestão das Pastas envolvidas, é possível identificar que, do ponto de vista jurídico, parece haver razoável compatibilidade entre o cenário descrito pela Marinha e a norma invocada. Com efeito, uma vez que explana ter havido aumento de atribuições em setor técnico de reconhecida especialidade (área médica), sem a correspondente ampliação da força de trabalho por meio de concursos públicos, figura-se legítimo, em princípio, fundamentar a medida na norma em referência.

10. Assim, e ressalvado o entendimento de oportunidade e conveniência aplicável à espécie, considera-se haver amparo jurídico para o pleito.

11. Avançando no assunto, outro tema de fundamental importância refere-se à questão orçamentária, suscitada pela SEORI e, ao que tudo indica, superável neste momento pela SEPESD.

12. De acordo com a Lei nº 8.745/93, cumpre às Pastas envolvidas identificar o modo de suportar financeiramente a contratação, nos seguintes termos:

Art. 5º As contratações somente poderão ser feitas com observância da dotação orçamentária específica e mediante prévia autorização do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministro de Estado sob cuja supervisão se encontrar o órgão ou entidade contratante, conforme estabelecido em regulamento.

13. Assim, chama-se a atenção para que, do ponto de vista da instrução, parece ser correto cogitar que a proposta a ser apresentada pelo Ministério da Defesa perante o atual Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - MP já indique os dados orçamentários para fazer face à despesa pretendida.

14. No caso dos autos, não foi encontrado, conforme destacado pela SEORI, a indicação da fonte de recursos no orçamento da Marinha, o que pode implicar em retardo da tramitação.

15. O fato parece ser da ciência da SEPESD/MD, que entende que a identificação desses elementos poderá ser realizada posteriormente.

16. Embora a solução pareça viável juridicamente, uma vez que a exigência legal é para que a indicação da fonte do recurso seja anterior, não à autorização dos Ministros envolvidos, mas à contratação em si, recomenda-se que a assinatura do Ministro de Estado da Defesa na minuta de Portaria Interministerial apenas se efetive após as tratativas junto ao MP e se identifique precisamente o modo de custeio. No mais, alerta-se para a provável demora na tramitação do tema em razão desse aspecto.

17. Outro aspecto relevante refere-se à identificação dos requisitos exigidos pela Instrução Normativa citada.

18. Nesse ínterim, facilmente se verifica que todos a norma foi atendida.

19. Com efeito, há a descrição dos quantitativos pretendidos, as justificativas de mérito, informações sobre a situação atual do setor, distribuição do pessoal a ser contratado, dentre outros dados de igual importância descritos no Anexo IV da IN.

20. Especificamente com relação à apresentação de minuta de contrato (um dos documentos exigidos pela IN), observa-se que seus termos atendem o que dispõe a Lei nº 8.745/93, inclusive quanto aos direitos, responsabilidades e prazos.

(...)

23. Pelo exposto, entende-se pela regularidade da proposta apresentada, desde que observadas pela SEPESD/MD as recomendações destacadas em negrito ao longo do parecer.

(...)

42. Por óbvio, nessa hipótese a contratação temporária fundamentada no inciso II do art. 2.º da Lei n.º 8.745/93 ("assistência a emergências em saúde pública") deve obedecer aos comandos normativos do Decreto n.º 7.616/2011, porquanto o § 4.º do art. 2.º da Lei n.º 8.745/93 exigiu a regulamentação do que se entende por emergência em saúde pública, expressão indeterminada.

43. **Outro ponto que merece atenção é que o Supremo Tribunal Federal, no corrente ano (2017), realizou mais um julgamento sobre a matéria. O assunto é de grande relevância para o presente pedido de revisão, pois demonstra exatamente a peculiaridade referente à impossibilidade de resolução imediata da situação, a merecer tratamento adequado quanto a sua transição para outro cenário jurídico.**

44. No caso, **o Tribunal entendeu que leis de contratação temporária não podem prever hipóteses genéricas e, mais além, a prorrogação indefinida dos contratos**, pois serão tidos como inconstitucionais, por violação ao art. 37, IX, da Constituição Federal (STF, Plenário, ADI 3662/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 23/03/2017, Info 858). **Embora o entendimento tenha sido prolatado com foco em leis municipais e estaduais que tentam driblar os limites constitucionais e estabelecem a possibilidade de prorrogações indefinidas, com base em suposto "interesse público", a ratio essendi é a mesma.** Da mesma forma, **contratos irregulares não podem ser prorrogados ou novamente entabulados com desobediência a determinadas balizas jurídicas, sem cronogramas rígidos para a sanear a situação enfrentada.**

45. Naquele caso relatado, **o STF julgou inconstitucional a situação jurídica, mas modulou os efeitos da declaração de forma que somente produzissem efeitos um ano após a data da publicação da ata de julgamento.** Esse entendimento é relevante para que não haja a interrupção instântanea dos serviços prestados (v.g. pessoas no exercício das funções na área de

saúde). Por outro lado, demonstra aquilo que foi ressaltado anteriormente: a necessidade de prazos e cronogramas rígidos para solucionar a questão.

46. O prazo anual foi direcionado à situação apreciada, não se podendo afirmar que é curto ou largo. Não há um prazo fixo para essas situações, de modo que pode não ser o adequado para a solução da complexa controvérsia analisada nestes autos, o que não significa dizer que deva ser elástico. **Dessa maneira, não cabe a este Departamento prever o prazo, mas sim alertar os órgãos competentes sobre a curta duração da medida e a rigidez com que os Tribunais Superiores tratam do tema.**

47. Para fins administrativos, é de bom alvitre aplicar o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei nº 9.784/99, segundo o qual deve vigorar a "*interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação*". Todavia, **quanto às prorrogações e novos credenciamentos**, e nos termos aqui tratados, até que se ultime a realização de concursos públicos e demais adequações necessárias à consolidação das carreiras envolvidas, o gestor é amparado juridicamente tanto pela teoria constitucional contemporânea quanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

48. **Em muitas ocasiões as situações nascem constitucionais e transitam para a inconstitucionalidade (inconstitucionalidade progressiva)**, o que o Supremo Tribunal Federal denominou de "[interpretação ou norma] ainda constitucional". No presente caso, percebe-se a existência de contratações, com base em interpretações fruto de ponderações (v.g. direito à vida), a revelar situação especial (*sui generis*), concreta e constitucionalmente adequada. Com efeito, como dito, a correção de rumos não ocorre de forma instantânea, sendo um processo que depende de alterações fáticas.

49. **Nessas situações imperfeitas, tal como o que acontece na hipótese de algumas contratações irregulares, sem concurso público, as circunstâncias - no momento - justificam a não interrupção imediata dos contratos, para a preservação da continuidade do serviço público e do cumprimento de decisões judiciais quanto ao direito à saúde. Porém, o quadro não pode persistir além do razoável.**

50. Na inconstitucionalidade progressiva, o julgador tem a alternativa de apelar ao legislador para que adote medidas que evitem a concretização de inconstitucionalidade. A Corte Constitucional alemã, por exemplo, adota a técnica de apelo ao legislador (*Appellentscheidung*). Para isso, muitas vezes é necessária a modulação de efeitos ou a concessão de prazos para cumprir a vontade constitucional. O desiderato é homenagear a segurança jurídica, valor constitucional que assumiu centralidade na Carta Magna, sob pena de consideráveis prejuízos (inclusive maiores).

51. Os diplomas brasileiros que tratam da modulação de efeitos (mormente as Leis nº 9868/99, Lei 9882/99) previram expressamente a sua utilização, ainda que direcionadas à Corte Constitucional. Antes do advento daqueles preceitos, a Suprema Corte já era influenciada pelo direito alemão, conforme retrado na doutrina constitucionalista.

52. Há que se rememorar aqui de algumas situações apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. Foi o que ocorreu no HC 70514, relator Ministro Sydney Sanches, sobre a constitucionalidade do art. 5º, parágrafo 5º, da Lei nº 1060/50, incluído pela Lei nº 7871/89, acerca da concessão de prazo duplicado às Defensorias Públicas. O mesmo aconteceu com o Recurso Extraordinário 147.776/SP, relator Ministro Sepúlveda Pertence, entre outros recursos posteriores sobre o tema, no qual se consignou **a permanência do art. 68 do CPP, como norma ainda constitucional, enquanto não fossem criadas e estruturadas Defensorias Públicas para fins de ajuizamento de ação civil ex delicti.**

53. No RE 600885/RS, a Corte determinou que, **mesmo que necessária a interposição legislativa para traçar os requisitos de ingresso às Forças Armadas, seria imprescindível uma modulação para preservar a validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos, salvante o direito daqueles que já tivessem impugnado e com o mesmo objeto.** Nesse caso, a Advocacia-Geral da União inclusive pleitou a prorrogação do prazo relativo à modulação dos efeitos a fim adequar as circunstâncias à interpretação constitucional adequada.

54. **Na hipótese de credenciamento, com o desiderato de não ocasionar a interrupção imediata, a medida deve ter por foco as situações emergenciais (v.g. atendimento em UTI, com médicos intensivistas e anestesistas); os pacientes graves e com risco de morte; a relevância da OMS (hospital estratégico, plantão de urgência, etc.); e, restrinja-se a um quantitativo mínimo para as necessidades emergenciais.**

55. **Ademais, o trâmite necessário à realização dos concursos públicos e demais ações destinadas a sanar a problemática analisada não ocasiona, em regra e nos termos acima descritos, a responsabilização ao gestor, desde que se mantenha ativo na resolução e sem morosidade excessiva, dolosa ou culposa nesse cenário de excepcionalidade.**

56. Impende reiterar, tal como constou da manifestação anterior, que a Administração Pública tem que estancar quaisquer tentativas de inviabilização de concursos públicos. A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – tem tido por escopo reprimir essas práticas que geram enormes prejuízos ao mercado, ainda que em um primeiro momento pareça ser econômica.

57. A Nota Técnica n.º 27/2015/CGAA2/SGA1/SG/CADE, de 23/04/2015, por exemplo, atesta os efeitos nefastos da possível associação de médicos anesthesiologistas, os quais aparentam prejudicar a participação de possíveis interessados em concursos públicos promovidos pela Administração e, por conseguinte, estimular as contratações públicas fundadas em inexigibilidade (Processo n.º 08700.001830/2014-82 disponível em <http://www.cade.gov.br/assuntos/processos-1>):

Processo Administrativo. Influência de prática concertada entre anesthesiologistas. Cooperativas com grande poder de mercado. Monopolização. Restrições de não agressão (litígios comerciais obrigatórios). Impacto sobre licitações públicas. Tabelação. Contexto da coordenação nacional de cooperativas, por parte da Febracan e da SBA. Recomendação de Condenação da Federação Brasileira de Cooperativas de Anesthesiologia – Febracan, Sociedade Brasileira de Anesthesiologia – SBA, e (...) nos termos do artigo 36, incisos I, II e IV

c/c § 3º, I, II, IV, da Lei nº 12.529/11, equivalentes aos art. 20, inciso I, II e IV, e art. 21, incisos I, II e IV, da Lei 8.884/94.

(...)

7. Tem-se, em relação aos dois primeiros, que as condutas imputadas consistem, supostamente: (i) na contratualização das cooperativas com planos de saúde e hospitais de forma coordenada, objetivando a uniformização dos preços das cooperativas; (ii) na decretação de litígios comerciais, que são espécies de acordos de não agressão impossibilitando que cooperativas potencialmente rivais possam concorrer entre si; (iii) na influência de condutas de descrcredenciamento e boicote a hospitais e planos de saúde como meio de barganha; (iv) na ameaça de punição aos médicos que desrespeitassem os litígios comerciais, os boicotes e os descrcredenciamentos promovidos pelas cooperativas; e (v) **na prática de condutas que dificultam ou impossibilitam concorrência nas licitações públicas de contratação de serviços médicos e que desestimulam concursos públicos.**

(...)

2.7.4 Da influência das Representadas na monopolização da prestação de serviços médicos ao sistema público de saúde

168. A forma de atuação da Coopanests no setor público evidencia a ausência de contestação de territórios entre as diferentes cooperativas de anestesiologia, e também os graves efeitos da monopolização dos serviços médicos pelas Coopanests nos seus respectivos estados. De fato, diversas licitações públicas costumam ser ganhas, rotineiramente, pelas cooperativas regionais com dispensa ou inexigibilidade de licitação, sob o argumento de que a Cooperativa contratada trata-se da única da região.

(...)

174. Existem, ainda, provas de que as Coopanests e suas entidades representativas (SBA e Febracan) buscam dificultar a contratação de serviços de anestesiologia pelo SUS por meio de concursos públicos, ao incitar médicos cooperados e médicos de outras regiões a boicotar ou não se inscrever nos concursos. Ou ainda, incitar médicos concursados a abandonar, concomitantemente, o cargo ocupado como servidor público para fazer parte da cooperativa. (...)

(...)

176. Por consequência, impossibilitados de contratar médicos por concursos, ou ainda, outras Cooperativas, a única alternativa do SUS é contratar Coopanests praticamente monopolistas, que determinam os preços que serão pagos por seus serviços, tendo as Secretarias de Saúde pouca margem de negociação para barganhar valores menores.

177. Esse cenário é ainda mais grave quando se tem em conta os instrumentos utilizados pelas Cooperativas para pleitear maiores valores: rompimento de contratos e a cessação na prestação de serviços. Tal fato, aliado aos litígios comerciais, que dificultam sobremaneira as Secretarias de Estado conseguir substitutos para os serviços ofertados pela Cooperativa, trazem consequências nefastas para a saúde da população em geral.

178. Nesta toada, as entidades representativas nacionais - Febracan e SBA - tem papel fundamental nessa configuração potencialmente anticompetitiva que atinge diretamente a prestação de serviços médicos aos estados e municípios. O fomento a uma negociação centralizada e coordenada da prestação dos serviços, aliadas com cláusulas que determinam a observância dos valores determinados, o patrocínio a pactos de não agressão, a coação potencial a médicos dissidentes e, como se verá, o apoio a movimentos de paralisação e boicotes generalizados, são fatores que contribuem para manter e fomentar a ausência de concorrência na prestação de serviços de anestesiologia não apenas a planos de saúde, mas também ao Estado.

179. Assim, ao contrário do que propõem estas entidades, existem diversas provas nos autos que permitem concluir pela promoção de boicotes ao sistema único de saúde, caracterizando infração à ordem econômica.

(...)

2.8 Conclusões

190. Conforme se depreende da análise efetuada até o momento, o que se verifica é que as Representadas, apoiaram ou mesmo promoveram diversas estratégias para aumentar e/ou proteger sua posição dominante e a das suas filiadas no mercado:

. Criação de um ambiente que acaba exigindo que algumas Secretarias de Saúde contratem a Coopanest por inexigibilidade de licitação, dada a sua posição monopolista. A conduta da Coopanest, assim, tem eliminado completamente a concorrência para a prestação de serviços médicos públicos.

(...)

. Exigência de exclusividade dos seus cooperados, impedindo a contratação de anestesiológicos de forma individual, seja para atendimento no serviço público ou particular.

191. Da análise dos pontos suscitados na presente nota, **o que se verifica é uma real e efetiva cartelização dos serviços médicos de anestesiologia, com todos os efeitos deletérios severos resultantes de um conluio.**

(...)

193. Por meio das práticas acima relatadas, os anestesiológicos criam uma assimetria nas negociações, antes inexistente, que lhes permite impor preços mais elevados, uma vez que deixa de ser possível para os tomadores de serviços desviarem seus contratos para os

agentes econômicos rivais, restando a eles apenas adotar as condições impostas pelas cooperativas. Consequentemente, há o aumento de ganhos privados para os médicos anesthesiologistas - que passam a receber mais por cada procedimento realizado e perdas à sociedade como um todo. Os beneficiários de planos de saúde possivelmente pagarão preços mais altos repassados pelas operadoras em razão do aumento de custos devido a remuneração artificialmente exigida pela Representada.

194. Já a Administração Pública passará a comprometer parte maior do orçamento com o pagamento de contratações para serviços de anesthesiologia, possivelmente realizadas por meio de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Tal recurso poderia ser utilizado para realização de outros gastos em saúde, tais como campanhas de vacinação, compras de equipamento, aumento do número de procedimentos médicos realizados e, como consequência, diminuição da fila de espera. Dessa forma, a conduta da Representada tem como efeito, também, a pior utilização do gasto público.

(...)

3. RECOMENDAÇÕES

198. Pelo exposto, recomenda-se, nos termos do art. 74 da Lei nº 12.529/2011 e art. 156, §1º, do Regimento Interno do Cade, que sejam remetidos os presentes autos ao Tribunal Administrativo do Cade para julgamento, opinando-se pela condenação da Federação Brasileira de Cooperativas de Anesthesiologia - Febracan, Sociedade Brasileira de Anesthesiologia - SBA, e (...) em relação a infrações contra a ordem econômica referidas no artigo 36, incisos I, II e IV c/c § 3º incisos I, II e IV, da Lei nº 12.529/11, equivalentes aos art. 20, inciso I, II e IV, e art. 21, incisos I, II e IV, da Lei 8.884/94.

58. O *parquet* também tem atuado quanto às práticas adotadas por algumas associações de médicos, conforme indica o RESP n.º 1444484/RN, relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves, julgado pela 1.ª Turma do superior Tribunal de Justiça em 18/09/2014:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ESTADUAL E DO TRABALHO. ARTIGO 5º, § 5º, DA LEI N. 7.347/1985. COMUNHÃO DE DIREITOS FEDERAIS, ESTADUAIS E TRABALHISTAS. 1. Nos termos do artigo 5º, § 5º, da Lei n. 7.347/1985: "admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei."

2. À luz do art. 128 da CF/88, o Ministério Público abrange: o Ministério Público da União, composto pelo Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; e os Ministérios Públicos dos Estados.

3. Assim, o litisconsórcio ativo facultativo entre os ramos do MPU e os MPs dos Estados, em tese, é possível, sempre que as circunstâncias do caso recomendem, para a propositura de ações civis públicas que visem à responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, à ordem econômica e urbanística, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, inclusive de natureza trabalhista.

4. No caso, além de visar o preenchimento de cargos de anesthesiologistas, em caráter definitivo, junto ao Complexo Hospitalar Universitário, mediante a disponibilização de vagas pela Administração Federal, e a possível intervenção do CADE, a presente demanda objetiva, também, o restabelecimento da normalidade na prestação de tais serviços no Estado do Rio Grande do Norte, em virtude da prática de graves infrações à ordem econômica, com prejuízo ao consumidor, à livre concorrência, domínio de mercado relevante, aumento arbitrário de preços, exercício abusivo de posição dominante, cartelização e terceirização ilícita de serviço público essencial.

5. A tutela dos direitos transindividuais de índole trabalhista encontra-se consubstanciada, no caso em apreço, pelo combate de irregularidades trabalhistas no âmbito da Administração Pública (terceirização ilícita de serviço público), nos termos da Súmula n. 331 do TST, em razão da lesão a direitos difusos, que atingem o interesse de trabalhadores e envolve relação fraudulenta entre cooperativa de mão de obra e o Poder Público, além de interesses metaindividuais relativos ao acesso, por concurso público, aos empregos estatais.

6. Dessa forma, diante da pluralidade de direitos que a presente demanda visa proteger, quais sejam: direitos à ordem econômica, ao trabalho, à saúde e ao consumidor, é viável o litisconsórcio ativo entre o MPF, MPE e MPT. 7. Recurso especial provido.

59. Portanto, o combate aos atos de manipulação do mercado precisam da firme atuação dos órgãos competentes para a prevenção e repressão a essas práticas ilícitas, mormente na área da saúde. De forma semelhante, a solução definitiva quanto à necessidade de recursos humanos aptos à prestação dos serviços de ações de saúde depende dos órgãos ministeriais, tais como a Casa Civil da Presidência da República, os Ministérios do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e da Defesa, em decisivos e necessários diálogos institucionais.

III - CONCLUSÕES E ENCAMINHAMENTOS.

60. Ante o exposto, conclui-se que:

a) Em regra, é incompatível com a Constituição da República (art. 37, II) a contratação de pessoas jurídicas prestadoras de serviço ou profissionais autônomos da área de saúde para atuarem no

interior das instalações das organizações militares de saúde, tendo em vista a existência de carreira com atribuições específicas a serem desempenhadas pelos profissionais especializados das Forças Armadas (art. 1.º, § 2.º, do Decreto n.º 2.271/97).

b) Não obstante, excepcionalmente, é possível o credenciamento como solução emergencial para atender as necessidades por um lapso temporal delimitado, à luz dos direitos constitucionais à vida e à saúde, a fim de se evitar a solução de continuidade na prestação desses serviços públicos essenciais. Portanto, essa modalidade de contratação se encontra momentaneamente em conformidade com a Constituição Federal.

c) O trâmite necessário à realização de concursos públicos e demais ações destinadas a sanar a problemática analisada não ocasiona, em regra e nos termos acima descritos, a responsabilização ao gestor, desde que se mantenha ativo na resolução e sem morosidade excessiva nesse cenário de excepcionalidade.

À consideração superior.

Brasília, 11 de agosto de 2017.

JOAO PAULO CHAIM DA SILVA
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00441000134201526 e da chave de acesso 2543a2c4