

EXMO. SR. PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

PROCESSO TCE Nº: 1102395/2021

EDUARDO RABELO FONSECA, Presidente do CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL PARA O DESENVOLVIMENTO AMBIENTAL SUSTENTÁVEL DO NORTE DE MINAS-CODANORTE, **ENILSON FRANCISCO DOS SANTOS**, Secretário Executivo do CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL PARA O DESENVOLVIMENTO AMBIENTAL SUSTENTÁVEL DO NORTE DE MINAS-CODANORTE e **INGRID RODRIGUES MARTINS**, Presidente da Comissão Permanente de Licitações do CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL PARA O DESENVOLVIMENTO AMBIENTAL SUSTENTÁVEL DO NORTE DE MINAS-CODANORTE, já qualificados nos autos em estudo, vem respeitosamente diante de V. Exa., apresentar

DEFESA

em relação à **DENÚNCIA** aviada pela empresa **RJ GESTÃO EM NEGÓCIOS LTDA-ME**, nos seguintes termos:

DOS INFUNDADOS FATOS DA DENÚNCIA E DO PARECER DA UNIDADE TÉCNICA

O CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL PARA O DESENVOLVIMENTO AMBIENTAL SUSTENTÁVEL DO NORTE DE MINAS-CODANORTE, no intuito de atender às demandas dos municípios consorciados, **PROCEDIMENTO LICITATÓRIO Nº 027/2021, INEXIGIBILIDADE Nº 005/2021, CREDENCIAMENTO Nº 004/2021** para contratação de serviços de assessoria tributária objetivando o aumento das receitas municipais nos seguintes índices: patrimônio cultural, ICMS esporte, VAF, índice da educação, produção de alimentos e outros índices oriundos da Lei Nº 13.803/2000 (Lei Robin Hood), para atender aos municípios consorciados ao CODANORTE.

A empresa **RJ GESTÃO EM NEGÓCIOS LTDE-ME**, sendo declarada INABILITADA por não atender às exigências do edital, deixando de apresentar na composição da equipe técnica os seguintes profissionais: Educador Físico, Arquiteto, Cientista Social ou Assistente Social e Arqueólogo.

Inconformada com sua inabilitação a Denunciante aviou denúncia totalmente infundada, como demonstraremos.

Em primeira análise, a mesma Denunciante aviou Processo 1.102.395, tratando-se também de Denúncia, contra as mesmas partes, no qual o Relator, Hamilton Coelho, decidiu:

“Por todo o exposto, e tendo em vista que a denunciante não demonstrou flagrante descumprimento de norma legal ou regulamentar, indefiro o pedido liminar. Ressalto, contudo, que este Tribunal de Contas poderá determinar a suspensão dos procedimentos licitatórios em qualquer fase até a data da assinatura do respectivo contrato, nos termos do art. 60 da Lei Orgânica e do art. 267 do Regimento Interno.”

QUANTO A LEGALIDADE DO DESCREDENCIAMENTO DA DENUNCIANTE

É objeto da presente licitação, o credenciamento de pessoas jurídicas para a prestação de serviços de assessoria tributária, objetivando o aumento das receitas municipais nos seguintes índices: patrimônio cultural, ICMS, esporte, VAF, índice de educação, produção de alimentos e outros índices oriundos da Lei n.º 18.030/2009 (LEI ROBIN HOOD).

A empresa **RJ GESTÃO EM NEGÓCIOS LTDE-ME**, foi declarada INABILITADA por não atender às exigências do edital (item 3.5 b), deixando de apresentar na composição da equipe técnica os seguintes profissionais: Educador Físico, Arquiteto, Cientista Social ou Assistente Social e Arqueólogo. Alegou a mesma que a exigência da equipe multidisciplinar somente poderia ser exigida quando da contratação efetiva, ou seja, quando da prestação do serviço para o Município participante do Consórcio.

Ocorre que o edital de credenciamento, está de acordo com o art. 30 da Lei 8.666/93, em que se exige que no ato de habilitação técnica no credenciamento, a empresa já comprove ter disponível essa equipe com a qualificação exigida, mesmo que para contratação efetiva futura, uma vez que não se pode credenciar uma empresa, que não comprove requisito essencial para ser credenciada. Isso porque, corre-se o risco de no ato da contratação efetiva a empresa credenciada não conseguir disponibilizar a equipe multidisciplinar, deixando de prestar serviços essenciais as Administrações Municipais.

Vejamos o que diz o edital de credenciamento no item 3.5 Qualificação Técnica do edital, letra “b”, em que se exige:

*Disponibilizar na prestação dos serviços, objeto da futura contratação, **equipe multidisciplinar** composta por: **consultor na área do esporte**, (profissional bacharelado como educador*

físico), com certificado em seminário do ICMS esportivo, ou comprovação de sua capacidade técnica, através de certidões ou atestados de serviços similares aos exigidos; **Cientista Social ou Assistente Social, Arqueólogo** para assessorar nos serviços de ICMS Patrimônio Cultural, **Advogado ou Contador** com capacitação nos serviços de VAF, comprovada sua capacidade técnica, através de certidões ou atestados de serviços similares aos exigidos.

Art. 30 DA LEI 8666/93. A documentação relativa à **qualificação técnica limitar-se-á a:**

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - **comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente** e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, **e indicação** das instalações e do aparelhamento e **do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;**

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, **será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes**, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos

Alegou a denunciante de forma equivocada, que a equipe técnica deveria ser apresentada, o que não é o que se exige e que levou ao descredenciamento da mesma. Isso porque, para a qualificação técnica deve a empresa indicar profissionais com a devida qualificação para realizar o serviço, mesmo que em data futura, não necessitando estar à mesma

totalmente definida, mas que a empresa possui tais profissionais aptos ao seu dispor, o que foi desrespeitado pela denunciante.

Assim entende o TCU: *Caracteriza fraude à licitação, ensejando a declaração de inidoneidade da empresa responsável, a apresentação de atestado de capacidade técnica que não corresponda à realidade dos fatos.* **ACÓRDÃO TCU 2859/2008 – PLENÁRIO/RELATOR: RAIMUNDO CARREIRO**

Portanto, o descredenciamento, por não indicar equipe multidisciplinar e sua qualificação técnica, equipe esta essencial para a execução do objeto, mostra-se legal e pertinente, conforme a jurisprudência do TCU.

QUANTO À OPÇÃO PELO CREDENCIAMENTO, MEDIANTE FORMALIZAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE:

O analista de controle externo considerou da seguinte forma:

“No caso em tela, o Consórcio visa à contratação de serviços de assessoria tributária objetivando o aumento das receitas municipais. Serviço esse que claramente comporta competição entre empresas interessadas na sua prestação.”

No entanto, busca subsídios na Lei 14.133/2021, sendo que o procedimento foi formalizado sob a égide da Lei 8.666/93 (pág. 4 da análise técnica), o que, permissa vênua, não pode ser aplicado, já que, segundo orientação deste mesmo Tribunal, não se pode aplicar as duas leis ao mesmo tempo.

A Constituição Federal é clara ao prever:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

.....

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.”

Além disso, a própria Lei 14.133/2021, prevê o seguinte:

*“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.**” – GRIFAMOS.*

Portanto, com todo o respeito, qualquer aplicação da Lei 14.133/2021 ou mesmo aplicação de analogia no caso em estudo deverá ser rechaçada, pela inviabilidade indicada no artigo 191, da nova Lei de Licitações.

Além disso, a Constituição Federal prevê:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;"

Essa máxima expressa no inciso XL, artigo 5º da Constituição é aplicável a todas as legislações vigentes, já que uma lei não pode alcançar fatos ocorridos antes de seu início de vigência obrigatória.

Infelizmente, ao que tudo indica, o analista pretende aplicar em um procedimento formalizado sob a égide da Lei 8.666/93, hipóteses aplicáveis somente quando o procedimento for formalizado sob a égide da Lei 14.133/2021.

Uma dessas tentativas claras é sua referência ao artigo 79 da Lei 14.133/2021:

"Nessa esteira, invoca-se o art. 79 da Nova Lei de Licitações e Contratos, para definir as situações em que o credenciamento pode ser utilizado:

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."

"Outra característica relevante do processo de credenciamento é a disponibilização do chamamento público enquanto durar o prazo da prestação dos serviços, de modo que se permita o credenciamento permanente de novos interessados.

Essa, inclusive, é a redação do inciso I, do parágrafo único, do art. 79, da Lei 14.133/21, in verbis: - GRIFO NOSSO

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**;*"

Mister esclarecer que, sob a égide na Lei 8.666/93, não existe sequer uma menção quanto ao credenciamento, nem mesmo quanto ao período em que o procedimento deverá ficar em aberto para receber novos interessados, sendo certo que, alguns municípios estabelecem prazo de 10(dez) dias, 15(quinze) dias, 20(vinte) dias ou até mesmo 30(trinta) dias.

A título de exemplo, trazemos à baila o artigo 24 da Lei 15.608/2007, que regulamenta as licitações realizadas no âmbito dos órgãos do Estado do Paraná, igualmente conceitua:

"Art. 24. Credenciamento é ato administrativo de chamamento público, processado por edital, destinado à contratação de serviços junto àqueles que satisfaçam os requisitos definidos pela Administração, observado o prazo de publicidade de no mínimo 15 (quinze) dias úteis e no máximo de 30 (trinta) dias úteis."

Dessa forma, requerem os Denunciados que, toda e qualquer menção à aplicação da Lei 14.133/2021 nesta Denúncia mesmo que, por analogia, seja rechaçada.

DA POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO MEDIANTE CREDENCIAMENTO:

Grandes juristas brasileiros como Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, apresentam o seguinte entendimento quanto à matéria:

*"Todos os compêndios clássicos sobre o tema colocavam a ideia de que a inviabilidade de competição caracterizava-se quando só um futuro contratado ou só um objeto vendido por fornecedor exclusivo pudesse satisfazer o interesse da Administração **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.**"¹ – GRIFAMOS.*

O ilustre Joel Menezes Niebuhr, apresenta o seguinte entendimento quanto ao credenciamento:

"Espécie de cadastro em que se inserem todos os interessados em prestar certos tipos de serviços, conforme regras de habilitação e remuneração

¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação. 7ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 533-534.

prefixadas pela própria Administração Pública. Todos os credenciados celebram, sob as mesmas condições, contrato administrativo, haja vista que, pela natureza do serviço, **não há relação de exclusão, isto é, o serviço a ser contratado não precisa ser prestado com exclusividade por um ou por outro, mas é prestado por todos.**"² – GRIFAMOS.

O renomado 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 excludência entre as contratações públicas, a solução será o credenciamento (...). O credenciamento envolve uma espécie de cadastro de prestadores de serviço ou fornecedores. O credenciamento é o ato pelo qual o sujeito obtém a inscrição de seu nome no referido cadastro. (...). Nas situações de ausência de competição, em que o credenciamento é adequado, a Administração não precisa realizar licitação. Sob certo ângulo, verifica-se inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição. Na verdade, a inviabilidade de competição consiste, no caso, na ausência de excludência entre os possíveis interessados."³

De outro giro, temos a decisão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, nesse sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO. ADMISSIBILIDADE. PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. PROFISSIONAIS LIBERAIS AUTÔNOMOS. CREDENCIAMENTO. PREGÃO. INCOMPATIBILIDADE. BURLA AO CONCURSO PÚBLICO. INSUBSISTÊNCIA DAS ALEGAÇÕES RECURSAIS. NEGADO PROVIMENTO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. 1) Não é possível a utilização, no mesmo instrumento convocatório, de dois institutos incompatíveis – pregão, modalidade de licitação, e credenciamento, hipótese de inexigibilidade. (...) 3) Não é possível a contratação de serviços de saúde especializados na forma de pregão. A lei tão somente prevê a utilização da modalidade pregão para a contratação de bens e serviços comuns da área de saúde. (...) A propósito, a lei não autoriza a contratação de pessoal para a área de saúde por processo licitatório na modalidade pregão, mas tão somente a contratação de bens e serviços comuns da área de saúde. E não poderia ser de outra forma porque a Constituição da República elegeu o Concurso Público, em regra, como instituto para selecionar aqueles que venham a ser nomeados para ocupar cargos ou empregos públicos, **ressalvando que, em caráter excepcional e por tempo determinado, o Gestor pode contratar sem concurso para suprir necessidades emergenciais no atendimento ao cidadão, nos termos do que prescreve a lei de cada ente político sobre essa matéria. A regra geral, pois, é a criação, por meio de lei, dos cargos efetivos ou empregos públicos, para posterior preenchimento por concurso público, nos termos do art. 37 da Constituição da República. Inviabilizado, todavia, o concurso público, **o gestor municipal tem a alternativa de contratar pessoas para trabalhar na área de saúde,****

² NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública. São Paulo: Dialética, 2003. p. 212

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª Ed. São Paulo. Dialética, p. 39

temporariamente, por excepcional interesse público, consoante o inciso IX do art. 37 da Constituição da República, observada a legislação municipal, uma vez que a prestação de serviços de saúde é indispensável para a população e não pode ser interrompida.”⁴ – GRIFAMOS.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais também se manifestou a respeito, conforme excerto abaixo:

“3. CONCLUSÃO

Face ao exposto, como orientação institucional, entendemos que a figura do credenciamento de serviços de saúde consiste em hipótese especial de inexigibilidade de licitação, podendo ser utilizado em caráter complementar, de modo que essa contratação não viole as regras do concurso público, quando cabível, observados, ainda, preceitos da lei de licitações e dos princípios constitucionais da administração pública, notadamente os da isonomia, impessoalidade, publicidade, eficiência e vinculação ao instrumento convocatório, além do regime de execução do contrato e o valor pago pelo serviço credenciado. Esses profissionais credenciados não deverão ser considerados servidores, mas prestadores de serviços, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU).”⁵

Por fim, transcrevemos o excerto abaixo, exarado pelo Tribunal de Contas da União:

“... no sistema de credenciamento, quando realizado com a devida cautela, assegurado tratamento isonômico aos interessados na prestação dos serviços e negociando-se as condições de atendimento, obtém-se uma melhor qualidade dos serviços além do menor preço, podendo ser adotado sem licitação, amparado no art. 25 da Lei 8.666/93.”⁶

Dessa forma, está claro que o Consórcio, para atender às necessidades dos seus entes consorciados, cumprindo as exigências legais, formalizou a contratação dos profissionais necessários para o atendimento desta demanda, não havendo nenhum impedimento para a formalização do procedimento.

O CREDENCIAMENTO COMO HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

O Credenciamento possui amparo legal no art. 25 da Lei 8666/93, devendo ser amparado por tal norma. Vejamos o que diz o art. 25 da Lei de Licitações:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

⁴ Recurso Ordinário 944610, Relator Conselheiro José Alves Lima, TCE/MG, 29ª Sessão Ordinária de 28/09/2016.

⁵ Parecer Técnico Jurídico 009/2018, 02/02/2018, Gilmar de Assis, Promotor de Justiça, Coordenador CAOSAÚDE

⁶ Decisão 104/95 – Plenário

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública."

O referido comando legal 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 poderia contratar por inexigibilidade, até mesmo porque a interpretação da expressão "inviabilidade de competição" é ampla, sendo difícil elencar e relacionar todas as hipóteses.

É bem verdade que o próprio art. 25 prevê em seus incisos três situações que podem dar supedâneo à contratação por inexigibilidade. Entretanto, a expressão "**em especial**", inserida no caput, traz a idéia de que tal rol é meramente exemplificativo, devendo, assim, ser melhor interpretada a expressão "inviabilidade de competição" contida no art. 25, em um sentido mais abrangente.

Nesta linha de raciocínio, Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2009. pg 367.), após citar exemplos sobre as hipóteses de inexigibilidade trazidas pela Lei 8666/93, ensina que "**todas essas abordagens são meramente exemplificativas, eis que extraídas do exame das diversas hipóteses contidas nos incisos do art. 25, sendo imperioso reconhecer que nelas não se esgotam as possibilidades de configuração dos pressupostos da contratação direta por inexigibilidade.**"

A interpretação da expressão "inviabilidade de competição", conforme suscitado, deve ser mais ampla do que a mera idéia de fornecedor exclusivo. Neste 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 está presente não porque existe**

apenas um fornecedor, mas sim, porque existem vários prestadores do serviço e todos serão contratados.

Nesta esteira vejamos os ensinamentos de Jorge Ulisses Jacoby (Coleção de Direito Público. 2008. Pg 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, como se sucedeu o presente caso, também estamos diante de um caso de inexigibilidade, pois, de igual forma, não haverá competição entre os interessados.

Esse método de inexigibilidade para a contratação de todos é o Credenciamento.

Denota-se que inexistente no ordenamento jurídico pátrio lei específica que trate sobre o sistema do credenciamento. Desta maneira, em um primeiro momento, poderia se questionar se a adoção de tal sistema não esbarraria no Princípio da Legalidade. A resposta é não. **Conforme já exposto, a figura do credenciamento é, em verdade, um mecanismo, um sistema para se efetivar uma contratação por inexigibilidade. Portanto, a base legal do credenciamento é justamente o art. 25, caput, da Lei 8666/93.**

Assim, vale ressaltar a decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União prolatada no processo 016.171/94: *“Finalizando, constatamos ter ficado devidamente esclarecido no processo TC 008.797/93-5 que o sistema de credenciamento, quando realizado com a devida cautela, assegurando tratamento isonômico aos interessados na prestação dos serviços e negociando-se as condições de atendimento, obtém-se uma melhor qualidade dos serviços além do menor preço, podendo ser adotado sem licitação amparado no art. 25 da Lei 8.666/93.”* (Decisão nº 104/1995 – Plenário) (grifo)

Ressalte-se ainda que em diversas outras oportunidades o Tribunal de Contas da União adotou o mesmo posicionamento, que, inclusive, foi adotado também pelos Tribunais de Contas Estaduais, podendo-se afirmar com certeza que está pacificado o entendimento no sentido da legalidade do sistema de credenciamento.

Adilson Abreu Dallari conceitua credenciamento como “o ato ou contrato formal pelo qual a Administração Pública confere a um particular, pessoa física ou jurídica, a prerrogativa de exercer certas atividades materiais ou técnicas, em caráter instrumental ou de colaboração com o Poder Público, a título oneroso, remuneradas diretamente pelos interessados, sendo que o resultado dos trabalhos desfruta de especial credibilidade, tendo o outorgante o poder/dever de exercer a fiscalização, podendo até mesmo extinguir a outorga, assegurados os direitos e interesses patrimoniais do outorgado inocente e de boa-fé.”

Pode-se dizer ainda, de uma maneira mais simples, que o credenciamento é um método, um sistema pelo qual irá se efetivar uma contratação direta (pois lembre-se, trata-se de inexigibilidade), onde o Poder Público não seleciona apenas um participante, mas sim, pré-qualifica todos os interessados que preencham os requisitos previamente determinados no ato convocatório.

Neste caso, há uma necessidade que a Administração Pública pretende suprir mediante contrato, contudo, diferentemente do que ocorre na praxe, onde há apenas um vencedor, e, por consequência, apenas um contratado, no sistema de credenciamento, há vários vencedores, ou credenciados, pois não se objetiva um único contrato, mas vários, sendo que todos podem atender perfeitamente o objeto pretendido pelo Poder Público, desde que atendidas as exigências do edital.

Destaca-se ainda que o sistema de credenciamento está sujeito a alguns requisitos, todos perfeitamente cumpridos pela Denunciada. Todos os princípios norteadores do procedimento licitatório, foram observados para o presente caso de credenciamento, no que se aplicarem. Entretanto, destaca-se aqui três requisitos observados pela Denunciada, que garantem a lisura de tal mecanismo.

O primeiro que merece destaque, sem dúvida, é o dever de dar publicidade ao ato do credenciamento. Tal requisito é facilmente compreendido analisando um simples fato: se o credenciamento encontra amparo na inexigibilidade para a contratação de todos os interessados, não faz sentido a Administração Pública não tornar público o ato de convocação, pois, caso não seja dada a devida publicidade, muito provavelmente pode haver algum interessado que não tinha ciência do credenciamento. Caso haja algum interessado que não foi credenciado porque não tinha ciência do ato, obviamente não houve a contratação de todos, fato este que descaracterizaria a inexigibilidade em decorrência da inexistência da inviabilidade de competição.

O segundo requisito cumprido pela Denunciada e inobservado pela Denunciante é que o ato convocatório deve estabelecer os critérios objetivos de qualificação, como se licitação fosse, não se podendo credenciar os interessados por uma avaliação meramente subjetiva da autoridade

administrativa. **Deve haver um ato convocatório com todos os requisitos a serem cumpridos para a qualificação e credenciamento de cada interessado.**

O terceiro requisito é o período do credenciamento. Não pode haver data de encerramento específica para o credenciamento. O credenciamento deve manter-se aberto, ou seja, a qualquer tempo o particular interessado poderá se apresentar e entregar a documentação para se credenciar, isso, obviamente, enquanto a Administração mantiver interesse na contratação do serviço[iv]. Essa já foi também a orientação do Tribunal de Contas da União no Processo n.º TC 016.522/95-8[v].

Um último requisito que merece especial relevo é a necessidade, ou melhor, obrigatoriedade, de credenciar todos os interessados que atendam as condições do chamamento. Isso porque, o fundamento do credenciamento é a inexigibilidade para a contratação de todos. Portanto, serão credenciados todos os interessados que igualmente **preenchem os requisitos exigidos pelo Poder Público e satisfaçam os interesses da Administração Pública.**

No credenciamento não há apresentação de propostas, pois o valor a ser pago já foi fixado pela Administração, ou seja, não há competição, então, desta forma, não há como se declarar apenas um vencedor. **Todos são igualmente vencedores e credenciados, mostrando-se equivocado o Parecer da Unidade Técnica.**

Embora ainda não haja um regramento específico para o sistema do credenciamento, à exceção de alguns Estados que inseriram tal mecanismo em suas leis de licitações, referida prática é usual e perfeitamente aceita pela jurisprudência, pelas orientações dos Tribunais de Contas e pela doutrina que aborda o tema.

Isto porque o art. 25 da Lei 8666/93, ao estabelecer a figura da inexigibilidade de licitação, não limita a interpretação da inviabilidade de competição, podendo ser esta configurada pela existência de fornecedor exclusivo, ou, conforme demonstrado, pela contratação de todos os interessados, vez que igualmente não haverá competição.

Ademais, o próprio **Tribunal de Contas da União** orienta o atendimento de alguns requisitos na decisão do processo **TC 016.522/95-8**: *O credenciamento pode ser extremamente viável em algumas contratações, visto que ter-se-á uma desburocratização na administração pública com o desafogamento dos procedimentos licitatórios, além de ser prática viável economicamente ao erário, pois o valor a ser pago pela prestação do serviço já está previamente estabelecido pelo próprio Poder Público.*

No presente caso, diferentemente do que foi apontado pela Unidade Técnica, foi estabelecido um preço pelo serviço a ser executado pelos credenciados, se

baseando no menor valor na lógica do mercado, para se manter a vantajosidade das contratações para o erário, e o equilíbrio financeiro.

Portanto, tem-se entendido como formalmente legal a figura do credenciamento com fundamento na inexigibilidade de licitação, frente a inviabilidade de competição para a contratação de todos os interessados que preencham as condições do chamamento.

QUANTO À ALEGAÇÃO DE QUE NO EDITAL CONSTA: “EMPRESA VENCEDORA” (pág. 6):

Alega o analista de controle externo, o seguinte:

“Ademais, permeia todo o instrumento convocatório a contratação de “empresa vencedora”⁷, além de haver a previsão expressa de critérios de desempate⁸, o que demonstra a competitividade para a contratação em tela.”

“Seria incoerente com os conceitos de credenciamento e inexigibilidade realizar um chamamento público para credenciamento de empresas e, ao final, declarar uma vencedora.”

Observamos que o analista se apega a minúcias na intenção de acolher os termos da Denúncia.

Porém, no credenciamento, todos os credenciados celebram, contrato administrativo sob as mesmas condições e não há por parte do Consórcio/Denunciado a possibilidade de indicar a demanda.

Dessa forma, o procedimento prevê que, ocorrendo a inscrição de dois ou mais interessados, todos estão na mesma condição, o que é considerado empate, sendo necessária a aplicação da legislação vigente para estabelecer o critério de julgamento sem infringir os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, igualdade e da probidade administrativa.

Por este motivo o edital trás em seu bojo a informação de que, como critério de desempate será aplicado o que determina o artigo 45 da Lei 8.666/93.

Ou seja, o fato de constar a palavra “vencedora” ou a frase “empresa vencedora”, não desautoriza a formalização de credenciamento, já que, não altera o contexto da contratação e no caso em estudo, todas as empresas

⁷ 1.2 - **A empresa vencedora** terá obrigação de atender a todos os municípios consorciados (relacionados acima), nos quantitativos que vierem a ser solicitados dentro da estimativa do Procedimento, sendo certo que não serão aceitas quaisquer considerações posteriores da vencedora no sentido de não atender aos municípios consorciados, uma vez que estes são órgãos participantes do credenciamento. (Edital)

⁸ 7.4 – Será assegurado, como critério de desempate, o que reza o artigo 45 da Lei 8.666/93. (Edital)

que cumprirem as exigências legais de habilitação são de fato chamadas vencedoras e assim, credenciadas.

QUANTO AO PRAZO PARA ENTREGA DE DOCUMENTOS:

Com todo o respeito, mais uma vez o analista aplica indevidamente o que prevê a Lei 14.133/2021, alegando o seguinte:

“Estando previsto no edital prazo para entrega de documentos, bem como sessão pública de abertura de envelopes, resta comprovado o descompasso do processo analisado com a legislação regente.”

Como já informado anteriormente, foi a Lei 14.133/2021 que estabeleceu a regra aqui cobrada pelo analista de controle externo e portanto, salvo melhor entendimento, sua observação não pode ser acolhida.

Alega ainda que:

“Logo, não há que se falar em credenciamento no caso em tela. Não há que se falar sequer em hipótese de inviabilidade de competição.”

De fato, não há se falar em inviabilidade de competição, como previsto no artigo 25 da Lei 8.666/93, uma vez que, a inviabilidade de competição no caso em estudo, se dá pelo fato de que, todos que se inscreverem e atenderem às exigências de habilitação serão contratados, e conforme entendimento de Jorge Ulisses Jacoby, Joel Menezes Niebuhr e Marçal Justen Filho, aplica-se a hipótese de inexigibilidade:

*“Todos os compêndios clássicos sobre o tema colocavam a ideia de que a inviabilidade de competição caracterizava-se quando só um futuro contratado ou só um objeto vendido por fornecedor exclusivo pudesse satisfazer o interesse da Administração **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.**”⁹ – GRIFAMOS.*

Dessa forma, com todo o respeito, não pode ser acolhida a análise técnica, visto que, totalmente dissociada da Legislação, doutrina e jurisprudências aplicáveis à espécie.

Dessa forma, requerem os DENUNCIADOS, sejam totalmente rechaçadas tais alegações.

⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 533-534.

DA ESTIMATIVA DE PREÇOS:

A Denúncia é a seguinte:

"Segundo o denunciante, existe um desequilíbrio com relação ao valor estimado para pagamento pelos serviços prestados, na ordem de R\$5.800,00 (cinco mil e oitocentos reais) por mês, a ser pago por cada Município que solicitar a prestação dos serviços.

Trouxe, a título exemplificativo, um comparativo das receitas anuais referentes à arrecadação do ICMS, exercício de 2020, de alguns Municípios, a saber:

Montes Claros: R\$77.732.184,22

Claro dos Poções: R\$537.930,27

Catuti: R\$103.865,52

Montalvânia: R\$705.070,12

Reforçou a desproporcionalidade no pagamento fixo de R\$5.800,00 mensais, pugnando que a contraprestação pelos serviços prestados deveria ser fixada proporcionalmente à arrecadação de cada Município consorciado."

O Analista considerou que "verifica-se que cabe razão ao denunciante no que se refere ao preço fixado para os serviços contratados."

Para formalização de procedimentos licitatórios ou contratações em geral para órgãos públicos é necessário que seja efetuada pesquisa de mercado, conforme exigências do art. 7º, § 2º, inc. II e 40, § 2º, inc. II, da Lei 8.666/93:

"Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

.....

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

.....

II - Existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;" - GRIFAMOS

"Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

.....

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

.....

II - Orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;" - GRIFAMOS

O entendimento do Tribunal de Contas da União é nesse sentido:

“(...)a jurisprudência do TCU é no sentido de que antes da fase externa da licitação há que se fazer pesquisa de preço para que se obtenha, no mínimo, três orçamentos de fornecedores distintos (Acórdão nº 4.013/2008-TCU-Plenário, Acórdão nº 1.547/2007-TCU-Plenário)¹⁰”.

Portanto, o Consórcio agiu da forma indicada pela legislação vigente e entendimento do Tribunal de Contas da União.

Está claro que houve a coleta de orçamentos no caso em estudo, o que pode ser observado nos autos do procedimento, tendo o Consórcio optado para indicar como preço da contratação o menor valor apurado mediante coleta de orçamentos.

Não bastasse isso, a contratação é efetuada entre o Consórcio e os Credenciados, porém, serão formalizados Contratos de Programa com os municípios, ou seja, o Município não formaliza contratação diretamente com o Credenciado.

Além disso, o contrato formalizado entre o Consórcio e os Credenciados, será de 12(doze) meses, mas a contratação entre o Consórcio e os municípios será sempre formalizado de acordo com a conveniência dos entes consorciados, **SENDO UM DOS REQUISITOS ESSENCIAIS DO CREDENCIAMENTO, O PREÇO PRÉ FIXADO.**

Portanto, os serviços que vierem a ser efetuados em Montes Claros, poderão ser pelo período de 12(doze) meses, e com o município de Catuti, poderá ser por prazo inferior, até mesmo porque os serviços do município de Catuti são em quantidades menores que os serviços do município de Montes Claros.

Ou seja, o analista não entendeu que, a contratação com os Credenciados é feita com o CODANORTE pelo período de 12(doze) meses e não diretamente com os municípios consorciados, uma vez que, a contratação com estes entes consorciados é feita entre o Consórcio e cada município, mediante formalização de Contratos de Programa.

Tanto é assim que, o Relator entendeu dessa forma:

“os municípios consorciados de menor arrecadação poderão contratar serviços de acordo com suas disponibilidades financeiras”

¹⁰ TCU, Acórdão nº 3.026/2010 – Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. em 10.11.2010.

CONCLUSÃO

Está claro que, as alegações do Denunciante e do analista de controle externo são infundadas, não havendo motivos para declaração de ilegalidade contra o consórcio.

Assim, requerem os Denunciados, seja julgada totalmente improcedente a DENÚNCIA, desconsiderando a conclusão da análise técnica uma vez que, totalmente dissociada da realidade e da lei.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Belo Horizonte para Montes Claros/MG, 16 de Fevereiro de 2022.

Augusto Mario Menezes Paulino
OAB/MG 83.263

Nádia Patrícia de Souza.
OAB/MG 53.362

Rejane Souto Aquino
Advogada OAB/MG 166.738

Eduardo Rabelo Fonseca
Presidente do CODANORTE

Enilson Francisco dos Santos
Secretário Executivo do CODANORTE

Ingrid Rodrigues Martins
Presidente da CPL