

O INSTITUTO JURÍDICO DO CREDENCIAMENTO NA ANTIGA E NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Juliana Matos Lemos¹

RESUMO

O instituto do Credenciamento há muito vem sendo utilizado pela Administração Pública no Brasil como uma hipótese de inexigibilidade de licitação (contratação direta), lastreado pela doutrina e jurisprudência, embora não existisse, até então, uma previsão legal expressa.

No entanto, com o advento da Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, mais conhecida como nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, esse instituto passou a ser expressamente previsto no art. 6º, XLIII e no art. 78, que o trouxe como um dos procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta nova lei.

Nesta feita, o presente trabalho tem como objetivo realizar um diagnóstico do instituto do credenciamento a partir da análise da sua natureza jurídica, antes e depois da nova lei de licitações e contratos, além de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, com a finalidade de discutir a opção administrativa da sua utilização e como as acepções interpretativas contribuíram para a sua previsão na edição da lei 14.133/21, conduzindo assim à mitigação das inseguranças causadas pela indefinição do Credenciamento no império da lei 8.666/93.

PALAVRAS-CHAVE: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO; CREDENCIAMENTO; PROCEDIMENTO AUXILIAR.

¹ Pós Graduada em Direito Público pela JusPODIVM. Pós graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Pós graduanda em Licitações e Contratos. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Salvador – UCSAL. Foi Assessoria/Procuradora jurídica de alguns municípios e trabalha desde 2008 na Secretaria Municipal de Saúde de Salvador-Ba.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal (CF), em seu artigo 37, XXI, determina que as contratações feitas pela Administração Pública, via de regra, devem ser precedidas de um procedimento licitatório. Nesse panorama, surge a licitação como instrumento pelo qual a Administração elege seus contratantes, respeitando os princípios que a regem e as finalidades que deve perseguir.

A obrigatoriedade de licitar, sob o ponto de vista constitucional, tem o objetivo de não deixar ao exclusivo alvedrio do administrador público a escolha daqueles que contratados, pois isso poderia favorecer a corrupção, ao beneficiamento de terceiros, violando o interesse público.

Portanto, o conceito de licitação, de acordo com Odete Medauar (1999, p. 200, 201), é no sentido de que:

Licitação, no ordenamento brasileiro, é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado

Em suma, pode-se concluir que o procedimento licitatório destina-se ao alcance de dois objetivos básicos: (a) a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público, em face do dever da Administração de aplicar da melhor maneira possível os recursos que administra e (b) assegurar igualdade de condições a todos os interessados no objeto licitado, uma vez que não possui liberdade de contratação (RIBEIRO, 2011, p. 1).

Nesse sentido, não restam dúvidas da obrigatoriedade da Administração na realização de licitação pública, resguardados a isonomia e a supremacia do interesse público.

No entanto, no próprio art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, que fala sobre a obrigatoriedade da licitação, também prevê ressalva: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação", sendo no mesmo sentido a previsão do art. 2º da Lei 8.666/93.

Assim, como se observa, a nossa Carta Magna possibilita ao legislador infraconstitucional prever, em lei específica, casos em que a licitação poderá ser dispensada ou inexigível, ou seja, casos em que a contratação poderá ser feita diretamente pela Administração. São os casos das contratações diretas, isto é, realizadas sem licitação.

Isso significa que, em algumas hipóteses, a lei entendeu que a realização de um procedimento licitatório poderia ser danoso ao interesse público, por diversas razões, principalmente pela singularidade da contratação ou pela existência de múltiplos prestadores de serviços, por exemplo.

A Lei nº 8.666/93 enumerou a maior parte das exceções ao dever de licitar e dispôs sobre hipóteses de licitações inexigíveis (art. 25), licitações dispensadas (art. 17) e licitações dispensáveis (art. 24).

Cabe aqui fazer a diferenciação dessas hipóteses de contratação direta trazida pela lei 8.666/93, senão vejamos.

Como cediço um dos requisitos para que ocorra a licitação é que existam competitividade e julgamento objetivo. E esta competitividade só existe quando há, de fato, mais de uma possibilidade de contratação, seja quanto ao objeto (mais de um), seja quanto ao fornecedor, produtor ou prestador (mais de um).

Quando inexistente esta possibilidade de competição normalmente se está, diante de um caso típico de inexigibilidade de licitação, que está disposta no caput e incisos do artigo 25 da Lei 8.666/93.

Igualmente, há casos em que, mesmo presente a viabilidade de competição, o legislador previu a possibilidade de afastar-se a licitação, a fim de assegurar maior agilidade na consecução do interesse público. São as hipóteses de dispensa de licitação contempladas nos artigos 17 e 24 da Lei 8.666/93.

A licitação dispensada é aquela assim declarada pela própria Lei, sendo que os casos de licitação dispensada estão regulados no art. 17, incisos I e II da Lei 8.666/93, que tratam sobre a alienação de bens móveis e imóveis da Administração, neles estando especificados os casos em que o procedimento licitatório pode ser afastado.

Já, a licitação dispensável, prevista no art. 24 da Lei nº 8.666/93, acontece quando a Administração Pública tiver discricionariedade para tal, isto é, quando tiver a opção de escolher se fará ou não o procedimento licitatório. Ou seja, o rol taxativo previsto nesse artigo, em que, por diversas razões, a Administração pode entender que não é conveniente realizar o procedimento licitatório.

Diante o exposto, as hipóteses de dispensa de licitação constituem um rol taxativo, podendo ser empregadas mediante autorização expressa em lei, enquanto as hipóteses de inexigibilidade compõem uma vasta gama de possibilidades, pois a sua ocorrência se dará, em regra, quando houver inviabilidade de competição (SOUZA, 2021, p.1).

Em relação à inexigibilidade é importante pontuar que as hipóteses trazidas no art. 25 são exemplificativas, uma vez que a impossibilidade de competição pode se dar por diversas formas.

De acordo com o professor Ronny Charles Lopes de Torres, citando Marçal Justen Filho (2019, p. 399):

(...) deve-se destacar que a inviabilidade de competição não compreende um conceito simples, nem corresponde a uma ideia única. Trata-se de um gênero, que congrega em sua estrutura diferentes modalidades, como ausência de pluralidade de alternativas; ausência de mercado concorrencial; impossibilidade de julgamento objetivo e ausência de definição objetiva da prestação. Em síntese, a inviabilidade de competição é uma consequência, que poderá ser resultado de diferentes causas consistentes nas inúmeras hipóteses de ausência dos pressupostos básicos da licitação.

Assim, a identificação da impossibilidade de competição, pode, por exemplo, direcionar a Administração a: (i) contratar diretamente um determinado particular; (ii) contratar mais de um particular. E é neste último cenário que o instituto do credenciamento é comumente inserido, ou seja, quando se faculta a contratação, pela Administração Pública, de todos aqueles que manifestam interesse e satisfaçam os requisitos previamente estabelecidos no instrumento convocatório.

De um modo geral, verifica-se que o instituto do credenciamento vem sendo utilizado para possibilitar as contratações destinadas a atender a um interesse direto da Administração, como para os interesses particulares por ela tutelados. Um exemplo são os credenciamentos de clínicas de saúde para prestação de serviço ao Sistema Único de Saúde-SUS ou contratação, por parte dos departamentos de trânsito estaduais (DETRAN), de clínicas médicas e psicológicas.

No entanto, a então ausência de previsão normativa sobre o instituto do credenciamento, sempre demandou esforço exegético para identificar quais as situações em que é possível a sua adoção.

Com o advento da Lei 14.133/01 descortinou-se uma nova nuance da utilização do sistema de credenciamento.

Como bem pontua os Professores Ronny Charles e Marcos Nóbrega (2021, p. 19):

Convém observar, contudo, que os contornos definidos ao credenciamento pela nova lei de licitações avançam, e muito, permitindo que este procedimento auxiliar amplie sua utilidade no âmbito das contratações públicas.

(...)

Primeiramente, se antes a adoção do credenciamento estava adstrita à contratação todos os prestadores aptos e interessados em realizar determinados serviços, quando o interesse público fosse melhor atendido com a contratação do maior número possível de prestadores simultâneos, segundo o texto da Nova Lei de Licitações, admite-se que ele seja adotado não apenas para a ulterior contratação da prestação de serviços, mas também para o fornecimento de bens.

Nesse sentido, pode-se dizer que a chegada da nova lei de licitações e contratos amplia o escopo do credenciamento, como por exemplo, para fornecimento de bens, para mercados fluidos², etc.

2 O CREDENCIAMENTO SOB A ÉGIDE DA LEI 8.666/93 E SEUS ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

² Mercado fluido: 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 (art. 79 da Lei 14.133/2021).

A Lei 8.666/90 manteve-se silente quanto ao Credenciamento, nada dispondo quanto a sua definição ou possibilidade de utilização.

Importante pontuar que alguns entes públicos fizeram a previsão do credenciamento em suas legislações, dentre as quais cito a Lei. nº 9.433/2005 do Estado da Bahia, que no art. 61 dispôs:

Art. 61 - É inexigível a licitação, por inviabilidade de competição, quando, em razão da natureza do serviço a ser prestado e da impossibilidade prática de se estabelecer o confronto entre os interessados, no mesmo nível de igualdade, certas necessidades da Administração possam ser melhor atendidas mediante a contratação do maior número possível de prestadores de serviço, hipótese em que a Administração procederá ao credenciamento de todos os interessados que atendam às condições estabelecidas em regulamento.

§ 1º - No procedimento de credenciamento, a Administração Pública obedecerá, rigorosamente, aos princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade e aos princípios do procedimento licitatório.

§ 2º - No credenciamento de interessados para a prestação de serviços que, nos termos de normatização própria, demonstrem capacidade para seu desempenho, tendo como destinatários finais beneficiários indicados pela Administração Pública que participam do custeio da respectiva remuneração, mediante contribuição, será aplicado o disposto nos arts. 62 e 63, ambos desta Lei, no que couber, na forma do regulamento.

(...)

Ainda que sem previsão na lei nacional, a utilização do instituto não deixou de ser feita e isso em virtude dos entendimentos doutrinários, senão vejamos:

Segundo Juliana Ribeiro (2011, p. 1) o credenciamento é definido como:

(...) um conjunto de procedimentos por meio dos quais a Administração credencia, mediante chamamento público, todos os prestadores aptos e interessados em realizar determinados serviços, quando o interesse público for melhor atendido com a contratação do maior número possível de prestadores simultâneos.

A mesma autora do artigo acrescenta:

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 8.666/93.

A inviabilidade, no presente caso, resulta da possibilidade de contratação de todos os interessados do ramo do objeto pretendido, e que atendam às condições mínimas estabelecidas no regulamento. Ou seja, não há possibilidade de competição, pois todos podem ser contratados pela Administração.

Num mesmo sentido afirma Erica Requi (2015, p. 1):

O credenciamento é sistema por meio do qual a Administração Pública convoca todos os interessados em prestar serviços ou fornecer bens, para que, preenchendo os requisitos necessários, credenciem-se junto ao órgão ou entidade para executar o objeto quando convocados.

Essa sistemática pressupõe a pluralidade de interessados e a indeterminação do número exato de prestadores suficientes para a adequada prestação do serviço e adequado atendimento do interesse público, de forma que quanto mais particulares tiverem interesse na execução do objeto, melhor será atendido o interesse público.

Segundo a doutrina de Joel de Menezes Niebhur (2003, p. 212), o credenciamento pode ser conceituado como:

Espécie de cadastro em que se inserem todos os interessados em prestar certos tipos de serviços, conforme regras de habilitação e remuneração prefixadas pela própria Administração Pública. Todos os credenciados celebram, sob as mesmas condições, contrato administrativo, haja vista que, pela natureza do serviço, não há relação de exclusão, isto é, o serviço a ser contratado não precisa ser prestado com exclusividade por um ou por outro, mas é prestado por todos.

Ainda, nas lições de Marçal Justen Filho (2008, p.46):

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

Nas hipóteses em que não se verifica a excludência entre as contratações públicas, a solução será o credenciamento. (...)

O credenciamento envolve uma espécie de cadastro de prestadores de serviços ou fornecedores. O credenciamento é ato pelo qual o sujeito obtém a inscrição de seu nome no referido cadastro.

Para Carlos Ari Sunfeld (1995, p. 42) o instituto do credenciamento é reconhecido:

Se a Administração pretende credenciar médicos ou hospitais privados para atendimento à população e se admite credenciar todos os que preencham os requisitos indispensáveis, não se há de falar em licitação. É que o credenciamento não pressupõe disputa, que é desnecessária, pois todos os interessados aptos serão aproveitados.

Para o professor Ronny Charles (2019, p. 401) o credenciamento:

(...) pode ser utilizado em várias pretensões contratuais, notadamente nas prestações de serviços em que, para o atendimento do interesse público, é mais vantajosa a contratação simultânea de vários particulares ao invés da seleção excludente de um ou poucos vencedores de um certame. Esse procedimento deve manter-se continuamente aberto, permitindo o credenciamento de interessados aptos à prestação do serviço.

Ademias, deve-se evitar que, a despeito de uma pluralidade de particulares credenciados, possa a escolha do credenciado chamado a atender a demanda administrativa concreta decorrer da vontade do gestor público. Uma vez que não há vencedor, mas uma pluralidade de credenciados aptos ao atendimento da demanda administrativa, necessário resguardar a devida rotatividade, impedindo beneficiamentos a um ou outro credenciado.

Imperioso destacar que as decisões tomadas pelos tribunais de contas, especialmente pelo TCU foram imprescindíveis para a construção da forma de utilização do credenciamento.

Acerca da participação fundamental do TCU na sistematização do instituto, o STJ declarou que (SOUZA, 2021, p. 1):

[...] o Credenciamento constitui hipótese de inexigibilidade de licitação não prevista no rol exemplificativo do art. 25 da lei 8.666/93, amplamente reconhecida pela doutrina especializada e pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que pressupõe inviável a competição entre os credenciados (TCU-REsp: 1.747.636, Relator: Gurgel de Faria, Data de julgamento: 9/12/2021, 1ª Turma).

A jurisprudência do TCU está orientada no sentido de que há acerto legal na utilização do Credenciamento como hipótese de licitação inexigível. Para isso, estabelece critérios para que seja adotado. Os critérios são a publicação do instrumento editalício, a ampla oportunidade de contratação e a vantajosidade/igualdade de preços aos credenciados.

Assim se manifestou quanto ao instrumento editalício:

[...] o credenciamento afigura-se como hipótese prevista na lei, uma espécie de inexigibilidade de licitação no momento de contratação, precedida de etapa prévia, na qual todos tiveram igual oportunidade de se credenciar, ampliando notavelmente as exigências do art. 26 da lei 8.666/93 [...] (TCU-CONS: 1.150, Relator: Aroldo Cedraz, Data de julgamento: 15/5/2013, Plenário).

22. Assim, quando a licitação for inexigível porque o gestor manifestou o interesse de contratar todos os prestadores, ele poderá adotar o procedimento de chamada pública, por meio da abertura de um edital e chamar todos os prestadores que se enquadrem nos requisitos constantes do edital para se cadastrarem e contratarem com a Administração Pública (TCU-REPR: 784, Relator: Marcos Bemquerer, Data de julgamento: 11/4/2018, Plenário).

Quanto a ampla oportunidade de contratação o TCU se manifestou da seguinte forma:

9.2.3. embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da lei 8.666/93, o credenciamento tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência 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 (TCU-CONS: 351, Relator: Marcos Bemquerer, Data de julgamento: 3/3/2010, Plenário).

E, finalmente, quanto vantajosidade/igualdade de preços aos credenciados o TCU se manifestou:

Considerando as reiteradas decisões do TCU no sentido de que o credenciamento deve ser utilizado para a contratação de serviços médicos, jurídicos e de treinamento, desde que a Administração fixe critérios

objetivos, e ainda que sejam observados quatro aspectos fundamentais quando da análise da adequação do uso do credenciamento, quais sejam: [...] que reste demonstrado, no processo, a vantagem/igualdade dos valores definidos em relação aos preços de mercado [...] (TCU-CONS: 1.150, Relator: Aroldo Cedraz, Data de julgamento: 15/5/2013, Plenário).

Diante desses entendimentos jurisprudenciais do Tribunal de Contas, firmou-se o entendimento que para o credenciamento acontecer são necessários a obediência de alguns requisitos (TCU 656/1995. Processo 016.522/1995-8. Relator Ministro Homero Santos. DOU 28.12.1995. Página 22.549):

1 - dar ampla divulgação, mediante aviso publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação local, podendo também a Administração utilizar-se, suplementarmente e a qualquer tempo, com vistas a ampliar o universo dos credenciados, de convites a interessados do ramo que gozem de boa reputação profissional;

2 - fixar os critérios e exigências mínimas para que os interessados possam credenciar-se, de modo que os profissionais, clínicas e laboratórios que vierem a ser credenciados tenham, de fato, condições de prestar um bom atendimento, sem que isso signifique restrição indevida ao credenciamento;

3 - fixar, de forma criteriosa, a tabela de preços que remunerará os diversos itens de serviços médicos e laboratoriais e os critérios de reajustamento, bem assim as condições e prazos para o pagamento dos serviços faturados;

4 - consignar vedação expressa do pagamento de qualquer sobretaxa em relação à tabela adotada, ou do cometimento a terceiros (associação de servidores, p. ex.) da atribuição de proceder ao credenciamento e/ou intermediação do pagamento dos serviços prestados;

5 - estabelecer as hipóteses de descredenciamento, de forma que os credenciados que não estejam cumprindo as regras e condições fixadas para o atendimento, sejam imediatamente excluídos do rol de credenciados;

6 - permitir o credenciamento, a qualquer tempo, de qualquer interessado, pessoa física ou jurídica, que preencha as condições mínimas exigidas;

7 - prever a possibilidade de denúncia do ajuste, a qualquer tempo, pelo credenciado, bastando notificar a Administração, com a antecedência fixada no termo;

8 - possibilitar que os usuários denunciem qualquer irregularidade verificada na prestação dos serviços e/ou no faturamento; e

9 - fixar as regras que devam ser observadas pelos credenciados no atendimento (como p. ex. proibição de que o credenciado exija que o usuário assine fatura ou guia de atendimento em branco).

Além deles, o TCU também indicou alguns requisitos quanto ao procedimento do credenciamento:

a) a contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão;

b) a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido;

c) 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 8.666/1993, principalmente no que concerne à justificativa de preços.

Portanto, o credenciamento vem sendo, até então, admitido pela doutrina e jurisprudências, como hipótese de inexigibilidade não inserida no art. 25 do mencionado diploma legal, sob o fundamento de que 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 existindo, portanto, relação de exclusão. Ou seja, todos os interessados em contratar com a Administração Pública e que demonstrem as exigências editalícias podem (devem) ser contratados.

E é exatamente porque a Administração não pode escolher somente um para contratar é que se chega à conclusão de que se configura a inviabilidade de competição, e, por conseguinte, a inexigibilidade de licitação.

3 O CREDENCIAMENTO SOB A PERSPECTIVA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS.

A nova lei criou dispositivo próprio para tratar do credenciamento. A norma acolhe alguns entendimentos construídos pela doutrina e validados pela jurisprudência. E agora regulados por lei, passam a dar mais segurança jurídica aos agentes públicos e aos contratados. (JACOBY FERNANDES, 2021, p. 151).

3.1 NATUREZA JURÍDICA DO CREDENCIAMENTO

Com o advento da nova lei de licitações e contratos, o credenciamento, que já era um instituto jurídico amplamente utilizado pela administração pública, agora foi positivado na nova lei.

Assim, o procedimento foi referido em seu artigo 6º, inciso XLIII, como sendo o processo administrativo de chamamento público por meio do qual a Administração convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocado (SOUZA, 2021, p. 1).

Ademais, ao positivar tal instituto a lei o colocou no patamar de procedimento auxiliar da licitação, como demonstra o art. 78 da lei nº 14.133/2021, vejamos:

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

- I - credenciamento;
- II - pré-qualificação;
- III - procedimento de manifestação de interesse;
- IV - sistema de registro de preços;
- V - registro cadastral.

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

(...)

Nesse sentido, Marçal Justen Filho (2021, p. 185) afirma que:

O credenciamento é um procedimento auxiliar da atividade contratual da Administração, que pode conduzir a contratações diretas por inexigibilidade de licitação.

O professor Ronny Charles (2021, p. 452) entende que, a lei ao prever que o credenciamento se trata de procedimento auxiliar, o distinguiu da então compreensão que se tratava de uma hipótese de inexigibilidade. Inclusive, mesmo antes da edição da nova lei esse era o entendimento do professor quanto a natureza jurídica do instituto. Assim, dispôs em sua obra:

Já em edições anteriores, contudo, ao tratarmos sobre a natureza jurídica do credenciamento, preferimos anotar que o credenciamento não seria a contratação direta em si, o que o afastava da caracterização como uma hipótese de inexigibilidade, mas sim um procedimento auxiliar utilizado para instrumentalizar a contratação direta, por inexigibilidade, quando interessasse à Administração a contratação de todos os fornecedores interessados aptos possíveis.

Nessa linha, ponderávamos nas edições anteriores desse livro que o credenciamento não seria uma hipótese de inexigibilidade, mas um procedimento auxiliar necessário para ulteriores contratações diretas, em relação a pretensões contratuais para as quais atenda ao interesse público a oportunidade de contratação de todos os fornecedores interessados e aptos para a contratação.

Para o professor Marçal Justen Filho (2021, p. 1.130), o credenciamento se trata de um ato administrativo unilateral prévio à contratação. Acrescenta ainda que:

O sujeito que obtém o credenciamento ainda não foi contratado. A contratação é um ato jurídico bilateral, que se aperfeiçoa em momento posterior ao credenciamento.

Portanto, com o advento da nova lei restou evidenciado que o credenciamento não possui a natureza jurídica da contratação direta, como era o entendimento de alguns doutrinadores e Tribunais, nem tampouco possui natureza jurídica de contrato administrativo, não se submetendo, portanto, às regras pertinentes a este regime.

Assim o credenciamento se trata de um procedimento auxiliar, produzidos como justificativa para posteriores contratações direta.

Ainda na compreensão do professor Ronny Charles (2021, p. 453), inexistente uma referência necessária, pelo legislador, da contratação direta por inexigibilidade, embora haja indicação que o credenciamento é um procedimento prévio à execução do objeto, ou seja, que ele é um procedimento auxiliar precedentes às contratações diretas.

E a conclusão disso é que na nova lei, como inexistente restrição expressa quanto a utilização do instituto como inexigibilidade, ele poderá ser utilizado como procedimento prévio a outras contratações diretas, por dispensa ou inexigibilidade.

3.2 HIPÓTESES DE UTILIZAÇÃO DO CREDENCIAMENTO

A lei 14.133/21, no seu art. 79 estabeleceu a possibilidade de adoção do procedimento de Credenciamento nas seguintes circunstâncias: paralela e não excludente; com seleção a critério de terceiros; e, em mercados fluídos. Assim está disposto o mencionado artigo de lei:

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 fluídos: 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 (...).

É imperioso chamar a atenção que o novo regramento trouxe uma ampliação na possibilidade de utilização do credenciamento, uma vez que no entendimento jurisprudencial anterior, a sua utilização estava limitada à hipótese da necessidade de contratação de todos os prestadores interessados e aptos de realizar determinado serviço. Assim, atualmente, pode se dizer que caberia o credenciamento também para aquisições (fornecimento) de bens.

3.2.1 Hipótese de contratação paralela e não excludente.

Essa é uma hipótese de utilização comum na utilização do credenciamento, ou seja, é aquela em que a Administração contrata simultaneamente vários particulares que estão aptos por terem preenchido os requisitos pré-estabelecidos.

De acordo com Marçal Justen Filho, se trata de uma hipótese incomum, uma vez que a Administração dispõe de recursos financeiros

limitados e finitos e, por isso, ela deve limitar esse tipo de contratação aos recursos disponíveis e à satisfação da necessidade num determinado período de tempo (2021, p. 1.131).

Um exemplo típico é o credenciamento de prestadores de serviços de saúde para prestar serviço ao Sistema Único de Saúde –SUS, em que são credenciados diversos prestadores, que receberão os mesmos valores da Tabela SUS.

A fundamentação desse tipo de credenciamento é quando inexistente a relação de exclusão, ou seja, há interesse apenas na contratação de todos os interessados aptos.

3.2.2 Hipótese de contratação com seleção a critério de terceiros.

Esta hipótese é a em que a seleção do Credenciado ocorrerá segundo o critério de terceiros, beneficiários diretos da prestação e não fundada na escolha realizada pela Administração (ainda que o pagamento do terceiro seja feito pela Administração).

Um exemplo típico seria o credenciamento de prestadores de serviços médicos e de exames de particulares, que receberão com efetiva contratação dos usuários que utilizam esse serviço. Ou seja, ocorre quando o beneficiário direto decidirá, por seus próprios critérios, qual dos credenciados será o melhor para resolução de sua necessidade.

Esse exemplo diverge do exemplo do credenciamento do SUS porque naquele caso não é o usuário quem elege o prestador, mas a própria Administração que encaminha o usuário aos estabelecimentos credenciados.

Outro exemplo que pode ser citado são os casos de contratação de centro de formação de condutores (autoescolas).

O doutrinador Marçal Justen Filho (2021, p. 1.131), acrescenta ainda:

Isso também ocorre nos casos em que as contratações observam critérios aleatórios, segundo ordem cronológica ou sorteio. São casos em que a Administração convocará os credenciados para a contratação, sem que isso reflita uma decisão administrativa quanto à identidade do contratado ou quanto à prestação a ser executada. Em tais hipóteses em que a execução contratual por qualquer dos sujeitos credenciados é igualmente satisfatória para a Administração.

3.2.3 Hipótese de contratação em mercados fluidos.

Essa hipótese, ainda pouco utilizada na Administração Pública, se relaciona com as contratações praticadas em mercados caracterizados pela dinamicidade dos preços, versando sobre objetos padronizados. Nesses casos, caberá à Administração selecionar o fornecedor que apresente o preço mais satisfatório, tomando em vista a dinâmica da realidade (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1.131).

Ou seja, refere-se aos casos em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção por meio de processo licitatório.

Nas palavras de Ronny Charles (2021, p. 456), esta hipótese de aplicação do credenciamento rompe com a premissa antes estabelecida pela doutrina e jurisprudência, de que a Administração deveria definir os preços de contratação dos credenciados a serem contratados.

A hipótese de utilização do procedimento de Credenciamento em mercados fluídos permite a adoção do sistema em nos levando ao entendimento de que é permitida a contratação sem a prévia definição de preços.

Nas lições de Marçal Justen Filho (2021, p. 1.132).

Essa hipótese corresponde, em última análise, a uma situação de dispensa de licitação, que ficaria mais bem enquadrada no art. 75 da Lei 14.133/2021. Trata-se de reconhecer que a realização de uma licitação (ainda que para registro de preços) não propicia uma solução satisfatória, eis que a melhor alternativa reside em a Administração recorrer aos mecanismos de mercado.

Um exemplo dele ocorre no credenciamento de companhias aéreas, em que há reajustes constantes nos preços das passagens.

Outro exemplo cabível seria na compra de commodities, que possuem valores negociados em bolsas de valores e constantemente têm seus preços modificados pelas especulações mercadológicas (SOUZA, 2021, p. 1).

3.3 PROCEDIMENTO A SER UTILIZADO NO CREDENCIAMENTO

O art. 79, parágrafo único, estabeleceu que o credenciamento deverá ser objeto de regulamentação disciplinadora dos processos administrativos, bem como obedecer alguns procedimentos:

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

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

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

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

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

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

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

3.3.1 Divulgação e manutenção permanente do edital e definição de critérios objetivos para distribuição de demandas.

No que se refere à essencialidade do edital como instrumento convocatório, o legislador manteve com integridade a mesma regra anterior, sendo, dessa maneira, indispensável ao procedimento (SOUZA, 2021, p. 1).

Assim, a Administração deve manter disponível edital para credenciamento permanente de interessados.

No caso prático, por exemplo, do credenciamento de estabelecimentos de saúde para prestação de serviços ao SUS (caso de contratação paralela e não excludente), por existir recurso financeiro limitado pela Administração, não permitindo muitas vezes a contratação imediata e simultânea de todos credenciados (alguns se credenciam em um prazo, outros ficam sabendo depois e se credenciam posteriormente), deverá ser adotado critérios objetivos de distribuição da demanda como o sorteio ou respeito a ordem sequencial, desde que garantida a igualdade de condições entre todos os interessados aptos a contratar pelo preço definido.

Na Secretaria Municipal de Saúde de Salvador, a solução encontrada pela equipe técnica e a Procuradoria do Município foi o estabelecimento de “janelas de contratação”, ou seja, periodicamente, através de Portaria, abre-se janela de contratação para especialidades e contrata todos os prestadores habilitados.

Assim, o edital de chamamento público deverá trazer condições padronizadas de contratação e objetividade quanto a escolha dos credenciados no momento da prestação dos serviços, quando o objeto pretendido não permitir contratações imediatas e simultâneas.

3.3.2 Definição de valor da contratação pela própria Administração e registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação.

Essa definição será aplicada às hipóteses de contratação paralela e não excludente e aquelas com seleção a critérios de terceiros. Dessa forma deve ser estabelecida a fixação criteriosa de tabela de preços que a Administração estará disposta a pagar, bem como as condições e prazos para pagamento das obrigações.

É o caso do exemplo citado de credenciamento de prestadores de serviço de saúde ao SUS, os valores geralmente pagos são os estabelecidos por Tabela Federal, Estadual ou Municipal.

Não se aplica a hipótese de mercados fluidos, embora seja indispensável que nesse caso se registre as cotações do mercado vigentes no momento da contratação. Os mercados fluidos, dadas às inúmeras condições que influenciam na mutabilidade constante dos preços, deverão ter suas cotações realizadas no momento da contratação.

Trata-se de regra também já utilizada pela Administração no decorrer da vigência da lei 8.666/93 na hipótese de credenciamento de companhias aéreas, por exemplo, em que, realizado todo processo de seleção da companhia aérea credenciada por meio do SCDP, permaneciam armazenadas as cotações feitas no momento da escolha (SOUZA, 2021, p. 1).

3.3.3 Vedação ao cometimento do objeto do contrato a terceiros.

Veda-se que seja transferido a terceiros a concretização do objeto contratado, ou seja, estabelece regra de que o próprio credenciado deverá realizar o objeto contratado, não repassando a responsabilidade a terceiros.

3.3.4 Definição de prazos, em edital, para efetivação de denúncia contratual.

Trata-se de medida de cunho administrativo. A Administração, por essa regra, deverá definir no instrumento convocatório os prazos para a realização de denúncia da relação contratual (SOUZA, 2021, p. 1).

Nas palavras do professor Ronny Charles (2021, p. 459):

Esta disposição é deveras relevante porque deixa claro que o legislador define para o credenciamento natureza jurídica e regime diferente do estabelecido para o contrato administrativo, posição defendida desde outrora pela Advocacia Geral da União no parecer n. 0003/2017/CNU/CGU/AGU e no parecer n. 00045/2019/DECOR/CGU/AGU.

3.4 ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DA NOVA NATUREZA JURÍDICA DO CREDENCIAMENTO, BEM COMO DOS NOVOS CONTORNOS DEFINIDOS PARA O INSTITUTO.

Conforme anteriormente explicitado, a natureza jurídica do credenciamento (procedimento auxiliar) e não hipótese de contratação direta

ou contrato administrativo permitiu concluir que o credenciamento não se submete às prerrogativas e restrições inerentes a este regime jurídico.

Como por exemplo, não é uma regra no credenciamento a alteração unilateral pela Administração com submissão obrigatória do contratado. Outro exemplo é a faculdade admitida ao particular credenciado de pedir unilateralmente o seu descredenciamento, sem necessária aplicação de penalidade.

Também, pode-se dizer que, quanto a vigência do prazo do edital de credenciamento, inexistente um prazo limite para a inscrição no credenciamento, ou seja, poderia a vigência do edital ser considerada indeterminada.

Mais uma vez, nos ensinamento de Ronny Charles (2021, p. 460), entende-se que é admitida à Administração a faculdade de mudar as regras do credenciamento, inclusive o rol de serviços, preços e demais termos e condições. E cita o exemplo: nos casos do mercado estar praticando preço abaixo do fixado no regulamento do credenciamento, poderá adequá-lo, sem a necessidade de resguardo a eventual equação econômica, já que esta é inerente à relação contratual e não ao credenciamento. O contrário também seria permitido.

E nessa lógica seriam para todo o regramento oriundo do regime jurídico contratual, como os casos de reajustes, entre outras.

Convém também observar, que os contornos definidos ao credenciamento pela nova lei de licitações permitem que este procedimento auxiliar amplie sua utilidade no âmbito das contratações públicas.

E é nesse sentido que o instituto, a depender de como seja dada a interpretação do que seria, por exemplo, mercado fluido, poderia ser utilizado para variadas pretensões contratuais, como a implantação de *e-marketplace*³ para o atendimento de demandas em que este formato se demonstrará muito mais eficiente que a modelagem licitatória tradicional (TORRES, 2021, p. 1).

Ainda nas lições do professor Ronny e Marcos Nóbrega (2021, p. 24) quanto exemplos da utilização no credenciamento:

Uma aplicação óbvia, sem dúvida, envolve o fornecimento de passagens aéreas. Como é cediço, o preço de aquisição da passagem é variável. Com a adoção do credenciamento, no momento da necessidade de contratação, uma ferramenta eletrônica colherá automaticamente o preço ofertado pelas companhias credenciadas, para o trecho pretendido, em horário compatível com a necessidade administrativa. Assim, aproveita-se o melhor preço no momento da demanda, sem uma estabilização artificial que justapõe riscos e pode ser ineficiente, sobretudo, para o comprador.

Para além dessa hipótese já experimentada pela Central de Compras do Governo Federal⁶³, poderíamos também ter adotado esta modelagem, por exemplo, para a aquisição de insumos no enfrentamento à COVID-19 (...).

Portanto, se conclui que o credenciamento, no formato definido pela nova lei de licitações, cria as alicerces para um *e-marketplace* público e pode favorecer enorme incremento de eficiência nas contratações da Administração.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto do credenciamento, como pôde ser observado ao longo deste texto passou por diversos momentos: desde a falta de previsão legal, à

³ *e-marketplace* significa, literalmente, mercado. A palavra passa a ideia de um espaço livre onde compradores e vendedores podem fazer negócios. Na prática, o modelo de marketplace funciona como um shopping virtual.

época da lei 8.666/93, tendo sido construída a sua utilização através de entendimento doutrinário, jurisprudencial e também de legislações estaduais e/ou municipais, levando muitas vezes à insegurança advinda da sua omissão, até a sua positivação após a edição da Lei 14.133/21, que, sem dúvida alguma, trouxe diversos avanços em relação ao regime jurídico anterior, inclusive a perspectiva de uma nova leitura acerca da sua natureza jurídica e, consequentes implicações resultantes dessa mudança.

Desta feita, o objetivo deste artigo foi tocar nesses dois aspectos: a sua previsão na égide da lei 8.666/93 e como ela vinha sendo utilizada, e, para tanto, foram traçadas linhas gerais acerca da evolução das legislações brasileiras que versam sobre o assunto e sobre o dever de licitar e suas exceções regulamentadas em lei, bem como se analisou o instituto do credenciamento, ocasião em que foram estudados os tratamentos dados pela doutrina e entendimento de Tribunais.

E o segundo aspecto que foi a nova roupagem dada pela nova lei de licitações e contratos, destrinchando acerca da sua natureza jurídica e consequências advindas da mesma, além da análise das suas hipóteses de utilização e procedimentos.

O estudo evidenciou que a adequada modelagem acerca do credenciamento é de decisiva relevância para a amplitude da sua utilização, podendo a nova lei servir como trampolim para novas formas de contratação, desburocratizando a forma de seleção dos fornecedores da Administração Pública, como também possibilitando a implantação de formas de contratações modernas, como é o caso do e-marketplace.

Por outro lado, com a nova dimensão acerca da sua natureza jurídica, diversos institutos eferentes ao regime contratual podem não ser utilizados ou utilizados de forma mais flexível.

REFERÊNCIAS

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de licitações públicas comentadas**. Revista, amp. E atualiz. 10. ed. Salvador: Jus Podvum, 2019.

_____. **Lei de licitações públicas comentadas**. 12. ed. , rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Jus Podvum, 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de; NÓBREGA, Marcos. **A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace: o turning point da inovação nas compras públicas**. < Disponível em <https://ronnycharles.com.br/a-nova-lei-de-licitacoes-credenciamento-e-e-marketplace-o-turning-point-da-inovacao-nas-compras-publicas/>>. Acesso em: 13 jan. 2022.

RIBEIRO, Juliana Almeida. Inexigibilidade de licitação e o credenciamento de serviços. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2809, 11 mar. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18683>. Acesso em: 14 jan. 2022.

REQUI, Erica Miranda dos Santos. Afinal, o que é credenciamento? Blog do Zenite, 12 fev. 2015. Disponível em: < <https://zenite.blog.br/afinal-o-que-e-credenciamento/>>. Acesso em: 13 jan 2022. P. 01

SOUZA, Breno Almeida. Aspectos gerais do credenciamento na lei 14.133/2021, 10 dez. 2021. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/356372/aspectos-gerais-do-credenciamento-na-lei-14-133-21>>. Acesso em: 14 jan 2022.

MEDAUAR, Odete. Processo administrativo - aspectos atuais. São Paulo: Cultural Paulista, 1998.

_____. Direito administrativo moderno. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e contrato administrativo. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

JACOBY FERNANDES, Ana Luiza; JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; JACOBY FERNANDES, Murilo. Contratação Direta sem licitação na Nova Lei de Licitações: Lei nº 14.133/2021. 11. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, publicada no DOU de 01.04.2021 (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm) Acesso em 31 de jan de 2022.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, publicada no DOU de de 22.6.1993 e republicado em 6.7.1994 e retificado em de 6.7.1994(Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm) Acesso em 14 de jan de 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 5178/2013-Primeira Câmara, TC 023.696/2011-3, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 30.7.2013. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2021.