



Prefeitura do Município de Bertioga

Estado de São Paulo

Estância Balneária

Secretaria de Saúde

421

FLS. _____

Processo 2100/2019

À Procuradoria Geral do Município

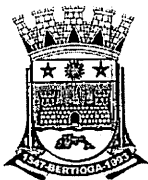
Ilmo. Sr. Procurador

Roberto Esteves Martins Novaes

Trata-se de processo administrativo para pagamento por indenização de despesa referente à contratação de serviços de fornecimento de gases medicinais nas dependências dos leitos de retaguarda destinados ao combate à pandemia de COVID-19.

Dos Fatos:

- Trata-se de demanda gerada a partir da necessidade de fornecimento de gases medicinais para pacientes suspeitos ou portadores de COVID-19 com necessidades especiais de internação em leitos de retaguarda;
- Os leitos de retaguarda foram implantados em espaço físico localizado dentro do Hospital Municipal de Bertioga, porém gerenciados pela Secretaria de Saúde do município de Bertioga, tendo em vista tratar-se de estrutura não contemplada no



Prefeitura do Município de Bertioga

Estado de São Paulo

Estância Balneária

Secretaria de Saúde

420

Contrato de Gestão nº 01/2019, tampouco pelo Contrato de Gestão de 10 (dez) leitos de Unidade de Terapia Intensiva-UTI Adulto, ambos executado pela INTS;

- Por este fato, surgiu a necessidade de fornecimento de gases medicinais (oxigenoterapia) aos pacientes que, porventura, viessem a apresentar essa demanda, conforme quadro apresentado da doença;
- O local onde os leitos de retaguarda foram instalados não possuía rede de gases adequada para habilitação de seu funcionamento, tendo em vista que o mesmo, a muito tempo, não alocava nenhum tipo de serviço pela Instituição contratada.
- Sendo assim, urgiu a necessidade de, dentro da seriedade do caso apresentado, fosse concretizado o fornecimento de oxigenoterapia aos pacientes internados nestes leitos de retaguarda;
- Para se ter um exemplo, no contexto da COVID-19, um estudo chinês com 1009 pacientes mostrou que 41% de todos os doentes foram hospitalizados e mais de 70% daqueles com a forma grave da doença necessitaram de oxigênio suplementar. Para os pacientes críticos a hipóxia (falta de oxigênio) pode ser prejudicial e está associada a piores resultados, ou seja, aumento



Prefeitura do Município de Bertioga

Estado de São Paulo

Estância Balneária

Secretaria de Saúde

423

da morbidade. **Fonte: Recomendações para a utilização de oxigênio suplementar (oxigenoterapia) em pacientes com COVID-19* (Assobrafir Ciência – Associação Brasileira de Fisioterapia Cardiorrespiratória e Fisioterapia em Terapia Intensiva).**

- A título de instrução da presente manifestação, encontram-se anexados relatório de ocupação dos leitos de retaguarda no período de julho a setembro de 2020; (fls.426 e 427)
- E ainda, relatório técnico fornecido por equipe de enfermagem que presta os serviços assistenciais nestes leitos, onde consta toda a relação de pacientes que utilizaram oxigenoterapia dentro deste período; (fls.428 à 431)
- Diante do cenário de pandemia que assolou nosso município, diante da necessidade urgente de implantação de leitos de retaguarda para realização ao combate da COVID-19, ressalta-se a imprescindibilidade da realização deste feito, tendo em vista que, a não oferta deste recurso em saúde, refletiria de forma brutal na resolutividade dos casos atendidos por nossa estrutura.
- Vale destacar que, os serviços foram solicitados à então empresa contratada, via processo licitatório, para prestação de serviços de fornecimento de gases medicinais para toda a rede municipal de



Prefeitura do Município de Bertogoa

Estado de São Paulo

Estância Balneária

Secretaria de Saúde

424

saúde (Atenção Básica, Transporte Sanitário, Oxigenoterapia Domiciliar). Pelo fato de, o estado de pandemia não ter sido decretado durante a tramitação contratual do presente processo, este nicho dos leitos de retaguarda ainda não estava previsto. A oxigenoterapia foi ofertada da seguinte forma: através do abastecimento de cilindros de oxigênio, onde o objeto tratado é o oxigênio medicinal (material de consumo) e os cilindros fornecidos em regime de comodato (sem custo) e a locação de aparelhos concentradores de oxigênio, conforme consta nos relatórios;

- Tratam-se de seguintes documentos fiscais que, devidamente atestados por profissionais envolvidas na rede assistencial da rede municipal de saúde, que necessitam ser quitados junto à empresa, conforme segue:

Nota Fiscal	Valor	Folhas
398.867	R\$ 12.768,00	432 à 437
95.662	R\$ 3.795,00	438 à 445
410.575	R\$ 14.784,00	446 à 451
96.842	R\$ 990,00	452 à 456
416.353	R\$ 3.808,00	457 à 461
97.886	R\$ 990,00	462 à 466



Prefeitura do Município de Bertioga

Estado de São Paulo

Estância Balneária

Secretaria de Saúde

425

Por fim, encaminho o presente processo para vossa avaliação e deliberação, solicitando vosso parecer quanto à procedência do pagamento desta referida despesa, tendo em vista a relevância do tema tratado, o cenário de pandemia que assola o nosso país, a necessidade de prestação de assistência em saúde a todos os usuários de nosso sistema para que não tivéssemos sequer um caso da doença, que pudesse sofrer prejuízos maiores por falta de oferta de recurso.

Certo de poder contar com vossa colaboração, coloco-me à disposição para eventuais esclarecimentos.

Bertioga 23 de setembro de 2.020.


Dr. Valter de Almeida Campoi

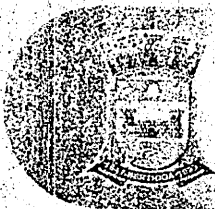
Secretário de Saúde

Registrado na Procuradoria Geral

13h58

em 30/09/2020

Uma Beatriz



PROCESSO ADMINISTRATIVO: 2100/2020

UNIDADE INTERESSADA: SECRETARIA DE SAÚDE

ASSUNTO: PAGAMENTO POR INDENIZAÇÃO

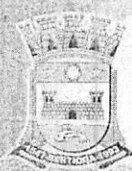
À SECRETARIA DE SAÚDE

Antes de adentrar ao mérito da questão, convém esclarecer da possibilidade de modificação unilateral do contrato administrativo existe por diversas razões.

A rigor, é o "lado mau" que fica em evidência, pois grande parte das situações em que ela ocorre advém de mau planejamento, de desídia ou imperícia de agentes responsáveis.

Ademais, sob o enfoque da Análise Econômica do Direito, questionam-se os efeitos que tais poderes surtem, especialmente, sobre a economicidade do ajuste. Contudo, no sistema atual, não é possível imaginar um contrato administrativo sem as aludidas prerrogativas. O dever de licitar previamente engessa o gestor de tal forma que se faz necessário, ao pressuposto de novas necessidades, permitir, de algum modo, modificações para o atendimento do interesse público original.

Ao particular contratado, a Lei 8.666/93 contém um regramento razoável, estabelecendo que as cláusulas econômico-financeiras não podem ser alteradas unilateralmente e, em caso de modificação nas chamadas cláusulas de serviço, todas as condições originalmente estabelecidas para



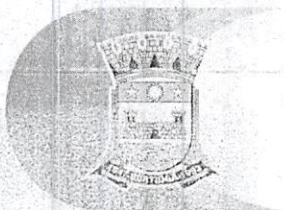
cumprimento das obrigações contratuais devem ser mantidas, incluindo preço e prazo. A garantia constitucional à manutenção das condições efetivas da proposta também assegura o equilíbrio econômico-financeiro nos casos em que o ato administrativo vier, comprovadamente, a prejudicar a equação originalmente estabelecida.

Assim, a própria imposição administrativa ao contratado não é absoluta, já que condicionada à obediência de todas as condições legais.

Tem-se, portanto, em regime de normalidade e aplicação irrestrita da Lei 8.666/93, a possibilidade de modificação unilateral do contrato na ordem de 25% ou 50% sobre o valor inicial atualizado do contrato, conforme o caso, estando, o contratado, obrigado a aceitá-la se, e somente se, todas as condições originais, inclusive e principalmente as econômico-financeiras, forem respeitadas pela Administração contratante.

A aplicação dos referidos limites também às alterações qualitativas, alvo de dissidência no âmbito da doutrina, é questão superada no âmbito do Tribunal de Contas da União desde a Decisão 215/99-Plenário, exarada em caráter normativo.

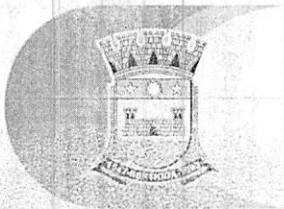
A Lei 13.979/20, que dispôs sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, responsável pelo surto de 2019, trouxe regras específicas para as contratações públicas visando a “aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência”, entre elas a



possibilidade de alteração contratual unilateral pela Administração contratante até o limite de 50%, para acréscimos e supressões. O texto legal permite algumas conclusões claras, mas outras questões importantes e diretamente relacionadas à sua aplicação precisam ser enfrentadas.

O art. 4º – I da 13.979/20, acrescentado pela MPV 926, estabelece que, “para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato.” Da literalidade do dispositivo, é possível extrair que:

- a) A norma se aplica aos contratos celebrados com base na Lei 13.979/20;
- b) A possibilidade de ampliação do limite se aplica tanto a contratos decorrentes da contratação emergencial fundada no art. 4º, quanto a contratos decorrentes do pregão simplificado previsto no art. 4º – G;
- c) A ampliação dos limites é uma possibilidade que precisa de previsão em edital e/ou no termo de contrato;
- d) O limite de 50% pode ser para mais ou para menos, aplicando-se tanto a modificações que aumentarem o valor do contrato, quanto as que o diminuam; e
- e) A obrigação do contratado de aceitar a alteração está atrelada à manutenção, pela Administração, das mesmas condições iniciais.



Prefeitura do Município de Bertioga

Estado de São Paulo

Estância Balneária

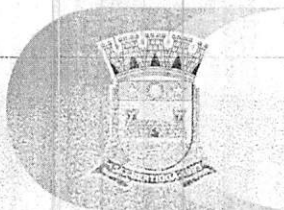
470

Aumentar os limites para modificações unilaterais é coerente com o contexto de crise e de incremento da imprevisibilidade, regida pela lógica da simplificação de procedimentos, inclusive de planejamento. Por isso, rigorosamente e tal como a própria literalidade do dispositivo expressa, a regra se destina, apenas, aos contratos para “aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus” de que trata a referida Lei.

Entretanto, não se pode esquecer que inúmeras situações concretas, eventualmente impensadas no momento da edição da lei, ocorrerão durante o enfrentamento da pandemia. Assim, por exemplo, um contrato que tenha sido celebrado sob as regras da Lei 8.666/93 e cujo objeto possa ser, atualmente, considerado necessário ao enfrentamento da emergência, nos termos do art. 4º da Lei 13.979/20.

Nesse caso, havendo a necessidade de alteração contratual para além de 25%, existirão duas opções: a contratação nos termos do art. 4º da Lei 13.979/20 ou a realização do aditivo, numa aplicação analógica do seu art. 4º – I.

Portanto, quando o objeto do contrato celebrado com base na 8.666/93, anteriormente à pandemia, for equivalente a “aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”, existirá possibilidade de alterações contratuais até o limite de 50%.



Prefeitura do Município de Bertioga

Estado de São Paulo

Estância Balneária

471

Entretanto, a ausência de previsão inicial no edital e/ou no contrato, condição clara imposta pelo art. 4º - I da Lei 13.979/20 exigirá que a modificação se faça de forma consensual, inviabilizando, pois, a imposição unilateral.

O mesmo argumento utilizado para justificar a elevação dos limites autoriza a dizer que o fato superveniente, caracterizador de uma necessidade administrativa posterior ao contrato e, portanto, imprevisível à época da licitação ou contratação direta, não é indispensável à legalidade dos aditivos no contexto dos contratos da Lei 13.979/20.

Para contratos celebrados em situação de normalidade, sob a premissa do adequado planejamento que cada vez mais se fortalece, a presença de um fato impossível de ser previamente considerado, ou as suas consequências, é requisito de legalidade implícito no art. 65, I e II da Lei 8.666/93. Em outras palavras, o termo aditivo autorizado pelo legislador ordinário é aquele que se mostra necessário diante de um fato superveniente imprevisível, restando ao gestor o dever de planejar corretamente suas contratações naquilo que for possível.

Portanto, a questão em análise traz à tona um desafio que tem se colocado aos intérpretes e aplicadores da Lei 13.979/20, no sentido de entender a medida da aplicação da Lei 8.666/93 às contratações da Lei 13.979/20 e de entendimentos consolidados na jurisprudência e na doutrina a situações concretas ocorridas durante a pandemia. Apesar de a Lei 13.979/20 conter regras próprias e especiais para regular as contratações de enfrentamento da

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Av. Anchieta 1.091 - Centro - Bertioga/SP - CEP: 11250-285 - (13) 3317.4000

www.berTioga.sp.gov.br - procuradoria@berTioga.sp.gov.br



Prefeitura do Município de Bertioga

Estado de São Paulo

Estância Balneária

172

emergência gerada pela pandemia, visivelmente o fez de forma insuficiente, requerendo, pois, a integração de normas naquilo que não houver conflito.

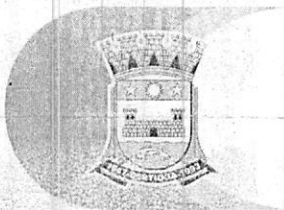
Com relação ao assunto em tela, convém destacar o que diz Marçal Justen Filho sobre o atraso pela Administração aos pagamentos devidos:

“Tendo em vista o princípio da legalidade, não seria cogitável a Administração deixar de saldar os encargos derivados de contratos administrativos. Sob um certo ângulo, essa conduta é mais agressiva ao Estado de Direito do que a prática de ilícito absoluto. Administração apenas pode realizar um contrato após cumprir minuciosas formalidades prévias. A Administração tem o dever de avaliar, previamente a necessidade da contratação, apurar a existência de recursos orçamentários e programar o desembolso. Logo, a ausência de recursos efetivos para o pagamento é um contrassenso injustificável. Pressupõe, necessariamente, a ofensa a lei orçamentaria. O inadimplemento somente poderá ocorrer se, em algum momento, um agente administrativo tiver descumprido a lei. Mais ainda, o descumprimento à lei ocorreu de modo consciente e planejado, pois os agentes administrativos encontram-se em situação de prever, com antecedência, o desenlace dos fatos. É destituído de razoabilidade afirmar que o inadimplemento da administração não acarretaria qualquer consequência. Isso representa negar a eficácia do princípio da legalidade e liberar a administração para adotar condutas arbitrárias. É incompatível com o Estado de Direito. Além das severas punições aos agentes administrativos responsáveis pela infringência à Lei, a Administração está obrigada a reparar estritamente todas as

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Av. Anchieta 1.091 – Centro – Bertioga/SP – CEP: 11250-285 – (13) 3317.4000

www.bertioga.sp.gov.br – procuradoria@bertioga.sp.gov.br



consequência de sua inadimplência” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª Edição, Dialética, São Paulo, ano 2009, p. 822).

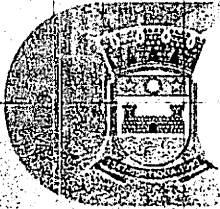
No caso em apreço, de acordo com a manifestação do Ilustre Secretário de Saúde de fls. foram oferecidos produtos em maiores que os estipulados no contrato, sem que ocorresse o devido aditamento restando, portanto o pagamento deste excedente, de acordo com as Notas Fiscais apresentadas.

Portanto, necessário quitar as Notas Fiscais de fls., que foram devidamente atestadas.

É certo que Poder Judiciário tem mantido válidos os pagamentos efetuados em desrespeito à legislação federal.

Deve-se observar, no entanto, que este posicionamento se dá apenas em atenção à segurança jurídica e em casos específicos onde há boa fé e no caso amplamente demonstrado.

Ressalte-se, que em recente decisão do Superior Tribunal Justiça, entendeu que mesmo ocorrendo a nulidade do contrato administrativo firmado, ou seja, causa mais grave do que o discutido no presente, não exonera o Município de pagar pelo serviço já prestado, porque do contrário, haveria o enriquecimento sem causa (Recurso Especial nº 876.140).



Prefeitura do Município de Bertioga

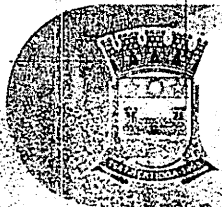
Estado de São Paulo

Estância Balneária

474

Vejam os que diz o Culto Ministro Luiz Fux, a respeito do assunto, em caso de contratos nulos (Resp 753039-PR, j. 21.06.2007):

“Um exemplo permite compreender facilmente o raciocínio. Suponha-se um contrato administrativo nulo, em que o defeito resida no ato de instauração da licitação. Reconhecido o defeito e pronunciada a nulidade com efeito retroativo, ter-se-ia de reconstituir a situação fática anterior à contratação. Isso significa não apenas que o particular teria de restituir à Administração as prestações que houvesse recebido, mas que também a própria Administração teria de adotar idêntica conduta. Ou seja, não seria cabível que a Administração incorporasse em seu patrimônio a prestação recebida do particular e se recusasse a produzir a remuneração correspondente, alegando a nulidade. (...) Ou seja, o Estado não pode apropriar-se de um bem privado, a não ser mediante desapropriação, com o pagamento de justo preço. É evidente que seria inconstitucional o Estado comprar um bem e, em seguida, anular o contrato e ficar com o bem sem pagar o preço. Muito mais despropositado seria produzir esse resultado mediante a invocação de defeito na própria atividade administrativa pública. A anulação contratual não pode gerar efeitos equivalentes aos do confisco. Tudo aquilo que não é lícito ao Estado obter diretamente também é ilícito ser obtido por via indireta - especialmente, por meio de um ato administrativo reputado inválido. No exemplo considerado, existem apenas



Prefeitura do Município de Bertioga

Estado de São Paulo

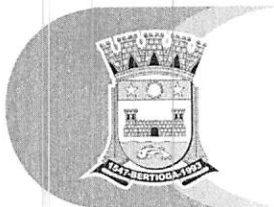
Estância Balneária

475

duas alternativas jurídicas: ou o Estado devolve o bem comprado ou indeniza o particular pelo preço correspondente. Em qualquer caso, deverá ademais de tudo compor outras perdas e danos decorrentes de sua atuação defeituosa.(...) Bem por isso, a solução já fora consagrada no âmbito do Direito francês, no qual se admite que a teoria do enriquecimento sem causa 'permite assegurar indenizações, que a equidade recomenda, nos casos especialmente em que as obras foram executadas ou as prestações fornecidas com base em um contrato que, finalmente, não foi concluído, que foi entranhado de nulidade, que atingiu a seu termo ou em que nenhum instrumento foi preparado ou ainda à margem de um contrato'.(...)" (In Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Edição - Dialética, páginas 517/519)

Agindo desta forma haverá maior segurança, evitando-se eventuais questionamentos com base na legislação federal pertinente ao assunto, razão pela qual entendo viável os pagamentos na forma de indenização dos valores indicados nas Notas Fiscais, não podendo o Contratado ser penalizado por ato que não deu causa.

Assim, mantenho meu entendimento da possibilidade do pagamento por indenização, porém, com a apuração futura, se for o caso, por meio de processo administrativo competente, dos prejuízos que tal ato



Prefeitura do Município de Bertioga 476
Estado de São Paulo
Estância Balneária

possivelmente tenha causado a Administração, em obediência a Lei de Responsabilidade Fiscal.

É necessário, a meu ver, nos termos legais, desde que haja declaração do ordenador de despesas sendo que, somente depois de adotadas a providência competente se efetue o pagamento, dos valores pendentes, na forma indicada.

Agindo desta forma haverá maior segurança, evitando-se eventuais questionamentos com base na legislação federal pertinente ao assunto.

Ademais, convém esclarecer que o pagamento por indenização não é regra e sim exceção, devendo, desta maneira, as diversas Secretarias do Município de Bertioga ater-se as legislações financeiras vigentes, para que os pagamentos sejam efetuados na forma legal, ante o grande número de pagamentos que estão sendo efetuados por indenização, sob pena de ser instaurado processo administrativo para apurar possíveis irregularidades.

Assim, restituo o presente a Vossa Senhoria para conhecimento e determinar o que mais for necessário.

Bertioga, 1º de outubro de 2020

Roberto Esteves Martins Novaes
Procurador Geral do Município



Prefeitura do Município de Bertioga
Estado de São Paulo
Estância Balnearia

477

Processo nº 2100/2019.
Fls. _____

A COOC

Autorizo a despesa no valor de R\$ 37.135,00 (trinta e sete mil cento e trinta e cinco reais), referente indenização dos serviços de locação de aparelhos concentradores de oxigênio e o fornecimento de oxigênio medicinal para atendimento de pacientes suspeitos ou portadores do COVID-19 com necessidades especiais de internação em leitos de retaguarda, conforme manifestado as fls. 421/426.


Informo disponibilidade orçamentária como segue:

- Dotação nº545, vínculo 05.301.0156 através de Recursos de Transferência – BLATB – no valor de R\$ 31.360,00 (trinta e um mil trezentos e sessenta reais) referente NF nº 398.867 (fls. 432), NF nº 410.575 (fls. 446) e NF nº 416.353 (fls. 457) para execução de nota de reserva, empenho, liquidação e pagamento.
- Dotação nº546, no vínculo 05.301.0156 através de Recursos de Transferência – BLATB – no valor de R\$ 5.775,00 (cinco mil setecentos e setenta e cinco reais) referente NF nº 95.662 (fls. 438), NF nº 96.842 (fls. 452) e NF nº 97.886 (fls. 462) para execução de nota de reserva, empenho, liquidação e pagamento.

Sem mais,

Bertioga, 06 de outubro de 2.020


Dr. Valter de Almeida Campos
Secretário de Saúde


Recebido na SEOC
Em 06/10/2020
Às 13:48 horas