

**TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA**

**AJU: ASSESSORIA JURÍDICA**

**ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE MONTE SANTO**

**PROCESSO Nº 01164e22**

**PARECER Nº 00186-22**

**EMENTA: CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS MEDIANTE CREDENCIAMENTO. PELA POSSIBILIDADE.**

1- Entende-se pela possibilidade, em caráter excepcional, da contratação de pessoas físicas para prestação de serviços de médicos, de forma complementar (não se trata de substituição de mão de obra), por intermédio do credenciamento, tanto fundamentada na Lei nº 8.666/93, quanto na Lei nº 14.133/21, desde que a Administração demonstre que será mais vantajosa a contratação de diversos particulares ao invés da seleção de um, através de licitação, bem assim que atenda a todas as regras estabelecidas na aludida Lei de Licitações e Contratos, sobretudo, garantindo a igualdade de condições entre todos os credenciados hábeis a contratar com a Prefeitura Municipal.

2- Tendo em vista as vedações previstas nos arts. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/93, bem como no 9º, §1º, da Lei nº 14.133/21, o servidor público plantonista com carga horária de 40 horas encontra-se impedido de executar contrato administrativo com a respectiva municipalidade.

A Prefeita do **MUNICÍPIO DE MONTE SANTO**, Sra. Silvania Silva Matos, encaminha Ofício GAB/PREF nº 168/2021 endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 01164e22, no qual solicita orientação sobre “possibilidade de um servidor público municipal” de saúde ser contratado “por credenciamento do município para a realização de plantões ou sobreavisos junto ao hospital municipal.”

Com base em tais considerações, formula sua indagação:

“Na presente consulta, a Prefeitura Municipal de Monte Santo tem por finalidade verificar a possibilidade de um servidor público municipal concursado para o cargo de médico 40 horas, cujas atribuições são prestadas nas Equipes da Saúde da Família (ESF) junto a Secretaria Municipal de saúde serem contratados por credenciamento do município para a realização de plantões ou sobre avisos junto ao Hospital municipal? Caso haja disponibilidade de carga horária disponível e compatível para execução do contrato.

(...)

Diante do exposto, solicitamos que este Ilustre Tribunal, se digne a nos responder esta consulta, em havendo possibilidade de promover o credenciamento/contratação desses servidores para exercerem serviços médicos plantonistas e generalistas de acordo com sua carga horária disponível e compatível, para execução das atividades necessárias ao funcionamento das unidades de saúde do município de Monte Santo – Bahia, visando o atendimento de pacientes.

De início, é oportuno esclarecer que os pronunciamentos desta Unidade, com relação aos processos de Consulta, por força do art. 3º, §4º, da Resolução TCM nº 1.392/2019 - Regimento Interno, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de qualquer caso concreto apresentado, notadamente sobre a situação do município de Monte Santo.

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento discordante sobre o assunto ora tratado.

Feitas tais considerações, convém inicialmente destacar que o atendimento de necessidades permanentes da Administração deve ser prestado por pessoal integrante do quadro de servidores do Ente Municipal, admitidos mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, em conformidade com o artigo 37, II, da Constituição Federal, a seguir reproduzido:

**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Excepcionalmente, admite-se as nomeações para cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, bem como a contratação temporária, nos casos e hipóteses previstas em lei, sob pena de nulidade do ato. Portanto, a dispensa de concurso público para a contratação de servidores configura medida extrema, que só pode ser admitida em situações eventuais e identificadas, uma a uma, no caso concreto, conforme autorização contida na lei.

Sobre os cargos em comissão, cumpre anotar que o artigo 37, V, da Constituição Federal, preceitua que:

**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

**V** - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;(grifos aditados)

Daí se extrai que, com relação aos cargos em comissão, o texto constitucional fixou que destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, devendo ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos estabelecidos em Lei.

Registre-se, porque oportuno, que os cargos sob enfoque são de livre nomeação e exoneração, independente de o seu ocupante fazer parte, ou não, do quadro de pessoal da Administração. José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra “Manual de Direito Administrativo”, 30ª edição, Editora Atlas, página 644, leciona que:

“Os *cargos em comissão*, ao contrário dos tipos anteriores, são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Por isso é que na prática alguns os denominam de *cargos de confiança*. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do

titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF).” (destaques no original)

No tocante a contratação temporária de pessoal, o artigo 37, inciso IX da Constituição Federal estabelece que, para a **contratação por prazo determinado**, devem estar presentes dois requisitos, a saber: a) previsão expressa em Lei; e b) real existência de “necessidade temporária de excepcional interesse público”, *in verbis*:

**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

**IX** - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Deste modo, entende-se que a Carta Magna não outorgou ao administrador público a ampla discricionariedade para escolher livremente quando deverá contratar servidores temporários, valendo repisar, inclusive, que apenas com a superveniência de Lei regulamentadora os entes da federação poderão implementar a contratação temporária sem concurso público. Acrescente-se que, independente de ser o serviço de natureza transitória ou permanente, deve ficar comprovado o excepcional interesse público e a urgente necessidade, encontrando-se a Administração em situação incomum e imprevisível.

Nessa mesma linha de inteligência, cita-se o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, exarado no julgamento da ADI nº 3649, do Relator Ministro Luiz Fux, somente a título ilustrativo, a contratação temporária terá lugar quando estiverem demonstrados, cumulativamente, os seguintes pressupostos: 1) existir previsão legal dos casos; 2) a contratação for feita por tempo determinado; 3) tiver como função atender a necessidade temporária, e; 4) quando a necessidade temporária for de excepcional interesse público.

**Conclui-se, portanto, que o melhor meio de contratação de pessoal para a área de saúde é mediante Concurso Público de provas e títulos, sendo possível a efetivação desses, em caráter excepcional, por nomeação em cargo em comissão e através de contratação temporária, desde que preenchidos os requisitos legais para tanto.**

**Caminhando nesse mesmo sentido de excepcionalidade e, respondendo agora o questionamento do Consultante**, a contratação de pessoal no serviço público também pode ocorrer mediante contrato de prestação de serviços, com pessoa física ou jurídica, sem relação de emprego, sob o regime da Lei de Licitações (nº 8.666/1993 ou Lei nº 14.133/2021).

Porém, antes de examinarmos esse ponto, cabe salientar que, a Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021 - em seu artigo 191 c/c o 193, II, confere ao Gestor Público a faculdade, dentro do prazo de dois anos do referido marco inicial de sua vigência, de realizar licitações e celebrar contratos, tendo como parâmetro as regras e princípios previstos na legislação antiga (Lei nº 8.666/93, Lei 10.520/02 ou Lei nº 12.462/2011), ou com fulcro diretamente no novel diploma legal, desde que explicitada, qualquer que seja a opção, no respectivo edital ou instrumento de contratação direta senão vejamos:

**Art. 191.** Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

**Parágrafo único.** Na hipótese do **caput** deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

**Art. 193.** Revogam-se:

(...)

**II** – a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Dito isto, é sabido que independente da escolha da legislação a ser aplicada, a regra no serviço público, consoante o art. 37, inciso XXI, da CF/88, é a contratação mediante processo de licitação pública (obras, serviços, compras e alienações), que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Esta é a premissa geral, que faz com que o processo licitatório pela Administração Pública seja de realização obrigatória em atenção ao princípio constitucional da isonomia,

de onde sobressai o entendimento de que contratações ao arrepio da legislação de regência constituem verdadeira burla a contaminar os contratos realizados, sujeitando o agente político às sanções legais.

Contudo, a própria Carta Maior permite que a Lei aponte situações em que a Administração Pública poderá efetuar contratação direta, dispositivos que foram regulamentados por normas específicas ao disciplinar o instituto jurídico da dispensa e inexigibilidade de licitação.

Nas circunstâncias em que a legislação permite a contratação direta pela Administração Pública, o procedimento é realizado de forma mais célere, simplificado e prático de contratação, contudo, há de se observar os pressupostos preliminares e taxativos dispostos no artigo que regulamenta a modalidade escolhida. Nessa mesma linha de raciocínio, Marçal Justen Filho leciona<sup>1</sup>:

“Nas etapas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação. Em um momento inicial, a Administração verificará a existência de uma necessidade a ser atendida. Deverá diagnosticar o meio mais adequado para atender ao reclamo. Definirá um objeto a ser contratado, inclusive adotando providências acerca da elaboração de projetos, apuração da compatibilidade entre a contratação e as previsões orçamentárias. Tudo isso estará documentado em procedimento administrativo, externando-se em documentação constante dos respectivos autos.”

De modo geral, tem-se, portanto, que a regra é o devido processo de licitação, sendo impossível a sua realização em razão do objeto e/ou nos casos em que seja comprovado a vantajosidade na contratação, poderá a Administração Pública, atentando-se aos pressupostos que cada modalidade abarca, optar pela contratação direta.

Pois bem, **voltando ao questionamento da Consulente, em relação a possibilidade de contratação de profissionais da área de saúde através do credenciamento**, passaremos a tecer os esclarecimentos necessários acerca das possibilidades, tendo com parâmetro a Lei nº 8.666/93, como também a recente Lei nº 14.133/2021.

**A Lei nº 8.666/93**, ao regram o instituto da inexigibilidade licitação, não mencionou o instituto de credenciamento. Como bem esclarece o doutrinador Joel de Menezes

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, p. 283

Niebuhr na Obra *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*, 2003, p. 210, “*Não há qualquer dispositivo que aborde o assunto, regrado suas premissas.*”

Sabe-se, porém, que o referido instituto trata-se de um procedimento administrativo que pode ocorrer em todas as situações de inviabilidade de competição, o que, pela lógica, acarreta na hipótese de inexigibilidade de licitação.

O artigo 25 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública dispõe que “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição (...)”. Veja-se que, neste caso, o legislador não se preocupou em estabelecer um rol taxativo de situações por meio do qual se pode contratar por inexigibilidade, até mesmo porque a interpretação da expressão “inviabilidade de competição” é ampla, sendo difícil elencar e relacionar todas as hipóteses que abrange.

Nesse contexto, pode-se dizer que a inviabilidade de competição, além da contratação de fornecedor único, prevista no inciso I, e, obviamente, além dos casos inseridos nos incisos II e III, pode se dar por contratação de todos, ou seja, nesta hipótese, a inviabilidade de competição não está presente porque existe apenas um fornecedor ou prestador do serviço, mas, sim, porque existem vários e todos serão contratados.

Nessa esteira, vejamos os ensinamentos do Mestre Jorge Ulisses Jacoby, em “*Coleção de Direito Público*”, 2008, página 538:

“Se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar 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 à contratação.”

Parece claro que, se a Administração convoca profissionais dispondo-se a contratar todos os interessados que preencham os requisitos por ela exigidos e por um preço previamente definido no próprio ato do chamamento, também estamos diante de um caso de inexigibilidade, pois, de igual forma, não haverá competição entre os interessados. Este método de inexigibilidade para a contratação de todos é o que a doutrina denomina de Credenciamento.

Assim, pode-se dizer que, **fundamentado na Lei nº 8.666/93, o credenciamento é um sistema pelo qual a Administração Pública efetivará uma contratação direta, mediante a inexigibilidade de licitação, selecionando não apenas um participante, mas sim, pré-qualificando todos os interessados para, segundo condições previamente definidas em regulamento e divulgadas, credenciarem-se como prestadores de serviços ou beneficiários de um negócio futuro a ser ofertado.**

A **Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021)** inovou, ainda, quanto à disciplina referente aos Procedimentos Auxiliares das licitações e das Contratações, que se referem aos instrumentos do credenciamento, da pré-qualificação, do procedimento de manifestação de interesse, do sistema de registro de preços e do registro cadastral.

Assim, o art. 78, da Nova Lei, prevê:

**Art. 78.** São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

**I – credenciamento;**

II – pré-qualificação;

III - procedimento de manifestação de interesse;

IV - sistema de registro de preços;

V - registro cadastral.

§ 1º Os procedimentos auxiliares de que trata o **caput** deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.

§ 2º O julgamento que decorrer dos procedimentos auxiliares das licitações previstos nos incisos II e III do **caput** deste artigo seguirá o mesmo procedimento das licitações.

Vale informar que tais procedimentos auxiliares não têm vínculo com uma licitação específica, mas seus resultados podem ser utilizados por um número determinado ou indeterminado de certames ou contratações.

Não obstante os aludidos procedimentos estejam dissociados a um certame determinado, eles deverão respeitar aos princípios e regras que regem a licitação, como a seleção da proposta mais vantajosa, a isonomia, a objetividade do julgamento, a vinculação ao edital, a ampla defesa e o contraditório.

Tratando mais especificamente sobre o instituto do **credenciamento**, a Lei nº 14.133/2021, incluiu expressamente o seu conceito no art. 6º, inciso XLIII, *in verbis*:



**Art. 6º.** Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

**XLIII** - credenciamento: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados; (grifo nosso)

De logo, percebe-se que a Nova Lei autorizou, expressamente, a utilização do Credenciamento como procedimento prévio para a contratação, não só do fornecimento de bens, como também da prestação de serviços, preceituando, ainda, que os interessados deverão preencher os requisitos impostos pela Administração Pública.

Registre-se que o credenciamento sob a égide da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, tem um amparo próprio, sendo considerado como um procedimento prévio à contratação direta.

Frise-se que Nova Lei de Licitações prevê três hipóteses para a utilização do credenciamento, em seu art. 79, e incisos:

Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:

I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;

II - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;

III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do **caput** deste artigo, deverá definir o valor da contratação;

IV - na hipótese do inciso III do **caput** deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;

V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;

VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

Consoante amplamente explicitado, a Nova Lei de Licitações especifica melhor o conceito de credenciamento, elencando de modo categórico as suas hipóteses nos incisos do art. 79 em apreço. Considera-se, desta maneira, que as situações previstas na lei para utilização do credenciamento são: **a paralela e não excludente; a com seleção a critério de terceiros; e a em mercados fluídos.**

O credenciamento sob a hipótese **paralela e não excludente**, também reputada como a mais comum, se configura na situação em que for mais vantajoso para o Poder Público a contratação ao mesmo tempo de diversos particulares ao invés da escolha excludente de um ou poucos vencedores.

Na hipótese supramencionada, deverá, com fito de conferir a igualdade de condição entre os fornecedores, ser adotado critérios objetivos pela Administração de distribuição da demanda, seja por sorteio ou respeitando a ordem cronológica de cadastramento.

Em se tratando da **seleção a critério de terceiros**, esta ocorre sem a escolha voluntária da Administração Pública, isto porque esta será feita pelo beneficiário dos serviços ofertados, digo, um terceiro alheio à Administração, sem o prestígio do gestor público para excluir ou equilibrar a seleção pública, entretanto, os serviços prestados serão autorizados previamente pelo Poder Público. A título exemplificativo, acontece nos casos em que se pretende contratar clínicas, hospitais ou profissionais da saúde, estes, por sua vez, terão que preencher os requisitos indispensáveis para tanto, calhará ao terceiro a opção de prestador que lhe convém.

Já **em mercados fluídos**, o credenciamento é caracterizado por prestadores com dinamicidade de preços, isto é, a variação de valores de mercado da prestação de serviços, impediria a realização de um processo licitatório adequado ao objeto, tendo em vista que para licitar há de se valorar o objeto previamente, através de cotação de preços, a quantia que seria despendida, representando, dessa forma, uma inviabilidade de competição.

Vale salientar que, nas hipóteses de contratação “paralela e não excludente” e “com seleção a critério de terceiros”, o valor da contratação deve ser definido no Edital. Já no

caso de “mercados fluidos”, não existe essa necessidade, não obstante o Poder Público deva registrar as cotações de mercado vigentes no momento do ajuste.

De qualquer forma, em ambas as Leis (Lei nº 8.666/93 ou Lei nº 14.133/21), a autoridade, visando contratar determinado objeto, iniciará, no seu âmbito, a convocação dos interessados, mediante chamamento público (credenciamento), para que estes possam se cadastrar, a fim de, assim, realizar o procedimento adequado para sua contratação, sempre em observância aos princípios da vantajosidade e motivação, para que haja a justificativa da realização do procedimento.

O credenciamento, assim, não se confunde com Contrato administrativo, vez que se caracteriza como um **ato administrativo unilateral prévio à contratação**. O particular credenciado ainda não foi contratado, ele apenas requereu o credenciamento, que foi deferido pela Administração, após verificar que ele preencheu os requisitos determinados.

Insta ressaltar que a Administração deve permitir o credenciamento de qualquer interessado, a qualquer momento. Contudo, isso não quer dizer que todos os requerimentos serão atendidos, uma vez que o particular deverá atender aos requisitos definidos previamente pelo Poder Público.

Segundo o ilustre Marçal Justen Filho, em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas”, *“o credenciamento consiste no ato administrativo unilateral por meio do qual a Administração declara que o requerente preenche os requisitos predeterminados, o que a ele assegura a possibilidade de ser contratado, nas condições estabelecidas em ato normativo regulamentar.”*

Logo, **o credenciamento deverá manter-se aberto**, permitindo que, a qualquer momento, novos interessados se habilitem (condicionado ao preenchimento das exigências regulamentares), atendendo, assim, a razão autorizadora de sua instituição, qual seja, obter o maior número de fornecedores ou prestadores, sem que um exclua a atuação do outro, de modo a satisfazer plenamente o interesse público envolvido.

Em todas hipóteses aqui evidenciadas, é vedada a realização do credenciamento nas situações em que a licitação é perfeitamente possível. Caberá, portanto, a utilização do credenciamento quando for indiferente para a Administração a identidade do particular a ser contratado. Assim, desde que atendidos todos os requisitos exigidos, qualquer particular poderá executar o objeto pretendido.

Nestes termos Marçal Justen Filho explica que:

Não haverá necessidade de licitação quando houver número ilimitado de contratações e (ou) quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração. Isso se verifica quando uma alternativa de contratar não for excludente de outras, de molde que todo o particular que o desejar poderá fazê-lo.

(...) Nas hipóteses em que não se verifica a exclusão entre as contratações públicas, a solução será o credenciamento. (...) O credenciamento envolve uma espécie de cadastro de prestadores de serviços ou fornecedores. O credenciamento é ato pelo qual o sujeito obtém a inscrição de seu nome no referido cadastro.<sup>2</sup>

Quanto ao prazo de vigência do Edital, os eminentes doutrinadores Marçal Justen Filho e Ronny Charles possuem o entendimento de que ele poderá ser determinado ou indeterminado. Por tais razões, recomenda-se que o Edital disponha de instrumentos aptos que possibilitem uma avaliação periódica para a conservação, por parte dos credenciados, dos requisitos já estabelecidos no instrumento convocatório.

Vale registrar que o Tribunal de Contas da União, mediante o Acórdão nº 352/2016, cujo trecho encontra-se abaixo transcrito, já se posicionou a respeito da possibilidade de realização de credenciamento para prestação de serviços na área de saúde:

RELATÓRIO DE AUDITORIA. FISCALIZAÇÃO DE ORIENTAÇÃO CENTRALIZADA. AVALIAÇÃO DE AJUSTES FIRMADOS POR ÓRGÃOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS COM ENTIDADES PRIVADAS PARA A DISPONIBILIZAÇÃO DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE PARA ATUAREM EM UNIDADES PÚBLICAS DE SAÚDE. INEXISTÊNCIA DE ESTUDOS QUE DEMONSTREM AS VANTAGENS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. BAIXA OU NENHUMA PARTICIPAÇÃO DO CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE NAS DECISÕES. AUSÊNCIA DE PLANILHA DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS UNITÁRIOS. FISCALIZAÇÃO DEFICIENTE. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE GESTÃO COM ENTIDADE PRIVADA NÃO QUALIFICADA COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL E COM ENTIDADE PRIVADA COM FINS LUCRATIVOS. TERMOS DE PARCERIAS CELEBRADOS PARA MERA INTERMEDIÇÃO DE

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 46

MÃO DE OBRA, SEM QUE A ENTIDADE TENHA CAPACIDADE INSTALADA PRÓPRIA. OITIVAS. DETERMINAÇÕES.

(...)

9.1.2. o credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde para atuarem tanto em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, sendo o instrumento adequado a ser usado quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, bem como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados, sendo necessário o desenvolvimento de metodologia para a distribuição dos serviços entre os interessados de forma objetiva e impessoal;

Importante salientar que o credenciamento apenas deverá ser adotado de forma excepcional nas hipóteses em que a única forma de atender ao interesse público será contratando diretamente todos os particulares habilitados capazes de executar com segurança o objeto envolvido, devendo, pois, ser usado com cautela e em caráter subsidiário.

**Por tudo o quanto aqui exposto, entende-se pela possibilidade, em caráter excepcional, da contratação de pessoas jurídicas para prestação de serviços de médicos, de forma complementar (não se trata de substituição de mão de obra), por intermédio do credenciamento, tanto fundamentada na Lei nº 8.666/93, quanto na Lei nº 14.133/21, desde que a Administração demonstre que será mais vantajosa a contratação de diversos particulares ao invés da seleção de um, através de licitação, bem assim que atenda a todas as regras estabelecidas na aludida Lei de Licitações e Contratos, sobretudo, garantindo a igualdade de condições entre todos os credenciados hábeis a contratar com a Prefeitura Municipal.**

**Quanto ao questionamento referente à possibilidade de credenciamento para prestação de serviços médicos de servidor público municipal com carga horária de 40 horas,** cumpre salientar que o art.9º, III, da Lei Federal nº 8.666/93, abaixo transcrito, veda a participação, direta ou indireta, na licitação ou na execução do serviço de servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação:

“Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

(...)

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.”

Registre-se que, com vistas a se resguardar o princípio da moralidade, a Lei nº 8.666/93 veda a participação do servidor ou dirigente do órgão na execução do contrato ou na licitação.

De acordo com o eminente doutrinador Marçal Justen Filho também se proíbe a participação de empresas cujos sócios sejam servidores. Vejamos:

“Também se proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores etc., sejam servidores ou dirigentes de órgãos contratantes. Essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo necessário pressuposto da lisura da licitação e contratação administrativas. A caracterização de participação indireta contida no §3º aplica-se igualmente aos servidores e dirigentes do órgão.”

Cumpra registrar também que a Nova Lei de Licitações, em seu art.9º, §1º, também prevê que o agente público que compuser os quadros do órgão ou da entidade licitante ou contratante está impedido de participar da licitação ou da execução do contrato:

“§ 1º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução do contrato agente público de órgão ou entidade licitante ou contratante, devendo ser observadas as situações que possam configurar conflito de interesses no exercício ou após o exercício do cargo ou emprego, nos termos da legislação que disciplina a matéria.”

O conflito de interesses resta configurado entre o servidor público que disputa uma licitação ou executa um contrato administrativo e a Administração.

De acordo com a doutrina de Marçal Justen Filho, em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas”, o impedimento permanece mesmo em relação ao agente que não detenha competências decisórias e ainda que a sua atuação não verse sobre licitações e contratações.

Desta sorte, salvo melhor pensar, tendo em vista as vedações previstas nos arts. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/93, bem como no 9º, §1º, da Lei nº 14.133/21, o servidor público plantonista com carga horária de 40 horas encontra-se impedido de executar contrato administrativo com a respectiva municipalidade.

Diante de tudo quanto anteriormente exposto, esta Assessoria Jurídica, em tese e sem se debruçar sobre a realidade fática do Município Consulente, à luz da sistemática que rege a matéria, conclui que:

1. Entende-se pela possibilidade, em caráter excepcional, da contratação de pessoas físicas para prestação de serviços de médicos, de forma complementar (não se trata de substituição de mão de obra), por intermédio do credenciamento, tanto fundamentada na Lei nº 8.666/93, quanto na Lei nº 14.133/21, desde que a Administração demonstre que será mais vantajosa a contratação de diversos particulares ao invés da seleção de um, através de licitação, bem assim que atenda a todas as regras estabelecidas na aludida Lei de Licitações e Contratos, sobretudo, garantindo a igualdade de condições entre todos os credenciados hábeis a contratar com a Prefeitura Municipal.

2. Tendo em vista as vedações previstas nos arts. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/93, bem como no 9º, §1º, da Lei nº 14.133/21, o servidor público plantonista com carga horária de 40 horas encontra-se impedido de executar contrato administrativo com a respectiva municipalidade.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo, formulada de acordo com as normas vigentes à época deste parecer. À consideração superior.

Salvador, 22 de março de 2022.

Ana Marta Meira Machado Duran  
Assessora Jurídica



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia