

MATERIAL EXCLUSIVO

ZENITE ³⁴ ANOS

ebookzênite 2024

SELEÇÃO PARA AS ESTATAIS

Seleção especial do conteúdo
programado para o nosso Encontro.

VEM AÍ

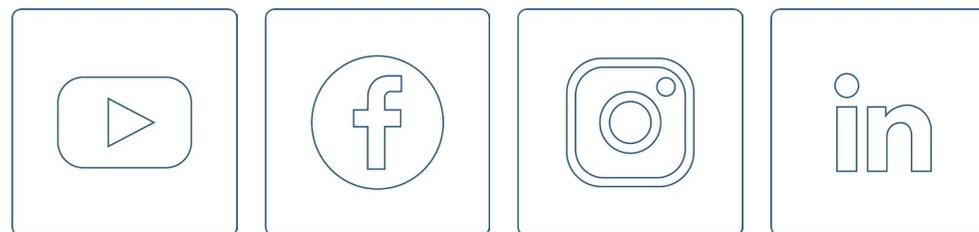


ENCONTRO NACIONAL DAS

ESTATAIS
ZENITE



MÍDIAS SOCIAIS



Não deixe de acompanhar a Zênite nas mídias sociais.



CARO LEITOR,

Apresentamos o **Ebook Zênite – SELEÇÃO PARA AS ESTATAIS** com material selecionado especialmente para os empregados e profissionais que trabalham com as licitações e as contratações das **estatais**.

Esses materiais foram extraídos da plataforma Zênite Fácil e estão organizados e divididos nas seguintes categorias: Blog Zênite; Perguntas e Respostas; Orientação Prática e Infográfico.

Não perca o 7º Encontro Nacional das Empresas Estatais Zênite, de 7 a 9 agosto de 2024, em Foz do Iguaçu. Profissionais e agentes que atuam nas contratações das estatais junto com a equipe Zênite para 24 horas de discussões, estudos, compartilhamento de conhecimento e muito aprendizado.

Você não pode ficar de fora do **Encontro do ano** sobre licitações e contratos das empresas estatais.

Para mais informações, acesse:

<https://zenite.com.br/presenciais/7-encontro-nacional-das-estatais/>

Desejamos uma leitura produtiva! Até o Encontro!



MENU INTERATIVO

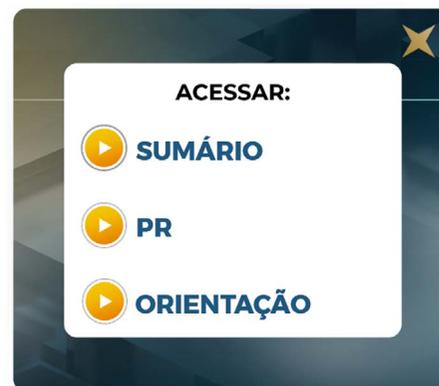
APRENDA A USAR O MENU DE INTERATIVIDADE

BOTÕES DE NAVEGAÇÃO

Os botões de avanço e recuo de páginas facilitam a navegação do leitor na apostila.

MENU DE INTERAÇÕES/ ACESSO RÁPIDO

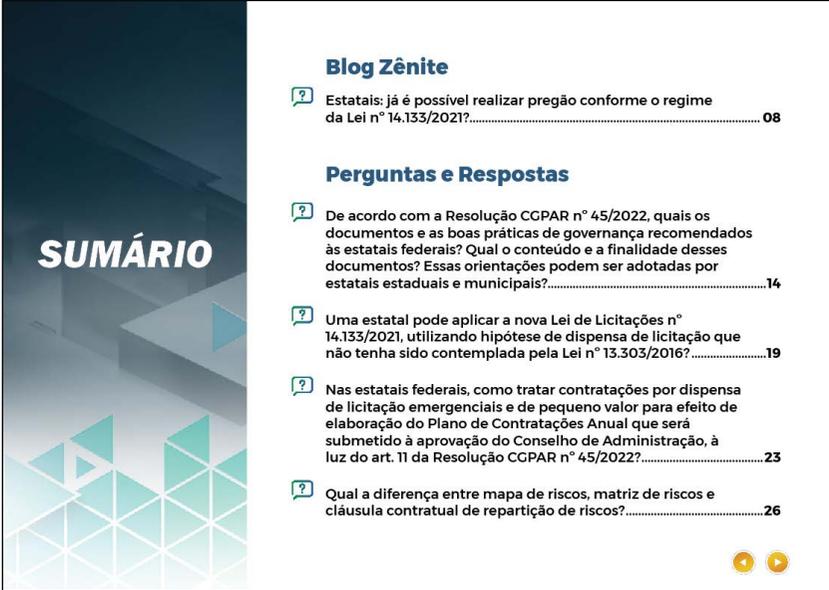
Neste ebook, o leitor encontrará totens informativos como o exemplo a seguir, para se orientar e buscar tópicos mais importantes durante a leitura.



SUMÁRIO INTERATIVO

O sumário interativo facilita a navegação do leitor na busca por capítulos e aulas.

MENU INTERATIVO



Blog Zênite	
 Estatais: já é possível realizar pregão conforme o regime da Lei n° 14.133/2021?.....	08
Perguntas e Respostas	
 De acordo com a Resolução CGPAR n° 45/2022, quais os documentos e as boas práticas de governança recomendados às estatais federais? Qual o conteúdo e a finalidade desses documentos? Essas orientações podem ser adotadas por estatais estaduais e municipais?.....	14
 Uma estatal pode aplicar a nova Lei de Licitações n° 14.133/2021, utilizando hipótese de dispensa de licitação que não tenha sido contemplada pela Lei n° 13.303/2016?	19
 Nas estatais federais, como tratar contratações por dispensa de licitação emergenciais e de pequeno valor para efeito de elaboração do Plano de Contratações Anual que será submetido à aprovação do Conselho de Administração, à luz do art. 11 da Resolução CGPAR n° 45/2022?.....	23
 Qual a diferença entre mapa de riscos, matriz de riscos e cláusula contratual de repartição de riscos?.....	26

Ao clicar no botão da questão, o leitor será encaminhado diretamente para a página em que a questão se encontra.



SUMÁRIO

Blog Zênite

Estatais: já é possível realizar pregão conforme o regime da Lei nº 14.133/2021? **08**

Perguntas e Respostas

De acordo com a Resolução CGPAR nº 45/2022, quais os documentos e as boas práticas de governança recomendados às estatais federais? Qual o conteúdo e a finalidade desses documentos? Essas orientações podem ser adotadas por estatais estaduais e municipais? **14**

Uma estatal pode aplicar a nova Lei de Licitações nº 14.133/2021, utilizando hipótese de dispensa de licitação que não tenha sido contemplada pela Lei nº 13.303/2016? **19**

Nas estatais federais, como tratar contratações por dispensa de licitação emergenciais e de pequeno valor para efeito de elaboração do Plano de Contratações Anual que será submetido à aprovação do Conselho de Administração, à luz do art. 11 da Resolução CGPAR nº 45/2022? **23**

Qual a diferença entre mapa de riscos, matriz de riscos e cláusula contratual de repartição de riscos? **26**



SUMÁRIO

Quais as últimas orientações do TCU acerca do credenciamento e quais as evoluções de entendimentos merecem destaque?30

Orientação Prática

Estatais: diretrizes para a fixação do prazo de validade dos credenciamentos e o período para novas inscrições36

Infográfico da Resolução CGPAR/ME nº 45/2022.....54



Blog Zênite

Estatais: já é possível realizar pregão conforme o regime da Lei nº 14.133/2021?

Inicialmente, não se deve perder de vista que a Lei nº 14.133/2021 não se aplica, como regra, às empresas estatais, com exceção dos dispositivos que fazem previsão em sentido contrário. Essa compreensão é formada a partir do disposto no § 1º do art. 1º da Lei nº 14.133/2021, o qual dispõe que:

Art. 1º (...)

§ 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei.

Na parte que tem aplicação, a repercussão da Lei nº 14.133/2021 sobre os processos de contratação das estatais ainda está sendo debatida, não havendo diretrizes consolidadas a respeito do assunto. E, sabendo-se que se trata de tema inédito, haverá margem para defesa de entendimentos diversos.

Por um **primeiro alinhamento**, tem-se que **apenas com a revogação** da Lei nº 10.520/2002 – que teve a vigência prorrogada até 30.12.2023, conforme previsto na MP nº 1.167/2023 – é que as empresas estatais poderão aplicar as regras de procedimento definidas pela Lei nº 14.133/2021 para a modalidade pregão, logo, até lá, continuarão aplicando as regras materiais definidas pela Lei das Estatais.¹



Essa conclusão decorre do fato de a Lei nº 14.133/2021 definir no seu art. 189:

Art. 189. Aplica-se esta Lei às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Assim, **a partir da revogação** da Lei nº 10.520/2002, ou seja, **em 30.12.2023**, o art. 32, inciso IV da Lei nº 13.303/2016 que estabelece que a “adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002”, constitui uma das diretrizes para a realização das licitações das empresas estatais, passará a ser interpretado/lido nos seguintes termos: “adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021”.

Na medida em que as Estatais não estão abrangidas pela Lei nº 14.133/2021 (à exceção dos dispositivos que façam menção expressa nesse sentido) é possível entender, então, que seus pregões continuarão regidos pela Lei nº 10.520/2002, enquanto esta Lei for vigente, passando a se submeter à nova Lei de Licitações, por força do disposto no seu art. 189, apenas quando a Lei nº 10.520/2002 for revogada (em 30.12.2023).

Ainda nesse alinhamento, na medida em que “não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias”, elas não estão abrangidas pelo conceito “Administração” definido no art. 191 da Lei nº 14.133/2021, o qual autoriza “**a Administração**” a optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com a Lei nº 14.133/2021 ou Lei nº 10.520/2002 (no que diz respeito ao pregão).

Sem dúvida, este é o alinhamento mais conservador e, até mesmo, tecnicamente alinhado à **interpretação literal**.

Atualmente, contudo, a **Consultoria Zênite** tem desafiado essa interpretação.





Não se pode deixar de destacar que a Lei nº 14.133/2021 adotou modelo inédito para a transição entre o regime novo e o referente às Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011. A nova Lei de Licitações não adotou a vacatio legis de 45 dias a contar da data de sua publicação (art. 1º, da LINDB). Diferentemente, previu a **vigência imediata**, na data de sua publicação, ou seja, em **1º.04.2021, momento em que já passou a produzir efeitos, podendo ser adotada pela Administração (salvo quanto às normas de eficácia limitada, que dependiam de regulamentação)**. E uma peculiaridade foi que previu a possibilidade de, por 2 anos (art. 191), a Administração optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com ela ou com as leis anteriores.

Portanto, permitiu-se aos integrantes da Administração direta, em cada processo de contratação a ser deflagrado, optar pela legislação que regeria a contratação, viabilizando a “experimentação” gradativa do novo regime.

A questão que se coloca diz respeito à identificação dos destinatários da previsão contida no art. 191 da Lei nº 14.133/2021, redação original e alterações decorrentes da MP nº 1.167/2023.

A previsão quanto ao biênio que permite a adoção de um ou outro regime, bem como prorrogação pertinente até dezembro de 2023, é direcionada aos integrantes da Administração direta, que estão “experimentando” este novo regime, a fim de perfazer a transição definitiva dos regimes das Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011 para a Lei nº 14.133/2021.

Quanto às **empresas estatais**, não haverá transição de regimes jurídicos afetos às suas contratações. As Estatais são regidas pela Lei nº 13.303/2016, sendo que esta Lei prevê, relativamente aos certames por meio de pregão, que serão regidos pela Lei nº 10.520/2002. Seguindo essa racionalidade, na medida em que **a Lei nº 14.133/2021 está em vigor desde 1º.04.2021, tendo as normas afetas ao pregão sido regulamentadas, estando aptas, portanto, à plena adoção**, o que impediria as estatais de já aplicá-las?



Sobre o assunto, interessante partir das lições de José Afonso da Silva acerca da aplicabilidade das normas:

Aplica-se a lei, interpretando, diz Cossio. Mas uma norma só é aplicável plenamente, se estiver aparelhada para incidir, o que suscita várias questões, além da interpretação, como: estará em vigor: será válida ou legítima; é apta para produzir os efeitos pretendidos, ou precisará de outras normas que lhe desenvolvam o sentido, em outras palavras, tem, ou não tem, eficácia? Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.² (Destacamos.)

Por sua vez, Luís Roberto Barroso exemplifica situações envolvendo a eficácia da norma: “normas de **eficácia plena** são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior para sua aplicação. Normas de **eficácia contida** são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas preveem meios normativos (leis integradoras, conceitos genéricos etc.) que lhes podem reduzir a eficácia e aplicabilidade. Por último, normas de **eficácia limitada** são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema.”³

Em vista dessa classificação, compreende-se que apenas as normas de eficácia limitada exigem a expedição preliminar do regulamento como condição indispensável para serem aplicadas, **sendo as demais autoaplicáveis desde a entrada em vigor da Lei nº 14.133/2021.**

As previsões da Lei nº 14.133/2021, afetas ao **pregão**, eram tidas como de eficácia limitada, ou seja, penderes de regulamentação. Neste momento, contudo, estando a Lei nº 14.133/2021 em vigor, e regulamentada no que diz respeito ao pregão, o que impede a Estatal de adotá-la?



No entendimento da **Consultoria Zênite** não há óbice jurídico nesse sentido. O biênio estabelecido pelo art. 191 da Lei nº 14.133/2021, e transição pertinente definida pela MP nº 1.167/2023, incide para os destinatários diretos da Lei nº 14.133/2021, ou seja, integrantes das Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Dito de outra forma, a extensão da vigência da Lei nº 10.520/2002 teve como objetivo atender, precipuamente, os destinatários diretos da Lei nº 14.133/2021.

Aliás, uma leitura à contrario sensu do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro vem confirmar referida racionalidade. Vejamos: “Art. 2º **Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.**” (Destacamos.)

Conforme a LINDB, a lei terá vigência até que outra a modifique ou revogue. Na hipótese, a Lei nº 14.133/2021 já está em vigor desde 1º.04.2021; e o fim da vigência da Lei nº 10.520/2002 em 30.12.2023 não mudará a norma que permanecerá sendo aplicada, qual seja, a própria Lei nº 14.133/2021.

Logo, considerando **(i)** que a Lei nº 14.133/2021 que prevê o pregão, em substituição à Lei nº 10.520/2002, já está em vigor desde 1º.04.2020; **(ii)** que já houve regulamentação pertinente por meio da IN nº 73/2022; **(iii)** que o sistema eletrônico adotado já está adaptado à nova regulamentação; **é possível, então, desde logo a Estatal adotar a nova normatização quanto ao pregão, cumprindo atualizar seu Regulamento a respeito.**

¹ Em relação às licitações realizadas adotando a modalidade pregão pelas empresas estatais, há uma tendência em reconhecer que a Lei nº 13.303/2016 optou por determinar a incidência apenas das normas de procedimento definidas pela Lei nº 10.520/2002. Consequentemente, as normas de cunho material, e não procedimental, devem ser aquelas estabelecidas pela própria Lei nº 13.303/2016. Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos adotam essa diretriz. Consoante explicam, a “lei impõe como diretriz ‘a adoção preferencial da modalidade pregão instituída pela Lei nº 10.520/02’. Quando da adoção do pregão para licitar bens e serviços comuns, serão utilizados apenas os dispositivos da lei que versem sobre modalidade, vale dizer, rito ou procedimento. Não se aplica, à guisa de



exemplo, nas contratações e licitações das estatais o regime de sanções previsto no artigo 7º da Lei do Pregão, vez que a Lei nº 13.303/16 conta com regime jurídico sancionatório próprio”. (GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 103 e 104.)

- ² AFONSO DA SILVA, José. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 41 e 50.
- ³ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 222.



Pergunta e Resposta

De acordo com a Resolução CGPAR nº 45/2022, quais os documentos e as boas práticas de governança recomendados às estatais federais? Qual o conteúdo e a finalidade desses documentos? Essas orientações podem ser adotadas por estatais estaduais e municipais?

Publicada no Diário Oficial da União no dia 02 de janeiro de 2023, a Resolução da Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União – CGPAR nº 45 traça orientações às empresas estatais federais sobre planejamento, execução, controle e avaliação das contratações de bens e serviços em geral.

O art. 3º da Resolução CGPAR nº 45/2022 recomenda às empresas estatais que adotem, no mínimo, providências que assegurem a boa governança de suas contratações, as quais envolvem a elaboração e instituição dos seguintes documentos:

- i) plano de contratações anual;¹
- ii) instituição de regulamento interno de licitações e contratos, que deve ser desenvolvido e adaptado de acordo com o contexto de negócio da empresa estatal e promova o uso de metodologia expressamente definida em edital para mensuração da prestação de serviços por bens e serviços efetivamente entregues, segundo especificações previamente estabelecidas, evitando-se a mera locação de mão de obra e o pagamento por hora trabalhada ou por posto de serviço;
- iii) plano de comunicação interna sobre o processo de contratações, com vistas ao desenvolvimento e execução de ações de comunicação interna, especialmente sobre o plano de contratações anual e a importância do seu cumprimento para o atingimento dos objetivos da empresa estatal;



- iv) política de delegação de acordo com o tipo ou a materialidade da contratação, observando as diretrizes de gestão de riscos e incluindo mecanismos de controles internos para monitorar os atos delegados;
- v) indicadores gerenciais para acompanhamento da execução do plano de contratações anual;
- vi) políticas e diretrizes sobre alçadas e relacionamento com fornecedores; e
- vii) programa de integridade, incluindo, entre outros, os procedimentos previstos nos incisos VIII e XIII do art. 57 do Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022.

Tendo em vista que o objetivo desses documentos é assegurar a adequada governança das contratações das estatais, o que em engloba, portanto, a definição de um **“conjunto de mecanismos de liderança, estratégias, diretrizes e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar o processo de contratações, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos na estratégia de longo prazo e detalhados no plano de negócios e promover ambiente íntegro e confiável, a eficiência, a eficácia e a efetividade dos dispêndios realizados por cada empresa estatal”**, a sua implementação deve ocorrer de modo conjugado com a adoção de diversas outras medidas, também recomendadas pelo art. 3º da Resolução CGPAR nº 45, tais como:

- i) promoção de mecanismos de gestão de riscos e controles internos voltados para a identificação, avaliação e mitigação de riscos, inclusive de fraude e corrupção, presentes no processo de contratação e em suas atividades relevantes;
- ii) desenvolvimento e implementação de estratégias e ferramentas de avaliação e gestão de riscos para salvaguardar a integridade em todas as fases do processo de contratação;



iii) adoção e implementação de políticas, regras e procedimentos específicos para que os colaboradores da área de contratações identifiquem, previnam e gerenciem conflitos de interesse;

iv) criação de mecanismos para tratar adequadamente as denúncias relativas ao processo de contratação, adotando, sempre que necessário, as medidas corretivas aplicáveis;

v) definição de métodos e critérios para priorização de cada contratação;

vi) engajamento nas discussões sobre o plano de contratações anual e seu alinhamento com a estratégia de longo prazo e o plano de negócios;

vii) motivação das decisões tomadas;

viii) avaliação periódica do processo de contratação visando identificar fragilidades e desvios e promover o devido tratamento para a melhoria contínua das atividades que o integram;

ix) conferir transparência ativa, especialmente em relação ao plano de contratações anual, às decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União quanto à regularidade das contas e à agenda de compromissos públicos do principal gestor responsável pelas contratações, respeitadas as disposições da Lei nº 13.709/2018, sem prejuízo do atendimento das demais hipóteses legalmente estabelecidas, inclusive daquelas relativas aos casos abrangidos por sigilo; e

x) adoção de medidas de integridade aplicáveis às contratações para prevenir a corrupção, envolvendo a instituição de programas permanentes de capacitação voltados para os colaboradores alocados na área de contratações sobre processos de contratação e integridade.



Tendo em vista a Resolução CGPAR nº 45/2022 trata-se de ato de caráter orientativo, ou seja, que não possui caráter vinculante e tem como objetivo orientar e indicar uma direção a ser seguida pelas estatais federais para assegurar a melhor governança de seus processos de contratação e, na medida em que empresas estatais estaduais, distritais e municipais não possuam atos normativos ou diretrizes próprias tratando do assunto, consideramos possível a aplicação dessas recomendações por essas empresas.

Essa conclusão é reforçada pelo fato de o art. 6º da Lei nº 13.303/2016 estabelecer que:

“O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias **deverá observar** regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei”.
(Destacamos.)

Nesse contexto, verificada a falta de diretrizes específicas no âmbito da empresa estatal para assegurar a boa governança de suas contratações, nada impede que sejam adotadas as recomendações feitas pela Resolução CGPAR nº 45/2022 para alcançar esse objetivo.

¹De acordo com o ato normativo em exame, o Plano de Contratações Anual tem como objetivos:

- a) racionalizar as contratações das empresas estatais e, no que for possível e aplicável, de suas subsidiárias, por meio da promoção de contratações centralizadas e compartilhadas, a fim de obter economia de escala, padronização de produtos e serviços e redução de custos processuais;
- b) garantir o alinhamento do processo de contratação à estratégia de longo prazo, ao plano de negócios e a outros instrumentos de governança existentes;
- c) subsidiar a elaboração de orçamentos;



d) evitar o fracionamento de despesas; e

e) sinalizar intenções a fornecedores de forma a aumentar o diálogo potencial com o mercado e incrementar a competitividade.

(De acordo com a Resolução CGPAR nº 45/2022, quais os documentos e as boas práticas de governança recomendados às estatais federais? Qual o conteúdo e a finalidade desses documentos? Essas orientações podem ser adotadas por estatais estaduais e municipais? Zênite Fácil, categoria Perguntas e Respostas, fev. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>.)



Pergunta e Resposta

Uma estatal pode aplicar a nova Lei de Licitações nº 14.133/2021, utilizando hipótese de dispensa de licitação que não tenha sido contemplada pela Lei nº 13.303/2016?

De plano, a resposta para a indagação principal formulada pela estatal consulente é negativa. Explicamos.

Isso se deve ao fato de que o regime jurídico instituído pela Lei nº 14.133/2021 foi cuidadosamente definido para não interferir naquele que rege as contratações firmadas pelas empresas estatais, nos termos da Lei nº 13.303/2016.

Tanto é assim, que o art. 1º, § 1º da Lei nº 14.133/2021 expressamente estabelece que:

“Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei”.

Logo, não há como simplesmente transportar as inovações contidas na Lei nº 14.133/2021, no que toca aos casos/hipóteses de dispensa de licitação para o universo das contratações das empresas estatais, na medida em que tal Lei não pretendeu promover a atualização ou, até mesmo, a modificação da Lei das Estatais, nº 13.303/2016. Em última análise, essa transposição representaria flagrante inobservância da Lei nº 13.303/2016.

Convém ressaltar, no entanto, uma questão importante. É que a vedação apontada não impede que se submeta a Lei nº 13.303/2016 aos mesmos vetores interpretativos aplicados na Lei nº 14.133/2021. Essa tendência pode ser – na verdade – observada com ainda mais frequência, pois os regimes estabelecidos pelas leis destacadas se assemelham em muitos sentidos, notadamente em suas finalidades e procedimentos.



Vejam, por exemplo, que no Voto do Min. Antonio Anastasia, proferido no Acórdão nº 533/2022 – Plenário do Tribunal de Contas da União, houve entendimento no seguinte sentido ao tratar do instituto do credenciamento:

“15. Apesar de a Lei 14.133/2021 não se aplicar às sociedades de economia mista, regidas pela Lei 13.303/2006, é razoável admitir que as novas regras de flexibilização e busca de eficiência dos processos seletivos para contratações públicas, ao ser aprovadas pelo Poder Legislativo para aplicação no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional - de rito administrativo mais rigoroso -, **podem, e devem, ser estendidas, por analogia, às sociedades de economia mista, que, sujeitas ao regime de mercado concorrencial, exigem, com mais razão, instrumentos mais flexíveis e eficientes de contratação.** Assim, embora o credenciamento não esteja previsto expressamente na Lei 13.303/2006, é razoável admitir, na espécie, a aplicação analógica das regras previstas nos arts. 6º, XLIII, e 79, da Lei 14.133/2021 às empresas estatais.”

Na hipótese acima, diante da ausência de um tratamento específico na Lei das Estatais para determinado assunto, o Tribunal de Contas da União entendeu adequada a aplicação por analogia das regras previstas na Lei nº 14.133/2021.

No caso tratado pelo Tribunal de Contas da União Acórdão nº 533/2022 – Plenário essa orientação se mostra válida pois ainda que não previsto pela Lei nº 13.303/2016, o credenciamento retrata uma hipótese de inviabilidade de competição, razão pela qual encontra amparo na previsão contida no art. 30 da Lei nº 8.666/1993 que trata da inexigibilidade de licitação.

Isso não se confunde, portanto, com a simples transposição das regras previstas na Lei nº 14.133/2021, em especialmente das hipóteses de dispensa de licitação disciplinadas por esta lei, para as contratações submetidas à observância da Lei nº 13.303/2016. A interpretação das normas jurídicas, ainda que baseada em premissas abrangentes como a interpretação



sistemática, teleológica ou, até mesmo, fundada em analogia, não autoriza que premissas expressas estabelecidas em uma lei sejam simplesmente consideradas atualizações da outra.

Esse cuidado se faz necessário, em especial, com as hipóteses de dispensa de licitação. É inegável que existe uma aproximação entre as hipóteses de dispensa estabelecidas na Lei nº 13.303/2016 e na Lei nº 14.133/2021. Inclusive, é possível afirmar que ambos os regimes adotaram como ponto de partida os casos outrora estabelecidos na Lei nº 8.666/1993.

Essa realidade, entretanto, não permite que as inovações promovidas pela Lei nº 14.133/2021 sejam consideradas “atualizações” dos casos previstos na Lei nº 13.303/2016.

Por constituírem hipótese de exceção ao dever de licitar, o qual possui sede constitucional, somente a lei pode afastar a incidência desse dever. Significa dizer, por força do princípio da legalidade, as hipóteses de dispensa de licitação previstas em lei são taxativas e exigem o preenchimento de todas as condições e requisitos previstos para sua aplicação.

Nesse sentido destacamos trecho da obra de Edgar Guimarães e Ricardo Sampaio sobre contratação direta à luz da Lei nº 14.133/2021:

“Cabe salientar, ainda, que o rol apresentado pelos incisos do art. 75 da Lei nº 14.133/2021 é taxativo, ou seja, só é possível dispensar a licitação se o caso concreto se subsumir adequadamente a uma daquelas hipóteses legais.

[...]

A aplicação desse princípio nas contratações diretas determina que as contratações por dispensa de licitação somente poderão ser levadas a efeito nas estritas hipóteses previstas na Lei nº 14.133/2021 ou em legislação específica que autorize afastar o processo licitatório diante de determinada situação fática. Nesses moldes, entendemos que o rol de situações



previstas nos incisos do art. 75 da Lei nº 14.133/2021 que autorizam dispensar a licitação assume natureza taxativa”.¹

Em vista das razões expostas, enquanto diretriz geral, respondemos objetivamente que o tratamento legal conferido ao espectro de aplicação da Nova Lei de Licitações nº 14.133/2021, que o separa incisivamente do regime das empresas estatais, não permite que as inovações firmadas por ela a respeito da contratação direta por dispensa de licitação sejam consideradas “atualizações” dos casos previstos na Lei nº 13.303/2016.

Em virtude disso, as hipóteses de contratação direta por dispensa de licitação previstas na Lei nº 14.133/2021 não se aplicam às empresas estatais, cujas hipóteses que lhes autorizam dispensar a licitação continuam sendo aquelas previstas na Lei nº 13.303/2016.

¹ GUIMARÃES, Edgar e SAMPAIO, Ricardo. Dispensa e inexigibilidade de licitação: Aspectos jurídicos à luz da Lei nº 14.133/2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 11 e 20.

(Uma estatal pode aplicar a nova Lei de Licitações nº 14.133/2021, utilizando hipótese de dispensa de licitação que não tenha sido contemplada pela Lei nº 13.303/2016? Zênite Fácil, categoria Perguntas e Respostas, jun. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>)



Pergunta e Resposta

Nas estatais federais, como tratar contratações por dispensa de licitação emergenciais e de pequeno valor, para efeito de elaboração do Plano de Contratações Anual que será submetido à aprovação do Conselho de Administração, à luz do art. 11 da Resolução CGPAR nº 45/2022?

Preliminarmente, registramos que as disposições da Resolução CGPAR nº 45/2022 não possuem, a rigor, efeito cogente e vinculante para as empresas estatais federais, na medida em que se estabelecem uma série de recomendações sobre mecanismos de liderança, estratégias, diretrizes e controle que deverão ser postos em prática por essas empresas para avaliar, direcionar e monitorar seus processos de contratação, com o objetivo de alcançar os objetivos estabelecidos na estratégia de longo prazo e detalhados no plano de negócios e promover um ambiente íntegro e confiável, a eficiência, a eficácia e a efetividade dos dispêndios realizados.

Não obstante, não havendo na empresa estatal a instituição de um programa próprio para assegurar a governança de suas contratações, julgamos ser recomendável a adoção das práticas definidas pela Resolução CGPAR nº 45/2022.

Nesse sentido, o art. 11 da Resolução CGPAR nº 45/2022 recomenda “às empresas estatais que publiquem e mantenham atualizado em seus sítios eletrônicos o plano de contratações anual”.

Em razão da ausência de um regulamento definindo diretrizes para a elaboração do Plano de Contratações Anual pelas empresas estatais federais, não havendo orientação a respeito do assunto no Regulamento Interno de Licitações e Contratos da própria estatal, compreendemos ser possível preencher essa lacuna recorrendo a aplicação, por analogia, do Decreto federal nº 10.947/2022, o qual regulamenta a elaboração do plano de contratações



anual e institui o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações - PGC, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Nesse sentido, no seu art. 7º, inciso III o Decreto nº 10.947/2022 prevê as hipóteses que ficam dispensadas de registro no plano anual de contratações, dentre as quais **“as hipóteses previstas nos incisos VI, VII e VIII do caput do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021”**.

A situação prevista no inciso VIII do caput do art. 75 da nova Lei de Licitações nº 14.133/2021, envolve a contratação direta por emergência. Logo, nos termos do regulamento, contratações por dispensa de licitação quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, ficam dispensadas de registro no Plano de Contratações Anual.

Já no que diz respeito às contratações diretas por dispensa de licitação em razão do valor, o tratamento conferido pelo Decreto nº 10.947/2022 se forma em sentido oposto, ou seja, exige-se o registro dessas contratações no plano de contratações anual. Nesse sentido, destacamos a previsão contida no art. 6º, segundo a qual os planos de contratações anual “conterão todas as contratações que pretendem realizar no exercício subsequente, incluídas: I - as contratações diretas, nas hipóteses previstas nos art. 74 e art. 75 da Lei nº 14. 133, de 2021; e”

Na Lei nº 14.133/2021 as contratações diretas por dispensa de licitação em razão do valor foram disciplinadas pelos incisos I e II do seu art. 75, razão pela qual, de acordo com o dispositivo citado, deverão ser registradas no plano de contratações anual.

Considerando o fato de a Lei nº 13.303/2016 e o Regulamento Interno de Licitações e Contratos da estatal federal não trazerem orientações precisas e específicas sobre a elaboração do plano de contratações anual, entendemos possível resolver a questão com base na aplicação, por





analogia, do Decreto federal nº 10.947/2022, o qual regulamenta a elaboração do plano de contratações anual e institui o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações – PGC, no âmbito da Administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Nesse caso, em relação às contratações diretas por dispensa de licitação em razão de emergência, o Decreto federal nº 10.947/2022 dispensa o dever de registrá-las no plano de contratações anual. Já, no que diz respeito às contratações diretas por dispensa de licitação em razão do valor, elas deverão ser consideradas e registradas no plano de contratações anual submetido à aprovação do Conselho de Administração.

(Nas estatais federais, como tratar contratações por dispensa de licitação emergenciais e de pequeno valor, para efeito de elaboração do Plano de Contratações Anual que será submetido à aprovação do Conselho de Administração, à luz do art. 11 da Resolução CGPAR nº 45/2022? Zênite Fácil, categoria Perguntas e Respostas, jun. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>)



Pergunta e Resposta

Qual a diferença entre mapa de riscos, matriz de riscos e cláusula contratual de repartição de riscos?

“Risco” pode ser entendido como um evento futuro e incerto do qual decorre uma consequência, que pode ser positiva ou negativa. Para resguardar os interesses e os recursos envolvidos nos contratos administrativos, é preciso identificar os riscos que possam comprometer a satisfação da necessidade que motivou a celebração do ajuste e adotar procedimentos e controles que impeçam esse resultado.

Existem alguns instrumentos que podem ser adotados para salvaguardar os objetivos da contratação diante dos efeitos decorrentes das situações futuras e incertas – riscos.

O primeiro instrumento é a matriz de riscos, uma ferramenta que permite ao gestor mensurar, avaliar e ordenar os eventos que podem afetar o alcance dos objetivos da contratação e, conseqüentemente, os objetivos estratégicos da contratante. A matriz de riscos permite uma avaliação do nível de cada risco identificado por meio da multiplicação da probabilidade de sua ocorrência pelo impacto que dele decorreria.

A matriz de riscos fornece essa visão precisa dos riscos que podem afetar a efetividade de cada fase do processo de contratação ou os resultados do contrato como um todo, bem como a mensuração do nível de risco de cada situação identificada. O tratamento a ser implementado para eliminar ou mitigar a probabilidade de ocorrência e as ações para contingenciar os efeitos de riscos cuja probabilidade de ocorrência não possa ser eliminada dependerão da política de gestão de riscos adotada em cada instituição.

Outro instrumento que pode colaborar no processo de tratamento dos riscos identificados é construção do mapa de riscos nos moldes da IN Seges/MP nº 05/2017.





De acordo com a disciplina fixada pela IN nº 05/2017, uma vez identificados os riscos, o que pode ser feito por meio da matriz de riscos é tratar aqueles que têm níveis superiores ao apetite definido no âmbito da instituição. Significa dizer que os riscos com nível superior ao apetite vigente no âmbito da instituição deverão, necessariamente, receber a definição de ações de prevenção, as quais, como regra, deverão incidir sobre as causas da situação de risco, de modo a reduzir a probabilidade de sua ocorrência.

Para os riscos cuja probabilidade de ocorrência não seja eliminada por meio de prevenção, considerando tratar-se de riscos inaceitáveis, deverão ser estabelecidas ações de contingência para o caso de os eventos correspondentes se concretizarem.

Importante destacar que, para cada ação de prevenção e de contingência, deverão ser definidos os respectivos responsáveis, podendo a responsabilidade recair sobre um servidor específico ou sobre uma área/setor, conforme o caso. Ainda, de acordo com o art. 26 da IN nº 05/2017, o “Gerenciamento de Riscos materializa-se no documento Mapa de Riscos”, sendo possível consultar o modelo constante do Anexo IV.

Assim, nos moldes da IN nº 05/2017, o mapa de riscos configura um instrumento de gestão contratual, que pode ser elaborado por meio da matriz de riscos, cujo objetivo primário consiste em identificar os possíveis eventos futuros e incertos que possam comprometer a efetividade de cada fase do processo de contratação ou os resultados do contrato e, a partir disso, antecipar-se a esses eventos, definindo ações conscientes e eficazes, de modo a reduzir a probabilidade de esses eventos ocorrerem ou a mitigar seus impactos, bem como os responsáveis por essas ações.

Com o objetivo de tratar os riscos que possam afetar os objetivos da contratação, outro instrumento que pode ser empregado é a cláusula contratual de matriz de riscos, prevista no art. 42, inc. X, da Lei nº 13.303/2016 nos seguintes moldes:

Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

[...]

X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
- b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;
- c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

A cláusula de matriz de riscos é uma previsão contratual diretamente relacionada com a definição da equação econômico-financeira da contratação, visto que distribui entre os contratantes, desde logo, a responsabilidade pelos ônus financeiros decorrentes dos eventos futuros e incertos (riscos) que possam promover o desequilíbrio dessa equação depois da apresentação da proposta na licitação.

Trata-se de um mecanismo que delinea adequadamente os riscos e as responsabilidades assumidos pelas partes contratantes em termos de ônus financeiro.





Estabelecida a cláusula de matriz de riscos, o reequilíbrio econômico-financeiro do valor contratado diante da ocorrência de qualquer fato extraordinário que repercuta sobre o encargo (para mais ou para menos) e que apresente natureza extracontratual, antes previsto na Lei nº 8.666/1993 em seu art. 65, inc. II, alínea "d", c/c § 5º, e agora assegurado pelo art. 81, inc. VI, c/c § 5º da Lei nº 13.303/2016, somente terá cabimento se o fato extraordinário ocorrido não tiver sido contemplado na matriz de riscos.

Portanto, a **matriz de riscos** é o instrumento que permite a identificação das situações futuras e incertas que possam repercutir sobre os objetivos da contratação, bem como a mensuração do grau de risco de cada uma dessas situações.

Por sua vez, o **mapa de riscos**, previsto na IN nº 05/2017, consiste, a priori, em um instrumento de gestão contratual, definindo ações de prevenção e de contingenciamento para a Administração contratante lidar com os riscos que possam afetar a efetividade das fases do processo de contratação ou mesmo os resultados da contratação.

Já a **cláusula de matriz de risco**, na forma prescrita pela Lei nº 13.303/2016, consiste em prever uma cláusula contratual que distribui entre os contratantes, desde logo, a responsabilidade pelos ônus financeiros decorrentes de situações futuras e incertas – riscos que possam ocorrer depois da apresentação da proposta na licitação –, definindo a condição de equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

(QUAL A DIFERENÇA entre mapa de riscos, matriz de riscos e cláusula contratual de repartição de riscos? Zênite Fácil, categoria Perguntas e Respostas, fev. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>)



Pergunta e Resposta

Quais as últimas orientações do TCU acerca do credenciamento e quais as evoluções de entendimentos merecem destaque?

O credenciamento constitui instrumento historicamente identificado como apto a abarcar aquelas situações em que, para o adequado atendimento da demanda, a Administração precisa contar com **todos os fornecedores/prestadores do serviço que manifestarem interesse e atenderem aos requisitos fixados no Regulamento.**

A necessidade de contar com **todos aqueles que se mostrarem aptos** (Acórdão nº 351/2010 - Plenário), **especialmente, a ausência de interesse da Administração em restringir o número de contratados** (Acórdão nº 3.567/2014 – Plenário), tem sido apontada, ao longo dos últimos anos, como fator determinante da **inviabilidade de competição**, característica da inexigibilidade (art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993).

Destaca-se, ainda, **a necessidade de as condições de fornecimento/execução e pagamento serem padronizadas**, além de adotar procedimento de distribuição de demandas que garanta o **tratamento isonômico entre todos os credenciados, sem a aplicação de critério classificatório, que possa implicar em exclusões.** Lembrando ainda da diretriz geralmente repetida, no sentido de que o edital de chamamento deve estar **constantemente aberto a novos interessados.** Vejamos, dentre outros, o Acórdão nº 5.178/2013 – 1ª Câmara.

Mas fato é que, ao longo dos últimos anos, desafiado pelas mais diferentes circunstâncias concretas e a necessidade de encontrar soluções eficientes, o TCU foi provocado a se manifestar a respeito de propostas de credenciamento que inovaram nos elementos acima citados.

Dois precedentes recentes da Corte de Contas da União bem retratam essa evolução.





No Acórdão nº 2.977/2021 – Plenário, tratou-se de representação em face de credenciamento adotado pelo SESC/MG visando à contratação de serviços de promoção e organização de eventos, em todo o território nacional e internacional. Devido à pluralidade de eventos, em locais diversos, com características e necessidades distintos, ocorrendo simultaneamente, a entidade optou pela adoção do credenciamento.

Dentre os aspectos apontados pela Unidade Técnica, um deles teve em vista uma característica tida como essencial ao instituto: **definição prévia e padronizada da remuneração das credenciadas.**

No caso, a credenciada era remunerada com base em taxa de administração conforme critérios previamente fixados no Regulamento e, relativamente ao custo do evento, caberia a ela, a partir de *breafing* apresentado pelo SESC (contemplando todas as necessidades de insumos/serviços/outros para o evento especificamente, com valores unitários e global máximos previamente fixados, e aprovados pela Diretoria) apresentar valores unitários e global. O SESC então faria uma análise desses valores a partir dos históricos registrados para demandas semelhantes nas mesmas localidades e, se o valor unitário estivesse acima desse parâmetro, solicitava justificativa; na sequência novas cotações e negociação, até a aprovação do orçamento pertinente (ainda que com a eventual retirada de item).

Destacou o Relator que, a partir de toda a documentação apresentada, **“a seleção das empresas organizadoras vem sendo precedida de método objetivo e imparcial e que está estabelecido procedimento detalhado e criterioso para definição dos preços de itens e serviços contratados para cada evento realizado.”** Ainda, frisou que “a sistemática adotada pelo SESC/MG (pesquisa de mercado e consulta ao histórico de preços de eventos similares realizados nos últimos anos) permite a prévia e consistente quantificação do custo do evento e, conseqüentemente, da remuneração a ser paga. **Note-se, também, que o valor do evento, base para a remuneração do contratado, é definido antes do sorteio, afastando-se, assim, a possibilidade de o valor do evento, e a conseqüente remuneração,**



ser definido em razão do credenciado escolhido, antiisonomicamente (sic), e em seu ilegítimo benefício.”

E sem deixar de destacar que a sistemática pode comportar aperfeiçoamentos e correções de aspectos duvidosos, concluiu que atende ao enunciado geral formulado¹, “estabelecendo as condições de legitimidade de adoção do credenciamento como instrumento de realização de múltiplas contratações diretas sob condições padronizadas.”

Já no Acórdão nº 533/2022 – Plenário, discutiu-se o credenciamento feito pelo Banco do Brasil S/A para a contratação de sociedades de advogados, em que, dentre os aspectos questionados, constou **(i) restrição à contratação de um número determinado de prestadores do serviço e a formação de “cadastro reserva” para eventuais substituições; (ii) bem como a utilização de pontuação para fins de distinção classificatória entre os habilitados** (aspecto esse questionado em outros precedentes, a exemplo do Acórdão nº 408/2012 e 141/2013, ambos do Plenário).

No Voto, o Min. Rel. Antonio Anastasia, destacou que o credenciamento para serviços advocatícios vem sendo aceito pela Corte de Contas da União (Vide Acórdãos nº 1.320/2021, nº 2.941/2021, nº 2.977/2021, todos do Plenário). Quanto a possível quebra de isonomia, devido à aplicação de critérios objetivos de pontuação entre os habilitados, destacou que o “risco de quebra de isonomia aventado pela unidade técnica ocorreria se os credenciados fossem preteridos na ordem de contratação sem razão justa ou com base em critérios subjetivos. É notório no Direito que a isonomia é um princípio bifronte, pois implica não apenas tratar igualmente os iguais, mas também conferir aos desiguais a justa distinção. **Assim, a quebra de isonomia restaria configurada se a discriminação dos credenciados ocorresse à margem de critérios objetivos.”** Avalizando o entendimento, destacou trecho da instrução da Secex-RJ, na qual pontuou que: “As sociedades de advogados que pretenderem participar do certame serão inicialmente submetidas a fase de pré-qualificação (habilitação), com o devido credenciamento de todos que forem



habilitados para que passem à fase de pontuação e classificação, segundo critérios técnicos estabelecidos pelo banco (peça 80, p. 3). **Assim, todos os proponentes estão sendo tratados de forma isonômica e de forma impessoal, ou seja, com igualdade de oportunidade para todos os interessados.** (Grifei).”

Em eventual “credenciamento puro”, como chamado no precedente, tem-se número elevado de participantes, número alto de contratos, com reflexos na qualidade e dificuldades para gerir todos as avenças de forma satisfatória. Ainda, a pulverização dos serviços – devido à distribuição das demandas entre um grande número de credenciados – traria como consequência o baixo interesse de escritórios mais qualificados, o que pioraria o cenário de fragilidades desse sistema (com má qualidade das peças e perda de prazos processuais). Pontuou que, a restrição da quantidade de ajustes, mediante a classificação por critérios objetivos, bem como a adoção de cadastro reserva, tendem a atrair prestadores mais qualificados.

Observou ainda que a Lei nº 14.133/2021, ao tratar agora expressamente a figura do credenciamento, **não impôs a exigência de contratação de todos os credenciados.** No art. 79, inc. II c/c parágrafo único, inc. II, indicou que nas hipóteses de contratações “paralela e não excludentes”, “quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda”.²

Em Declaração de Voto, o Min. Benjamin Zymler, acompanhando o Voto do Relator, fez alguns destaques a respeito do **aspecto evolutivo do instituto do credenciamento.**

Conforme destacou, “exsurge um questionamento sobre um ponto fundamental, qual seja, se seria possível restringir, em um credenciamento, a distribuição isonômica e aleatória das frações da demanda **por um número limitado de empresas, classificadas, a priori, por uma pontuação.**” E, “Embora tenha sido reconhecido o desacordo da opção adotada pelo Banco do Brasil com a Lei 8.666/1993, as informações colhidas dos autos deixaram assente



a urgência em se encontrar uma forma de contratar distinta da utilizada até então, **bem como a percepção de que o novo modelo em comento poderia, de fato, trazer benefícios reais à eficiência da atuação dos escritórios de advocacia terceirizados na defesa dos interesses do (sic) entidade. A restrição da quantidade de ajustes, com a classificação por critérios objetivos, bem como a adoção de cadastro de reserva, tenderiam a atrair prestadores mais qualificados**”, razão pela qual, já no Acórdão nº 532/2015 – Plenário, votou, em caráter excepcional, pela continuidade da contratação.

Reforçou que, desde então, “o entendimento do TCU e a legislação muito evoluíram acerca desse tema. Igualmente, evoluiu também o instituto do credenciamento”. Igualmente frisou que **as previsões a respeito da Lei nº 14.133/2021 acabaram por admitir uma dimensão mais ampla do que aquela concebida pela jurisprudência e pela prática administrativa. E concluiu: “29. No caso concreto sob exame, a diluição de processos por múltiplos escritórios de advocacia tornaria ineficiente e pouco atrativa a contratação. Quanto à fixação de um número limitado de credenciados, de modo a viabilizar a ideia de credenciamento para escritórios de advocacia, a pontuação com base em critérios técnicos parece ser a melhor opção.”**

É notória, portanto, a evolução de entendimento do TCU acerca da figura do credenciamento que, em determinadas circunstâncias, já afastou critérios tidos como balizadores, até então, da legitimidade de emprego desse instituto.

¹ O Min. Rel. Luciano Brandão Alves de Souza formulou enunciado global, que abrange o caso analisado, no sentido de que “o credenciamento é legítimo quando a administração planeja a realização de múltiplas contratações de um mesmo tipo de objeto, em determinado período, e demonstra que a opção por dispor da maior rede possível de fornecedores para contratação direta, sob condições uniformes e prédefinidas (sic), é a única viável ou é mais vantajosa do que as alternativas sob avaliação para atendimento das finalidades almejadas, tais como licitação única ou múltiplas licitações, obrigando-se a contratar todos os interessados que satisfaçam os requisitos de



habilitação, sem exclusão, e que venham a ser selecionados segundo procedimento objetivo e impessoal, a serem remunerados na forma estipulada no edital, aplicável igualmente a todas as contratações. 1. Nessas condições, são atendidos os dois pressupostos fundamentais da contratação pública: a isonomia e a eficiência.”

- ² E quanto ao ponto, destacou: “15. Apesar de a Lei 14.133/2021 não se aplicar às sociedades de economia mista, regidas pela Lei 13.303/2006, é razoável admitir que as novas regras de flexibilização e busca de eficiência dos processos seletivos para contratações públicas, ao ser aprovadas pelo Poder Legislativo para aplicação no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional - de rito administrativo mais rigoroso -, podem, e devem, ser estendidas, por analogia, às sociedades de economia mista, que, sujeitas ao regime de mercado concorrencial, exigem, com mais razão, instrumentos mais flexíveis e eficientes de contratação. Assim, embora o credenciamento não esteja previsto expressamente na Lei 13.303/2006, é razoável admitir, na espécie, a aplicação analógica das regras previstas nos arts. 6º, XLIII, e 79, da Lei 14.133/2021 às empresas estatais.”

(QUAIS AS ÚLTIMAS ORIENTAÇÕES DO TCU acerca do credenciamento e quais as evoluções de entendimentos merecem destaque? Zênite Fácil, categoria Perguntas e Respostas, jul. 2022. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>)



Orientação Prática

ESTATAIS: DIRETRIZES PARA A FIXAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE DOS CREDENCIAMENTOS E O PERÍODO PARA NOVAS INSCRIÇÕES

Questão apresentada à Equipe de Consultores Zênite:

“As dúvidas da Administração versam, essencialmente, sobre as diretrizes que devem balizar a fixação do prazo de validade dos credenciamentos, bem como do período em que serão admitidas novas inscrições”

ORIENTAÇÃO ZÊNITE

Para tratar desses aspectos, é essencial compreender o panorama sob o qual a adoção do credenciamento é tida como legítima.

Tradicionalmente, o credenciamento foi concebido para atender às circunstâncias em que a realidade da necessidade administrativa exige a contratação do maior número possível de interessados. Em cenários dessa natureza, passou-se a justificar a realização do credenciamento pautada na hipótese de inviabilidade de competição prevista no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93¹, sendo que, para as estatais, o fundamento está no *caput* do art. 30 da Lei nº 13.303/2016.

No Acórdão nº 352/2016 - Plenário, o Tribunal de Contas da União, citado como exemplo, indicou os pressupostos de cabimento do credenciamento nos seguintes termos:

“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;” (Destacamos.)

Sobre o assunto, Joel de Menezes Niebuhr assevera:

“Não deve haver limites para o credenciamento, número máximo de credenciados. Por exemplo, se a Administração quer contratar cinco laboratórios para realizar serviços médicos, que faça licitação e contrate os cinco mais bem classificados. **Agora, se a Administração quer contratar todos os laboratórios existentes, então sim cabe o credenciamento,** realizado por meio de inexigibilidade de licitação pública.”² (Destacamos.)

Como se vê, **tradicionalmente**, o credenciamento é admitido para fazer frente às demandas que exigiam a contratação do maior número possível de particulares, obstando a realização de uma disputa isonômica entre eles.

Diz-se que “tradicionalmente” foi este o contexto que deu origem ao credenciamento porque, ao longo do tempo, foram surgindo circunstâncias com contornos um pouco diferentes e que igualmente são capazes de motivar a adoção deste procedimento.

Não por outro motivo, a Lei nº 14.133/2021 admite o credenciamento nos seguintes casos:

“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.” (Destacamos.)

As disposições acima, mais abrangentes, parecem se coadunar com os entendimentos mais recentes dos órgãos de controle a respeito do cabimento do credenciamento.

Veja-se, por exemplo, o Acórdão nº 2977/2021 - Plenário do Tribunal de Contas da União, em que o Relator, a partir dos principais julgados desta Corte, apresenta parâmetros mais abrangentes, pautados na eficiência e na isonomia, para determinar o cabimento do credenciamento:

“1. Reúno as premissas expressas e subjacentes dos enunciados listados e formulo o seguinte enunciado global, que abrange o caso em questão neste processo:

o credenciamento é legítimo quando a administração planeja a realização de múltiplas contratações de um mesmo tipo de objeto, em determinado período, e demonstra que a opção por dispor da maior rede possível de fornecedores para contratação direta, sob condições uniformes e pré-definidas, é a única viável ou é mais vantajosa do que as alternativas sob avaliação para atendimento das finalidades almejadas, tais como licitação única ou múltiplas licitações, obrigando-se a contratar todos os interessados que satisfaçam os requisitos de habilitação, sem exclusão, e que venham a ser selecionados segundo procedimento objetivo e impessoal, a serem remunerados na forma estipulada no edital, aplicável igualmente a todas as contratações.



1. Nessas condições, são atendidos os dois pressupostos fundamentais da contratação pública: a isonomia e a eficiência.

1. A isonomia, pela adoção de procedimento que garanta a “igualdade de condições a todos os concorrentes”, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição:

(...)

1. A eficiência, pela demonstração de que a decisão pelo credenciamento (múltiplas contratações diretas sob condições padronizadas e isonômicas) é vantajosa e foi tomada com base em adequada avaliação do contexto, consideradas as características e particularidades do objeto (susceptível de plúrimas contratações sob regime padrão), as finalidades almejadas pela administração, as condições do mercado, a viabilidade de prévia definição da justa remuneração, as análises das alternativas concorrentes e a sustentabilidade jurídica da decisão (legislação e doutrina pertinente, precedentes judiciais, administrativos e dos tribunais de contas).” (Destacamos.)

No Acórdão nº 533/2022 - Plenário do TCU, houve a análise em torno da adoção do credenciamento para a contratação de **até 98** escritórios de advocacia, sendo que, no caso, esta opção foi questionada em vista da ausência de comprovação da sua adequação em detrimento da realização de uma licitação para esse fim.

De todo modo, o Ministro Benjamin Zymler apresentou declaração de voto com ponderações em relação à adoção do credenciamento diante do contexto peculiar vivenciado pela Administração que, apesar de não envolver a contratação de todos os possíveis interessados, poderia vir a justificar tal procedimento em detrimento de diversos certames.³

Com isso, pode-se afirmar que há uma tendência atual em avaliar o credenciamento sob uma perspectiva utilitária para a Administração alcançar contratações mais eficientes e



vantajosas diante da necessidade de múltiplas contratações ou de outros contextos que tornam inviável, ineficiente ou antieconômica a realização de uma licitação, a exemplo daqueles indicados na Lei nº 14.133/2021.

Considerando que o procedimento de credenciamento terá cabimento quando a necessidade da Administração não puder ser satisfeita, de forma eficiente e econômica, por meio da contratação de um ou de um número certo de particulares a partir de licitações múltiplas, mas, pelo contrário, apontar como adequada a instituição de procedimento que torne possível a contratação de todos (ou de um número expressivo) os interessados que atendam aos critérios fixados, é possível justificar o credenciamento.

Para determinar o prazo de validade do credenciamento e o período durante o qual serão admitidas as inscrições de novos credenciados, a Administração deve considerar as particularidades da sua demanda à luz da finalidade à qual se destina a instituição do procedimento em tela.

Em relação ao prazo de validade do credenciamento, a Administração deve verificar a recorrência, a habitualidade, a essencialidade dos objetos que serão contratados por meio deste procedimento.

Se, por exemplo, o credenciamento tiver como objetivo atender demandas contínuas, que se repetem ano após ano, seria possível à Administração, por exemplo, prever o prazo de validade de 12 meses prorrogáveis por igual período até o alcance do limite de 60 meses, ou, desde logo, prever o prazo de validade de 60 meses.

Aqui, a cautela seria avaliar a conveniência e oportunidade de instituir regras para a avaliação periódica da vantajosidade, da pertinência e da adequação das condições definidas no edital do credenciamento.



De outro lado, se as necessidades são sazonais, periódicas ou pontuais, a Administração poderia instituir credenciamento por período inferior, considerando a sua demanda.

Em qualquer caso, não há um limite legal ou normativo para a validade do credenciamento. Da mesma forma, não foram encontradas manifestações dos órgãos de controle delimitando a questão.

Isto, no entanto, não parece conduzir à conclusão quanto à possibilidade de instituir, em qualquer caso, credenciamento por prazo indeterminado.

Como se sabe, a regra é que os contratos formados pelas estatais detenham prazo determinado (art. 71, parágrafo único, da Lei nº 13.303/16). E, ainda que o credenciamento não constitua propriamente um contrato, deve-se ter em vista que é o procedimento pelo qual serão celebrados diversos contratos. Assim, a medida mais cautelosa parece conduzir à necessidade de fixar um prazo de validade para o credenciamento, considerando especificamente as particularidades do caso concreto.

Desse modo, a definição do prazo de validade do credenciamento e dos períodos para inscrição dos interessados deve se dar em atenção à necessidade da Administração.

Inclusive, sobre o assunto, o TCU, novamente citado como exemplo, exarou o Acórdão nº 1150/2013 - Plenário nos seguintes termos:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente consulta para esclarecer a consulente que:

9.1.1. é juridicamente viável a utilização pela Empresa Brasil de Comunicação – EBC – da figura do credenciamento destinado à contratação de pessoas físicas e jurídicas para



a prestação de serviços afetos à sua atividade fim, tais como serviços de produção de cobertura e programas jornalísticos, de vídeos institucionais, documentários e os demais narrados na consulta, tendo por fundamento, além dos dispositivos da Constituição Federal detalhados no Voto condutor, os artigos 25 e 27 da Lei nº 11.652/2008, os artigos 25, 26 e 119 da Lei nº 8.666/1993 e o art. 74 do Decreto nº 6.505/2008;

9.1.2. o instituto do credenciamento, para conviver com o disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal, **deverá ser utilizado para projetos específicos ou por prazos limitados** segundo requisitos a serem fixados pelo Conselho de Administração da EBC (art. 27 da Lei 11.652/2008), **a exemplo** da regionalização, dos efeitos da plasticidade do mercado em função da dinamicidade dos fatos e da insuficiência quantitativa e qualitativa (especialização) dos recursos humanos e materiais da EBC para o cumprimento de determinadas tarefas;” (Destacamos.)

Em relação ao período de inscrição dos credenciados, igualmente será preciso considerar as particularidades da necessidade a ser atendida.

Se a necessidade da Administração exigir, de fato, o maior número possível de interessados aptos a executar o objeto pretendido, então, o edital deverá admitir novas inscrições a qualquer tempo durante todo o período de validade do credenciamento.

Nesse sentido, cita-se, a título exemplificativo, o precedente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

“No entendimento do TCE/MG, ‘o credenciamento é uma forma de contratação direta adotada pela Administração Pública, que possui como fundamento a inviabilidade de competição prevista no caput do art. 25 da Lei nº 8.666/93, em razão da possibilidade de contratação de todos os interessados do ramo do objeto pretendido, desde que atentem às condições mínimas estabelecidas em regulamento. Logo, como todos



podem ser contratados pela Administração, não há possibilidade de competição. O que justifica a existência do credenciamento é o interesse público de obter o maior número possível de particulares realizando a prestação, tendo em vista que a necessidade da Administração não restará atendida com a contratação de apenas um particular ou um número limitado de particulares. **Para tanto, o credenciamento deverá permanecer sempre aberto, de forma a viabilizar o ingresso de novos interessados, aumentando dessa forma o número de participantes em prol do interesse público. Com isto, a Administração estará tratando de forma isonômica os possíveis interessados em contratar, preservando a lisura, transparência e economicidade do sistema’.** (Grifamos.) (TCE/MG, Denúncia nº 886.513, Rel. Cons. Mauri Torres, j. em 11.04.2013.)”⁴

Ainda, válido trazer como exemplo trecho do Voto do Ministro Relator do Acórdão nº 656/95 – Plenário do Tribunal de Contas da União:

“Naquela oportunidade, foram também definidos os requisitos que devem ser observados quando do credenciamento de empresas e profissionais do ramo, tais como: (...) **6 - permitir o credenciamento, a qualquer tempo, de qualquer interessado, pessoa física ou jurídica, que preencha as condições mínimas exigidas;**” (Destacamos.)

Da mesma forma, cita-se como referência a Instrução Normativa nº 05/2017:

“ANEXO VII-B

(...)

3.2. O Sistema de Credenciamento ficará aberto pelo prazo estipulado no ato convocatório, renováveis por iguais e sucessivos períodos, para inscrição de novos interessados, desde que atendam aos requisitos do chamamento.” (Destacamos.)



Contudo, a depender dos contornos do caso concreto, não se afasta a possibilidade de a Administração justificar a conveniência e oportunidade de fixar um prazo limite para a inscrição dos eventuais interessados, de sorte que, não atendida essa condição, somente se admitirá novo credenciamento quando e se houver a reabertura desse prazo.

Nessa análise, é possível que a Administração avalie o impacto operacional que pode eventualmente decorrer da manutenção do credenciamento em aberto, sopesando o seu reflexo em face da restrição do período em que serão admitidos os credenciados. Tal condição não impede a previsão de regra editalícia segundo a qual, uma vez por ano, por exemplo, seja reaberto o prazo para novas inscrições.

Por fim, deve-se ter em vista que o sistema de credenciamento pressupõe, como regra, que todas as condições de contratação sejam ofertadas e garantidas de forma isonômica a todos os interessados em contratar. Não sem motivo, as regras relativas ao custeio dos serviços e demais insumos necessários para a sua efetivação devem estar clara e expressamente definidas no regulamento respectivo.

Nesse tocante, é preciso considerar que a fixação dos critérios de remuneração dos particulares não se reduz apenas e tão-somente ao pagamento do valor definido para os serviços. É preciso, também, prever as condições para o reajustamento dos valores com o intuito de garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, na forma determinada pela Constituição da República.

A partir da compreensão de que a instituição do credenciamento visa a viabilizar a celebração de contratos durante o seu período de vigência, impreterível incluir disciplina referente aos critérios de reajustamento dos valores que serão pagos aos contratados. Para tanto, cumpre realizar ampla pesquisa de mercado com o intuito de avaliar qual índice de reajuste reflete a melhor condição para promover o equilíbrio econômico-financeiro (caso se tratem de fornecimentos ou serviços cujo custo preponderante não seja com mão de obra).



CONCLUSÕES OBJETIVAS

- Não há diretriz legal, normativa ou dos órgãos de controle a respeito do prazo de validade do credenciamento. Desse modo, a Administração deve considerar detidamente os contornos da sua necessidade para definir o prazo de validade de cada um dos seus credenciamentos.

- A previsão de inscrições de credenciados “a qualquer tempo” se refere à possibilidade de o edital do credenciamento prever que, durante todo o prazo de validade definido para este procedimento, novos interessados poderão solicitar suas inscrições. Não há, aqui, um período delimitado para que ocorram as inscrições, desde que sejam solicitadas dentro do período de validade do credenciamento.

- Em relação ao prazo de validade do credenciamento em si, a regra é que haja a fixação do seu limite, tendo em vista a regra segundo a qual é vedada a celebração de ajustes com prazo indeterminado.

Uma vez delimitado o prazo de validade, a Administração poderá prever a sua prorrogação, caso esta se revele uma providência adequada e pertinente frente à realidade das demandas a serem atendidas e à finalidade à qual se destina o credenciamento.

- Em relação ao prazo para as inscrições, a Administração definirá se ficarão abertos por todo o período de validade do credenciamento ou se haverá um marco temporal até o qual poderão ser feitas as inscrições. Em qualquer caso, é preciso considerar as particularidades do caso concreto, sopesando as necessidades a serem atendidas e a finalidade do credenciamento.

- Se a Administração optou por fixar um prazo para inscrições e estabeleceu a possibilidade de prorrogação do prazo de validade do credenciamento, é pertinente considerar se é oportuna a reabertura de prazo para novas inscrições ou se a quantidade de credenciados se revela adequada para atender à sua demanda.



- Se a Administração estabelecer um prazo máximo para as inscrições, não serão admitidos novos credenciados após o alcance desse marco, ainda que tenha optado por publicar o credenciamento sem prazo de validade definido - o que, como dito, não parece recomendável. Nesse cenário, se a Administração pretende admitir novas inscrições, deverá publicar aditivo ao regulamento do credenciamento, instituindo a reabertura do prazo para esse fim.

- Sabendo-se que o credenciamento visa a permitir a celebração de contratos durante determinado período e que o valor da remuneração definido pela Administração sofrerá influência do processo inflacionário, impreterível a fixação de critério de reajuste condizente com as particularidades do objeto envolvido. Com isso, atende-se à regra constitucional acerca da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em condição de igualdade para todos os credenciados.

A definição do critério de reajuste dependerá das particularidades do caso concreto, cabendo à Administração realizar ampla pesquisa de mercado para identificar o índice usualmente aplicado, caso se tratem de fornecimentos e serviços cujo custo preponderante não seja com mão de obra.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Zênite, de caráter opinativo e orientativo, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pela Consulente.

¹ Sobre o assunto, cita-se Pergunta e Resposta publicada na Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos – ILC nº 249, p. 1107, nov/2014:

“Em que casos é cabível o credenciamento e quais os procedimentos e as cautelas para sua instituição?”

As contratações da Administração Pública precisam, como regra, ser precedidas da realização de procedimento licitatório que assegure condições de igualdade aos potenciais interessados e seja capaz de selecionar a proposta mais vantajosa para satisfazer o interesse público envolvido na celebração do contrato.



Logo, a finalidade da licitação é selecionar um ou um número certo de futuros contratados, à medida que assim se faça necessário para atender à demanda administrativa por meio dessas contratações.

O credenciamento, por sua vez, é o procedimento administrativo no qual a Administração convoca interessados para, segundo condições previamente definidas e divulgadas, credenciarem-se como prestadores de serviços ou beneficiários de um negócio futuro a ser ofertado. Atendidas às condições fixadas, os interessados serão credenciados em condição de igualdade.

Esse procedimento tem cabimento quando a necessidade da Administração não puder ser satisfeita por meio da contratação de um ou de um número certo de particulares, mas, pelo contrário, exige a contratação do maior número possível de interessados aptos para atendê-la.

É exatamente essa característica que afasta o cabimento de procedimento licitatório para formação do credenciamento. Todos os interessados que preencherem as condições impostas pelo regulamento a ser expedido pela Administração serão credenciados e, por consequência, estarão aptos a serem contratados. Logo, o fundamento legal para o credenciamento é o art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93. A necessidade de contratação de todos os particulares caracteriza a inviabilidade de competição.

No Acórdão nº 5.178/2013, a 1ª Câmara do TCU tratou do tema e destacou que a aplicação do credenciamento para contratação de serviços deve observar os requisitos consagrados pela jurisprudência daquela Corte, especialmente o Acórdão nº 351/2010 – Plenário:

- i) a contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão;
- ii) a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido;
- iii) a demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma, cabendo a devida observância das exigências do art. 26 da Lei 8.666/93, principalmente no que concerne à justificativa de preços.

Sobre a forma de seleção do futuro contratado, entre os credenciados, não se admite que a Administração escolha livremente ou paute-se em critérios classificatórios. Se incumbisse à Administração a escolha, o princípio da isonomia seria prejudicado. O mesmo ocorreria se instituído um critério classificatório entre todos os interessados.

Quanto a esse aspecto específico, o Plenário do TCU acatou o Voto do Ministro no Acórdão nº 408/2012, no qual ele chama a atenção para a impossibilidade de estabelecer diferenciação baseada em critério classificatório entre os credenciados, impondo-se a adoção de sistemática objetiva e imparcial para a formação das contratações. Nesse precedente, o TCU firma entendimento de que, se os destinatários das contratações são terceiros (credenciamento de serviços médicos, por exemplo), cabe a eles a escolha do credenciado. De outra forma, se o destinatário for



a própria Administração, impõe-se a adoção de um sistema imparcial de seleção que se justifique em face da demanda a ser atendida.

(...)

Em vista dessas razões, conclui-se ser cabível o credenciamento sempre que a demanda da Administração reclame, para seu atendimento, a contratação do maior número possível de potenciais interessados e desde que seja possível a elaboração de regulamento para fixar condições uniformes tanto para o credenciamento desses interessados quanto para a execução desses ajustes.

Entre as principais cautelas a serem atendidas para a regular instituição de regulamento de credenciamento, destaca-se a necessidade de a Administração atentar para o dever de garantir igualdade de condições entre todos os interessados hábeis à contratação.”

² NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. São Paulo: Dialética, 2003. p. 214.

³ “[Voto]

55. Nesse memorial, o Banco informa estar seguindo os entendimentos da unidade técnica e que, em dezembro de 2020, deu início a novo procedimento para seleção de escritórios de advocacia, por meio do Edital 2020/03120, agora mediante licitação, em substituição ao credenciamento.

(...)

58. Após a leitura dos principais pontos do referido edital, pude concluir que o novo certame segue, em essência, as conclusões sustentadas neste Voto.

59. Conduzido sob a forma de “licitação eletrônica”, o Edital 2020/03120 tem como objeto a “contratação de até 98 (noventa e oito) sociedades de advogados para prestação de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica, compreendendo a prática de todos os atos e procedimentos nas esferas extrajudicial e judicial, nas áreas cível, trabalhista, administrativa, tributária e penal, em todas as instâncias”.

62. Quanto ao pleito de “manutenção de todas as cláusulas previstas no Edital de Licitação nº 2013/16655 e na minuta de contrato que o integra, inclusive a que diz respeito ao rateio de honorários de sucumbência nos processos em que houver participação de advogados empregados do Banco do Brasil”, não vejo óbice a seu atendimento. Embora o novo edital tenha eliminado certos procedimentos questionados no curso deste processo (uso da licitação em substituição ao credenciamento e fim da intermediação da ASABB na distribuição de honorários de sucumbência), os fundamentos apresentados neste Voto não conduzem à impugnação do Edital 2013/16655 nem dos contratos dele derivados. Acresço que o pedido em questão já fora contemplado com a revogação da medida cautelar que incidia sobre o procedimento, mediante o Acórdão 532/2015-TCU-Plenário, sendo agora confirmado pela insubsistência dos subitens “9.2’ dos Acórdãos 532/2015, 1.366/2018 e 2.249/2018, deste Plenário.



(...)

[Declaração de Voto]

De início, gostaria de louvar a qualidade do voto do relator, que examinou de forma adequada o objeto da presente representação, razão pela qual adianto que acompanho o encaminhamento apresentado.

2. Entretanto, permito-me tecer breves comentários sobre a questão versada nestes autos, em especial sobre o aspecto evolutivo do instituto do credenciamento.

3. O credenciamento tradicional é um processo administrativo de chamamento de interessados quando, em vez de se ter um vencedor na licitação - aquele que assinará o contrato -, a Administração se vê diante de uma situação concreta em que ela pode “dividir um bolo em fatias” e distribuí-las de forma objetiva. Logo, não há competição porque todos, de algum modo, serão contratados para executar uma parte do objeto.

(...)

6. Por ocasião da primeira deliberação adotada nestes autos (Acórdão 3.567/2014-Plenário, sob relatoria do ministro José Múcio), exarei voto revisor, acolhido pelo relator, em que defendi, em síntese, que o modelo adotado pelo Banco do Brasil não poderia ser classificado como credenciamento, pois, dentre outras coisas, desatendia um requisito primordial, qual seja, maximizar o número de prestadores de serviços, atendidos os requisitos mínimos estipulados em edital.

7. Consoante o Edital 2013/16655, que disciplinava o credenciamento do Banco do Brasil, foram estipuladas uma série de regras para habilitar e classificar determinado número de sociedades, conforme a modalidade de serviço. Os serviços foram, assim, divididos em quatro áreas e a instituição buscou credenciar uma quantidade de escritórios, por unidade da Federação.

(...)

12. Ou seja, após a definição do número de escritórios de advocacia por seguimento, que seriam escolhidos pela pontuação, os serviços seriam divididos por sorteio. Esses sorteios serviriam, portanto, para dividir os serviços entre as sociedades de advogados credenciadas para cada área-região.

13. Logo, observa-se que, a princípio, o modelo adotado pelo banco previa a utilização de critérios de pontuação e posterior exclusão de participantes que não se classificassem dentro do número de vagas a serem contratadas. Essa mecânica, de fato, contrariaria a essência do instituto do credenciamento.

14. Assim, exsurge um questionamento sobre um ponto fundamental, qual seja, se seria possível restringir, em um credenciamento, a distribuição isonômica e aleatória das frações da demanda por um número limitado de empresas, classificadas, a priori, por uma pontuação.



15. Embora tenha sido reconhecido o desacordo da opção adotada pelo Banco do Brasil com a Lei 8.666/1993, as informações colhidas dos autos deixaram assente a urgência em se encontrar uma forma de contratar distinta da utilizada até então, bem como a percepção de que o novo modelo em comento poderia, de fato, trazer benefícios reais à eficiência da atuação dos escritórios de advocacia terceirizados na defesa dos interesses do entidade. A restrição da quantidade de ajustes, com a classificação por critérios objetivos, bem como a adoção de cadastro de reserva, tenderiam a atrair prestadores mais qualificados.

16. Foi imbuído desse espírito que, posteriormente, este Tribunal reformou o acórdão que havia determinado a suspensão do certame, por meio de medida cautelar (Acórdão 3.567/2014-Plenário) , para, em caráter excepcional, permitir a continuidade da contratação nos moldes do edital publicado pelo banco (Acórdão 532/2015-Plenário).

17. O fato é que, desde então, o entendimento do TCU e a legislação muito evoluíram acerca desse tema. Igualmente, evoluiu também o instituto do credenciamento.

18. Como já dito, o TCU já tinha o entendimento de que, embora não estivesse previsto nos incisos do art. 25 da Lei 8.666/1993, o credenciamento era admitido "como hipótese de inexigibilidade inserida no caput do referido dispositivo legal, porquanto a inviabilidade de competição configura-se pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão. Para a regularidade da contratação direta, é indispensável a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido".

(...)

20. Fica explícito, pois, que a prática administrativa e o TCU, na sua jurisprudência, elegeram o credenciamento como uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação baseadas no caput do art. 25 da Lei 8.666/1993 (esse caput trazia exemplos, mas não impedia que outras hipóteses de inexigibilidade pudessem ser utilizadas pelo gestor) .

21. Nesse sentido, é importante ressaltar a tendência do TCU em respaldar soluções inovadoras eficazes, como foi o caso dos diversos credenciamentos realizados. E a importância das deliberações desta Corte de Contas, abonando a utilização desse instrumento, é refletida justamente em sua positivação na lei.

22. Como é sabido, a nova lei de licitações trouxe, expressamente, o credenciamento como hipótese de contratação direta por inexigibilidade de licitação, além das três já constantes da Lei 8.666/1993. O credenciamento passou, assim, a ser empregado nas seguintes hipóteses de contratação (art. 79 da Lei 14.133/2021) :

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; e



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.

23. As duas primeiras hipóteses estão associadas a uma visão tradicional de credenciamento: expansão horizontal do número de credenciados.

24. Já a terceira, a contratação em mercados de preços fluidos, parece-me bem distinta e despreendida da visão anterior, na medida em que abre a possibilidade de contratação de bens em mercados fluidos, o que permite antever a utilização de um sistema de e-marketplace público formado por fornecedores credenciados. A inexigibilidade decorre, neste caso, da dinâmica existente em mercados concorrenciais com oscilação acentuada de preços em razão da lei da oferta e da procura.

25. Observa-se, portanto, que o credenciamento trazido pela Lei 14.133/2021 acabou por admitir uma dimensão mais ampla do que aquela concebida pela jurisprudência e pela prática administrativa.

26. Na verdade, o TCU já havia se deparado com espécies de credenciamento que refugiam ao padrão, quando comparadas a uma visão ortodoxa de expansão do número de credenciados. Como exemplo, cita-se o já comentado credenciamento de oficinas para manutenção de automóveis do DPF. De acordo com a sistemática licitada, o órgão transferiria à contratada a administração de sua frota, incluindo a manutenção dos veículos, nos seguintes termos:

- a) na hipótese de uma viatura necessitar de manutenção, ela seria encaminhada a um estabelecimento credenciado pela contratada para verificação do tipo de serviço a ser realizado;
- b) após essa avaliação, a contratada solicita aos estabelecimentos de sua rede credenciada que ofereçam, no mínimo, três orçamentos para o serviço; e
- c) um servidor da Administração seleciona a proposta mais vantajosa.

27. Diante da especificidade do caso concreto, formulei proposta, acatada pelo Colegiado, no sentido de determinar ao DPF que efetuasse estudos com vistas a verificar a viabilidade de realizar credenciamento de oficinas para prestação dos serviços de manutenção de suas viaturas, seja diretamente ou por meio de empresa especializada, estabelecendo, no ato de convocação, regras objetivas a serem observadas em todo procedimento e por ocasião das futuras contratações, em especial no que se refere à forma de qualificação dos interessados, condições de pagamento e critérios a serem observados por ocasião da escolha da empresa que executará os serviços. (Acórdão 2.731/2009-Plenário) .

28. A meu ver, foi a jurisprudência do TCU um dos fatores mais importantes para que o credenciamento pudesse ter a dimensão que tem hoje na Lei 14.133/2021. Há que se reconhecer, por outro lado, que, de forma evolutiva, o credenciamento caminhou para abarcar novas situações.



29. No caso concreto sob exame, a diluição de processos por múltiplos escritórios de advocacia tornaria ineficiente e pouco atrativa a contratação. Quanto à fixação de um número limitado de credenciados, de modo a viabilizar a ideia de credenciamento para escritórios de advocacia, a pontuação com base em critérios técnicos parece ser a melhor opção.

30. Como bem destacou o ministro Antonio Anastasia em seu voto, apesar de a Lei 14.133/2021 não se aplicar às sociedades de economia mista, regidas pela Lei 13.303/2006, é razoável admitir que as novas regras de flexibilização e de busca de eficiência dos processos seletivos para contratações públicas possam ser adotadas pelas empresas estatais.

31. Cabe registrar, porém, que, com base na Lei 13.303/2016, nada impediria que o Banco do Brasil se valesse da faculdade de realizar licitações simultâneas, conforme previsto no art. 46 da norma em comento:

“Art. 46. Mediante justificativa expressa e desde que não implique perda de economia de escala, poderá ser celebrado mais de um contrato para executar serviço de mesma natureza quando o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado.”

32. Aliás, segundo informado pelo ministro relator, em memorial entregue em 9/3/2022, o Banco do Brasil informou que, em dezembro de 2020, deu início a novo procedimento para seleção de escritórios de advocacia, por meio do Edital 2020/03120. Desta vez, mediante licitação, em substituição ao credenciamento. Conforme consta, esse novo certame, conduzido sob a forma de “licitação eletrônica”, tem como objeto a contratação de até 98 sociedades de advogados para prestação de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica, compreendendo a prática de todos os atos e procedimentos nas esferas extrajudicial e judicial, nas áreas cível, trabalhista, administrativa, tributária e penal, em todas as instâncias. Segundo destacou o ministro Antonio Anastasia em seu voto, o novo edital mantém: (i) o rateio de honorários de sucumbência aos advogados empregados do banco que atuem colaborativamente nos processos abarcados pelos contratos decorrentes do certame, porém não mais prevê a intermediação da Associação dos Advogados do Banco do Brasil; (ii) a sistemática de utilizar a classificação das licitantes no certame como critério objetivo para definir a ordem das contratações; e (iii) a distribuição isonômica e equitativa de processos entre as contratadas.

33. Tais informações revelam, de fato, a aderência do Banco do Brasil às conclusões assentadas no presente processo.

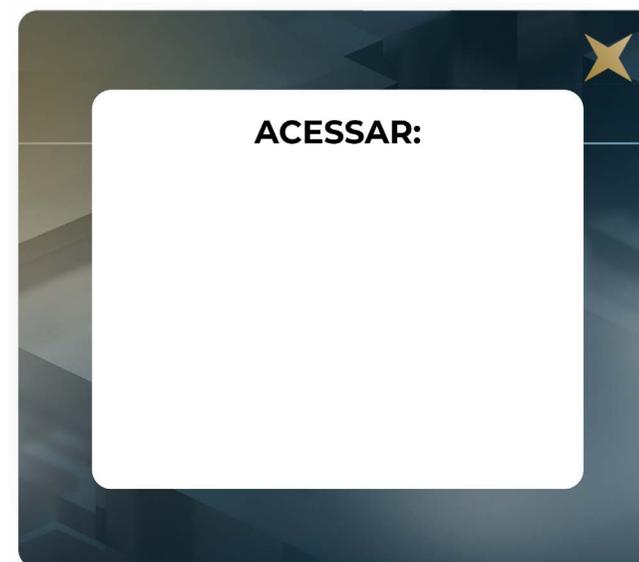
34. Destaco, porém, a necessidade de que este Tribunal acompanhe o desenvolvimento do procedimento acima mencionado, bem como as contratações dele advindas.

35. Com essas considerações, louvo mais uma vez o encaminhamento proposto pelo Ministro Antonio Anastasia, que buscou privilegiar a eficiência dos processos seletivos para contratações públicas, em especial no caso das sociedades de economia mista, que, sujeitas ao regime de mercado concorrencial, exigem, com mais razão, instrumentos mais flexíveis e eficientes de contratação.”



- ⁴ MENDES, Renato Geraldo. LeiAnotada.com. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 25, categoria Tribunais de Contas. Disponível em www.leianotada.com. Acesso em 03 jul. 2023.

(Estatais: diretrizes para a fixação do prazo de validade dos credenciamentos e o período para novas inscrições. Zênite Fácil, categoria Orientação Prática, 06 julho 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>)



INFOGRÁFICO

PLANO DE NEGÓCIOS

Diretoria Executiva: > Elaboração
Conselho de Administração*: Aprovação e acompanhamento periódico

*no caso de subsidiárias que não tenham Conselho de Administração, a Assembleia Geral pode assumir as competências

REGULAMENTO INTERNO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Área de Contratações: > Auxílio à Diretoria Executiva na atividade de elaboração
Diretoria Executiva: > Elaboração
Conselho de Administração: > Aprovação

PLANO DE COMUNICAÇÃO INTERNO

Área de Contratações: > Elaboração e execução
Diretoria Executiva: > Aprovação

RESOLUÇÃO CGPAR Nº 45/2022

DOCUMENTOS/ INSTRUMENTOS/ DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS

ESTRATÉGIA DE LONGO PRAZO

Diretoria Executiva: > Elaboração
Conselho de Administração*: > Aprovação e acompanhamento periódico

PLANO ANUAL DE CONTRATAÇÕES

REQUISITANTE:

Formulação das requisições individuais que poderão compor o PAC

ÁREA DE CONTRATAÇÕES:

- Definição das diretrizes para as áreas requisitantes enviarem informações necessárias à elaboração da proposta do PAC
- Elaboração da proposta do PAC

- Elaboração de relatórios de acompanhamento periódico de execução do PAC a serem enviados para a Diretoria Executiva

DIRETORIA EXECUTIVA:

- Aprovação da proposta consolidada do PAC
- Acompanhamento periódico da execução do PAC
- Informação periódica do nível de execução do PAC ao Conselho de Administração

- Avaliação com o órgão de auditoria interna da pertinência e efetividade de medidas propostas ou adotadas pelos gestores para correção de eventuais desvios ou irregularidades encontrados em auditorias relacionadas ao PAC

- Adoção de medidas corretivas a partir dos relatórios de acompanhamento da execução do PAC
- Proposição de alteração do PAC ao Conselho de Administração

CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO:

- Aprovação do PAC
- Autorização para alteração durante a execução*

(*a autorização para alteração do Plano de Contratações Anual pode ser delegada, respeitada a política de alçada)



★ **AGRADECEMOS O SEU INTERESSE NESSE MATERIAL** ★
ESPERAMOS QUE A LEITURA AUXILIE NO SEU DIA A DIA.

MAIS CONTEÚDOS RELACIONADOS
ESTARÃO NO NOSSO AGUARDADO:



ENCONTRO NACIONAL DAS
ESTATAIS
★
ZENITE

VEM AÍ

07 a 09 de **AGOSTO**

Em **NOVO** local

FOZ DO IGUAÇU / PR

AGUARDAMOS VOCÊ!

