



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER n. 00048/2019/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00443.000050/2018-15

INTERESSADOS: UNIÃO - HOSPITAL MILITAR DE AREA DE SAO PAULO - HMASP

ASSUNTOS: AQUISIÇÃO

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CREDENCIAMENTO. NATUREZA JURÍDICA DE PROCEDIMENTO AUXILIAR. CONTRATAÇÕES DECORRENTES.

I - Em relação ao credenciamento para serviços de assistência médico-hospitalar relacionados ao FUSEX, é possível que as contratações decorrentes sejam feitas com natureza de pequenos serviços de escopo, por demanda, o que permitiria a substituição do contrato por instrumentos substitutivos admitidos pelo artigo 62 Lei nº 8.666/93.

II - O Parecer nº 0003/2017/CNU/CGU/AGU não concluiu pela impossibilidade de adoção do regime jurídico contratual de serviços contínuos (inciso II, do art. 57 da Lei nº 8.666/93), para as contratações decorrentes do procedimento auxiliar credenciamento, embora tenham sido feitos apontamentos sobre algumas dificuldades possíveis nesse formato de contratação.

1. DO RELATÓRIO

1. Trata-se de solicitação, encaminhada através do DESPACHO nº 00137/2019/CJU-SP/CGU/AGU, para que esta Consultoria-Geral da União se manifeste a respeito do PARECER nº 0003/2017/CNU/CGU/AGU, de modo a esclarecer se, no âmbito do credenciamento dos serviços de assistência médico-hospitalar das Forças Armadas, é juridicamente possível ou não a contratação pelo regime de serviços continuados do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93.

2. Inicialmente, o feito foi distribuído ao presente signatário, para a formulação dos esclarecimentos solicitados pela Exma. Dr^a Luciana Pires Csipai, através da Nota Jurídica n. 00003/2019/CJU-SP/CGU/AGU, manifestação aprovada pelo Exmo. Jorge Cesar Silveira Baldassare Gonçalves, Coordenador Geral da Consultoria Jurídica da União em São Paulo, através do despacho de aprovação n. 00078/2019/CJU-SP/CGU/AGU.

3. A suscitada dúvida foi explicada na aludida Nota jurídica, motivo pelo qual a transcreveremos, abaixo:

1. No âmbito da CIUEC/CJU/SP, estamos debatendo o tema do credenciamento dos serviços de assistência médico-hospitalar das Forças Armadas, inclusive já tendo proferido o Parecer nº 0147/2019/CJU-SP/CGU/AGU (NUP 00443.000050/2018-15).

2. Na data de 27/03/2019, foi divulgado o Parecer nº 03/2017/CNU/CGU/AGU, aprovado pelo Consultor-Geral e pelo Advogado-Geral, com a seguinte conclusão em seu parágrafo 77, alínea “e”:

e) há respaldo jurídico para que a vigência das contratações firmadas com o fornecedor credenciado não sejam fixadas por prazo determinado, em instrumento contratual de serviços contínuos, com base no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666/93. Nesses casos, as contratações ocorrerão autonomamente a cada demanda pela prestação do serviço, seguindo a regra própria e

adotando instrumentos aptos à substituição do contrato, conforme admitido pelo artigo 62 da Lei nº 8.666/93;

3. Infere-se que não restou expressamente vedada a adoção do regime do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93 para os serviços de assistência médico-hospitalar contratados por meio de credenciamento – pois a alínea “e” apenas registra que há respaldo jurídico para a adoção de regime diverso (no caso, contratações autônomas a cada demanda pela prestação do serviço).

4. Porém, em diversos trechos da fundamentação do parecer, as razões externadas parecem indicar a posição da CNU de que os referidos serviços não podem ser caracterizados como serviços contínuos e, portanto, não podem ser enquadrados no regime do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93, conforme a seguir reproduzido:

57. (...) Não há uma prestação de serviço direta e continuamente executado para a Administração, mas a realização de um serviço pontualmente solicitado e consumado, para atendimento do beneficiário solicitante.

58. Em relação ao credenciamento, convém frisar, a formalização a priori de instrumento contratual pode, inclusive, conflitar com a lógica estabelecida na Lei nº 8.666/93, pois, havendo incerteza sobre a demanda a ser provocada ao fornecedor credenciado, não é possível estabelecer-se, de antemão, quantitativo preciso de execução dos serviços, durante o período de credenciamento.

66. Os serviços de assistência médico-hospitalar, prestados em razão de edital de credenciamento, não devem ser caracterizados, necessariamente, como serviços contínuos.

68. (...) Ele induz à compreensão de que a noção de serviços contínuos pode variar de acordo com a necessidade para o desempenho das atribuições do órgão e que apenas deveriam ser entendidos como contínuos os serviços essenciais à atividade administrativa.

69. Nas relações contratuais dos serviços de assistência médico-hospitalar, prestados em razão de edital de credenciamento, não há propriamente a prestação de um serviço contínuo, nos estreitos limites atualmente definidos. Na verdade, as atividades credenciadas não são propriamente necessárias à Administração para o desempenho de suas atribuições, elas são executadas de forma eventual e aleatória, de acordo com a demanda surgida. Demonstra isso, facilmente, o fato de que um fornecedor credenciado pode não ser provocado a prestar o serviço credenciado, pela inexistência de demanda provocada pelo usuário.

70. Nesta feita, parece-nos que, em muitos casos, ao menos, como ocorre nos serviços de assistência médico-hospitalar do Fusex, não haverá a aplicação do inciso II do artigo 57, com limitação da vigência temporal. Cada demanda provocada, em função do credenciamento, representará uma contratação própria, autônoma, a qual será regida pelo caput do artigo 57 e, inclusive, poderá prescindir do instrumento contratual, nas hipóteses admitidas pelo artigo 62 da Lei nº 8.666/93.

5. A referida decisão da CNU constitui a orientação do DECOR/CGU e, por ter sido aprovada pelo Consultor-Geral e pelo Advogado-Geral, nos termos do art. 7º, §§ 2º e 3º, do Ato Regimental AGU nº 1/2016 (então vigente), acarreta efeitos vinculantes para os Advogados da União desta CJU/SP.

6. Desta forma, solicitamos a manifestação formal do DECOR/CGU (considerando que a CNU foi extinta pelo Ato Regimental AGU nº 1, de 22/03/2019), para que esclareça expressamente se, no âmbito do credenciamento dos serviços de assistência médico-hospitalar das Forças Armadas, é juridicamente possível ou não a contratação pelo regime de serviços continuados do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93.

4. Por sua vez, o Coordenador Geral da Consultoria Jurídica da União em São Paulo, através do Despacho de aprovação n. 00078/2019/CJU-SP/CGU/AGU, de maneira acertada, ponderou que, com a revogação do Ato regimental nº 01/2016, instituidora da Câmara Nacional de Uniformização-CNU, pelo **Ato Regimental nº 1/2019**, competiria ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR analisar o presente questionamento. Nesta feita, aprovando e reiterando a solicitação de esclarecimento firmada pela Nota Jurídica n. 00003/2019/CJU-SP/CGU/AGU, sugeriu o exame do questionamento e eventual formulação de Orientação Normativa sobre o assunto.

5. Contudo, logo em seguida, foi apresentado o Parecer n. 00392/2019/CJU-SP/CGU/AGU, que demandou a análise de revisão do Parecer nº 03/2017/CNU/CGU/AGU (NUP nº 00671.000641/2014-75, seq. 14), quanto à possibilidade jurídica de enquadramento dos serviços de assistência médico-hospitalar de militares e seus dependentes como serviços de natureza contínua, nos termos do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93, de acordo com os critérios de oportunidade e conveniência do órgão credenciador.

6. Convém a transcrição das **conclusões** firmadas pelo PARECER nº 0003/2017/CNU/CGU/AGU (NUP nº 00671.000641/2014-75, seq. 14), da extinta Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos da Consultoria-Geral da União, aprovado pelo Consultor-Geral e pelo Advogado-Geral:

77. Diante das razões expostas, chegou-se a uniformização dos seguintes entendimentos:

a) os entendimentos consolidados pela CNU no presente parecer aplicam-se aos processos de credenciamento de Organizações Cíveis de Saúde realizados no âmbito do Exército, Marinha e Aeronáutica, não sendo apenas direcionado ao Fusex;

b) a assinatura conjunta do termo de adesão, cuja minuta deve ser incluída como anexo do edital, pode ser compreendida como ato formal de credenciamento, contudo, deve ser preservada a necessidade de publicação de portaria de credenciamento, momento em que se dará o início dos efeitos jurídicos do credenciamento, passando o fornecedor a deter a prerrogativa de caracterizar-se como credenciado;

c) em caso de atendimento apenas parcial do pedido de credenciamento, o interessado deverá ser convocado para apresentar nova carta-proposta e termo de adesão ajustados aos serviços e itens autorizados para credenciamento, resguardada a possibilidade de apresentar-se ulterior pedido de credenciamento (carta-proposta e termo de adesão) para os itens inicialmente não atendidos ou para outros que não tenham sido solicitados, caso o interessado entenda que preenche ou passou a preencher os requisitos para os respectivos requisitos de habilitação;

d) há respaldo jurídico na proposição de que inexistente prazo limite para que interessados possam comparecer perante a administração pública e solicitar o credenciamento, concluindo-se por ser indeterminado o prazo do edital, sem prejuízo de submeter-se a alterações no curso do credenciamento, inclusive no rol dos serviços, preços e demais termos e condições, que vincularão os credenciados mediante cláusula no edital, prevendo que, salvo pedido de descredenciamento, a adesão ao mesmo implica no aceite de suas eventuais alterações supervenientes. O edital deve ainda prever instrumentos de periódica avaliação para que se exija dos credenciados a manutenção dos requisitos, inclusive habilitatórios, exigidos no instrumento convocatório.

e) há respaldo jurídico para que a vigência das contratações firmadas com o fornecedor credenciado não sejam fixadas por prazo determinado, em instrumento contratual de serviços contínuos, com base no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666/93. Nesses casos, as contratações ocorrerão autonomamente a cada demanda pela prestação do serviço, seguindo a regra própria e adotando instrumentos aptos à substituição do contrato, conforme admitido pelo artigo 62 da Lei nº 8.666/93; (grifo nosso)

f) as peculiaridades do segmento econômico afeto ao objeto do credenciamento tornam desnecessário que o edital imponha a aplicação automática de índice ou índice específico para determinados itens ou serviços, havendo respaldo legal para que o instrumento convocatório preveja atualização anual de preços pela Administração, com isso assegurando-se que os valores praticados no âmbito do credenciamento só se alterem em caso de real necessidade e que os valores continuem efetivamente compatíveis com a realidade do setor;

g) é desnecessária a realização de prévia e formal pesquisa de mercado para atualização anual dos preços, tendo, por outro lado, a Administração o dever de instruir os autos com justificativa da adequação dos preços praticados ou propostos. À consideração do Plenário da Câmara Nacional de Uniformização.

7. De acordo com a própria CJU/SP, a adoção do regime dos serviços continuados para as contratações decorrentes do credenciamento não restou expressamente vedada – pois a alínea “e” do PARECER nº 0003/2017/CNU/CGU/AGU se limita a dizer que há respaldo jurídico para a adoção de regime diverso (no caso, o contrato por escopo). Dessa forma, tal posicionamento se mostraria congruente com o defendido pelo órgão no Parecer nº 0147/2019/CJU-SP/CGU/AGU e na Orientação Normativa CIUEC/CJU/SP nº 5, de 07/03/2019.

8. Conforme se depreende do processo, desde outrora, a CJU/SP sedimentou seu entendimento pela possibilidade jurídica de contratação dos serviços credenciados tanto na formatação de "contrato de escopo" quanto de "contrato por prazo" – e, nessa segunda hipótese, permitindo-se também o enquadramento como "serviços continuados", passíveis de prorrogação até o limite de 60 (sessenta) meses, nos termos do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93. Por consequência, a CJU/SP elaborou modelos de edital de credenciamento e de contrato para seus órgãos assessorados, adotando a disciplina dos serviços continuados, caso optem pela formatação do contrato por prazo.

9. Na possibilidade de enquadramento desses contratos como serviços continuados, parece residir a insatisfação motivadora do Parecer n. 00392/2019/CJU-SP/CGU/AGU. Segundo a CJU/SP, embora as conclusões do PARECER nº 0003/2017/CNU/CGU/AGU estejam de acordo com seu entendimento sobre o tema, ponderou-se que, no corpo do Parecer, argumentações externadas pareceriam indicar que a posição da CNU seria contrária à utilização da modelagem de "contratos de serviços contínuos" para com os fornecedores credenciados, inadmitindo o enquadramento no regime do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93. A íntegra dos trechos relacionados a tais argumentações foram os seguintes:

57. Não se confundindo o credenciamento com a contratação dele decorrente, convém sopesar que esta (a contratação) dar-se-á nos termos estabelecidos pela legislação. Em relação ao Fusex, por exemplo, a contratação é feita pontualmente, para a prestação do serviço solicitado pelo beneficiário. **Não há uma prestação de serviço direta e continuamente executado para a Administração, mas a realização de um serviço pontualmente solicitado e consumado, para atendimento do beneficiário solicitante.** Nessa hipótese, inclusive, o instrumento contratual será, **na maioria das vezes**, substituível por outros instrumentos hábeis, como a nota de empenho ou a ordem de serviço, a teor do que prescreve o artigo 62 da Lei nº 8.666/93, conjuntamente com o artigo 60 da Lei nº 8.320/64.(...).

58. Em relação ao credenciamento, convém frisar, a formalização a priori de instrumento contratual **pode**, inclusive, **conflitar** com a lógica estabelecida na Lei nº 8.666/93, **pois, havendo incerteza sobre a demanda a ser provocada ao fornecedor credenciado, não é possível estabelecer-se, de antemão, quantitativo preciso de execução dos serviços, durante o período de credenciamento.** Nesse ponto, a execução dos serviços credenciados assemelha-se à execução que sedá diante de uma Ata de Registro de Preços, cuja contratação decorrente do preço registrado pode prescindir do instrumento contratual, desde que identificadas algumas das hipóteses admitidas pelo artigo 62 da Lei nº 8.666/93.

(...)

66. Os serviços de assistência médico-hospitalar, prestados em razão de edital de credenciamento, não devem ser caracterizados, **necessariamente**, como serviços contínuos.

67. O extinto MARE (posterior Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio, vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão), em sua IN nº 18, conceituou serviços continuados da seguinte forma:

“São aqueles serviços auxiliares, necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro”.

68. Este conceito foi reproduzido pelo TCU, em seu manual de orientações básicas sobre licitações e contratos. Ele induz à compreensão de que a noção de serviços contínuos pode variar de acordo com a necessidade para o desempenho das atribuições do órgão e que apenas deveriam ser entendidos como contínuos os serviços essenciais à atividade administrativa.

69. Nas relações contratuais dos serviços de assistência médico-hospitalar, prestados em razão de edital de credenciamento, não há propriamente a prestação de um serviço contínuo, **nos estreitos limites atualmente definidos.** Na verdade, as atividades credenciadas não são propriamente necessárias à Administração para o desempenho de suas atribuições, elas são executadas de forma eventual e aleatória, de acordo com a demanda surgida. Demonstra isso, facilmente, o fato de que um fornecedor credenciado pode não ser provocado a prestar o serviço credenciado, pela inexistência de demanda provocada pelo usuário.

70. Nesta feita, parece-nos que, **em muitos casos**, ao menos, como ocorre nos serviços de assistência médico-hospitalar do Fusex, **não haverá a aplicação do inciso II do artigo 57, com limitação da vigência temporal.** Cada demanda provocada, em função do credenciamento, representará uma contratação própria, autônoma, a qual será regida pelo caput do artigo 57 e, inclusive, poderá prescindir do instrumento contratual, nas hipóteses admitidas pelo artigo 62 da Lei nº 8.666/93. (grifos nossos)

10. O referido Parecer levanta argumentação para defender a viabilidade da adoção dos denominados contratos de serviços contínuos, notadamente em relação à caracterização dos serviços que se pretende "credenciar" como contínuos e eventuais problemas atinentes a questões orçamentárias, bem como suscita dificuldades intrínsecas à adoção do modelo de contrato por escopo, para esses serviços de assistência médico-hospitalar. Segundo tal manifestação, a solução que propõe a utilização exclusiva ou preponderante do contrato por escopo "parece ser muito simplista e incapaz de contemplar a complexidade que envolve a assistência médico-hospitalar, além de gerar potencial comprometimento ao próprio direito à saúde e à vida que pretende proteger", assertiva forte, que despreza a seriedade do trabalho e a preocupada análise feita pelos membros da Câmara Nacional de Uniformização.

11. Por fim, foi exarado o escoreito DESPACHO nº 00137/2019/CJU-SP/CGU/AGU, submetendo a análise da questão a este Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR), nos termos do artigo 14, inciso I, alíneas "a" e "b", do Decreto nº 7.392/2010:

2. O ponto de enfrentamento se resume em avaliar se os serviços médico hospitalares para os beneficiários das forças armadas, contratados por meio de credenciamento, tem ou não natureza de serviços continuados, ao que esta CJU/SP, pela sua Câmara Interna responde que sim, - ao lado da possibilidade outra de classificação como contrato por escopo - mas o Parecer CNU, acima mencionado, não fora explícito em um dos sentidos, embora querendo parecer que também acolhe esse entendimento de viabilidade da contratação continuada, pelo teor da conclusão que, contudo, estaria em sentido inverso ao de trechos da fundamentação - tudo na forma do Parecer ora submetido para exame.

3. Dessa forma, forte na fundamentação constante do pronunciamento, submeto à apreciação do DECOR, nos termos do artigo 14, inciso I, alíneas "a" e "b", do Decreto nº 7.392/2010, para o fim de revisão do Parecer nº 3/2017/CNU/CGU/AGU, em específico quanto à possibilidade jurídica de enquadramento dos serviços de assistência médico-hospitalar de militares e seus dependentes como serviços de natureza contínua, nos termos do artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

12. É o sucinto relato.

2. DA ANÁLISE

13. Primeiramente, convém registrar nossa concordância com a compreensão externada pelo Coordenador Geral da Consultoria Jurídica da União em São Paulo, ao ponderar que, com a revogação do Ato regimental nº 01/2016, pelo Ato Regimental nº 1/2019, competiria ao DECOR analisar a dúvida suscitada. Realmente, a competência para análise e manifestação, pela Consultoria-Geral da União, dos processos pendentes de apreciação e deliberação, consta expressa no parágrafo único do artigo 12 do Ato Regimental 01/2019. Ademais, no âmbito da Consultoria-Geral da União, o Decreto federal nº 7.392/2010 impõe ao DECOR a competência para "orientar e coordenar os trabalhos das Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes, especialmente no que se refere à: a) uniformização da jurisprudência administrativa; b) correta aplicação das leis e observância dos pareceres, notas e demais orientações da Advocacia-Geral da União; e c) prevenção de litígios de natureza jurídica."

14. Sem dúvida, parece ser este o órgão competente para dirimir a dúvida suscitada.

15. A coincidência de ter o presente signatário, que foi o relator do Parecer nº 03/2017/CNU/CGU/AGU, assumido o honroso encargo de prestar colaboração temporária ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria Geral da União, talvez torne mais fácil o esclarecimento solicitado, sobre a possibilidade de, através do credenciamento, firmar-se contratos pelo regime jurídico de serviços continuados, com prazos de vigência nos termos do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93.

16. Como registrado pela Dr^a Luciana Maria Junqueira Terra, através do Parecer n. 00147/2019/CJU-SP/CGU/AGU, o tema credenciamento é deveras complexo e, mesmo no âmbito da CNU, foi objeto de diversas reuniões e sequenciadas manifestações jurídicas, para construção de um entendimento. Convém frisar que o Parecer nº 03/2017/CNU/CGU/AGU não foi concebido em razão da opinião pessoal do relator, mas sim da conjugação de entendimentos dos membros da CNU, após diversas reuniões, oitiva de órgãos assessorados, de órgãos consultivos da

AGU que se prestaram a tanto, além de apontamentos feitos às valorosas manifestações confeccionadas pelos relatores anteriores.

17. Desta conjugação de entendimentos, uma premissa base foi formulada: a natureza jurídica do credenciamento não é, propriamente, de uma contratação por inexigibilidade. Na verdade, ele seria um procedimento auxiliar adotado para o atendimento de pretensões contratuais em que a competição seria inviável, tendo em vista que atenderia ao interesse público não apenas a contratação de um fornecedor, eventualmente vencedor da licitação, mas o credenciamento para ulterior e eventual contratação de todos os fornecedores aptos à prestação dos serviços necessários.

18. Neste sentido, também, parece já se posicionar a Instrução Normativa nº 05/2017, ao apresentar a seguinte definição para o credenciamento, em seu anexo I:

IV - CREDENCIAMENTO: ato administrativo de chamamento público destinado à pré-qualificação de todos os interessados que preencham os requisitos previamente determinados no ato convocatório, visando futura contratação, pelo preço definido pela Administração.

19. Não se deve confundir o credenciamento com os contratos ou contratações que serão firmados a partir dele. A natureza jurídica do credenciamento não equivale à do contrato administrativo, pois ele mais se aproxima de um procedimento auxiliar, como o registro cadastral ou a pré-qualificação permanente, produzido para justificar ulteriores contratações diretas, por inexigibilidade, tendo em vista que o interesse público não objetiva selecionar um contratado, mas todos os potenciais fornecedores da pretensão contratual.

20. Esta percepção é fundamental para perceber que o credenciamento, enquanto procedimento auxiliar para credenciar fornecedores aptos aos futuros fornecimentos de serviços, não se submete estritamente ao regime jurídico do contrato administrativo, embora submeta-se integralmente ao regime jurídico de direito público. Assim, por exemplo, mesmo sendo adequado definir-se uma vigência para o credenciamento, ela não precisará seguir as regras do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, atinente à vigência dos contratos administrativos.

21. Por outro lado, inafastável que as contratações decorrentes do credenciamento restarão submetidas ao regime jurídico contratual definido para a Administração Pública, inclusive em relação a suas vigências.

22. Pois bem, feita esta ponderação, após as oitavas feitas nas sessões da CNU, lançou-se dúvida sobre a obrigatoriedade de classificação das contratações, para o FUSEX, decorrentes de credenciamento, na formatação dos contratos de serviços contínuos.

23. Embora não exista impossibilidade, até porque o tema credenciamento é um terreno fecundo para debates e aprimoramentos (dada, inclusive, a ausência de regulamentação precisa), os debates na CNU externaram a impressão de que este formato contratual poderia trazer algumas dificuldades práticas, visto que as execuções dos serviços decorrentes do credenciamento são feitas pontualmente, sendo possível que um determinado fornecedor credenciado, inclusive, jamais forneça o serviço ao usuário ou passe longos períodos sem fornecer o serviço.

24. Importante reiterar que, diferente do aparentemente compreendido pelo Parecer n. 00392/2019/CJU-SP/CGU/AGU, os membros da CNU não propuseram uma utilização "exclusiva ou preponderante do contrato por escopo" ou muito menos uma solução "simplista e incapaz de contemplar a complexidade que envolve a assistência médico-hospitalar".

25. O consenso dos membros da CNU, após diversas sessões, debates e oitavas de representantes de órgãos federais, foi consolidado nas conclusões do Parecer n. 0003/2017/CNU/CGU/AGU. Diante das ponderações feitas pelos referidos representantes, de que em alguns órgãos existia recomendação de obrigatoria formalização de instrumento contratual, para cada credenciado, bem como das alegadas dificuldades que este proceder gerava na prática administrativa, decidiu-se por registrar a conclusão de que seria legítima a adoção do credenciamento, sem a necessária pactuação de contratos de serviços contínuos com cada credenciado. Esta posição da CNU não impede a adoção desta modelagem de contratação de serviços com base no inciso II do artigo 57, mas permite que as contratações com os fornecedores credenciados ocorram a cada demanda, pela prestação do serviço, com a adoção de instrumentos aptos à substituição do contrato, conforme admitido pelo artigo 62 da Lei nº 8.666/93.

26. Imaginou-se, inclusive, que tal raciocínio estava claro na conclusão do Parecer, segundo a qual:

e) há respaldo jurídico para que a vigência das contratações firmadas com o fornecedor credenciado não sejam fixadas por prazo determinado, em instrumento contratual de serviços contínuos, com base no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666/93. Nesses casos, as contratações ocorrerão autonomamente a cada demanda pela prestação do serviço, seguindo a regra própria e adotando instrumentos aptos à substituição do contrato, conforme admitido pelo artigo 62 da Lei nº 8.666/93;

27. Os fragmentos de parágrafos que fundamentaram o pedido de revisão deveriam ter sido considerados como *obiter dictum*. Conforme o dicionário Merriam-Webster, *obiter dictum* é “*an incidental and collateral opinion that is uttered by a judge but is not binding*”^[1]; uma opinião proferida com efeito persuasivo, mas não vinculante. Ao definir de maneira mais coloquial, o dicionário o caracteriza como “*an incidental remark or observation*”, o que pode ser traduzido como “uma observação ou ressalva incidental”. O conceito de *obiter dictum* tem sua etimologia derivada do latim, carregando o significado: “*algo dito de passagem*”. Nesse diapasão, ele pode ser compreendido como discussões apresentadas pelo caminho (*saying by the way*), não consolidando-se como precedente ou atraindo prerrogativa vinculante (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil - Volume 2 - Edição 2017. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 491).

28. Esta condição resta evidente, inclusive, pela ausência de conclusão dispondo no sentido reclamado. Pensar de forma contrária legitimaria a revisão de qualquer manifestação jurídica exposta pelo DECOR ou por qualquer outro órgão consultivo da AGU, mesmo que a discordância ou a divergência de entendimentos se encontrasse em frases específicas ou argumentações dispostas no corpo do Parecer, não sedimentadas pela conclusão da manifestação.

29. Nesse prumo, deduz-se da análise das conclusões do Parecer n. 0003/2017/CNU/CGU/AGU, que o mesmo não assentou a impossibilidade de adoção do modelo de contratação no formato de serviços contínuos; há inexistência de efeito vinculante na argumentação apresentada nos fragmentos dos trechos questionados, inexistindo justificativa para o pedido de revisão apresentado pelo Parecer n. 00392/2019/CJU-SP/CGU/AGU.

30. Nada obstante firmada a premissa acima, em respeito à argumentação suscitada pelos ilustres membros da Consultoria Jurídica da União em São Paulo, notadamente as colocações finais feitas pelo Parecer n. 00392/2019/CJU-SP/CGU/AGU, convém fazer alguns apontamentos, em acréscimo às observações já suscitadas no corpo do Parecer n. 0003/2017/CNU/CGU/AGU.

31. Com a *devida venia*, há dificuldades na execução prática das contratações decorrentes de credenciamento, seja qual for o formato adotado. A adoção deste procedimento auxiliar não consta na Lei nº 8.666/93 e vem sendo desenvolvida pela inventividade e arrojo de agentes públicos, quando estes encontram apoio em seus órgãos de assessoramento jurídico. Longe da propositura de “soluções simplistas”, o objetivo é construir soluções para a efetiva prestação dos serviços públicos; temos convicção que esta é a postura da CJU/SP, assim como o foi da Câmara Nacional de Uniformização - CNU.

32. Tais soluções, quanto menos ortodoxas, exigirão esforço hermenêutico ou até mesmo construção de novos raciocínios sobre a aplicação da norma jurídica na execução prática da atividade administrativa.

33. Neste ponto, as dificuldades bem ilustradas pelo Parecer n. 00392/2019/CJU-SP/CGU/AGU, em seu parágrafos 45 a 58, seriam também identificadas, mesmo que o formato contratual se desse como serviços contínuos, uma vez que a execução de serviços cujas rotinas não estejam previamente definidas, exigirão, no mínimo, ordem de serviço ou autorização por parte do órgão contratante. Não há que se comparar a execução dos serviços de saúde a serem executados em razão do credenciamento do FUSEX, com a execução de serviços de limpeza ou de vigilância contratados como serviços continuados, pois nestes, via de regra, as rotinas de execução já estão previamente definidas no termo de referência e o preço de pagamento é fixado não por cada execução em específico, mas pelo período de contínua prestação do serviço (via de regra, mensal).

34. Adotando-se a execução dos serviços de saúde a serem executados em razão do credenciamento do FUSEX, no formato de contratos de serviços contínuos (art. 57, II) (o que, ressalte-se, é possível), ele mais se aproximará

de contratos de serviços cuja execução precisa ser autorizada, como ocorre em manutenções corretivas ou em serviços de cotação de preços, reserva e emissão de bilhetes de passagens.

35. Assim, as dificuldades ilustradas pelo Parecer n. 00392/2019/CJU-SP/CGU/AGU podem ser identificadas, mesmo adotando-se o modelo de contratos de serviços continuados. De qualquer forma, não devem ser óbice intransponível à tentativa de aperfeiçoamento deste modelo de contratação.

36. Por outro lado, e aqui o fazemos apenas por amor ao debate e como uma observação incidental, bom reiterar que o extinto MARE (posterior Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio, vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão), em sua IN nº 18, conceituou serviços continuados da seguinte forma: “São aqueles serviços auxiliares, necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro”. Em norte semelhante, a Instrução normativa nº 05/2017, da SEGES/MPDG, define que os serviços prestados de forma contínua são aqueles que, **pela sua essencialidade**, visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro. Vale a transcrição do dispositivo:

Art. 15. Os serviços prestados de forma contínua são aqueles que, pela sua essencialidade, visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

Parágrafo único. A contratação de serviços prestados de forma contínua deverá observar os prazos previstos no art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 16. Os serviços considerados não continuados ou contratados por escopo são aqueles que impõem aos contratados o dever de realizar a prestação de um serviço específico em um período predeterminado, podendo ser prorrogado, desde que justificadamente, pelo prazo necessário à conclusão do objeto, observadas as hipóteses previstas no § 1º do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

37. Diante desses conceitos, a condição de prestação eventual, pelo credenciado, parece se chocar com a essencialidade do serviço, para aquele contrato em específico. Concordamos com o raciocínio externado pelo Parecer n. 00392/2019/CJU-SP/CGU/AGU, de que “a caracterização do serviço continuado está ligada à essencialidade da atividade para atender uma necessidade pública permanente e contínua – de modo que, caso interrompida, tem o condão de comprometer a adequada prestação dos serviços públicos ou o cumprimento da missão institucional do órgão, em cada caso concreto”. Inclusive, defendemos ampliação ainda maior em relação ao conceito de serviços continuados:

Os limites para incidência do dispositivo (inciso II do artigo 57) já estão expressamente previstos, não havendo motivo evidente para o elemento de essencialidade que se pretende impor.

Devemos ressaltar, todavia, que tal interpretação restritiva é fulcrada na preocupação dos órgãos de controle com a renovação (“prorrogação”) indiscriminada de serviços, prejudicando a competitividade pela continuidade de contratações não essenciais.

Essa preocupação, que é justa, ignora que a possibilidade de renovação pode servir como fomento à competitividade, permitindo a percepção de melhores preços, pelos reflexos naturais que uma maior extensão contratual pode causar ao interesse dos participantes. Ademais, como elemento condicionante da renovação, a própria Lei já estipula a necessidade de vantagem em relação aos preços praticados no mercado.

Uma saída jurídica parece ser a interpretação ampla do conceito de serviço contínuo, de forma que a “essencialidade” deva ter relação não apenas com a natureza da atividade administrativa, mas também com a atividade contratada. Esse elemento deixaria de ser concebido como uma imposição técnica, para ser consagrado como algo intrínseco à pretensão contratual.

Uma relação contratual de prestação de serviço que, por sua natureza, exija essencialmente dilação da prestação contratual, deve ser interpretada como serviço contínuo, o que permitiria que seu edital previsse a renovação, mesmo não tendo relação com atividades essenciais do órgão administrativo (TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 10ª edição. Salvador: Jus podivm, 2019).

38. Contudo, convém sopesar que esta não é uma compreensão consolidada. O Tribunal de Contas da União, por exemplo, recentemente, em situação paralela, entendeu que os serviços especializados de aplicação e correção de provas anuais, como o Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (Enade), não poderiam ser considerados como continuados, por constituírem serviços específicos realizados em um determinado período, mesmo diante da alegada essencialidade da prestação e da necessidade permanente da entidade (Acórdão 925/2019 Plenário). O Tribunal, na hipótese, mesmo reconhecendo a essencialidade do serviço, rejeitou a sua formatação contratual como "continuado" (Art. 57, II, da Lei nº 8.666/93), pelo formato de execução das atividades.

39. Mesmo discordando da opinião do TCU, naquela situação concreta, convém admitir que esta compreensão cria certa dificuldade à caracterização da contratação como contínua, notadamente quando ressabido que, em relação ao contratado, a execução da atividade médica pode ser, inclusive, eventual, de acordo com o surgimento da demanda pelo usuário. Frise-se, um credenciado pode, em tese, não ser provocado por longo período a executar o serviço. Assim, se não há dúvida sobre o fato de que a necessidade pública é contínua, pode sim ser suscitada dúvida sobre esta condição em relação ao contrato a ser firmado.

40. Disponibilizar um serviço não é o mesmo que mantê-lo contratado. Esta disponibilização pode ser feita através de instrumento vinculativo obrigacional diferente do contrato administrativo, como ocorre na Ata de Registro de Preços ou no Credenciamento.

41. Em relação à questão orçamentária, há uma preocupação com a previsão quantitativa do escopo contratual. No formato legal do contrato administrativo, previsto pela Lei nº 8.666/93, é necessária a definição de seu valor, com limitações legais para a sua ampliação ou supressão. Embora a Lei nº 4.320, de 1964, "admita empenho estimativo", não há na Lei nº 8.666/93 a previsão de contrato estimativo. Ao revés, ela define cláusulas restritivas à alteração do valor contratual (artigo 65).

42. Nesse ponto, importante imaginar que em razão do critério de escolha pelo usuário, alguns fornecedores credenciados poderiam ser muito acionados a executar o serviço médico, com patamar de "acréscimo" superior aos 25% admitidos pelo regime jurídico contratual, em relação ao quantitativo inicialmente previsto, enquanto outros poderiam ser pouco acionados pelos usuários, o que poderia implicar redução acima do patamar de supressão unilateral admitido pelo regime jurídico contratual, em relação ao quantitativo previsto contratualmente.

43. Outro problema seria uma enorme quantidade de contratos de serviços continuados com o mesmo objeto, exigindo publicidade e custos com sua gestão e fiscalização.

44. Esses e outros apontamentos, frutos do debate realizado pelos membros da CNU, diante das informações trazidas aos processos por todos os pareceristas relatores e demais autoridades ouvidas, geraram a conclusão de que haveria respaldo jurídico para que a vigência das contratações firmadas com o fornecedor credenciado não fossem necessariamente fixadas por prazo determinado, em instrumento contratual de serviços contínuos, com base no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, mas como contratações autônomas, a cada demanda pela prestação do serviço, adotando-se instrumentos aptos à substituição do contrato, conforme admitido pelo artigo 62 da Lei nº 8.666/93.

45. Neste prumo, entendeu-se que firmar a existência do respaldo jurídico acima indicado era importante, em virtude de entendimentos divergentes apontados pelos relatores anteriores, que impunham a pactuação de contratos no formato "serviços continuados", prescrito pelo inciso II do artigo 57, da Lei nº 8.666/93.

46. Diante das questões suscitadas em relação ao FUSEX, pareceu aos membros da CNU que seria necessário admitir, expressamente, que a vigência das contratações firmadas com o fornecedor credenciado não seriam obrigatoriamente fixadas por prazo determinado, em instrumento contratual de serviços contínuos, admitindo-se, como resta evidente nas conclusões do Parecer, que as contratações pudessem ser firmadas autonomamente a cada demanda pela prestação do serviço, seguindo regra própria e adotando instrumentos aptos à substituição do contrato, conforme permitido pelo artigo 62 da Lei nº 8.666/93.

47. Convém esclarecer que a conclusão não foi peremptória, definindo impossibilidade de adoção do regime jurídico de "serviços continuados", para as contratações decorrentes de credenciamento, pois reconhecemos que este procedimento auxiliar é utilizado para diversos tipos de pretensões contratuais, sendo possível identificar-se situação em que a adoção do regime jurídico de serviço continuado possa ser não apenas aplicável, mas recomendável.

3. CONCLUSÃO

48. Em suma, convém reiterar as seguintes premissas, em relação ao conteúdo do Parecer nº 03/2017/CNU/CGU/AGU:

a) Em relação ao credenciamento para serviços de assistência médico-hospitalar relacionados ao FUSEX, é possível que as contratações decorrentes sejam feitas com natureza de pequenos serviços de escopo, por demanda, o que permitiria a substituição do contrato por instrumentos substitutivos admitidos pelo artigo 62 Lei nº 8.666/93.

b) O Parecer nº 0003/2017/CNU/CGU/AGU não concluiu pela impossibilidade de adoção do regime jurídico de serviços contínuos, para as contratações decorrentes do procedimento auxiliar credenciamento, embora tenham sido feitos apontamentos sobre algumas dificuldades possíveis nesse formato de contratação.

À consideração superior.

Brasília, 07 de junho de 2019.

RONNY CHARLES LOPES DE TORRES
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) 00443000050201815 e da chave de acesso 567c5c16

Notas

1. [^]Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/obiter%20dictum>

Documento assinado eletronicamente por RONNY CHARLES LOPES DE TORRES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 271089782 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RONNY CHARLES LOPES DE TORRES. Data e Hora: 07-06-2019 14:18. Número de Série: 7456787449035031575. Emissor: AC CAIXA PF v2.
