

**Processo:** 1084653  
**Natureza:** REPRESENTAÇÃO  
**Representante:** Edmundo Caetano de Faria  
**Órgão:** Prefeitura Municipal de Quartel Geral  
**Partes:** José Lúcio Campos, Cibele de Assis Campos  
**Procurador:** Renato Moreira Campos, OAB/MG 51.873  
**MPTC:** Marcílio Barenco Corrêa de Mello  
**RELATOR:** CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

**SEGUNDA CÂMARA – 29/4/2021**

REPRESENTAÇÃO. SERVIÇOS MÉDICOS ESPECIALIZADOS. TERCEIRIZAÇÃO. BENS E SERVIÇOS COMUNS. PREGÃO PRESENCIAL. IMPROCEDÊNCIA.

1. As normas da Lei nº 6.019/74 relativas à terceirização de serviços aplicam-se à administração direta e às autarquias e fundações públicas no que concerne às atividades que não compreendam o exercício de parcela do poder estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.
2. É possível a licitação mediante pregão para bens e serviços comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos de maneira objetiva no edital.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) julgar improcedente a representação formulada pelo Senhor Edmundo Caetano de Faria, vereador da Câmara Municipal de Quartel Geral, em face do Pregão Presencial n. 09/2020, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Quartel Geral, e declarar a extinção do feito com resolução do mérito;
- II) determinar a intimação do representante e dos responsáveis acerca do teor desta decisão;
- III) determinar, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Sebastião Helvecio e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 29 de abril de 2021.

WANDERLEY ÁVILA  
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO  
Relator

(assinado digitalmente)

**SEGUNDA CÂMARA – 29/4/2021**

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

**I – RELATÓRIO**

Trata-se de representação oferecida pelo Senhor Edmundo Caetano de Faria, vereador da Câmara Municipal de Quartel Geral à época, em face da suposta ocorrência de irregularidades durante o Pregão Presencial nº 09/2020, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Quartel Geral, cujo objeto consistia na contratação de médico especialista em pneumologia.

Segundo o representante, os serviços dos profissionais da medicina configuram atividade-fim da Administração e deveriam ser afetados a cargos efetivos, providos por concurso público, ao invés de serem terceirizados. Salientou que, em eventual situação emergencial, a alternativa seria a contratação temporária por excepcional interesse público, com fundamento no inciso IX do art. 37 da Constituição da República.

Aduziu, ainda, que os serviços técnicos especializados de médicos não poderiam ser licitados pela modalidade pregão, uma vez que não caracterizam serviços comuns, por exigirem habilitação específica e registro em órgão de classe.

Por fim, destacou que esta Corte, na Representação nº 1.013.218, já havia analisado licitação promovida pela mesma municipalidade para a contratação de profissional de saúde, no caso de enfermeiro, entendendo que lhe faltava amparo legal, sobretudo por ter sido utilizada a modalidade pregão. Na ocasião, recomendou ao gestor que se abstinhasse de realizar contratações nos mesmos moldes e que adotasse providências para a criação de cargos, empregos ou funções públicas de profissionais na área de saúde por lei municipal.

Por essas razões, requereu a concessão de medida cautelar para a suspensão do certame.

A documentação foi recebida como representação em 04/03/20 (fl. 32), autuada e distribuída à minha relatoria (fl. 33).

Às fls. 34/34v, determinei a intimação dos responsáveis para que apresentassem esclarecimentos quanto aos fatos narrados na representação e encaminhassem cópia integral das fases interna e externa do Pregão Presencial nº 09/2020, informando o estágio em que se encontrava o certame.

A determinação foi cumprida com a remessa dos documentos constantes na peça nº 10, em que os responsáveis esclareceram que o procedimento já havia sido homologado e o contrato assinado, levando à perda do objeto do pedido de concessão de liminar. Sobre a utilização do pregão, argumentaram que esta Corte admite a contratação de serviços médicos por credenciamento, razão pela qual também deveria ser aceito o pregão, que permite a concorrência entre os potenciais interessados. Acrescentaram que o Município de Quartel Geral não dispõe de cargos públicos de médicos pneumologistas, o que inviabilizaria a admissão de profissionais pela via do concurso público.

Por força do despacho constante na peça nº 12, a 3ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal (3ª CFM) procedeu ao exame dos fatos (peça nº 13), entendendo irregulares e passíveis de multa a contratação de mão-de-obra terceirizada, em substituição à realização de concurso público, e a utilização da modalidade pregão, sugerindo que fosse oportunizado o contraditório e a ampla defesa.

Na manifestação preliminar constante na peça nº 15, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPC) pugnou pela citação dos responsáveis.

Na peça nº 16, foi determinada a citação do Senhor José Lúcio Campos e da Senhora Cibele de Assis Campos, os quais apresentaram a defesa conjunta veiculada na peça nº 21, reiterando os argumentos despendidos nos esclarecimentos preliminares e acrescentando que a contratação se efetivou no período de emergência nacional decorrente da pandemia, em razão da qual foi autorizada, inclusive, a dispensa de licitação para a contratação de serviços destinados ao enfrentamento da situação excepcional, conforme disposições da Lei nº

13.979/20. Assim, se os serviços poderiam ser contratados diretamente, não haveria razão para rechaçar a contratação realizada mediante procedimento concorrencial. Ao final, destacaram a ausência de dolo ou má-fé que justifiquem a punição dos responsáveis.

Em reexame (peça nº 23), a Unidade Técnica concluiu pela procedência da representação, por serem irregulares a substituição do concurso público pela terceirização de mão-de-obra, bem como a utilização da modalidade pregão, devendo os responsáveis serem multados pela prática de ato com infração à norma legal. Anotou que, em virtude das irregularidades, a contratação e eventuais prorrogações devem ser anuladas, com a indenização do contratado pelos serviços prestados até a data da declaração de nulidade.

O MPC emitiu seu parecer conclusivo por meio da peça nº 25, em que ratificou o estudo técnico e manifestou-se pela irregularidade do Pregão Presencial nº 09/2020, diante da terceirização do serviço público de saúde, contrariando o disposto no art. 37, II, da Constituição da República e no art. 1º, parágrafo único, c/c art. 12, I, da Lei nº 10.520/02. Opinou pelo reconhecimento da irregularidade em relação ao prefeito municipal, com a comunicação ao Poder Legislativo local para as medidas cabíveis. Pugnou para que fosse o certame julgado irregular em relação à pregoeira e para que fosse aplicada multa aos dois responsáveis, no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais). Por fim, opinou pela expedição de recomendação ao atual gestor, para adoção das medidas regularizadoras, com monitoramento de seu cumprimento.

É o relatório, no essencial.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

### A) Da terceirização dos serviços de médico especialista em pneumologia

Conforme relatado, na peça inicial, o representante asseverou que os serviços de médico pneumologista configuram atividade-fim da Administração e, por essa razão, não poderiam ser terceirizados, mas afetados a cargos efetivos, providos por concurso público. Salientou que, em eventual situação emergencial, a alternativa seria a contratação temporária por excepcional interesse público, com fundamento no inciso IX do art. 37 da Constituição da República.

A mesma tese foi defendida pela Unidade Técnica e pelo MPC.

Na defesa conjunta, os responsáveis alegaram que o quadro municipal não dispõe de cargos efetivos de médico especialista e que não há planos para a sua criação, tendo em vista as limitações financeiras e a existência de interesse em prover a demanda por especialistas por meio de consórcio público.

Em matéria de terceirização, entendo que as recentes inovações legislativas, trazidas pelas Leis nºs 13.429/17 e 13.467/17, conduzem à interpretação da execução indireta de serviços sob uma nova perspectiva, inclusive no âmbito da Administração Pública, que transbordam as noções de atividade-fim, de atividade-meio, bem como de atribuição rotineira, permanente ou excepcional.

Neste tema, faço remissão à fundamentação do voto por mim lançado na Consulta nº 1.024.677, aprovado por unanimidade na sessão do Tribunal Pleno do dia 04/12/19, e resgato as conclusões que interessam à análise dos fatos aqui tratados:

A origem da terceirização na Administração Pública insere-se no contexto da desconcentração e descentralização das funções estatais, processo que teve início, no Brasil, com a reforma administrativa verificada no segundo quartel do século XX e que tem no Decreto-Lei nº 200/67 o seu marco normativo.

Com efeito, seu art. 10, *caput* e § 7º, preveem a ampla descentralização da execução das atividades da Administração Pública Federal, “para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa

privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”.

[...]

Nas décadas seguintes, o processo de descentralização se aprofundou, inclusive com os Planos Nacional de Desestatização e de Reforma do Aparelho Estatal, a fim de promover a reordenação estratégica do Estado, direcionando seu esforço para as atividades tipicamente estatais. Foi nesse panorama, no final do século XX, que implementou-se a reforma administrativa gerencial, norteadas pela ideologia neoliberal, por meio do Decreto nº 2.271/97, que, regulamentando o § 7º do art. 10 do Decreto-Lei nº 200/67, estabeleceu em seu art. 1º rol exemplificativo das atividades “materiais acessórias, instrumentais ou complementares” passíveis de terceirização, quais sejam, as de “conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações”.

Nesse contexto, a Justiça do Trabalho passou a produzir orientação jurisprudencial no sentido de considerar ilícita a terceirização da atividade-fim, bem como aquelas em que restassem configuradas a personalidade e a subordinação, condições suficientes para caracterizar a relação material de emprego entre o obreiro e o tomador de serviços, salvo quando o tomador fosse a Administração Pública, porque nesse caso haveria violação da regra constitucional do concurso público, prevista no art. 37, inciso II, da Constituição da República (CR/88), consoante a Súmula nº 331<sup>1</sup> do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Vale ressaltar, no entanto, que houve recente modificação na disciplina normativa quanto ao tema. Foram aprovadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo presidente da República a Lei nº 13.429/17 e a Lei nº 13.467/17, que modificaram substancialmente a sistemática até então disciplinada pela Lei nº 6.019/74.

[...]

Já a Lei nº 13.467/17 – que não consta expressamente na consulta, mas efetivamente nos interessa para adequada resposta ao consulente – alterou a mesma Lei nº 6.019/74 para definir a prestação de serviços a terceiros, conceituada como “a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, **inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução” (art. 4º-A). Essa modalidade de terceirização independia dos requisitos do trabalho temporário e **abrangeria, inclusive, a atividade fim da contratante**, que está definida na lei como “a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal” (art. 5º-A).

Depois da publicação de referidos diplomas legais e antes mesmo da plena entrada em vigor da Lei nº 13.467/17, o Pretório Excelso reconheceu a incompatibilidade da Súmula nº 331 do TST com a Constituição da República e **fixou a tese da constitucionalidade da terceirização da própria atividade fim das empresas**. Essas decisões foram proferidas no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 324 e do Recurso Extraordinário – RE nº 958252, cujos votos e acórdãos já foram inclusive parcialmente disponibilizados.

---

<sup>1</sup> Súmula nº 331/TST: I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A aplicabilidade desse entendimento às relações trabalhistas envolvendo a Administração Pública não foi objeto de definição pelo STF naquela oportunidade. Nada obstante, na sequência desses julgamentos, e da aprovação das Leis nºs 13.429/17 e 13.467/17, o Poder Executivo Federal editou o Decreto nº 9.507/18, para regulamentar o disposto no art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67 e disposições da Lei nº 8.666/93, revogando o Decreto nº 2.271/97.

Nos termos desse novo diploma regulamentar, que trata da “execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”, a terceirização não mais se pauta pelas noções de atividade-fim ou atividade-meio, ou mesmo de atividades “materiais acessórias, instrumentais ou complementares”.

O escopo de possibilidade da terceirização é definido de forma residual, sendo esta vedada em determinadas e distintas situações, conforme se trate de aplicá-la no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, ou de aplicá-la no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Tal distinção se justifica na medida em que, caso o Estado, ao qual é facultado a exploração direta de atividade econômica “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, decida por fazê-lo através da criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, ele deve submeter-se aos ditames do mercado e de sua concorrência e, portanto, salvo expressas exceções, às regulações próprias do direito privado.

Sem embargo, se, por um lado, a jurisprudência não hesita em afirmar a impossibilidade de extensão de privilégios e prerrogativas próprias do regime jurídico de direito público às empresas públicas e sociedades de economia mista; por outro, vale ressaltar que a leitura constitucional dessas normas não deve restringir-se à igualdade concorrencial no plano das vantagens, mas também considerar os naturais obstáculos mercadológicos próprios do nicho no qual essas entidades irão atuar. Noutra falar, criações de obstáculos artificiais ou jurídicos impróprios também devem ser levados em consideração na aplicação e interpretação das normas constitucionais. Contrariam, por óbvio, essa teleologia sistêmico-normativa quaisquer interpretações literais ou isoladas de dispositivos constitucionais que pretendam impor às empresas estatais ônus jurídicos ou formalismos excessivos, que possam ser desestabilizadores da concorrência ou mesmo impeditivos à atuação da empresa estatal no mercado.

Deveras, extrai-se do subsistema normativo constitucional que os entes criados ou utilizados pela Administração Pública para explorar atividade econômica no mercado concorrencial devem igualar-se às entidades privadas não só em relação às restrições jurídicas, mas também quanto às necessárias flexibilidades competitivas, sobretudo quando a equiparação for essencial à consecução de seu objeto social e, em última análise, ao atingimento da finalidade pública que justificou sua criação. Ou seja, o regime jurídico híbrido ao qual elas estão vinculadas deve comportar a necessária compatibilização de regras públicas, que eventualmente possam ser restritivas à concorrência, com interpretações mais flexíveis das regras privadas, na medida em que isso for fundamental à própria condição concorrencial ou, noutras palavras, à sua sobrevivência no mercado.

Assim, dentro do novo cenário legal, que configura, aliás, desenvolvimento de um fenômeno de descentralização e desconcentração que vem de longa data, observa-se que, para a administração direta, autárquica e fundacional, é possível a terceirização de todas as atividades que não detenham natureza típica de Estado e que não reflitam o seu poder de império. Para essas, segue prevalecendo a regra do concurso público, estabelecida no art. 37, II, da Constituição da República.

Dentro dessas diretrizes, o art. 3º do Decreto nº 9.507/18 detalhou as atribuições incompatíveis com a execução indireta no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, quais sejam: I) que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; II) que sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; III) que estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de

aplicação de sanção; IV) que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Poderão, contudo, ser terceirizadas as atividades “auxiliares, instrumentais ou acessórias” referentes a tais serviços, ressalvados os referentes a serviços de fiscalização e poder de polícia e vedada a “transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado” (art. 3º, §§ 1º e 2º).

À vista das ponderações apresentadas no bojo da referida Consulta, entendo que não são passíveis de execução indireta as atividades que reflitam o exercício de parcela do poder estatal, o que pode ser materializado pelo detalhamento levado a cabo pelo Decreto federal nº 9.507/18. Sob essa ótica, não é a perenidade da atividade dentro da rotina administrativa que define a possibilidade, ou não, de terceirização, mas sua afinidade com o poder de império típico da Administração Pública.

Para o caso específico dos autos, o objeto da licitação foi delimitado no item 1 do edital do Pregão Presencial nº 09/2020 e consiste na contratação de médico especialista em pneumologia (fl. 7). Do Anexo V do instrumento convocatório (fl. 18v), verifica-se que as atividades do profissional devem ser prestadas junto à rede pública municipal de saúde. Trata-se, portanto, de serviços que integram a atividade finalística da Administração municipal, vinculados à sua missão na área de promoção da saúde.

Ocorre, todavia, que as noções de atividade fim e meio já não são decisivas para a definição da possibilidade de execução indireta, como destacado na Consulta nº 1.024.677.

O que define a possibilidade, ou não, de execução indireta é justamente a caracterização da atividade típica de Estado, o que, a meu ver, não restou configurado para os serviços médicos especializados em pneumologia, que consistem em tarefas técnicas instrumentais, sem correlação com as hipóteses descritas no art. 3º do Decreto federal nº 9.507/18, por não envolverem tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, não serem consideradas estratégicas, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos, não estarem relacionadas ao poder de polícia e não serem inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos.

Por essa razão, entendo ser legítima a opção política municipal pela prestação dos serviços de médico pneumologista pela via da execução indireta, quando não haja cargos ou empregos públicos no quadro local com atribuições equivalentes.

Deste modo, julgo improcedente a representação neste ponto, com o conseqüente prejuízo da recomendação sugerida pelo Órgão Ministerial.

## **B) Da utilização da modalidade pregão**

O representante insurgiu-se, ainda, em face da utilização da modalidade pregão para a licitação do objeto, tendo em vista que os serviços médicos não têm natureza comum, porquanto exigem habilitação específica e registro em órgão de classe. Destacou que, em situação semelhante, quando foram licitados serviços de enfermeiros, esta Corte já havia recomendado ao gestor do Município de Quartel Geral que se abstinhasse de realizar contratações nos mesmos moldes, nos termos do acórdão proferido na Representação nº 1.013.218.

Tais argumentos foram endossados pela Unidade Técnica e pelo MPC.

A defesa, por sua vez, asseverou que a jurisprudência admite a contratação de serviços médicos por credenciamento, que traduz hipótese de inexigibilidade de licitação, mas que essa possibilidade não se afigurou conveniente para o caso concreto, em razão da falta de especialistas na região e da vantagem de concentrar os atendimentos em um único profissional, permitindo o acompanhamento do histórico dos pacientes. Acrescentou que o pregão viabiliza a concorrência entre eventuais interessados e que este Tribunal já admitiu a contratação de médico perito por meio de licitação.

Acerca do cabimento da modalidade pregão, a Lei nº 10.520/02 dispõe que essa é a modalidade adequada para a aquisição de bens ou serviços comuns, assim entendidos “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (art. 1º, parágrafo único).

A ideia é que, para bens e serviços que estejam disponíveis no mercado com características padronizadas, seja priorizada a utilização do pregão, que, além de mais célere e menos burocrático, fomenta a redução de preço, na medida em que acrescenta às modalidades licitatórias tradicionais uma fase de lances, durante a qual os licitantes podem reduzir suas ofertas para alcançar a melhor proposta.

Dada a abstração do conceito legal de “bens e serviços comuns”, desde a edição da norma surgiram inúmeras discussões acerca do alcance dessa modalidade de licitação, sendo que, no estágio atual, encontra-se razoavelmente pacificado o entendimento segundo o qual devem ser categorizados como comuns, para fins de adoção do pregão, os bens e serviços que estejam disponíveis no mercado com certo nível de padronização ou homogeneidade, ainda que tenham natureza técnica, intelectual ou complexa.

Nesse contexto, vem sendo reconhecida, sem relevante oposição, a regularidade da licitação mediante pregão de alguns serviços eminentemente técnicos, como os de engenharia, ou que tenham natureza intelectual, de alta complexidade, a exemplo de produtos de tecnologia da informação, quando demonstrado no caso concreto que os padrões de qualidade e desempenho podem ser objetivamente definidos no edital.

A propósito, veja-se o enunciado da Súmula nº 257 do Tribunal de Contas da União (TCU), vigente desde 2010, segundo o qual “o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/02”.

Em sentido semelhante, cumpre referenciar o seguinte acórdão proferido pelo Plenário daquela Corte, *in verbis*:

Inicialmente, conforme a análise do item de oitava nº 6 seguinte, nem todos serviços que lidam com tecnologia sofisticada são complexos. **Os serviços especificados nesta concorrência podem ser considerados serviços comuns já que representam execução de rotinas e operação de equipamentos e softwares, o que permitiria a utilização da modalidade pregão.**

Quanto à celeridade do pregão, houve uma confusão entre os procedimentos para apuração da proposta com valor vencedor no pregão com a fase anterior de preparação da proposta por parte dos participantes. A apuração da proposta com valor vencedor é célere e vem se mostrando muito vantajosa para a Administração Pública. A preparação da proposta, bem como a análise do edital, todos estudos e cálculos necessários, cotações e elaboração de projetos podem ser feitos no mesmo tempo de qualquer outra modalidade, visto que tais procedimentos são realizados entre a publicação do edital e o momento de entrega das propostas. Assim, a utilização da modalidade pregão não prejudica em nada o tempo disponível para preparação das propostas. Deve-se observar que o inciso V do art. 4º da Lei nº 10.520/2002 que institui o pregão afirma que “V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis”. Foi estabelecido um prazo mínimo (8 dias úteis), mas nenhum prazo máximo. Assim, a Caixa tem como determinar um prazo que considere adequado para os licitantes elaborarem suas propostas.

Corroborando a possibilidade de utilização do pregão, deve ser lembrado que todas as exigências mínimas necessárias para participação do certame são cobradas dos licitantes da mesma forma que em outras modalidades. Assim, os participantes têm que comprovar sua habilitação jurídica e suas qualificações técnica e econômico-financeira. A única diferença é que os documentos são examinados após a apuração do menor valor. No caso específico desta licitação, em que praticamente toda pontuação (97 %) da fase de julgamento das propostas é determinada por atestados, bastaria que fossem exigidos atestados para comprovar a qualificação técnica para execução dos serviços contidos em cada item da licitação. Na fase de exame da habilitação e qualificação, caso o licitante que ofertasse o menor valor não atendesse às qualificações mínimas, ele seria

desclassificado e passaria a ser verificada a documentação comprobatória do licitante classificado imediatamente em seguida.

Além disso, caso alguma empresa tente prejudicar o andamento do pregão, à Caixa é reservado o direito para aplicar a rigorosa sanção prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/2002:

“Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.”

**Outro fator que deve ser levado em consideração é que a modalidade pregão tem-se mostrado um eficiente instrumento de economia para o erário.** Recentemente, no dia 17 de agosto último, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão divulgou um balanço das licitações realizadas no 1º semestre de 2007. O estudo indica que os órgãos da administração direta, as autarquias e as fundações do Governo Federal economizaram, neste período, R\$ 597 milhões com a utilização do pregão eletrônico ([www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br)).

Conclusão

Conclui-se que **não há razão que inviabilize a realização desta licitação na modalidade pregão**, com possibilidade de vantagem para a Caixa, conforme preceitua o art. 4º do Decreto nº 5.450/2005.<sup>2</sup> (grifos nossos)

Observa-se, portanto, que o fato de ser técnico ou de envolver complexidade não afasta, *a priori*, a compatibilidade do bem ou serviço com a licitação mediante pregão. Ao revés, a utilização do pregão é considerada obrigatória sempre que o objeto apresentar certo nível de homogeneidade no mercado, cujos padrões de qualidade e desempenho sejam equivalentes e objetivamente aferíveis, levando a disputa apenas para o quesito preço.

Nessa linha, trago à colação trechos da Nota Técnica nº 02/2008 da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação do TCU, com suas remissões aos julgados daquela Corte:

**A licitação de bens e serviços de tecnologia da informação considerados comuns, ou seja, aqueles que possuam padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, deve ser obrigatoriamente realizada pela modalidade Pregão**, preferencialmente na forma eletrônica. Quando, eventualmente, não for viável utilizar essa forma, deverá ser anexada a justificativa correspondente (Lei nº 10.520/2002, art. 1º; Lei nº 8.248/1991, art. 3º, § 3º; Decreto nº 3.555/2000, anexo II; Decreto nº 5.450/2005, art. 4º, e Acórdão nº 1.547/2004 – Primeira Câmara; Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.1)

[...]

Em geral, nem a complexidade dos bens ou serviços de tecnologia da informação nem o fato de eles serem críticos para a consecução das atividades dos entes da Administração descaracterizam a padronização com que tais objetos são usualmente comercializados no mercado. Logo, **nem essa complexidade nem a relevância desses bens e serviços justificam o afastamento da obrigatoriedade de se licitar pela modalidade Pregão.** (Lei nº 10.520/2002, art. 1º; Acórdão nº 1.114/2006 – Plenário; Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.4)

[...]

A decisão de não considerar comuns determinados bens ou serviços de tecnologia da informação deve ser justificada nos autos do processo licitatório. **Nesse caso, a licitação não poderá ser do tipo “menor preço”, visto que as licitações do tipo “menor preço”**

<sup>2</sup> Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2658/2007. Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Sessão de 05/12/07.

**devem ser realizadas na modalidade Pregão.** (Lei nº 8.666/1993, art. 15, III; Lei nº 10.520/2002, art. 1º; Decreto nº 5.450/2005, art. 4º; Acórdão nº 1.547/2004-TCU-Primeira Câmara; Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.6)<sup>3</sup> (grifos nossos)

A partir dessas ponderações emanadas da jurisprudência, há que se reconhecer que, se é possível estabelecer um padrão de desempenho e qualidade de um bem ou serviço, de modo que no mercado já haja especificação usual para ele, tem-se por configurada a condição de “comum” descrita no art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 10.520/02, o que possibilita a sua contratação mediante pregão.

Se, ao contrário, a necessidade da Administração somente for satisfeita com um bem ou serviço de características especiais, que dependa de desenvolvimento ou customização e que não esteja usualmente disponível no mercado com as especificações demandadas, ter-se-á por inviabilizada a licitação nessa modalidade.

Cumpre, então, avaliar em qual dessas categorias se insere a situação narrada nos autos, em que, por meio do Pregão Presencial nº 09/2020, buscou-se contratar os serviços de médico especialista em pneumologia, procedimento que foi julgado pelo tipo “menor preço”.

O Anexo V do instrumento convocatório propôs-se a descrever o objeto e justificar a contratação, o que foi feito de maneira sumária, com a exposição da necessidade de contratação de profissionais da área médica para atuar junto à rede pública municipal de saúde, destacando-se a especialidade pneumologia, para prestação de serviços durante 4 horas por dia, 3 vezes por semana, às segundas, quartas e sextas-feiras (fl. 18v). Dentre os requisitos de habilitação, foi exigida também a inscrição no conselho de classe (f. 9v).

Com efeito, depreende-se das disposições editalícias que a necessidade da Administração estaria satisfeita com a prestação de serviços de um médico especialista em pneumologia, devidamente habilitado para consultar e tratar os pacientes da rede pública municipal, o que, a despeito do intrínseco conteúdo técnico e intelectual, não envolve qualquer heterogeneidade em relação aos serviços que seriam prestados por outros profissionais de mesma habilitação.

A meu ver, o objeto, neste caso, tem padrões de desempenho e qualidade que podem ser definidos de maneira objetiva no edital, como, de fato, o foram, tanto que a seleção da melhor proposta foi realizada pelo critério de preço.

Aqui, relevante pontuar, a exemplo do que fora aduzido na defesa, que é amplamente admitida a contratação de serviços médicos em geral, para atendimento clínico na rede pública, por meio de credenciamento. Essa posição foi fixada por esta Corte desde 2010, durante a deliberação da Consulta nº 811.980, cujo parecer foi assim ementado:

Consulta — Prefeitura Municipal — I. **Realização de sistema de credenciamento para prestação de consultas médicas. Possibilidade. Procedimento formal de inexigibilidade de licitação. Edital de credenciamento.** II. Remuneração dos serviços prestados pelos particulares credenciados. Fixação de valores acima do mínimo indicado pelo SUS. Possibilidade. Complementação com recursos do próprio Município. Observância dos limites de despesas estabelecidos nas leis orçamentárias locais. III. Atendimento no consultório do médico credenciado. Possibilidade. Inexistência de vínculo profissional com o ente federativo. Marcação da consulta a cargo da Secretaria Municipal de Saúde. Escolha do credenciado pelo usuário.<sup>4</sup> (grifo nosso)

No mesmo sentido, é possível citar inúmeras manifestações de diferentes instituições, entre as quais destaco os Acórdãos nºs 352/2015 e 2057/16 do TCU; o Parecer Técnico Jurídico nº 009/2018 do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; o Acórdão nº 549/11 do Tribunal de Contas do Estado do Pará; o Acórdão nº 00027/2017 do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás; o Prejulgado nº 0680 do Tribunal de Contas do Estado de

<sup>3</sup> Tribunal de Contas da União. Revista do Tribunal de Contas da União. Ano 42. Número 117. Jan/Abr 2010. Nota Técnica nº 02/2008-SEFTI/TCU. P. 108-115.

<sup>4</sup> Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 811.980. Tribunal Pleno. Rel. Cons. Antônio Carlos Andrada. Sessão de 05/05/10.

Santa Catarina; o Processo nº 10.983-5/2013 do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

Todas essas manifestações partem da premissa de que o credenciamento constitui hipótese de inexigibilidade de licitação baseada no *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/93, em que a competição se afigura inviável, pela conveniência da contratação de todos os que perfaçam determinados requisitos, objetivamente definidos no edital.

Por sua contribuição, faço remissão às palavras de Jacoby Fernandes acerca do credenciamento:

Se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, ela própria fixando o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação. É a figura do “credenciamento”, que o Tribunal de Contas da União vem recomendando para a contratação de “serviços médicos, jurídicos e de treinamento”.

A mesma identidade de fundamentos fez com que aquela egrégia Corte recomendasse a adoção da pré-qualificação para a contratação de serviços advocatícios comuns, que podem ser realizados de modo satisfatório pela maior parte dos advogados, desde que a Administração fixe critérios objetivos para credenciamento.

Nos cursos de auditoria em licitações que ministramos, lembramos que há quatro aspectos fundamentais que definem a possibilidade de uso ou não da pré-qualificação do tipo credenciamento:

*6.2.1.1. todos os que satisfaçam às condições exigidas*

Se o objeto só pode ser realizado por um, como uma ponte ou um só curso, descabe a pré-qualificação, pois constitui característica fundamental do tipo credenciamento que todos os selecionados sejam contratados, embora demandados em quantidades diferentes;

*6.2.1.2. impessoalidade na definição da demanda, por contratado*

Observe que a jurisprudência já consagrou pelo menos três possibilidades do uso do credenciamento, mas sempre excluindo a vontade da Administração na determinação da demanda por credenciado;

*6.2.1.3. que o objeto satisfaça a forma definida no edital*

São serviços em que **as diferenças pessoais do selecionado têm pouca relevância para o interesse público, dado os níveis técnicos da atividade, já bastante regulamentada ou de fácil verificação**. Por exemplo, num curso de Windows com programa definido e condições de ensino objetivamente determinadas é possível, com um fiscal ou “gestor do contrato”, avaliar o cumprimento da obrigação;

*6.2.1.4. que o preço de mercado seja razoavelmente uniforme*

A fixação dos valores previamente pela Administração implica o dever inafastável de comprovar e demonstrar, nos autos, a vantagem ou igualdade dos valores definidos em relação à licitação convencional ou preços de mercado. Essa justificativa será objeto de futuro exame perante as esferas de controle, nos termos da lei.<sup>5</sup> (grifo nosso)

Mais adiante, o mesmo doutrinador exemplifica a aplicação dos conceitos à hipótese específica dos serviços médicos, senão vejamos:

Exemplificando, para melhor compreensão: se o interesse é na contratação de médico oftalmologista, para prestar assistência aos servidores, a Administração lançaria um edital, similar ao de concorrência, nos termos do art. 114 da Lei nº 8.666/1993, convocando os **profissionais formados em Medicina, com especialização em Oftalmologia, que possuíssem consultório e atendessem com hora marcada**, fixando previamente os honorários adequados em tabela própria ou tendo por referência a de

<sup>5</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta sem Licitação. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 467-468. Itálicos do original.

outro órgão (AMB, por exemplo), abrindo inscrições. Desse modo, todos os médicos que tivessem interesse no contrato compareceriam ao órgão, fariam sua inscrição, **comprovando o atendimento aos requisitos estabelecidos**, e seriam contratados diretamente, sem licitação, por “inexigibilidade”, nos termos do art. 25, caput, da Lei nº 8.666/1993.<sup>6</sup> (grifos nossos)

A partir das noções conceituais trazidas acima, é forçoso concluir que somente terá lugar o credenciamento quando seja possível definir objetivamente o serviço a ser contratado, com especificações usuais de mercado e com padrões de desempenho e qualidade equivalentes. Caso contrário, não se poderia cogitar da contratação de todos os que preenchessem os requisitos, mediante o pagamento de honorários uniformes.

Conseqüentemente, o serviço que é passível de contratação mediante credenciamento há de ser encarado como comum, na acepção utilizada pelo art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 10.520/02, autorizando também a utilização da modalidade pregão, quando a competição seja viável.

Consoante demonstrado, os serviços médicos são talvez os mais recorrentemente contratados pela via do credenciamento na experiência administrativa, com irrestrita aceitação, inclusive desta Corte, o que implica dizer que “as diferenças pessoais do selecionado têm pouca relevância para o interesse público, dado os níveis técnicos da atividade, já bastante regulamentada ou de fácil verificação”. Ou seja, inexistente heterogeneidade no mercado que incompatibilize a descrição do serviço de forma objetiva no edital<sup>7</sup>.

Tais ponderações reforçam a minha convicção de que os serviços de médico pneumologista para atendimento da rede pública municipal, da forma como especificados no Pregão Presencial nº 09/2020, caracterizam serviços comuns para fins de adoção dos preceitos da Lei nº 10.520/02, inclusive porque, em um contexto de pluralidade de interessados (o que não é o caso, como demonstrou a defesa), poderia a Administração até mesmo recorrer ao credenciamento para a contratação de todos que satisfizessem as condições editalícias, de acordo com o entendimento pacificado da jurisprudência.

Não me parece coerente admitir a contratação de serviços médicos por credenciamento e, ao mesmo tempo, negar que tenham padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos, por meio de especificações usuais no mercado, para fins de licitação por pregão.

Por todas essas razões, considero improcedente a representação também no que toca à modalidade licitatória utilizada.

### III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, julgo improcedente a representação formulada pelo Senhor Edmundo Caetano de Faria, vereador da Câmara Municipal de Quartel Geral, em face do Pregão Presencial nº 09/2020, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Quartel Geral, razão pela qual determino a extinção do feito com resolução do mérito.

Intimem-se o representante e os responsáveis acerca do teor desta decisão.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

\* \* \* \* \*

jc/rb

<sup>6</sup> Idem, p. 469.

<sup>7</sup> Relevante anotar que o inciso XIV do art. 6º da Lei nº 14.133/21, que trata da nova Lei de Licitações, define “bens e serviços especiais” como aqueles que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não podem ser descritos na forma do inciso XIII do caput deste artigo, exigida justificativa prévia do contratante. O inciso XLI, por sua vez, define o pregão como modalidade obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns. Assim, a novel legislação reforça que, mais que uma faculdade, a adoção do pregão é uma obrigação sempre que seja possível descrever o objeto com especificações usuais de mercado, por meio de padrões de qualidade e desempenho.