



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOCACIA GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Procedência: Secretaria de Estado de Saúde

Interessado: Subsecretaria de Regulação

Número: 16.085

Data: 22 de março de 2019

Classificação Temática: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público. Licitações e contratos. Contratação direta por emergência. Requisição administrativa.

Precedentes: Nota Jurídica n.º 3.693/2013 e Nota Jurídica NAJ-AGE n.º 235/2018.

Ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. CONTRATAÇÃO DIRETA POR EMERGÊNCIA. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA. REGULAÇÃO DAS URGÊNCIAS E EMERGÊNCIAS. PRERROGATIVAS DO MÉDICO REGULADOR. INTERNAÇÃO DE PACIENTES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) EM HOSPITAIS PRIVADOS. EXCEPCIONALIDADE. PROCEDIMENTOS.

A legislação estadual contempla o uso de mecanismos excepcionais que permitem, conforme o julgamento do médico regulador, a internação de pacientes do SUS em hospitais privados, nas situações de urgência e emergência médicas, em razão da insuficiência de leitos na rede pública.

O médico regulador, na condição de autoridade sanitária, tem a prerrogativa de requisitar ou efetuar a compra de leitos em instituições hospitalares de natureza privada, desde que observados, invariavelmente, os pressupostos de fato e de direito que autorizam a adoção da medida, observada, ainda, a normatização da Secretaria de Estado de Saúde.

Opina-se, em tese, pela não aplicabilidade das penalidades trazidas pela Lei n.º 13.650/2018 nas situações excepcionais características da regulação das urgências e emergências. Em acréscimo, a configuração da conduta prevista no art. 11, inciso X, da Lei n.º 8.429/1992, dependerá, indissociavelmente, das circunstâncias do caso concreto e da demonstração do elemento subjetivo do agente público, conforme a jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça.

Consolidação do entendimento para que a Secretaria de Estado de Saúde adote a lista de verificação elencada no presente parecer, no sentido de orientar, em caráter referencial, a instrução dos expedientes administrativos a serem formalizados em cada caso concreto, sem prejuízo das recomendações e alertas consignados na Nota Jurídica NAJ-AGE n.º 235/2018.

RELATÓRIO

1. O Coordenador-Geral do NAJ-AGE encaminha à Consultoria Jurídica expediente oriundo da Secretária de Estado de Saúde (SES-MG), em que são suscitadas questões de

notória relevância a respeito das despesas suportadas pelo Estado com a internação de pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS) em leitos privados, nas situações de indisponibilidade da rede pública e a constatação de urgência e emergência do quadro de saúde do paciente.

2. A demanda veicula, originariamente, um procedimento indenizatório específico da SES-MG, denominado, ao longo dos anos, de “compra de leitos”. Tais procedimentos têm sido formalizados com a finalidade de indenizar, oportunamente, estabelecimentos de saúde de natureza privada que prestaram, em caráter de urgência e emergência, serviço médico-hospitalar a pacientes que não puderam ser atendidos pelo SUS.

3. A internação de beneficiários do SUS em rede particular se dá a título excepcional e decorre, conforme o caso, da necessidade clínica do paciente ou do cumprimento de decisão judicial. Assim, uma vez frustrada a pesquisa de leitos públicos no sistema estadual de regulação (SUS-Fácil), o médico regulador responsável tem a prerrogativa de providenciar a internação de tais pacientes em hospitais privados, conforme a normatização estabelecida pela Lei Estadual n.º 13.317/99 e pelo Decreto Estadual n.º 45.015/09.

4. Ocorrida a internação na rede privada, os setores técnicos da SES-MG instruem, posteriormente, o procedimento administrativo de “compra de leitos”, no âmbito do qual são acostados documentos indispensáveis à liquidação da despesa pública, tais como: motivação da internação, laudo SUS-Fácil, razões de escolha do prestador, justificativa de preços, nota fiscal, fatura hospitalar, dentre outros. Em sequência, o valor final apurado pela área técnica é objeto de pagamento administrativo, com fundamento no princípio jurídico que repele o enriquecimento sem causa.

5. Insta salientar que a matéria foi objeto de exame na Nota Jurídica n.º 3.693, de 11 de novembro de 2013, que endossou os fundamentos trazidos no Parecer/AJ/n.º1966/2013. Na ocasião, partindo-se das peculiaridades inerentes à regulação do acesso aos serviços de urgência e emergência, consignou-se o dever da Administração Pública em ressarcir os serviços médico-hospitalares efetivamente prestados em tais circunstâncias, ainda que destituídos de vínculo contratual prévio, diante da absoluta impossibilidade de formalização dos instrumentos competentes no período de tempo necessário para salvaguardar o direito à vida e à saúde do paciente.

6. A matéria retorna à análise jurídica em razão da superveniência da Lei n.º 13.650, de 11 de abril de 2018, que, dentre outras questões, inseriu, no rol de atos de improbidade administrativa, o ato de “transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área da saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei n.º 8.080, de 19 de janeiro de 1990”.

7. Neste cenário, a Subsecretaria de Regulação suscita dúvidas sobre o impacto da nova legislação nos procedimentos indenizatórios conduzidos pela SES-MG, na medida em que tais ressarcimentos decorrem justamente da ausência de instrumento contratual prévio junto às instituições privadas que recebem pacientes do SUS em situação de urgência e emergência.

8. Aliado a isso, o setor de regulação da SES-MG enuncia uma série de questões que perpassam todo o fluxo técnico e assistencial da atividade de regulação de leitos no Estado, e solicita, na oportunidade, novos estudos jurídicos sobre o procedimento intitulado “compra de leitos”, conforme se infere do Memorando.SES/SUBREG-SPA-DRA.nº 255/2018.

9. Em manifestação prévia, o NAJ-AGE exarou a Nota Jurídica n.º 235/2018.

10. Eis, em síntese, o relatório.

PARECER

11. Saliente-se, inicialmente, que a presente manifestação se propõe a elucidar os aspectos eminentemente jurídicos da matéria suscitada pela SES-MG, abstraindo-se da análise

de questões técnicas, financeiras, orçamentárias e aquelas adstritas ao exercício da discricionariedade administrativa.

12. Nessa perspectiva, as considerações tecidas na oportunidade são concebidas sob o prisma exclusivo da juridicidade, a partir da análise e interpretação das normas que incidem na espécie, não abrangendo, portanto, o exame de um ou outro caso específico, inclusive a prática de atos administrativos pretéritos.

13. Como visto, o objeto ventilado na consulta encerra uma matéria exclusivamente de direito, a partir do momento em que se busca esclarecer as possíveis repercussões jurídicas decorrentes da edição da Lei n.º 13.650/2018 em face dos procedimentos indenizatórios promovidos pela SES-MG.

14. Dessa forma, embora as indagações da Pasta tenham sido formuladas no contexto de um caso concreto, é de se observar que os estudos jurídicos solicitados denotam, na realidade, o propósito de uma orientação geral para o Órgão, a abranger todos os procedimentos dessa natureza, a título referencial.

15. Por esta razão, sobressai a necessidade de se desenvolver uma análise jurídica em tese, no campo abstrato das normas, como forma de orientar a decisão a ser adotada pela autoridade administrativa em cada caso concreto, preservando-lhe, como não poderia deixar de ser, o exercício da discricionariedade técnica e decisória.

16. Pois bem. A Lei n.º 8.429/1992 passou a tipificar, como ato de improbidade administrativa, a seguinte conduta:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...]

X - **transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** (Incluído pela Lei nº 13.650, de 2018)

17. Observa-se, dessa forma, que a Lei n.º 13.650/2018 introduziu um novo tipo de improbidade administrativa no ordenamento jurídico, com abrangência específica na área da saúde, em acréscimo às condutas que atentam contra os princípios da Administração Pública.

18. A propósito, revela mencionar que a Lei n.º 13.650/2018 não inaugurou, por si só, a antijuridicidade ou a ilicitude da conduta de autorizar a prestação de serviços no âmbito da Administração Pública sem a necessária e prévia formalização de instrumento de contrato, a partir do momento em que o texto constitucional e as demais normas que versam sobre licitações e contratos administrativos já prescrevem, de forma inequívoca, tal obrigatoriedade. Com efeito, o art. 60, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93, já adverte que “[é] nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração”.

19. Extrai-se que a conduta tipificada no art. 11, inciso X, da Lei n.º 8.429/1992, está especificamente ligada à transferência de recursos a entidades privadas que atuam de forma complementar ao SUS, “sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere”, em reforço às exigências prescritas no texto constitucional e na Lei Orgânica do SUS:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante **contrato de direito público** ou **convênio**, tendo preferência as entidades filantrópicas

e as sem fins lucrativos. [...] (CRFB/88)

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. **A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio**, observadas, a respeito, as normas de direito público.

(Lei n.º 8.080/90)

20. Com isso, não restam maiores dúvidas de que a participação da iniciativa privada de forma complementar ao SUS depende, necessariamente, da formalização de instrumentos jurídicos junto ao Poder Público, condicionada, igualmente, à insuficiência da oferta de ações e serviços públicos de saúde e à impossibilidade de ampliação da rede assistencial instalada.

21. Neste sentido, é possível concluir, em um primeiro momento, que a execução de ações e serviços de saúde pela iniciativa privada, em regime de complementariedade ao SUS, desprovida de um vínculo formal com o Poder Público, acarretaria, por si só, a caracterização do ato de improbidade administrativa.

22. No entanto, compreende-se que a matéria deve ser interpretada sob uma perspectiva mais abrangente, consentânea com as demais normas e a realidade vivenciada no SUS, tornando-se imprescindível avaliar o contexto em que a nova regra foi introduzida no ordenamento jurídico, até mesmo para fins de delimitação de seu alcance e objetivos.

23. Observa-se que a Lei n.º 13.650/2018 foi editada com o propósito específico de regulamentar a forma de comprovação da exigência prevista no art. 4º, inciso I, da Lei n.º 12.101/2009, que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social.

24. Na área da saúde, para ser considerada beneficente e fazer jus à certificação, a entidade deverá, nos termos do 4º, inciso I, da Lei n.º 12.101/2009, “celebrar contrato, convênio ou instrumento congênere com o gestor do SUS”. Ocorre que a grande maioria dessas entidades não consegue comprovar a existência de vínculo formal junto ao Poder Público, em que pese a efetiva prestação de serviços de saúde em benefício do SUS no decorrer dos anos.

25. Assim, para fins de concessão e renovação do CEBAS, a Lei n.º 13.650/2018 passou a considerar como instrumento congênere “a declaração do gestor local do SUS que ateste a existência de relação de prestação de serviços de saúde”. No entanto, essa autorização abrange apenas os requerimentos protocolados até 31 de dezembro de 2018, não podendo ser aceita a partir do próximo exercício.

26. Trata-se, portanto, de uma medida legislativa de caráter transitório, que incide sobre um período de tempo específico, findo o qual as entidades interessadas permanecerão obrigadas a apresentar cópia do contrato, do convênio ou do instrumento congênere, o que acontecerá a partir de 1º de janeiro de 2019.

27. Para solucionar definitivamente o impasse, a Lei n.º 13.650/2018 criou, com a inserção do novo tipo de improbidade administrativa, um verdadeiro mecanismo de controle e responsabilização do gestor que deixar de observar as normas de contratualização das entidades beneficentes que atuam de forma complementar ao SUS.

28. O intuito, portanto, foi o de “garantir a celebração dos contratos que a lei exige, reforçando os mecanismos de verificação da regularidade da atuação das entidades beneficentes e da aplicação dos recursos da saúde”, conforme se extrai do parecer exarado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

29. A responsabilização pessoal do gestor foi concebida, neste sentido, com nítido propósito coercitivo, a fim de inibir a continuidade de vínculos informais e precários no âmbito da prestação de serviços de saúde de forma complementar ao SUS. Logo, a tipificação da

conduta como ato de improbidade administrativa reflete a tentativa de se impor ao gestor do SUS um verdadeiro dever de agir, no sentido de formalizar os instrumentos contratuais exigidos pela legislação e, assim, viabilizar a regularização da certificação das entidades beneficentes de assistência social, na área da saúde.

30. Todo esse contexto evidencia que o ato de improbidade tipificado no art. 11, inciso X, da Lei n.º 8.429/1992, se relaciona, intrinsecamente, à necessidade de regularização da certificação das entidades beneficentes de assistência social na área da saúde, que, como visto, depende da existência de um contrato, convênio ou instrumento congênere celebrado com o Poder Público.

31. Sobre esse aspecto, compreende-se que o texto da norma reclama uma interpretação teleológica, a fim de que sua incidência não alcance, de forma equivocada, situações outras que não estão abrangidas pelo escopo proposto pelo legislador.

32. Com maior razão, entende-se que a matéria em estudo também atrai uma interpretação literal ou gramatical, na medida em que a redação do dispositivo enuncia, expressamente, a transferência de recursos - sem o devido instrumento de contratualização - a entidades privadas que participam de forma complementar ao SUS.

33. Ao mencionar o vocábulo *entidade*, é de se extrair que a norma em análise não repercute, a princípio, sobre as relações eventualmente estabelecidas com as demais instituições privadas de saúde. Se assim o fosse, a redação do dispositivo deveria contemplar uma concepção mais abrangente, a partir da distinção realizada pelo próprio legislador constitucional originário no texto do art. 199, §1º, cujo teor transcreve-se novamente:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As **instituições privadas** poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as **entidades** filantrópicas e as sem fins lucrativos. [...]

34. Nessa linha, a partir do momento em que o texto da norma faz referência à transferência de recursos a *entidades* (e não às demais instituições privadas que executam ações e serviços de saúde), corrobora-se a compreensão de que o novo dispositivo deve ser interpretado no contexto específico da regularização da certificação das entidades beneficentes de assistência social, na área da saúde.

35. Ademais disso, é de se lembrar que a conduta tipificada no dispositivo encontra-se especialmente atrelada à atuação complementar da iniciativa privada no SUS, na forma do art. 24, parágrafo único, da Lei n.º 8.080/1990. Mais uma vez, denota-se que o intuito do legislador foi o de coibir a manutenção de vínculos informais no domínio da participação complementar, que pressupõe, evidentemente, a execução de ações e serviços de saúde em caráter contínuo (e não perene), com o fim de garantir a devida cobertura assistencial à população.

36. Neste cenário, denota-se que o alcance da norma é ainda mais restrito, na medida em que se busca regularizar as ações e serviços de saúde desenvolvidos no regime de complementariedade, a refletir uma necessidade pública permanente, diferentemente de situações isoladas ou pontuais em relação às quais a iniciativa privada é demandada a intervir, a exemplo do que ocorre nos casos de urgência e emergência médicas. Com isso, compreende-se que o escopo da norma é justamente viabilizar a correta formalização dos instrumentos de contratualização junto àquelas entidades que prestam, com regularidade, serviços de saúde à população, enquanto perdurar a impossibilidade de ampliação da rede pública.

37. Por esta razão, rejeita-se a compreensão de que o dispositivo alcançaria, indistintamente, toda e qualquer relação estabelecida entre o SUS e a iniciativa privada, sob

pena de conferir interpretação extensiva à matéria que, por sua natureza, deve ser objeto de legalidade estrita.

38. Assim, entende-se, em tese, que a conduta prevista no art. 11, inciso X, da Lei n.º 8.429/1992, somente é passível de configuração caso o gestor, ciente da normatização trazida pela Lei n.º 13.650/2018, permaneça omissivo na adoção das medidas administrativas cabíveis, dando ensejo à continuidade da prestação de serviços de saúde de forma complementar ao SUS sem a devida formalização de contrato, convênio ou instrumento congêneres.

39. Importante destacar, ainda, que a matéria foi objeto de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre o Estado e o Ministério Público, no âmbito do qual convencionou-se a obrigatoriedade de a SES-MG providenciar, no prazo excepcional de 06 (seis) meses, “medidas administrativas prioritárias para a formalização de contratos com vistas à prestação de serviços de saúde de forma complementar ao SUS”.

40. Vislumbra-se, assim, que os reflexos jurídicos e assistenciais resultantes da edição da Lei n.º 13.650/2018 foram amplamente discutidos e ponderados em sede de controle externo, em atendimento às particularidades levantadas pela SES-MG, a quem incumbe, inarredavelmente, o cumprimento das obrigações e recomendações então pactuadas junto ao Ministério Público.

41. De toda forma, a configuração ou não de determinada conduta como ato de improbidade administrativa somente poderá ser avaliada segundo as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, e dependerá, particularmente, da demonstração do elemento subjetivo que permeia a prática do ato pelo agente público.

42. Consoante o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), “[a] ilegalidade e a improbidade não são situações ou conceitos intercambiáveis”. Assim, nem todo ato ilegal é ímprobo, de modo que torna-se indispensável examinar o elemento subjetivo do agente na prática do ato administrativo, em especial quando se trata das condutas previstas no art. 11 da Lei n.º 8.429/1992, que comportam apenas a modalidade dolosa.

43. Conforme bem examinou a Nota Jurídica n.º 235/2018, a aplicação do art. 11 da Lei n.º 8.429/1992 deve ser realizada com os devidos temperamentos, a partir da diferenciação entre os atos que consubstanciam mera ilegalidade e aqueles praticados com desonestidade e má-fé do agente público, nos termos da jurisprudência assentada pelo STJ:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Não configura improbidade administrativa a contratação, por agente político, de parentes e afins para cargos em comissão ocorrida em data anterior à lei ou ao ato administrativo do respectivo ente federado que a proibisse e à vigência da Súmula Vinculante 13 do STF. A distinção entre conduta ilegal e conduta ímproba imputada a agente público ou privado é muito antiga. **A ilegalidade e a improbidade não são situações ou conceitos intercambiáveis, cada uma delas tendo a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. A confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade deve provir do caput do art. 11 da Lei 8.429/1992, porquanto ali está apontada como ímproba qualquer conduta que ofenda os princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o da legalidade (art. 37 da CF). Mas nem toda ilegalidade é ímproba. Para a configuração de improbidade administrativa, deve resultar da conduta enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º da Lei 8.429/1992), prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei 8.429/1992) ou infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da CF e 11 da Lei 8.429/1992). **A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992, há de ser sempre****

dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo. Nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/1992, cogita-se que possa ser culposa. Em nenhuma das hipóteses legais, contudo, se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva. **Quando não se faz distinção conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação da responsabilidade objetiva por infrações.** Assim, ainda que demonstrada grave culpa, se não evidenciado o dolo específico de lesar os cofres públicos ou de obter vantagem indevida, bens tutelados pela Lei 8.429/1992, não se configura improbidade administrativa. (REsp 1.193.248-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/4/2014)

44. Em decisões recentes, o STJ vem confirmando o entendimento de que o ato de improbidade administrativa por violação aos princípios basilares da Administração Pública somente estará caracterizado se a conduta do agente estiver revestida de má-fé, não alcançando, portanto, “simples condutas de má administração” ou “meras irregularidades”:

DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS BASILARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11 DA LIA)**. APLICAÇÃO A MENOR DA RECEITA DO FUNDEF NA REMUNERAÇÃO DE MAGISTÉRIO PELO ENTÃO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BELO JARDIM/PE. O TRIBUNAL DE ORIGEM MANTEVE A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA POR ENTENDER QUE A CONDUTA DO EX-PREFEITO FOI DESPROVIDA DO **ELEMENTO SUBJETIVO NECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DO ATO ÍMPROBO.** **PRETENSÃO DO ÓRGÃO ACUSADOR DE REFORMA DO ARESTO. NÃO COMPROVADO O ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO E MALÉVOLO NEM A CULPA GRAVE NÃO HÁ QUE SE FALAR EM ATO DE IMPROBIDADE.** AGRAVO INTERNO DO MP/PE A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. In casu, o Tribunal de origem confirmou a sentença de improcedência da pretensão ministerial, e assim o fez por entender que o acusado, na qualidade de então Prefeito do Município de Belo Jardim/PE, não aplicou o percentual mínimo dos recursos do FUNDEF na remuneração do magistério, mas não empreendeu o ato com má-fé, de modo que as práticas não podem ser rotuladas como improbidade administrativa. De fato, há registro no acórdão de que não existe na auditoria do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco qualquer menção a desvio de recursos do FUNDEF para atendimento de interesse próprio ou alheio, motivo pelo qual não há assento fático para que se conforme a improbidade administrativa na espécie, inexistindo, portanto, violação do art. 11 da LIA pelo acórdão recorrido.

2. **Não se constata a identificação clara, precisa e determinante de que aos atos do então Agente Político estivessem associadas à má-fé de menosprezar os princípios administrativos,** conforme assentou o Tribunal de origem, que declarou a inexistência de dolo voltado à prática de ato ímprobo a partir da moldura fático-probatória que se represou nos autos - gize-se, impermeável a modificações em sede de recorribilidade extraordinária.

3. **Dissociado o elemento subjetivo doloso e malévolo, qual seja, o propósito desonesto, nem mesmo a culpa grave, à conduta do ora**

recorrido, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa.

4. Agravo Interno do MP/PE a que se nega provimento.

(STJ, AgInt no AREsp 1168115 / PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJ 02/10/2018)

ADMINISTRATIVO. REGIMENTAL EM ARESP. PRETENSÃO DO ÓRGÃO ACUSADOR DE REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA QUE CONFIRMOU O ACÓRDÃO ABSOLUTÓRIO SERGIPANO. ALEGAÇÃO DO AUTOR DA ACP DE QUE AS CONDUTAS PREVISTAS NO ART. 11 DA LEI 8.429/1992 DESNECESSITAM DA IDENTIFICAÇÃO DO DOLO. ARGUMENTO DISSONANTE AO ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. AGRAVO REGIMENTAL DO PROMOVENTE DESPROVIDO.

1. A insurgência do Órgão Acusador está cifrada em alcançar a reforma da decisão monocrática e, por consequência, do aresto absolutório sergipano, sob a argumentação de que a ofensa a princípios administrativos, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/92, em princípio, não exige dolo na conduta do agente nem prova da lesão ao erário, sendo suficiente a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade (fls. 1.999).

2. Contudo, **a pretensão recursal do Órgão Acusador vai de encontro ao entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, plasmado em numerosos julgados, de que, para a caracterização de improbidade, é imprescindível que a conduta do agente seja dolosa, no caso de tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92**, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10 (AIA 30/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 28.9.2011).

3. Na espécie, ficou registrado no caderno processual que não houve malbaratamento aos cofres públicos (fls. 1.861) e **a conduta, conquanto possa albergar eventual irregularidade, não se alçou ao plano das improbidades, especialmente porque não ficou demonstrada a prática de ato revestido de má-fé** (fls. 1.861), razão pela qual o fato narrado não se subsume às iras da Lei 8.429/1992. Conclusão advinda do Tribunal de origem em plena convergência com o entendimento desta Corte Superior no ponto.

4. Agravo Regimental do Órgão Acusador desprovido.

(STJ, AgRg no AREsp 133377 / SE, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 18/10/2018)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO DECLARADA INDEVIDAMENTE. **AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA GRAVE OU DE DOLO NO CASO DOS AUTOS. MERA IRREGULARIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.** ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AGRAVO INTERNO QUE NÃO IMPUGNA TODOS OS FUNDAMENTOS DO DECISUM. CONCORDÂNCIA EXPRESSA DA PARTE RECORRENTE COM O CAPÍTULO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. POSSIBILIDADE DE EXAME DO MÉRITO DA IRRESIGNAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 182/STJ.

APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Esta Corte tem entendimento consolidado segundo o qual, para a configuração de ato de improbidade administrativa, é necessária a análise do elemento subjetivo, qual seja, dolo nas condutas tipificadas nos arts. 9º e 11 ou, ao menos, culpa, quanto às condutas do art. 10, da Lei n. 8.429/92. Outrossim, é cediço que **o ato administrativo eivado de improbidade é aquele no qual se verifica uma imoralidade administrativa, qualificada pela potencialidade lesiva a bens e valores públicos tutelados pelo ordenamento jurídico.**

III - Conforme os precedentes deste Tribunal, **a Lei n. 8.429/92, por força, sobretudo, de seu caráter punitivo, não pode ser aplicada a simples condutas de má administração ou meramente irregulares.**

IV - No caso, os réus são acusados de contratar, diretamente, empresa para realizar concurso público para admissão de 4 (quatro) servidores para o Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 22ª Região após indevida declaração de inexigibilidade de licitação, eis que a competição era viável. Entretanto, de acordo com as circunstâncias fáticas delimitadas no acórdão recorrido, não foi constatada a presença de culpa grave ou de dolo na conduta atribuída aos réus, razão pela qual a absolvição por ato de improbidade administrativa promovida nas instâncias anteriores deve ser mantida.

V - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. [...]

(STJ, AgInt no REsp 1737075 / AL, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJ 10/09/2018)

45. Mais uma vez, o STJ compreende ser imprescindível a comprovação do dolo, ainda que genérico, na prática dos atos tipificados no art. 11 da Lei n.º 8.429/1992, que, em sua essência, não visa punir o inábil, mas “o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé”:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOTAS FISCAIS FALSAS. MERCADORIAS INEXISTENTES. PREJUÍZO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. PREFEITO. EMISSÃO DE CHEQUES. PARTICIPAÇÃO RELEVANTE NO RESULTADO LESIVO. EXISTÊNCIA DE CULPA. [...]

7. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas prescrições da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a **comprovação do elemento subjetivo**, consubstanciado pelo dolo, para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

8. **É pacífico no STJ que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico** (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011).

9. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade

administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, **denotar a presença do elemento subjetivo**. A razão para tanto é que **a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.** [...]

(REsp 1703721 / MS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 20/11/2018)

46. Nessa linha expositiva, corrobora-se o entendimento de que a demonstração do dolo é indispensável para a configuração das condutas previstas no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

47. No entanto, não é possível enunciar, no campo interpretativo da norma, quais condutas poderão atrair, de fato, a capitulação do art. 11, inciso X, da Lei n.º 8.429/1992, visto que tal constatação perpassa, necessariamente, as circunstâncias de cada caso concreto.

48. Por esta razão, cumpre advertir às autoridades da SES-MG que o contrato administrativo é o instrumento jurídico adequado para formalizar a prestação de serviços de saúde de forma complementar ao SUS, a ser celebrado nos termos do art. 25, *caput*, da Lei n.º 8.666/93, após a realização de chamamento público e o credenciamento das instituições ambulatoriais e hospitalares inicialmente habilitadas. A toda evidência, a observância de tais procedimentos revela o caminho mais seguro a ser perseguido pelo gestor. E, neste contexto, a matéria não é nova, consoante se extrai do seguinte enunciado do Tribunal de Contas da União (TCU): "**A contratação de serviços complementares junto a particulares, no âmbito do SUS, deve se dar por meio de contratos administrativos devidamente formalizados**". (Acórdão n.º 1241/2012 - Plenário - Data da sessão: 23/05/2012)

49. Fato é que a atuação da iniciativa privada se mostra, na grande maioria dos casos, de extrema relevância para a implantação da cobertura assistencial de determinada região, o que pressupõe, por parte dos gestores do SUS, o desenvolvimento de ações coordenadas e planejadas para assegurar a integralidade do cuidado à saúde.

50. Aliás, a constituição do SUS é viabilizada a partir da conjugação de ações executadas pelos entes federativos e também pela iniciativa privada, conforme prevê o Decreto n.º 7.508/2011:

Art. 3º O SUS é constituído pela conjugação das ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde executados pelos entes federativos, de forma direta ou indireta, mediante a participação complementar da iniciativa privada, sendo organizado de forma regionalizada e hierarquizada.

51. E é exatamente a partir dessa conjugação de esforços entre público e privado que são estruturadas as Redes de Atenção à Saúde (RAS), que espelham, na realidade, a essência do modelo de organização do SUS. É no âmbito das Redes de Atenção à Saúde (no nível intermunicipal ou interestadual) que são executadas, de forma integralizada, as ações e os serviços da atenção primária, da urgência e emergência, da atenção ambulatorial especializada e hospitalar, dentre outros.

52. Retornando ao objeto da consulta, é de se observar que o procedimento de "compra de leitos" é externo à cobertura assistencial já instalada, inclusive quando se leva em consideração o regime de complementariedade. Como visto, é sobre este ponto que recaem dúvidas sobre a aplicação do art. 11, inciso X, da Lei de Improbidade Administrativa, a partir do momento em que os pagamentos realizados em tais circunstâncias são desprovidos de instrumento contratual prévio.

53. De início, cumpre destacar que essa conjuntura permeia a atividade da regulação assistencial, especialmente a Regulação Médica das Urgências, assim definida pela Portaria n.º 2.048/2002 do Ministério da Saúde:

A Regulação Médica das Urgências, baseada na implantação de suas Centrais de Regulação, é o elemento ordenador e orientador dos Sistemas Estaduais de Urgência e Emergência. As Centrais, estruturadas nos níveis estadual, regional e/ou municipal, organizam a relação entre os vários serviços, qualificando o fluxo dos pacientes no Sistema e geram uma porta de comunicação aberta ao público em geral, através da qual os pedidos de socorro são recebidos, avaliados e hierarquizados.

54. A Regulação Médica das Urgências é exercida, precipuamente, pelo médico regulador, a quem compete um feixe de atribuições de ordem técnica e de gestão, conforme a normatização estabelecida pela Portaria n.º 2.048/2002. Dentre elas, se destacam:

1 - Atribuições da Regulação Médica das Urgências e Emergências:

1.1 - Técnicas:

A competência técnica do médico regulador se sintetiza em sua capacidade de “julgar”, discernindo o grau presumido de urgência e prioridade de cada caso, segundo as informações disponíveis, fazendo ainda o enlace entre os diversos níveis assistenciais do sistema, visando dar a melhor resposta possível para as necessidades dos pacientes. Assim, deve o médico regulador:

- **julgar e decidir sobre a gravidade de um caso** que lhe está sendo comunicado por rádio ou telefone, estabelecendo uma gravidade presumida;

- **enviar os recursos necessários ao atendimento**, considerando necessidades e ofertas disponíveis; [...]

1.2 - Gestoras:

Ao médico regulador também competem funções gestoras – tomar a decisão gestora sobre os meios disponíveis, devendo possuir delegação direta dos gestores municipais e estaduais para acionar tais meios, de acordo com seu julgamento. Assim, o médico regulador deve:

- **decidir sobre qual recurso deverá ser mobilizado frente a cada caso**, procurando, entre as disponibilidades a resposta mais adequada a cada situação, advogando assim pela melhor resposta necessária a cada paciente, em cada situação sob o seu julgamento;

- **decidir sobre o destino hospitalar ou ambulatorial dos pacientes atendidos no pré-hospitalar**;

- **decidir os destinos hospitalares não aceitando a inexistência de leitos vagos como argumento para não direcionar os pacientes para a melhor hierarquia disponível em termos de serviços de atenção de urgências, ou seja, garantir o atendimento nas urgências, mesmo nas situações em que inexistam leitos vagos para a internação de pacientes (a chamada “vaga zero” para internação)**. Deverá decidir o destino do paciente baseado na planilha de hierarquias pactuada e disponível para a região e nas informações periodicamente atualizadas sobre as condições de atendimento nos serviços de urgência, exercendo as prerrogativas de sua autoridade para alocar os pacientes dentro do sistema regional, comunicando sua decisão aos médicos assistentes das portas de urgência;

- **o médico regulador de urgências regulará as portas de urgência, considerando o acesso a leitos como uma segunda etapa que envolverá a regulação médica das transferências inter hospitalares**,

bem como das internações;

- acionar planos de atenção a desastres que estejam pactuados com os outros interventores, frente a situações excepcionais, coordenando o conjunto da atenção médica de urgência;

- **requisitar recursos públicos e privados em situações excepcionais**, com pagamento ou contrapartida a posteriori, conforme pactuação a ser realizada com as autoridades competentes; [...]

55. Com a implantação da Política Nacional de Regulação do SUS, o médico regulador é alçado à condição de **autoridade sanitária**, qualificação esta que lhe confere o exercício de diversas prerrogativas para a garantia do acesso aos serviços de saúde:

Art. 2º As ações de que trata a Política Nacional de Regulação do SUS estão organizadas em três dimensões de atuação, necessariamente integradas entre si: [...]

III - Regulação do Acesso à Assistência: também denominada regulação do acesso ou regulação assistencial, tem como objetos a organização, o controle, o gerenciamento e a priorização do acesso e dos fluxos assistenciais no âmbito do SUS, e como sujeitos seus respectivos gestores públicos, sendo estabelecida pelo complexo regulador e suas unidades operacionais e **esta dimensão abrange a regulação médica, exercendo autoridade sanitária para a garantia do acesso baseada em protocolos, classificação de risco e demais critérios de priorização**. (Portaria n.º 1.559, de 1º de agosto de 2008)

56. Tais diretrizes foram incorporadas à legislação mineira, que passou a prever, no Código Estadual de Saúde, as obrigações do Estado no tocante ao exercício da regulação da assistência à saúde:

Art. 96-A - Para os efeitos desta Lei, **regulação da assistência à saúde é atividade desenvolvida pelo Estado, constituída pelo processo de planejamento e programação dos recursos assistenciais disponíveis em Minas Gerais para garantir a prestação da assistência adequada às necessidades dos cidadãos**, de forma equânime, ordenada, oportuna e qualificada, por meio das redes de referência e Programação Pactuada e Integrada - PPI - definida entre os Municípios.

(Lei Estadual n.º 13.317/1999)

57. O Código Estadual de Saúde explicita, em seguida, as ações que compreendem os serviços da regulação assistencial. No que concerne ao objeto da consulta, destaca-se a competência para *decidir* sobre o destino hospitalar e ambulatorial do paciente, inclusive nas hipóteses em que inexistam leitos vagos para internação. A par disso, a garantia do atendimento das urgências é reforçada pela possibilidade de *requisição* de recursos públicos e privados para o atendimento de situações excepcionais:

Art. 96-B - Constituem ações dos serviços de regulação da assistência à saúde: [...]

X - **decidir sobre o destino hospitalar ou ambulatorial do paciente em atendimento pré-hospitalar**, de acordo com a planilha de hierarquias e condições de atendimento dos serviços de urgência na região, **garantindo o atendimento das urgências, inclusive nas situações em que**

inexistam leitos vagos para internação; [...]

XII - requisitar recursos públicos e privados em situações excepcionais, com pagamento ou contrapartida a posteriori, conforme instrumento jurídico específico de pactuação a ser realizada com as autoridades competentes;

58. Ao regulamentar a função de autoridade sanitária na área de regulação da assistência à saúde, o Decreto Estadual n.º 45.015/2009 prevê, igualmente, e em primeiro lugar, a prerrogativa de requisição de recursos públicos e privados em situações excepcionais:

Art. 4º Ficam asseguradas ao servidor designado para o exercício da função de autoridade sanitária as seguintes prerrogativas: [...]

IV - para a atividade de regulação da assistência à saúde:

a) **requisitar recursos públicos e privados em situações excepcionais e de calamidade pública, com pagamento ou contrapartida a posteriori, conforme ajuste a ser realizado com as autoridades competentes; [...]**

59. Além disso, o Decreto Estadual n.º 45.015/2009 prevê, dentre outros, a possibilidade de compra de leitos/recursos assistenciais nos casos de urgência e emergência atrelados à indisponibilidade de atendimento no SUS, observada a normatização da SES:

Art. 5º São atribuições do servidor designado para a função de autoridade para a atividade de regulação da assistência à saúde: [...]

II - no exercício da função de **Coordenador Macrorregional**:

a) zelar pelo cumprimento de escalas, rotinas, protocolos técnicos e operacionais;

b) **comprar leitos/recursos assistenciais nos casos de urgência e emergência, quando as disponibilidades do SUS forem insuficientes para garantir a assistência ao paciente, observada a normatização da SES;**

c) solicitar fretamento de transporte aéreo e/ou terrestre de unidade de tratamento intensivo - UTI móvel quando verificada a sua necessidade; [...]

III - no exercício da função de **Médico plantonista**:

a) **decidir, dentre os meios disponíveis, o recurso mais adequado a ser mobilizado frente a cada caso;**

b) avaliar a necessidade ou não do envio de meios móveis de atenção;

c) **decidir, no âmbito de sua macrorregião, o destino ambulatorial ou hospitalar do paciente**, baseado na planilha de hierarquias pactuada, disponível para a região, e nas condições de atendimento nos serviços de assistência à saúde;

f) acionar o serviço de destino do paciente, informando-o sobre as condições e previsões de chegada do mesmo, sugerindo os meios necessários ao seu acolhimento; [...]

g) **regular as portas de urgências e leitos hospitalares, para a regulação médica das transferências inter-hospitalares e das internações;**

h) **avaliar e decidir sobre a gravidade de um caso** que lhe está sendo comunicado, estabelecendo um grau de gravidade presumida e o grau de priorização no atendimento; [...]

60. Como se vê, tamanha é a importância da atividade de regulação assistencial que o servidor investido no cargo de autoridade sanitária poderá, com a finalidade de assegurar o atendimento das urgências, providenciar a requisição de recursos públicos ou privados quando a excepcionalidade do caso assim o exigir.

61. Ademais disso, o médico regulador poderá providenciar a “compra” de leitos/recursos assistenciais nas situações de urgência e emergência em que não for possível localizar, via SUS-Fácil, leitos disponíveis na rede pública.

62. Observa-se, neste cenário, que **o Estado instituiu uma contundente política pública de atendimento das urgências, ao reconhecer, na própria via legislativa, a possibilidade de se detectar, ocasionalmente, a insuficiência da cobertura assistencial do SUS. Ainda assim, o legislador preconizou a garantia de atendimento, exigindo, para tanto, a adoção de medidas positivas para salvaguardar o direito à saúde do paciente, em que pese a ausência de vagas para internação.**

63. Nessa linha, percebe-se, com clareza, que a legislação estadual permite ao médico regulador, a depender da situação concreta, a utilização de dois institutos, a saber: a requisição de recursos públicos e privados e a denominada “compra de leitos”.

64. Em manifestação técnica, a Diretoria de Regulação Assistencial (DRA) destaca a relevância das internações realizadas na rede privada, tendo em vista os vazios assistenciais existentes na atualidade, sobretudo quando se leva em consideração o subfinanciamento do SUS, a extensão territorial do Estado e as desigualdades socioeconômicas que dificultam o acesso igualitário às ações e serviços de saúde. Nessa perspectiva, a área técnica se ampara, em primeiro lugar, na necessidade de preservação do instituto denominado “compra de leitos” para o pleno exercício da regulação assistencial, pois, em sua visão, “sempre haverá o risco de algum recurso médico-hospitalar se tornar indisponível”, por mais que sejam empreendidos esforços para a estruturação da rede assistencial.

65. Em breve síntese, a DRA sustenta que os procedimentos de “compra de leitos” conduzidos pela SES-MG refletem, na realidade, o exercício do poder de requisição do médico regulador. Ao seu ver, a internação de pacientes em leitos eminentemente privados, tal como ventilado na consulta, não se compatibiliza com a figura do contrato administrativo. Sobre este ponto, a DRA atesta que tais despesas “são contraídas em caráter emergencial, durante situações que demandam urgência de atendimento, num tamanho grau que não se poderia submetê-las, a princípio, sequer às exigências de um processo de dispensa de licitação”. Na mesma oportunidade, a DRA reforça que:

[...] o enfrentamento de situações emergenciais na área da saúde, que fogem dessa regularidade, não admite qualquer solenidade prévia, pois não há tempo hábil para tal. Definitivamente, a situação de emergência (clínica ou cirúrgica) não comporta a aplicação de qualquer formalidade procedimental, no sentido mais amplo dessa expressão, durante sua a defrontação. Ela exige decisões rápidas, diretas e de prontidão. (Memorando.SES/SUBREG-SPA-DRA.nº 255/2018)

66. O setor conclui, neste sentido, que as internações realizadas em tais circunstâncias são frutos de decisões imediatas, características de situações em que não é possível aguardar a disponibilidade de leitos do SUS, sem que isso implique risco de morte ou grave dano à saúde do paciente. Por esta razão, a DRA compreende que, nessas hipóteses, a discricionariedade do médico regulador é praticamente nula, tendo em vista o seu dever de agir para salvaguardar o direito à saúde do paciente.

67. E, com base nas prerrogativas outorgadas ao médico regulador, a DRA sustenta, sob o prisma técnico e assistencial, que o procedimento de “compra de leitos” se equipara, na realidade, à requisição administrativa, acompanhada de posterior indenização à instituição

hospitalar de destino do paciente.

68. Com efeito, a legislação estadual contempla, de forma inequívoca, a possibilidade de requisição de recursos públicos e privados nas “situações excepcionais” detectadas pela atividade de regulação assistencial, conforme se infere da Lei n.º 13.317/1999 (art. 96-B, inciso XII) e do Decreto n.º 45.015/2009 (art. 4º, inciso IV, alínea ‘a’).

69. Constata-se, portanto, que a legislação estadual, em consonância com os atos normativos do Ministério da Saúde que orientam o exercício da regulação assistencial, confere ao médico regulador margem de discricionariedade para adotar a medida mais consentânea com o interesse público, mediante um juízo de valoração e ponderação das circunstâncias fáticas que lhes são apresentadas. Assim, a depender das peculiaridades do caso concreto, o médico regulador poderá optar pelo uso da requisição administrativa.

70. A conjuntura normativa aqui citada revela, assim, a clássica noção de que a legalidade é o próprio fundamento da discricionariedade, a ser exercida pelo administrador público apenas nas hipóteses expressamente autorizadas em lei, dentro dos limites por ela invocados. Neste sentido:

Atos discricionários [...] são aqueles cuja prática exige do administrador, por força da maneira como a lei regulou a matéria, que sopesse as circunstâncias concretas do caso, de tal modo que seja inevitável uma apreciação subjetiva sua quanto à melhor maneira de proceder para dar correto atendimento à finalidade legal. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 382)

71. Em muitos casos, a competência discricionária concedida à Administração Pública é caracterizada pela adoção de princípios gerais, valores fundamentais e conceitos jurídicos indeterminados. Isso ocorre porque as margens discricionárias outorgadas em tais circunstâncias propiciam as condições adequadas para a obtenção de uma solução mais justa e eficaz para o caso concreto, considerando a proximidade do gestor com as contingências sociais e as necessidades da população.

72. Por esta razão, a finalidade imediata a ser cumprida pela autoridade competente somente se revelará no caso concreto, depois de realizado o juízo de ponderação e valoração das circunstâncias presentes na ocasião. É, pois, no processo de tomada de decisão, a partir das peculiaridades do caso concreto, que se revelará a finalidade imediata, o interesse público específico que deve ser salvaguardado pela autoridade competente.

73. Isso não implica dizer, contudo, que a autoridade competente possui autonomia ou liberdade para escolher entre um ou outro interesse público a ser protegido no caso concreto. A discricionariedade exige, certamente, a adoção da *melhor solução*, da alternativa que melhor satisfaça o bem comum. A valoração do caso concreto se destina, exatamente, a maximizar a prossecução do bem comum. Logo, a discricionariedade “apenas expressa que o dever de escolha da melhor solução, perante as circunstâncias, foi deixado, pelo legislador, para o administrador”. (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 270)

74. Fato é que a noção de interesse público vem sendo interpretada, no âmbito da doutrina, a partir da exigência de preservação e realização dos direitos fundamentais assegurados pela ordem jurídica, pois “[n]uma acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 332)

75. Assim, não restam dúvidas de que os direitos fundamentais, notadamente o direito à saúde, vinculam toda a atuação administrativa, sendo esta a diretriz primordial a nortear a conduta do gestor público na interpretação e aplicação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos

indeterminados:

A vinculação da Administração às normas de direitos fundamentais torna nulo os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos. De outra parte, **a Administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais**. A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais. Em especial, **os direitos fundamentais devem ser considerados na interpretação e aplicação, pelo administrador público, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados**. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 149-150)

76. Chega-se a afirmar, inclusive, que “[o]s direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 154)

77. Nessa linha, cabe ao médico regulador competente, na qualidade de autoridade sanitária, avaliar se o caso concreto compreende, de fato, a “situação excepcional” elencada na norma, antes de fazer uso da requisição administrativa. Com ênfase, é somente a partir do conhecimento atrelado às suas competências técnicas e gestoras que o médico regulador poderá apreender o alcance e a possibilidade de utilização do instituto dentro da atividade de regulação de leitos.

78. Com isso, a requisição administrativa de leitos pressupõe, invariavelmente, a excepcionalidade de cada caso concreto, a exigir a adoção de medidas imediatas, céleres e inadiáveis para a preservar a vida e/ou a saúde do paciente, conforme o juízo de ponderação do médico regulador. Indubitavelmente, o julgamento realizado pela autoridade sanitária perpassa a constatação das urgências e emergências médicas, pontos sobre os quais não é possível se imiscuir juridicamente, pois, nesses casos, “[o] mérito tem sentido técnico especialíssimo”. (CRETELLA JÚNIOR, José. *Do ato administrativo*. 2.ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 82)

79. Em verdade, é possível compreender, conforme a narrativa exposta pela SES-MG, que a requisição de leitos privados determinada pelo médico regulador tangencia a aplicação da regra da proporcionalidade, a ser empregada nas situações em que se busca proteger um direito fundamental ou interesse coletivo, mas que, em contrapartida, implica a restrição de outro(s). Assim, a doutrina ensina que:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito, [...] empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma *restrição às restrições*. (SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798 (2002), p. 23-50. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>)

80. Como se vê, a regra da proporcionalidade se restringe a hipóteses excepcionais, em que é possível verificar, no plano concreto, a existência de efetivo conflito entre direitos fundamentais, cuja solução demanda, inexoravelmente, o sacrifício de um direito em relação

ao(s) outro(s). Não se pode esquecer que, em determinadas circunstâncias, as particularidades do caso concreto podem reduzir e até mesmo eliminar a margem de discricionariedade outorgada pela legislação, a partir do momento em que a autoridade administrativa se depara com uma única alternativa a ser adotada para a preservação do bem comum ou de um direito fundamental – no caso, o direito à saúde.

81. A aplicação da regra da proporcionalidade exige, portanto, que a medida a ser adotada seja *adequada, necessária e capaz de desencadear mais benefícios do que os prejuízos resultantes da restrição imposta à outro direito fundamental*. Em casos tais, a decisão do agente público deve se pautar nos seguintes critérios, consoante as lições de Virgílio Afonso da Silva:

Em primeiro lugar, a restrição de um direito fundamental deve ser apta a alcançar o fim pretendido. Feito esse exame de adequação, torna-se necessário analisar, em seguida, se a medida a ser adotada é realmente necessária, i.e., deve-se perquirir se não existe alternativa menos gravosa para a solução do caso concreto. Ultrapassada essa análise comparativa, a regra da proporcionalidade impõe um último critério a ser observado: a proporcionalidade em sentido estrito. Neste aspecto, impõe-se a constatação de que a restrição ao direito fundamental traga, efetivamente, maiores benefícios do que o ônus suportado pelo titular do direito sacrificado. (Orientação Técnico-Jurídica AGE n.º 01/2016)

82. A regra da proporcionalidade reflete, assim, a necessidade de se adotar “escolhas difíceis” ou “decisões trágicas”, correspondentes à noção clássica de “inexigibilidade de conduta diversa”. **Há de se reconhecer, neste sentido, que a autoridade administrativa pode se deparar, em situações reais, com a existência de uma única medida apta a solucionar o caso concreto, ainda que se trate da discricionariedade decisória autorizada em lei.** Neste sentido:

O resultado poderá ser o sacrifício a interesses e a direitos, o que apenas será admissível quando tal for a única ou a menos nociva alternativa para realização conjunta dos diversos valores protegidos pelo direito. [...]

Se, em vista das circunstâncias do caso concreto, a melhor solução é inquestionavelmente uma única, a autoridade administrativa é obrigada a escolhê-la, mesmo estando investida de competência discricionária. Assim se impõe porque **a discricionariedade é sempre o meio para obtenção da melhor solução possível ao caso concreto.** (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10a. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 170-245)

83. Logo, a requisição administrativa, embora admissível, não pode ser reflexo de uma rotina instalada na SES-MG, sob pena de desvirtuamento do próprio instituto. Neste aspecto, corrobora-se integralmente os alertas exarados na Nota Jurídica n.º 235/2018, no sentido de que a requisição administrativa de leitos privados, i.e., fora do regime de complementariedade do SUS, não pode ser utilizada como substituto da relação jurídica dos prestadores de serviços de saúde e, assim, representar um padrão de atuação do Órgão. Como visto, a requisição administrativa pressupõe a configuração de uma “situação excepcional”, nos exatos limites previstos em lei.

84. De toda sorte, vislumbra-se que a requisição de leitos determinada pelo médico regulador corresponde, na realidade, à requisição da prestação de serviços de saúde por parte da instituição privada, sem que isso implique a supressão ou a ocupação temporária da propriedade particular pelo próprio Estado. Não se cuida, portanto, de encampação de serviços

pelo ente estatal, mas de requisição de prestação de serviços junto ao particular, a exemplo do que se observa no Decreto-Lei n.º 4.812, de 08 de outubro de 1942, a serem remunerados pelos valores a que correspondem.

85. Na área da saúde, o instituto da requisição administrativa ganha ainda maior notoriedade, tendo em vista que as ações e os serviços de saúde prestados pelo Poder Público e também pela iniciativa privada são dotados de “relevância pública”, conforme se extrai do texto do art. 198 da CRFB/88:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

86. Como se vê, o legislador constitucional atribuiu à área da saúde uma qualificação singular, a abranger não apenas os serviços executados pelo Poder Público, mas também as ações e os serviços de saúde desempenhados pela iniciativa privada, em regime de complementariedade ou não, nos termos autorizados pelo art. 199 da CRFB/88. Na mesma diretriz, o art. 3º da Lei Orgânica do SUS assinala que o dever do Estado de garantir a saúde não exclui “o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

87. Não há dúvidas, portanto, que a iniciativa privada se submete a uma série de limitações ao se inserir no mercado da saúde, exatamente por não se tratar de uma atividade econômica típica, que se guia, naturalmente, pela lógica preponderante do lucro e da acumulação de capital. Aliás, nenhuma atividade econômica pode ser exercida exclusivamente nesses termos, consoante as diretrizes de justiça social elencadas no art. 170 da CRFB/88. No entanto, por ser uma atividade de “relevância pública”, que se propõe a realizar um direito fundamental, o setor da saúde atrai uma conotação ainda mais especial, que reclama um feixe de proteção e fiscalização mais robusto por parte do Poder Público.

88. A relação entre o público e o privado na área da saúde foi recentemente tratada pelo Supremo Tribunal Federal no RE n.º 597.064/RJ, ao reconhecer, em sede de repercussão geral, a constitucionalidade do art. 32 da Lei n.º 9.656/98, que impõe às operadoras de plano de saúde o dever de ressarcir o SUS pelos serviços de médico-hospitalares prestados na rede pública ou conveniada em benefício de pacientes detentores de planos privados de saúde.

89. Na ocasião, o STF destacou que o Poder Público e a iniciativa privada compartilham os ônus e os riscos das ações e serviços de saúde prestados em prol da população, como bem observado pelo Min. Rel. Gilmar Mendes:

Não obstante seja franqueado aos empreendedores privados participarem da assistência à saúde, no âmbito do 2º Setor (mercado), esta deve amoldar-se ao mote de sua permissão.

O Estado, sem se desincumbir do seu ônus constitucional, possibilitou que empresas privadas, sob sua regulamentação, fiscalização e controle, prestassem paralelamente a assistência à saúde, no intuito de compartilhar os ônus/riscos e otimizar o mandamento constitucional.

Passou, portanto, a fomentar atividade privada com o intuito de dividir a missão de realizar o programa de acesso aos serviços de saúde, possibilitando, ao revés, a obtenção de receita pelo particular, a qual visa qualquer empresa privada (independentemente de ser com ou sem fins lucrativos), apesar de **continuar a exercer serviço de relevância pública.**

90. No mesmo sentido, o Min. Alexandre de Moraes enfatizou que a iniciativa privada na área da saúde se submete a uma disciplina mais rigorosa do que aquela aplicável a outros setores do mercado:

Ao consentir com a execução indireta dos serviços de saúde, inclusive mediante atuação de terceiros voltada à obtenção de lucro, **a Constituição certamente buscou se valer do dinamismo, da capacidade de investimento e de especialização característicos do empreendedorismo privado**, cujo aproveitamento tanto tem a contribuir com o atendimento médico de alta complexidade. Por outro lado, **não deixou de resguardar a possibilidade de que certos aspectos dessa atividade fossem submetidos a uma disciplina mais rigorosa do que aquela aplicável ao setor terciário em geral, tendo em vista a essencialidade dos serviços de proteção à saúde para coesão social, a necessidade de proteção dos consumidores** e, ainda, a inegável interdependência havida entre o SUS e o regime suplementar de assistência à saúde.

91. Nessa esteira, extrai-se que a relevância pública das ações e serviços de saúde permite ao Poder Público a imposição de uma disciplina e um controle mais rigorosos sobre as atividades executadas pela iniciativa privada, que, como visto, também deve compartilhar os ônus e os riscos distintivos da assistência à saúde. É nessa ordem de ideias que se insere o instituto da requisição administrativa de leitos privados, enquanto mecanismo de regulação, aperfeiçoamento e equilíbrio do próprio sistema, dentro da universalidade de providências que o Poder Público pode determinar, nos termos da lei, para a realização do direito fundamental à saúde.

92. Não obstante, em que pese a admissibilidade do instituto no âmbito da regulação assistencial, o contexto narrado pela DRA não condiz, propriamente, com os contornos da requisição administrativa, na medida em que os encaminhamentos realizados pelo médico regulador são precedidos de ampla consensualidade sobre a instituição hospitalar de destino, o objeto a ser executado e, principalmente, o preço a ser praticado pelo prestador.

93. Assim, rejeita-se a possibilidade de se interpretar a requisição administrativa e a compra de leitos privados como um único instituto, até mesmo porque a legislação estadual os diferencia expressamente. Na realidade, a legislação estadual confere à autoridade administrativa mais de uma possibilidade de atuação, de modo que não existe apenas um único caminho a ser seguido em tais circunstâncias.

94. Sobre este ponto, ratifica-se integralmente o entendimento assinalado na Nota Jurídica n.º 235/2018, no sentido de que, existindo consensualidade prévia sobre os termos da internação privada, a relação jurídica se reveste de contornos contratuais, ainda que o acordo se dê a título verbal, em razão do quadro de urgência e/ou emergência detectado pelo médico regulador. Compreende-se, assim, que casos dessa natureza se amoldam à previsão do art. 2º da Lei n.º 8.666/93, tendo em vista a presença de um verdadeiro “acordo de vontades” entre a Administração Pública e o particular:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, **considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a**

denominação utilizada.

95. Nesses casos, a internação em leito privado decorre de uma solução administrativa eminentemente consensual, na medida em que o particular manifesta vontade em formar o vínculo jurídico com o Poder Público, o que gera, inclusive, expectativa de cumprimento das condições e obrigações pactuadas. É dizer, a participação do particular favorece a maior ponderação de todos os interesses envolvidos.

96. Diferentemente da “compra de leitos”, a requisição administrativa consiste em um ato de força e, assim, prescinde de concordância do particular: ela é fruto de um ato administrativo unilateral, revestido de imperatividade, coercibilidade e autoexecutoriedade.

97. Na linha do que foi exposto na Nota Jurídica n.º 235/2018, os procedimentos até então adotados pela SES-MG correspondem, sob o prisma jurídico, à contratação direta por emergência, nos termos do art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, a qual somente não é instrumentalizada a tempo e modo em razão da natureza circunstancial e excepcional do caso concreto. Como enfatiza a DRA, a atividade de regulação assistencial se depara com situações em que é necessário adotar providências imediatas para o “atendimento de emergências clínicas e cirúrgicas em que os pacientes podem ser expostos a forte de risco de morte ou de dano irreparável à saúde por falta de algum recurso médico-hospitalar no SUS”. (Memorando.SES/SUBREG-SPA-DRA.nº 255/2018)

98. É forçoso reconhecer, todavia, que as formalidades são essenciais. Entretanto, a partir do contexto excepcional relatado pela SES-MG, compreende-se que a realização do direito fundamental à saúde - nas situações críticas em que se vislumbra “forte risco de morte” ou de “dano irreparável à saúde” - admite a formalização dos atos pertinentes à contratação direta *a posteriori*, por meio do instrumento denominado Termo de Ajuste de Contas, consoante a previsão do art. 62 e ss. da Lei n.º 4.320/1964, a ser instruído com todas as justificativas técnicas e procedimentos atinentes à liquidação da despesa pública.

99. A propósito, a doutrina vem admitindo que a situação de emergência pode ser de tal ordem que a Administração Pública se encontre impossibilitada, inclusive, de formalizar os atos da contratação direta, circunstância em que poderá se valer, a título excepcional, da contratação verbal para assegurar o cumprimento dos deveres a ela impostos constitucionalmente. Neste sentido, leciona Marçal Justen Filho:

Mas se pode imaginar situação de emergência de tal ordem que todas as formalidades sejam impossíveis de ser atendidas. Nesses casos, a situação pode beirar à própria figura da requisição de bens. Imagine-se hipótese de risco de desabamento de uma construção, que exige imediata intervenção para salvar vidas e bens. Não se poderá exigir que a Administração produza formalismos que delonguem o início da execução das providências indispensáveis. A hipótese não pode afastar nem sequer a contratação verbal, a ser formalizada por escrito posteriormente. A determinação do art. 60, parágrafo único, da Lei de Licitações não é obstáculo a tanto, eis que nenhum dispositivo infraconstitucional poderia impedir o cumprimento de deveres de diligência impostos constitucionalmente à Administração Pública. Entre realizar contrato escrito, propiciando a ocorrência de dano irreparável, e evitar o dano mediante a contratação verbal põe-se relação equivalente ao falso dilema entre cumprir as determinações da Lei ou as da Constituição. É evidente que prevalecem as determinações constitucionais sobre as legais. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 488)

100. **Existem, pois, situações anômalas e excepcionais que comportam a formalização a posteriori dos atos da contratação direta por emergência, nos termos do art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93. São situações em que se torna impossível atender, em caráter prévio, às formalidades exigidas em lei, sob pena de se admitir a ocorrência de danos irreparáveis à coletividade.** Mais uma vez, Marçal Justen Filho pondera que: "[e]m certas hipóteses, a Administração disporá de alguns dias para promover a contratação. **Em outros casos, a contratação deverá ocorrer no prazo de horas (senão minutos)**". (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 488)

101. Logo, é possível compreender que a **“compra de leitos” decorrente de um acordo prévio entre o médico regulador e a instituição hospitalar privada abarca, juridicamente, a hipótese de contratação direta, com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, a ser instruída oportunamente com todas as justificativas e documentos indicados no art. 26, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93, inclusive aqueles necessários à comprovação da situação de “urgência e emergência” e a “insuficiência das disponibilidades do SUS”.** Nessas situações, e uma vez demonstrada a **total impossibilidade de formalização do contrato em caráter prévio**, entende-se que a indisponibilidade dos direitos fundamentais pode justificar, a depender do caso concreto, a adoção de providências tão imediatas e excepcionais por parte da SES-MG, como relata a própria Diretoria de Regulação Assistencial.

102. Mais uma vez, **registra-se que tal modo de proceder somente se justifica em situações excepcionais, nos estritos termos autorizados pelo Decreto Estadual n.º 45.015/2009, o que deve ser avaliado com a devida cautela pelo administrador público, uma vez que a circunstância de anormalidade deve ser, via de regra, contrastada com o planejamento prévio da estruturação da rede assistencial.**

103. Reitera-se, neste ponto, todos os alertas já tecidos na Nota Jurídica n.º 235/2018, considerando que o instituto da “compra de leitos” não pode implicar contratações diretas à margem do regime complementar, a denotar o direcionamento e a existência de relação de continuidade com as instituições privadas que, inclusive, venham a praticar preços superiores à Tabela SUS.

104. É importante registrar, neste sentido, a necessidade de se delimitar, corretamente, a situação excepcional ou o quadro de urgência e emergência que venha a autorizar, no caso concreto, o encaminhamento imediato do paciente para a rede privada, ainda que sem a devida cobertura contratual. Assim, é essencial que a decisão pela “compra de leitos” esteja adequadamente motivada pela autoridade sanitária, na medida em que a atividade de regulação assistencial parece lidar, rotineiramente, com essa conjuntura de excepcionalidade. Logo, o uso irrestrito dessa modalidade de contratação poderá contradizer o próprio sentido de imprevisibilidade que fundamenta as contratações diretas lastreadas no art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93.

105. No mais, entende-se que o termo “compra de leitos” não pode ser interpretado apenas sob a perspectiva emergencial, tendo em vista a existência de outras alternativas jurídicas à disposição do gestor para a contratação de novos leitos, como o credenciamento e até mesmo o Registro de Preços, nos termos do art. 15, inciso II, da Lei n.º 8.666/93. Com efeito, todas essas questões perpassam o planejamento e a estruturação das Redes de Atenção à Saúde, o que envolve o regular desempenho das atividades finalísticas do Órgão.

106. Diante de todo o exposto, conclui-se, sob o prisma jurídico, que a “requisição administrativa” e a “compra de leitos” são mecanismos que se encontram à disposição da autoridade sanitária para a regulação dos leitos de urgência e emergência em todo o Estado. Independentemente do instituto utilizado pelo médico regulador, fato é que, uma vez ocorrida a internação na rede privada, surge para a SES-MG o dever de remunerar o particular pelos serviços prestados, impondo-se, para tanto, a formalização dos expedientes destinados aos respectivos pagamentos administrativos, com todas as justificativas e a documentação técnica pertinente.

107. Neste aspecto, considera-se pertinente esclarecer, em complementação aos estudos já desenvolvidos na Nota Jurídica n.º 3.693/2013, que **os pagamentos vinculados ao instituto da "compra de leitos" não correspondem, em termos exatos, ao conceito jurídico de indenização. Uma vez demonstrado pela autoridade competente que o contrato administrativo não foi formalizado a tempo e modo por uma questão de absoluta impossibilidade, tem-se que o pagamento a posteriori, acompanhado da formalização dos atos pertinentes, deve ser entendido como a remuneração das ações e serviços de saúde prestados pelo particular, a título de contraprestação, com a observância da normatização estabelecida pela SES-MG.**

108. Logo, o quadro narrado pelo Órgão, em cotejo com os dispositivos legais que disciplinam a atividade de regulação assistencial, não se equipara à hipótese de declaração de nulidade do contrato administrativo, nos termos previstos pelo art. 59, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93. Não se cuida, a princípio, de típica irregularidade em que a Administração Pública se vê obrigada a indenizar o particular pela prestação de serviços sem a devida cobertura contratual, hábil a atrair a responsabilização de quem lhe deu causa. Como visto, a figura da "compra de leitos" apenas enseja a formalização a posteriori dos atos pertinentes à contratação direta, em decorrência das situações de urgência e emergência detectadas pelo médico regulador. Essa conjuntura, ainda que excepcional, não pode ser interpretada sob a perspectiva de que, em tais situações, não houve a celebração de um contrato administrativo: nesses casos, os termos da contratação direta apenas são materializados em momento posterior.

109. **Com relação à requisição administrativa, entende-se, igualmente, que os valores a serem pagos pela SES-MG devem observar a normatização estabelecida pelo Órgão, limitando-se, estritamente, à remuneração dos serviços prestados.** Como bem assinala o Código Estadual de Saúde, a requisição administrativa determinada pela autoridade sanitária está condicionada ao "pagamento" ou à "contrapartida a posteriori". Assim, em se tratando de requisição de serviços que devem ser executados pelo próprio particular, e não diretamente pelo Estado, os valores devidos somente poderiam ultrapassar os limites da contraprestação caso comprovada, na situação concreta, a ocorrência de algum tipo de dano imputável ao Estado, mediante ampla e inequívoca comprovação por parte da instituição hospitalar, acompanhada de conclusão técnica da SES-MG pela sua possibilidade. Nesses casos, alerta-se para a impossibilidade de se acatar cobranças abusivas que sequer respeitam o conceito jurídico de indenização, assim estabelecido pelo Código Civil:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, **as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.**

110. Isso posto, corrobora-se a lista de verificação elencada na Nota Jurídica n.º 235/2018, a orientar a formalização dos expedientes voltados ao pagamento das despesas médico-hospitalares resultantes da requisição administrativa ou da compra de leitos privados determinadas pelo médico regulador, nos exatos termos narrados na consulta, a partir dos elementos essenciais já determinados no Parecer/AJ/n.º1966/2013 e na Nota Jurídica n.º 3.693/2013:

1. Relatório médico, contendo as informações prestadas pela autoridade competente sobre os fundamentos fáticos e técnicos que autorizaram a prestação dos serviços ou o fornecimento do bem em caráter de urgência ou emergência.

A nota técnica deverá comprovar todos os requisitos legais pressupostos da contratação emergencial, descrita no inciso IV, do art. 24, da Lei n.º 8.666/1993, robustecida pela gravidade extrema decorrente da impossibilidade material e temporal de se aguardar o trâmite regular da

contratação direta, sob pena de graves riscos para a integridade física do paciente.

Em se tratando de requisição administrativa, a nota técnica deverá contemplar, igualmente, a "situação excepcional" que ensejou a internação do paciente na rede privada.

2. Comprovação documental do efetivo fornecimento do bem ou da execução do serviço, por meio de relatório circunstanciado ou formulário de justificativa da compra dos procedimentos ou leitos hospitalares, no qual deve constar:

2.1. em se tratando de fornecimento de bens: documento relacionando os bens que efetivamente foram fornecidos para a Administração, elaborado e assinado por técnico do setor competente do órgão/entidade, discriminando os valores unitários e globais, como foi realizada a fiscalização dessa entrega e demais elementos essenciais à apuração das circunstâncias e locais de entrega dos bens;

2.2. em se tratando de prestação de serviços: documento relacionando os serviços que efetivamente foram prestados, elaborado e assinado por técnico do setor competente do órgão, discriminando em que consistiu o serviço, em qual local foi prestado, como foi executado, quais os componentes dos custos, como foi realizada a fiscalização dessa execução e demais elementos essenciais à apuração do tipo de serviço que foi prestado;

3. Emissão de análise qualitativa e global da gestão, com a exposição das providências administrativas adotadas em termos de planejamento e estruturação da rede assistencial para a ampliação do número de leitos ofertados à população, ou a impossibilidade de o fazê-lo.

4. Parecer técnico, devidamente assinado, contendo as razões da escolha do fornecedor do bem ou do prestador do serviço, bem como a comprovação da adequação do valor cobrado, com a observância da normatização estabelecida pela SES-MG. Eventualmente, se o caso concreto for anterior à normatização do Órgão, os setores competentes devem assegurar a razoabilidade do valor cobrado em face dos preços definidos, exemplificadamente, em tabelas oficiais, evitando-se, para todos os fins, a prática de valores que possam ocasionar dano ao erário.

5. Juntada da nota fiscal emitida pela instituição privada, com o ateste do recebimento, a contento, do material ou da prestação do serviço.

6. Adoção de diligências com o intuito de verificar se o paciente possui plano de saúde, e, em caso positivo, providenciar a devida comunicação à Advocacia-Geral do Estado, a fim de que possam ser adotadas medidas judiciais de cobrança do crédito, observados os trâmites do Decreto Estadual n.º 46.739/2015.

7. Imputação de responsabilidade do fornecedor ou prestador do serviço, conforme o caso.

111. Ademais, em consonância com as recomendações tecidas na Nota Jurídica n.º 235/2018, considera-se essencial que a Administração Pública adote as seguintes providências:

a) apure a certeza e liquidez do crédito, observados os procedimentos do Decreto Estadual n.º 37.924/96;

- b) só efetue os pagamentos referentes aos bens efetivamente entregues ou aos serviços que tenham sido efetivamente prestados, exigindo a apresentação dos comprovantes dos pagamentos efetuados aos empregados vinculados à prestação dos serviços, bem como do cumprimento das obrigações sociais e previdenciárias, e acautelando-se para não proceder à duplicidade de pagamentos;
- c) proceda à regular retenção dos encargos legais incidentes sobre os pagamentos.

112. Adicionalmente, chama-se a atenção para o aumento significativo de decisões judiciais que obrigam o Estado a proceder à internação pública ou privada, em curto prazo, de todo e qualquer paciente em atendimento pré-hospitalar, com quadro de urgência e emergência ou risco de dano irreparável à saúde, a partir do seu ingresso no SUS-Fácil. Nesses casos, reputa-se imprescindível a confirmação do diagnóstico do paciente pelo médico regulador, que também deverá verificar, para todos os fins, se realmente está configurada a indisponibilidade de leitos do SUS - em rede própria ou credenciada. Ao constatar que o caso concreto não atende aos pressupostos citados, o médico regulador deve comunicar o fato imediatamente à AGE, nos termos do Decreto Estadual n.º 46.739/2015, a fim de que sejam fornecidos, em caráter prioritário, os subsídios técnicos para a defesa do Estado, evitando-se, assim, a assunção de despesas médico-hospitalares no âmbito privado para procedimentos considerados "eletivos".

113. Neste panorama, são estas as considerações jurídicas sobre a matéria ventilada na consulta, a orientar a conduta das autoridades competentes em cada caso concreto.

114. Recomenda-se, neste sentido, a utilização do check-list aprovado na oportunidade para fins de formalização dos expedientes voltados ao pagamento das despesas médico-hospitalares resultantes da "requisição administrativa" ou da "compra de leitos" determinadas pela autoridade sanitária, no regular exercício das atribuições previstas no Código Estadual de Saúde e no Decreto Estadual n.º 45.015/2009. Assim, incumbe à área técnica competente o dever de assegurar, caso a caso, a correta instrução dos expedientes, a fim de que a autoridade competente possa proceder com segurança aos pagamentos administrativos devidos às instituições de saúde de natureza privada.

115. Partindo-se da presunção de plena observância dos requisitos elencados no check-list, considera-se desnecessária a emissão de manifestação jurídica para cada caso concreto, uma vez que os contornos jurídico-legais sobre a matéria versada se encontram devidamente elucidados, a partir da complementação dos estudos já conduzidos pela Advocacia-Geral do Estado. Verifica-se, assim, que a presente consulta se amolda à previsão do art. 12 da Resolução AGE n.º 26/2017, hábil a autorizar a prolação de parecer referencial, nos seguintes termos:

Art. 12 - Os pareceres referenciais devem ser observados pelos órgãos e entidades do Estado, bem como pelas unidades setoriais da AGE, estando dispensada nova análise individualizada pelos órgãos consultivos, devendo a área técnica atestar, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.

§1º - Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos:

I - o volume de questionamentos ou consultas em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos;

II - a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos. [...]

116. Com isso, torna-se desnecessário repisar, a cada caso concreto, a fundamentação jurídica aqui exposta, competindo à área técnica atestar, de forma expressa, que a situação em análise se amolda aos termos do presente parecer. Cuida-se, portanto, de simples conferência documental acerca dos pressupostos individualmente elencados no check-list, a ser avaliada e fiscalizada oportunamente pela autoridade responsável pela tomada de decisão.

117. Sobre este ponto, há de se assinalar que não incumbe ao órgão de consultoria jurídica o ato de *definir* ou *apontar* a medida administrativa a ser adotada em cada caso concreto, sob pena de adentrar nas razões de conveniência e oportunidade do gestor, e interferir, indevidamente, no mérito dos atos administrativos de sua competência. Com maior ênfase, extrapola o âmbito das atividades consultivas emitir juízo de valor sobre aspectos técnicos, econômicos, financeiros ou orçamentários que envolvem a matéria, de modo que a autorização e a gestão dos pagamentos a serem realizados pela Pasta competem unicamente aos setores legalmente encarregados de tal atribuição, a partir das justificativas técnicas emitidas pelos demais setores interessados.

118. Não obstante, remanesce a possibilidade de encaminhamento de consulta específica sobre situações concretas que, eventualmente, venham a transbordar o conteúdo do presente parecer, respeitados os requisitos formais e de ordem técnica descritos na Resolução AGE n. 26, de 23 de junho de 2017.

CONCLUSÃO

119. Em conclusão, vislumbra-se, inicialmente, que o Estado instituiu uma contundente política pública de saúde no atendimento das urgências e emergências, ao conferir ao médico regulador, na condição de autoridade sanitária, o uso de prerrogativas para garantir a integralidade do cuidado aos usuários do SUS, inclusive nas situações de insuficiência de leitos na rede pública.

120. A legislação estadual contempla, neste sentido, o uso de mecanismos excepcionais que permitem, conforme o julgamento do médico regulador, a internação de pacientes em hospitais privados, ainda que fora do regime de complementariedade do SUS. Para tanto, a autoridade sanitária poderá se valer da requisição administrativa ou da "compra de leitos", desde que observados, invariavelmente, os pressupostos de fato e de direito que autorizam a adoção da medida.

121. Partindo-se da premissa de que tais institutos recaem sobre situações excepcionais, atreladas à necessidade de salvaguardar o direito à vida ou evitar danos irreparáveis à saúde do paciente, conclui-se, a princípio, pela não aplicabilidade das sanções trazidas pela Lei n.º 13.650/2018, que buscam solucionar, especificamente, a certificação das entidades beneficentes de assistência social, na área da saúde. Para tanto, pressupõe-se que a Secretaria de Estado de Saúde adote ações planejadas e coordenadas com vistas à estruturação das redes de assistência à saúde, observando, para todos os fins, as regras do chamamento público e do credenciamento.

122. Em acréscimo, assinala-se que a configuração da conduta prevista no art. 11, inciso X, da Lei n.º 8.429/1992, dependerá, indissociavelmente, das circunstâncias do caso concreto e da demonstração do elemento subjetivo do agente público, conforme a jurisprudência consolidada do STJ.

123. Nessa esteira, confirma-se o inteiro teor da Nota Jurídica NAJ-AGE n.º 235/2018, em especial no que diz respeito aos alertas e recomendações para que seja preservada a situação de excepcionalidade que circunscreve os institutos da requisição administrativa e da "compra de leitos", na forma apresentada pela SES-MG.

124. A par de toda a fundamentação jurídica até então exposta, aprova-se, na oportunidade, o check-list presente no corpo do presente parecer, a ser seguido pelos setores

técnicos competentes na formalização dos expedientes administrativos voltados ao pagamento, às expensas do tesouro do Estado, das despesas médico-hospitalares incorridas em tais circunstâncias, observada, ainda, a normatização da SES-MG.

125. Nessa linha, apresentadas as questões centrais sobre a matéria em exame, e uma vez preenchidos os pressupostos elencados no art. 12 da Resolução AGE n.º 26/2017, recomenda-se que o presente parecer seja concebido como manifestação jurídica referencial, no sentido de orientar a prática dos atos administrativos correspondentes, tornando-se despiciendo repisar, caso a caso, a fundamentação jurídica aqui exarada. Não obstante, reserva-se ao Órgão a possibilidade de encaminhar, a seu critério, consulta jurídica específica sobre fatos que, eventualmente, transbordem o objeto da presente manifestação, acompanhada da devida motivação técnico-institucional.

126. Reserva-se ao gestor, ainda, a possibilidade de submissão do tema aos setores competentes da Controladoria-Geral do Estado, com o propósito de construir fluxos e medidas de controle interno que venham a robustecer a segurança dos procedimentos administrativos e dos respectivos pagamentos, consoante as competências previstas no Decreto Estadual n.º 47.139, de 24 de janeiro de 2017.

127. É a opinião jurídica, à consideração superior.

NATHÁLIA DANIEL DOMINGUES

Procuradora do Estado

MASP 1.328.755-2 OAB/MG 124.956

Aprovado em: 22 de março de 2019.

Aprovado pela Procuradora-Chefe da Consultoria Jurídica

Dra. Ana Paula Muggler Rodarte

Aprovado pelo Advogado-Geral do Estado

Dr. Sérgio Pessoa de Paula Castro



Documento assinado eletronicamente por **Nathalia Domingues, Procurador(a)**, em 22/03/2019, às 16:00, conforme horário oficial de Brasília, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da ICP-Brasil, com fundamento no art. 6º, caput, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).

Nº de Série do Certificado: 134767332196381988123713673542096635341



Documento assinado eletronicamente por **Ana Paula Muggler Rodarte, Procurador(a)**, em 22/03/2019, às 17:22, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Sergio Pessoa de Paula Castro, Advogado Geral do Estado**, em 26/03/2019, às 10:12, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.mg.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2590186** e o código CRC **7EECD874**.

Referência: Processo nº 1320.01.0003040/2018-86

SEI nº 2590186