



fls. 91
5

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Procuradoria -Geral Federal
Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS
Coordenação-Geral de Matéria Administrativa

PARECER N° 266/2010/DLIC/CGMADM/PFE/INSS

PROCESSO S/N° SIPS 342674996

INTERESSADO: DIRAT/DIRBEN/DIRSAT/DIROFL/DRH.

ASSUNTO: Minuta de Resolução, que dispõe sobre critérios técnicos e jurídicos para o credenciamento de profissionais de saúde visando a realização de serviços na área de perícia médica.

- I. Minuta de Resolução. Contratação excepcional de médicos para realização de perícias. Credenciamento. Inexigibilidade para contratação de todos. Possibilidade. Regularidade jurídico-formal da Minuta de Resolução.
- II. Resolução n° 70/2009. Procedimento. Necessidade de adequação procedimental para regular edição do ato normativo.
- III. Minuta de Edital. Aprovação condicionada à regularização.
- IV. Minuta de Termo de Compromisso. Aprovação jurídico-formal.

Senhor Coordenador-Geral de Matéria Administrativa

1. Trata-se de **Minutas de Resolução**, cujo objeto é disciplinar o procedimento de credenciamento de médicos para realização de perícias de interesse do INSS.
2. O procedimento foi desencadeado em atendimento à decisão judicial proferida no âmbito da Ação Civil Pública n° 2009.61.00.026369-6, em curso na 19ª Vara Federal de São Paulo, conforme se infere do Memorando PFE-INSS/DAP/N° 77/2010 (fls. 01). Assim restou consignado na parte dispositiva:

[...] DEFIRO PARCIALMENTE o requerido pelo Ministério Público às fls. 1155/1161, renovando a decisão proferida de 957/960, para autorizar a Autarquia Previdenciária a contratar emergencialmente serviços médicos para a realização de perícias, adotando para tanto a forma legal que melhor atenda ao pretendido na presente ação.
3. Acompanha o Memorando a Nota Técnica n° 65/2010/CMA/PRF-3ª/PGF/AGU-lffb (fls. 03/06), exarada pela Procuradoria Regional Federal da 3ª Região, a qual dispõe sobre a **força executória** da decisão citada mais acima, cujo inteiro teor foi juntado em seguida (fls. 07/12).
4. Consta dos autos ainda uma **Nota Informativa Conjunta** (fls. 13/16), subscrita pelos Diretores de Atendimento; de Benefícios; de Saúde do Trabalhador; de Orçamento, Finanças e Logística e de Recursos Humanos, todos do INSS. Nela, traça-se um histórico da situação dos Peritos Médicos,

citando-se desde o Movimento pela Excelência do Ato Médico Pericial até a decisão proferida na Ação Civil Pública citada, passando pelo dissídio instalado no Superior Tribunal de Justiça.

5. Importa ao presente relatório a **decisão** de, diante do comando judicial proferido na ACP, que, ao mesmo tempo em que autoriza a contratação temporária veda a inércia da Administração, **contratar diretamente**, sem prévia licitação, por meio de credenciamento, os médicos que cumpram os requisitos necessários para a realização imediata das perícias (cf. itens 13 a 15 da Nota). **Afastou-se**, justificadamente, a adoção do procedimento previsto na **Lei 8.745/93**.

6. Acompanha a manifestação dos Diretores do INSS uma série de documentos comprobatórios das alegações postas na Nota (fls. 17/38).

7. Sucedem esses documentos algumas **Minutas de Resolução, Edital e Termo de Compromisso** (fls. 39/63).

8. A **Diretoria de Saúde do Trabalhador** manifestou-se às fls. 64 sobre os valores propostos:

[...] os valores estabelecidos para o pagamento das perícias médicas realizadas por médicos credenciados foram extraídos da Resolução nº 147/INSS/DCPRES, de 17 de março de 2004, Anexo A, Edital para Credenciamento de Médicos e Entidades Médicas, Tabela de honorários [...]. À época os valores foram apurados com base na tabela de honorários praticada pelo Conselho Federal de Medicina". Junta referida Tabela (fls. 65/66).

9. A **Coordenação de Normas, Acordos e Convênios (CNAC)** manifestou-se em seguida, referindo-se às Minutas de fls. 53/63 e solicitando sua análise por esta Procuradoria.

10. Com os autos já distribuídos a este Procurador, na data de ontem, a CNAC encaminhou novas minutas (fls. 69/80), acompanhadas da Resolução nº 147 INSS/DCPRES, de 17 de março de 2010 (fls. 81/89) e da Resolução nº 167, de 28 de setembro de 2004 (fls. 90), com destaque para o dispositivo que limita as perícias em um número de 352 (trezentos e cinquenta e duas) ao mês. Só então este Consultivo pode iniciar a análise.

11. É o que havia para relatar. Opina-se.

ANÁLISE JURÍDICA

12. De início, cumpre analisar o meio utilizado para veicular o normativo, ou seja, se a resolução seria o instrumento hábil para regulamentar o procedimento excepcional de credenciamento de médicos para realização de perícias.

13. No âmbito do INSS, a edição de atos administrativos é regulamentada pela Resolução nº 70/INSS/PRES, de 06 de outubro de 2009.

14. Referido normativo define *resolução* como

o ato administrativo de competência privativa do Presidente do INSS, utilizado para estabelecer procedimentos ou diretrizes gerais orientadoras da ação dos órgãos e unidades, para fiel aplicação da política e da programação da Autarquia e dispor sobre matéria de sua competência específica¹.

15. Assim, entende-se por **regular a adoção** da espécie *resolução*, pois o intuito do presente normativo é justamente estabelecer procedimentos gerais que orientem a ação dos órgãos e

¹ Art. 16, II.



unidades no atual momento de excepcionalidade da prestação da atividade médico pericial e de atendimento de um comando judicial. Convém então citar o art. 13 da Resolução nº 70/2009 que regula o procedimento prévio à edição do ato normativo, a fim de balizar a análise:

Art. 13. As propostas para a elaboração de atos normativos e constitutivos de competência do Presidente do INSS serão encaminhadas à Coordenação de Normas, Acordos e Convênios - CNAC, do Gabinete da Presidência, por meio eletrônico, devendo ser acompanhadas de Nota Informativa, que deverá:

I - justificar e fundamentar a edição do ato normativo, de forma a possibilitar a sua utilização como defesa prévia em eventual defesa judicial;

II - explicitar a razão de o ato proposto ser o melhor instrumento normativo para disciplinar a matéria;

III - apontar as normas que serão afetadas ou revogadas pela proposição; e

IV - indicar a existência de prévia dotação orçamentária, quando a proposta demandar despesas.

Parágrafo único. Na hipótese da proposta de ato normativo afetar outra Diretoria, a área afetada deverá se manifestar acerca da questão, por meio de despacho fundamentado, que será obrigatoriamente anexado ao pedido inicial.

16. Em atendimento ao dispositivo citado, há a **Nota Informativa Conjunta de fls. 13/16**, subscrita por várias Diretorias do INSS. Nela, **justifica-se e fundamenta-se** a edição do ato (inciso I), assim como explicita a razão do ato proposto (inciso II).

17. Referida Nota recomendou o envio à Procuradoria *com trâmite* pela CNAC. Sucede que referida **Coordenação não** realizou o **exame** que lhe compete por força do art. 14 da Resolução nº 70/2009, resumindo-se a remeter os autos a este Consultivo, razão pela qual o processo veio com algumas **falhas procedimentais**, conforme aduzido abaixo.

18. A **justificativa do preço** adotado foi posta nas fls. 64, porém merece **complemento**. Os preços são de uma Resolução de **2004** e, conforme salientado, basearam-se numa tabela de honorários do Conselho Federal de Medicina.

19. O TCU tem manifestação reiterada² sobre a necessidade de **atualização do projeto básico** quando da deflagração de uma licitação. O mesmo vale para o caso em questão, guardadas as devidas diferenças. Ao estabelecer um procedimento no ano de 2010, deve-se pautar pelos preços de 2010, não de 2004.

20. Assim, tem-se por **necessária** uma **manifestação complementar** sobre a **atualidade dos valores** e se eles são **adequados na quadra atual**, **não** sendo **suficiente** a justificativa de que se fundam em normativo de **seis anos atrás**.

21. Quanto à **menção às normas** que poderiam ser **afetadas ou revogadas** pela proposição (inciso III), **não** houve qualquer manifestação, providência que ora se recomenda.

22. Além dessa falha, nota-se que foram **acostadas**, juntamente com as últimas minutas, **duas Resoluções** do INSS **sem** que fosse aduzido **qualquer motivo** para sua inserção nos autos. A juntada das referidas Resoluções trouxe apenas **dúvidas** ao procedimento, **no ponto em que menciona** que o **máximo de perícias** que os credenciados poderiam realizar seria **352** (trezentos e cinquenta e duas) **ao mês**. Em **contradição** a essas normas juntadas, a **proposta de Resolução** traz em seu Edital-anexo (subitem 6.1), a **previsão** de um máximo de **524** (quinhentas e vinte e quatro perícias) **ao mês**.

² Cf., por exemplo, Acórdão TCU 1755/2004 - Plenário e, mais recentemente, Acórdão 1922/2010 - Plenário.

23. Assim, restam constatadas não só a ausência de manifestação sobre as normas a serem afetadas ou revogadas, como a juntada de normativos contraditórios sem a formulação de qualquer dúvida a respeito da aplicação e/ou vigências das normas juntadas.
24. **Recomenda-se** assim, não só o cumprimento do art. 13, III, da Resolução nº 70/2008, mas também a manifestação específica sobre o número máximo de perícias, **indicando-se**, se for o caso, a revogação de dispositivos ainda em vigor que porventura percam sua validade em decorrência da nova resolução que se pretende editar (art. 10, parágrafo único, da Resolução nº 70/2009).
25. Caso haja dúvida jurídica quanto à validade ou vigência de atos internos não revogados expressamente, a consulta deverá ser formulada à Procuradoria para solução, indicando-se os dispositivos e normas correspondentes. Se a dúvida implicar alteração na Resolução que se pretende editar, tal consulta, por óbvio, deve preceder a assinatura do normativo.
26. Por fim, quanto à existência de prévia dotação orçamentária, a Minuta de Resolução não cria, ela mesma, despesas, mas sua proposta demanda recursos, tanto que seu art. 2º condiciona a implementação das medidas à prévia disponibilidade orçamentária.
27. **Recomenda-se**, então, que antes da edição da referida Resolução, haja declaração da existência de dotação orçamentária apta a efetivar as medidas, sob risco de o normativo padecer sem efetividade por conta da inexistência de lastro. Note-se que o próprio normativo condiciona a execução das medidas à existência de dotação orçamentária, mas, o que se exige neste momento não é a comprovação cabal da existência do numerário exato para cumprimento da medida, mesmo porque não se tem a dimensão exata do número de perícias necessárias, senão uma idéia. É algo mais genérico, como a previsão de que o orçamento do INSS consigna dotação para esse tipo de despesa e que há um determinado numerário previsto para esses gastos.
28. Assim, em cumprimento aos incisos III e IV da Resolução nº 70/2009, **recomendam-se** as providências acima, no intuito de prezar pela regularidade procedimental da edição do normativo. Note-se que, a depender das manifestações requeridas acima, poderá haver alteração nas Minuta de Resolução, caso em que seria necessária uma análise jurídica posterior.
29. Passando adiante, informa-se que, de acordo com a Resolução nº 70/2009 (art. 14, §2º), compete à Procuradoria analisar a constitucionalidade, a legalidade e a regularidade jurídico-formal do projeto de ato normativo.
30. A Resolução vem acompanhada de uma Minuta de Edital, do que se conclui serem dois os atos a serem analisados: a Minuta de Resolução e a Minuta de Edital.
31. Quanto ao conteúdo da Resolução, percebe-se que se trata de ato administrativo normativo levado a cabo por força de decisão judicial, a qual "facultou" ao INSS a contratação de médicos para a realização de perícias da forma que melhor lhe apossesse, ao mesmo tempo em que vedou a inércia da Administração na resolução do problema verificado: atraso na realização de perícias médicas.
32. Em razão da origem do presente procedimento - decisão judicial - convém citar os normativos da Procuradoria-Geral Federal que fixam a competência de seus órgãos para interpretar as decisões e remetê-las às Consultorias para providências junto à Administração:

Art. 6º, caput, da Portaria AGU nº 1.547, de 29 de outubro de 2008:

Art. 6º Os órgãos de representação judicial da União intimados a dar cumprimento a determinações judiciais remeterão cópia da decisão, sentença ou acórdão e dos documentos necessários à sua correta interpretação, acompanhados das informações

pertinentes, inclusive de sua manifestação sobre a exequibilidade da decisão, à Consultoria Jurídica da pasta responsável pela sua implementação ou, quando o cumprimento couber a órgão ou autoridade local, ao NAJ competente, que orientará os órgãos e autoridades assessorados a respeito do exato cumprimento do decidido.

Art. 2º, II, da Portaria PGF nº 603, de 02 de agosto de 2010:

Art. 2º A competência para a elaboração do parecer de força executória e para a comunicação de decisões judiciais favoráveis ou desfavoráveis que envolvam providências administrativas é:

[...]

II - das Procuradorias Regionais Federais, nas causas de competência originária dos Tribunais Regionais Federais, das Turmas Recursais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais de Justiça situados nos municípios de sua competência territorial, nos termos dos Anexos I a XXVII da Portaria PGF n.º 765, de 14 de agosto de 2008;

33. Assim, **foge à alçada** desta Coordenação - órgão de Consultoria que é - qualquer **juízo de valor sobre o mérito ou a legalidade da decisão judicial** de fls. 07/12. Cumpre, a esta altura, **ater-se à Nota Técnica nº 65/2010/CMA/PRF-3ª/PGF/AGU - lffb**, às fls. 03/06, a qual fixa os parâmetros para cumprimento da referida decisão.

34. Da citada Nota Técnica, destaca-se que na decisão *“não houve imposição, mas sim respaldo judicial para a adoção da medida, caso a Autarquia repare necessária”* (fls. 05). Complementa-se o raciocínio informando que a *“conseqüência lógica da autorização, se porventura dela se valer o INSS, é o afastamento da Lei 10.876/04, que torna privativo aos ocupantes do cargo de médico perito da Previdência Social a realização de perícia para concessão de benefícios”*.

35. Indicando que a inércia é a única atitude que não deve sobejar à Administração, informa que *“o juízo [...] sinaliza, [...], que, independentemente da adoção dessa solução, a critério da Administração, não é de sua discricionariedade a inércia na tentativa de solução do problema, sob pena de responder por eventuais danos verificados pela inadequada prestação dos serviços”*.

36. Do contexto, conclui que *“caso se adotem as providências autorizadas, deverá o INSS buscar pela forma mais célere para a regularização do problema, dentro dos parâmetros legais”*.

37. De toda essa manifestação da PRF-3, **afasta-se o óbice legal** que existiria à contratação, que seria terceirização de atividade inerente a categoria funcional abrangida por plano de cargos do INSS, situação vedada, **de forma genérica**, pelo Decreto nº 2.271/97 (art. 1º, §2º); **de forma específica** pela Lei 10.876/04 (art. 2º) e **de forma reiterada** pelo Tribunal de Contas da União (v.g. Acórdão nº 2632/2008 - 1ª Câmara; Acórdão 975/2005 - 2ª Câmara e Acórdão 449/2008 - Plenário).

38. Assim, **não obstante as vedações constitucionais** - que prezam pela realização de concurso público - as **legais** - que impõem a exclusividade da realização de perícias médicas aos servidores da carreira específica do INSS - e as **jurisprudenciais** - que vedam a execução indireta de atividade inerente às categorias funcionais organizadas em carreiras do órgão -, o **provimento judicial autorizou a terceirização, vedando ao INSS uma atuação inerte**.

39. O **questionamento** quanto à **legalidade ou ilegalidade da decisão** não desafia questionamento nesta **seara consultiva**, em que se resume a dar efetividade ao provimento, conforme aduzido mais acima.

40. Sendo assim, **superada a questão** sobre a possibilidade de **execução indireta das perícias médicas** do INSS no contexto específico delineado, passa-se à **forma de operacionalizar a contratação**.

41. A Administração cogitou **duas possibilidades** de efetivar a decisão, conforme se deduz da **Nota Informativa Conjunta** de fls. 13/16: a **contratação temporária** de que trata a Lei 8.745/93 e a **inexigibilidade de licitação**, prevista no art. 25 da Lei 8.666/93.

42. Afastou-se a Lei 8.745/93 por não haver, dentre seus dispositivos, algum que se enquadrasse no caso peculiar em comento. Preferiu-se então a adoção do procedimento de **inexigibilidade de licitação**.

43. O caso é, como mencionado, peculiar e em razão disso exige certo esforço para adequar a situação aos procedimentos legalmente previstos.

44. Francesco Ferrara descreve com precisão a ocorrência:

Por muito previsora e vigilante que seja a obra legislativa, é impossível que todas as relações encontrem regulamentação jurídica especial, e que a plenitude da vida prática se deixe prender nas apertadas malhas dos artigos dum Código. Por outro lado as relações sociais mudam continuamente, surgem novas situações, mercê de descobertas e invenções em que o legislador do tempo não pensou nem podia pensar, e uma multidão de relações e conflitos novos irrompem na vida jurídica exigindo disciplina e tutela³.

45. Não é raro, portanto, que a Administração Pública encontre-se diante de situações ou necessidades não reguladas por lei e que reclamam sua atuação tempestiva para a proteção do interesse público. Noutros casos, ainda que exista lei regulando a matéria, a disciplina por ela apreçada mostra-se insuficiente para o atendimento de uma necessidade pública específica.

46. Nesse contexto, o administrador público e o aplicador do direito, inevitavelmente, deparam-se com situações em que a aplicação restritiva do princípio da legalidade revela-se insuficiente para viabilizar a concretização de políticas públicas ou mesmo para satisfazer necessidades públicas comuns que, no entanto, apresentam contornos que não se enquadram nos exatos termos da lei.

47. A questão foi também posta na Nota Técnica PFE-INSS/CGMADM/DLIC nº 606/2008:

Sobreleva notar, ainda, que por meio do Acórdão n.º 3042/2008-Plenário, o Tribunal de Contas da União, em resposta à consulta sobre a licitação da folha de benefícios, admite a utilização de modalidade excêntrica (não prevista em lei) de licitação - pregão do tipo maior preço - fundamentando tal decisão na lição de Marçal Justen Filho, que mitiga a aplicação do § 8.º do art. 22 da LLCA, nas hipóteses de "*contratos não abrangidos no âmbito específico da Lei n.º 8.666*":

Importante lembrar a lição do renomado publicista Marçal Justen Filho, a respeito da alegada proibição positivada no art. 22, §8º, da Lei nº 8.666/93 de criar ou combinar modalidades de licitação:

Insiste-se em reafirmar, nesse ponto, que a regra do § 8º deve ser interpretada em termos. Nada impede que a Administração produza **modalidades inovadoras**, inclusive combinando soluções procedimentais, **para a promoção de contratos não abrangidos no âmbito específico da Lei nº 8.666**. O exemplo, já apontado anteriormente, relaciona-se com a concessão ou permissão de uso de bem público.

[...]

³ FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. 2. ed. Tradução de Manuel A. D. de Andrade. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963, p. 156.

Não se exige que a Administração pratique apenas contratações nominadas, explicitamente disciplinadas por lei. Adotar essa tese conduziria, aliás, a gravíssimos problemas. Ter-se-ia de localizar um modelo legislativo para todas as contratações praticadas pela Administração, o que se transformaria em obstáculo invencível em inúmeros casos práticos.

48. No caso em espécie, a previsão legal que mais se aproxima de uma solução é a inexigibilidade de licitação, porém com a especificidade de não se poder abrir de mão de uma seleção mínima que seja. Trata-se da peculiar situação da inexigibilidade por inviabilidade de competição, por conta da contratação de todos.

49. Nesse sentido, o posicionamento do Tribunal de Contas da União:

Embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da Lei 8666/93, o credenciamento tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade inserida no "caput" do referido dispositivo legal. Aqui, a inviabilidade de competição configura-se pelo fato de a Administração se dispor a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão⁴.

27. Com razão, embora o credenciamento não seja compatível com o procedimento licitatório, trata-se, na opinião dos juristas, de caso de inexigibilidade de licitação pela inviabilidade ou pela desnecessidade de competição, dado que, em tese, todos os interessados na prestação do serviço ficam disponíveis para a contratação. Assim, são exigidos os elementos prescritos no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, entre eles a justificativa do preço fixado pela administração contratante⁵.

50. No mesmo sentido, o entendimento de Jorge Ulisses Fernandes Jacoby⁶:

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, fixando ela própria 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.

51. Citando a doutrina do referido jurista, a Corte de Contas, ainda, indica quais as diretrizes a serem observadas no procedimento do credenciamento:

38. A pré-qualificação é uma fase do processo de contratação, podendo ser baseada tanto no art. 114, como no 25 da Lei nº 8.666/93, hipótese esta em que se chama credenciamento. Se fundamentada no art. 114, refere-se a uma qualificação especial, admitida em licitações na modalidade concorrência. Quando fundamentada no art. 25, decorre da chamada inviabilidade de competição pela contratação de todos, situação admitida como vantajosa para a Administração Pública. Esta é denominada na doutrina como pré-qualificação do tipo credenciamento e deve seguir, segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes ("Contratação Direta sem Licitação", 5ª edição, Brasília Jurídica, págs. 532/533), algumas diretrizes. São elas:

"a) possibilidade de contratação de todos os que satisfaçam às condições exigidas.

[...] a pré-qualificação, pois característica fundamental do tipo credenciamento, é que todos os selecionados serão contratados, embora demandados em quantidades diferentes;

b) que a definição da demanda por contratado não seja feita pela Administração.

[...]

c) que o objeto satisfaça à Administração, desde que executado na forma definida no edital.

⁴ Acórdão 680/2009.

⁵ Acórdão 1.751/2004.

⁶ Parecer n.º 3P. 2516/01. Disponível em < <http://www.jacoby.pro.br/votos/arquivo30.html>>, acesso em 02.09.2010, às 11:45h.

São serviços em que as diferenças pessoais do selecionado têm pouca relevância para o interesse público, dado o nível técnico da atividade, já bastante regulamentada ou de fácil verificação. [...]

d) que o preço de mercado seja razoavelmente uniforme, e que a fixação prévia de valores seja mais vantajosa para a Administração.

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 mercado⁷. [...]

52. Semelhantes recomendações foram encontradas em decisões mais recentes, como o Acórdão 1403/2010 - Plenário.

53. Além das diretrizes acima transcritas, outros aspectos que também devem ser observados são:

- a) Acesso permanente a qualquer interessado que preencher as exigências mínimas requeridas;
- b) Convocação por meio do Diário Oficial da União;
- c) Fixação criteriosa da tabela de preços que remunerar

54. Desses requisitos, observa-se o **atendimento de todos eles, na medida da peculiaridade** que o caso requer.

55. Por exemplo, não se pode falar em **acesso permanente dos interessados**, por **dois motivos: primeiro**, a situação é excepcional e temporária, cessando-se o credenciamento tão logo seja regularizada a situação (item 09 da Minuta de Edital) e, **segundo**, após o credenciamento há uma imprescindível fase de definição das escalas de trabalho, de onde resultarão os turnos de cada credenciado, conforme suas preferências e posições na ordem de precedência. A admissão da entrada a qualquer momento inviabilizaria o credenciamento, tumultuando-o e, ao fim, frustrando seu objeto.

56. Os requisitos serão melhor analisados no tópico destinado ao Edital.

57. Configurada a hipótese de inexigibilidade, devem-se observar, ainda, no que couber, os termos do art. 26 da Lei n. 8.666/1993 e o Roteiro prático para contratação direta, do Tribunal de Contas da União, a saber:

O processo administrativo de contratação direta por dispensa de licitação, com base nos incisos III a XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, e por inexigibilidade de licitação, ao amparo do art. 25 da mesma Lei, será instruído com os elementos previstos no art. 26 da Lei, observados os passos a seguir:

1. solicitação do material ou serviço, com descrição clara do objeto;
2. justificativa da necessidade do objeto;
3. caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, se for o caso;
4. elaboração da especificação do objeto e, nas hipóteses de aquisição de material, da quantidade a ser adquirida;
5. elaboração de projetos básico e executivo para obras e serviços;
6. indicação dos recursos para a cobertura da despesa;
7. razões da escolha do executante da obra ou do prestador do serviço ou do fornecedor do bem;
8. anexação do original das propostas;

⁷ Acórdão 624/2004.



9. anexação do original ou cópia autenticada (ou conferida com o original) dos documentos de regularidade exigidos;
10. declaração de exclusividade expedida pelo órgão competente, no caso de inexigibilidade;
11. justificativa das situações de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, com os elementos necessários à sua caracterização, conforme o caso;
12. justificativa do preço;
13. pareceres técnicos ou jurídicos;
14. documento de aprovação dos projetos de pesquisa para aos quais os bens serão alocados;
15. autorização do ordenador de despesa;
16. comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, da dispensa ou da situação de inexigibilidade de licitação;
17. ratificação e publicação da dispensa ou da inexigibilidade de licitação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, a contar do recebimento do processo pela autoridade superior;
18. inclusão de quaisquer outros documentos relativos à inexigibilidade;
19. assinatura de contrato ou documento equivalente.

58. Essas disposições referentes ao procedimento de inexigibilidade em si não são de necessário atendimento neste momento, em que se analisa tão-só um normativo e uma minuta-padrão. Serão exigíveis quando do procedimento de inexigibilidade em concreto, na fase interna que precede a publicação do edital de credenciamento.

59. De todo modo, ficam desde já consignadas neste Parecer para evidenciar que se trata de um procedimento formal, direcionado pela Lei 8.666/93, a qual regula o trâmite da inexigibilidade, não obstante as peculiaridades verificadas.

60. Com base nesses parâmetros será analisada a Minuta de Edital que segue anexa à de Resolução, considerando as peculiaridades da contratação proposta no normativo.

61. Por ora, em relação à Minuta de Resolução, opina-se pela sua regularidade jurídico-formal, recomendando-se, antes de sua edição, os atos procedimentais arrolados nos itens 18 a 27 deste Parecer.

MINUTA DO EDITAL.

62. O edital tem a propalada função de ser a “lei da licitação”, não sendo exagero afirmar que seria “a lei da licitação e do contrato, pois o que nele se contiver deve ser rigorosamente cumprido, sob pena de nulidade”⁸, tanto é que “o artigo 40 estabelece os requisitos que deve observar o edital, alguns deles concernindo ao próprio procedimento da licitação [...] e outros referentes ao contrato”⁹.

63. No presente caso, a situação é peculiar, pois, embora se trate de inexigibilidade, haverá uma fase de seleção, o que a Lei 8.666/93, art. 114, chama de pré-qualificação e a doutrina de credenciamento.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.383.

⁹ Idem, ibidem.

64. Os requisitos para tal procedimentos de criação doutrinária e jurisprudencial foram expostos nas transcrições trazidas pelos itens 51 e 53 mais acima. Considerar-se-ão também neste tópico, no que couberem, as disposições do art. 40 e seguintes da Lei 8.666/93, que tratam das cláusulas necessárias aos editais de licitação.

65. Em relação aos requisitos do art. 40, cabem as seguintes ponderações:

- a) Não se mostra necessária a indicação do regime de execução (art. 40, *caput*), pois o credenciamento e a prestação dos serviços têm modalidade de execução própria, de acordo com a demanda. Seria como definir o regime de execução de uma Ata de Registro de Preços. Ora, pelo só fato de ser ARP, já se sabe que as contratações serão eventuais, de acordo com a demanda da Administração, limitado ao máximo previsto. Os itens 06 a 08 do Edital deixam bem clara a forma peculiar de prestação dos serviços, o que se revela mais importante do que o enquadramento em regimes de execução pré-definidos. Assim, no presente caso, é desnecessária a escolha e indicação de um regime de execução dentre aqueles previstos no art. 10 da Lei 8.666/93;
- b) O objeto (art. 40, inciso I) resta bem definido no item 01;
- c) A data para assinatura do Termo de Compromisso e demais requisitos do art. 40, inciso II, serão indicados após o julgamento dos recursos, mediante convocação dos credenciados, conforme se deduz dos subitens 5.6 e 6.1. Trata-se de sistemática própria do credenciamento, pois o TCU estabelece que *a definição da demanda por contratado não seja feita pela Administração*. O credenciado prestará os serviços solicitados da forma que lhe seja possível, conforme sua capacidade de atendimento. Impossibilitado, passa-se ao seguinte na ordem de precedência (subitem 6.5);
- d) As sanções para o caso de inadimplemento permeiam todo o Edital, conforme a natureza da falta. São exemplos os subitens 6.8, 10.2 e 10.5;
- e) Não há que se falar em projeto básico ou executivo (incisos IV e V), senão em quantidade de demanda ou perícias em atraso, o que deverá restar consignado em documento interno assemelhado a projeto básico, cuja finalidade será, inclusive, fixar a previsão de gastos. Enfim, a informação que interessa aos candidatos - o número de perícias - restará consignada na Cláusula 02 do Edital;
- f) As condições para o credenciamento (inciso VI) e critérios que serão utilizados na lista de precedência (inciso VII) estão no item 05 do Edital, assim como a forma de solicitação de esclarecimentos (inciso VIII) encontra-se no subitem 10.6;
- g) Não há que se falar em critérios iguais para empresas estrangeiras e brasileiras (inciso IX) nem em critérios de aceitabilidade de preços (inciso X), primeiro, porque não se trata de contratação de pessoa jurídica, segundo, porque, no processo de credenciamento, o preço deve ser pré-fixado pela Administração, conforme determina o TCU (cf. citação no item 51, acima);
- h) O valor, conforme estipulado, restou consignado no subitem 8.2, e sua cláusula de reajuste (inciso XI) foi consignada no subitem 8.3;
- i) Não há que se falar em limite de pagamento para mobilização ou desmobilização (inciso XIII), pois o objeto é incompatível com essa obrigação;



- j) As condições de pagamento (inciso XIV) encontram-se no item 08, que deve ser interpretado em conjunto com o subitem 7.2, que trata do gerenciamento dos serviços pelo Serviço de Saúde do Trabalhador (SST);
- k) Há instruções e normas para os recursos (inciso XV) nos subitens 5.4 e seguintes;
- l) As condições para recebimento do objeto (inciso XVI) encontram-se no âmbito da atividade de gerenciamento, de competência do SST.

66. Assim, da análise jurídico-formal do Edital constata-se a presença de todas as cláusulas necessárias e que o procedimento *sui generis* encontra-se previsto em conformidade com as disposições legais aplicáveis.

67. Os únicos pontos do Edital em que se põem ressalva, por depender da manifestação referida nos itens 21 a 25 deste Parecer, são os referentes ao preço da perícia e ao limite máximo de perícias que os credenciados poderão realizar. Quanto a esses dois pontos, a aprovação depende das providências enumeradas acima.

DA MINUTA DE TERMO DE COMPROMISSO.

68. O Termo de Compromisso equivale o Contrato, mas constitui-se forma bem mais simplificada, uma vez que boa parte das informações consta do Edital.

69. Em relação às cláusulas necessárias de que fala o art. 55 da Lei 8.666/93, traçam-se as seguintes observações:

- a) Há definição do objeto (inciso I) na Cláusula I, qual seja, a realização de perícias médicas;
- b) A Cláusula II, que trata da execução (inciso II), remete à escala que será estabelecida na reunião mencionada no Edital;
- c) O preço (inciso III), embora não previsto expressamente, pode ser inferido da Cláusula V, *a*, que remete ao Edital. Em relação a isso, relembra-se da ressalva apontada no item 67 acima. Referido valor, aliás, será fixado ou alterado por ato do Presidente do INSS, como já mencionado;
- d) Os prazos de prestação do serviço (inciso IV) estarão na ata resultante da reunião e o prazo de vigência do Termo resta consignado na Cláusula III;
- e) O crédito por conta do qual correrá a despesa (inciso V) **deverá ser identificado no processo específico em que tramitará a inexigibilidade**, pois não é razoável que conste de cada Termo de Compromisso, firmado com credenciados vários, individualmente, a indicação da dotação orçamentária correspondente a cada qual. Faz-se **imprescindível**, no entanto, repita-se, a **indicação dos recursos orçamentários próprios para processamento da inexigibilidade**, conforme já mencionado neste Parecer (cf. item 59);
- f) Não foram exigidas garantias (inciso VI);
- g) Os direitos e responsabilidades das partes (inciso VII), bem como as penalidades, constam das Cláusulas V e VI;
- h) Os casos de rescisão (inciso VIII) estão previstos na Cláusula V, *l*;
- i) Os incisos IX e X não se aplicam ao caso;



- j) A vinculação ao edital (inciso XI) decorre da Cláusula V, a;
- k) As cláusulas XII e XIII são dedutíveis do Edital, mormente na referência que este traz à decisão proferida na Ação Civil Pública, a qual ensejou a deflagração do procedimento

70. Conforme descrito nas alíneas *supra*, em relação à Minuta de Termo de Compromisso, analisado à luz do art. 54 da Lei 8.666/93 e guardadas as peculiaridades da situação que se destina regular, opina-se pela sua **regularidade jurídico-formal**.

CONCLUSÃO

71. Por tudo o que foi dito, conclui-se, dada a excepcionalidade da situação e da decisão judicial amiúde citada neste Parecer, pela **possibilidade jurídica** de credenciamento de médicos para realização de perícias no âmbito do INSS, utilizando-se para tanto da criação doutrinária e jurisprudencialmente aceita da inexigibilidade por inviabilidade de competição para contratação de todos.

72. Em relação à **Minuta de Resolução** proposta, opina-se pela sua **regularidade jurídico-formal**, **recomendando-se**, no entanto, para **regularização procedimental** de sua edição, as providências arroladas nos itens 18 a 27 deste Parecer.

73. Quanto à **Minuta de Edital**, em razão da regularização a que se referiu no item anterior, sua **aprovação jurídico formal** dá-se com as **ressalvas** postas no item 67, cuja **regularização** afigura-se **condicionante** para sua **aprovação integral**.

74. Por fim, no tocante à **Minuta de Termo de Compromisso**, opina-se por sua **aprovação jurídico-formal**.

75. As minutas analisadas constam das fls. 70/80 e foram todas rubricadas por este Procurador.

76. Vai o presente em 12 (doze) folhas, assinadas e rubricadas.

À consideração superior.

Brasília, 02 de setembro de 2010.


Renata Resende Ramalho Costa Barros
Procuradora Federal
Chefe da Divisão de Licitações e Contratos

(02,09,10)

1. Aprovo nos termos da Portaria PFE-INSS/GAB N.º 366, de 17 de outubro de 2008, publicada no Boletim de Serviço n.º 202, de 17 de outubro de 2008.

2. Encaminhem-se à Diretoria de Orçamento, Finanças e Logística.


Ricardo Nação
Coordenador-Geral de Matéria Administrativa