

O PROCEDIMENTO AUXILIAR DO CREDENCIAMENTO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - LEI Nº. 14.133/2021

Michelle Marry Marques da Silva¹
Virgínia Bracarense Lopes²

Resumo

As alterações sofridas pelo Estado demonstram a necessidade de ele acompanhar as evoluções sociais, mercadológicas e tecnológicas, especialmente no âmbito das contratações públicas. As compras públicas, por regra, são realizadas mediante licitação; porém, há situações em que sua realização não é possível ou poderia não ser o meio eficiente, justificando exceções legais à regra. Dentre elas está a inexigibilidade, quando é inviável a competição pela singularidade do objeto ou exclusividade do fornecedor. Todavia, foi-se identificando situações opostas, em que o atendimento da necessidade pública dependia de relações da Administração Pública com a totalidade ou o máximo possível de fornecedores, como casos das clínicas dos departamentos estaduais de trânsito e de prestadores de serviços médicos ou consórcios de saúde. Surgindo no contexto doutrinário e jurisprudencial a figura do credenciamento foi construída para acudir essas situações. O presente artigo apresenta uma revisão teórica sobre a evolução do instituto, além de abordar experiências concretas, que resultaram na inclusão do credenciamento na Lei nº. 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), como procedimento auxiliar das contratações públicas em sede de norma geral. Ao final, apresentam-se situações para reflexões em que o uso do procedimento pode trazer mais eficiência e qualidade às compras públicas.

Palavras-chave: Procedimento auxiliar; Credenciamento; Nova Lei de Licitações.

Abstract

The changes experienced by the State demonstrate the need to follow social, market, and technological advancements, especially in the context of public contracts. Public procurement, as a rule, are taken according to bidding laws. However, there are situations in which it is not possible to do it, or that bidding is not efficient, which justifies some legal exceptions to the rule. Among those exceptions is the unenforceability, when competition is unfeasible due to the uniqueness of the object or the exclusivity of the supplier. Nevertheless, there are opposite situations, in which the fulfilment of public need depends on the public administration relations with all or as many suppliers as possible. Such is the example of state traffic department clinics and medical or health association service providers. The figure of the accreditation emerged from the doctrinal and jurisprudential context, and it was designed to help with these situations. This paper presents a theoretical review on the evolution of the accreditation process, and addresses experiences which resulted in the inclusion of the accreditation in the Law n. 14,133/2021 (New Law on Procurement and Administrative Contracts), as an auxiliary procedure for public procurement under the general law. At the end, the paper presents reflection on cases in which the procedure could bring more efficiency and quality to public procurement.

Keywords: Auxiliary Procedure, Accreditation, New Law on Public Procurement

¹ Mestre em Direito Constitucional (IDP). Advogada da União - Advocacia-Geral da União - Ministério da Justiça e Segurança Pública.

² Especialista em Direito Público (Instituto de Educação Continuada – PUC-Minas). Superintendente de Diretrizes e Inovação na Gestão Logística e Patrimonial da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão.

Introdução³

As contratações públicas, conforme previsto na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu artigo 37, inciso XXI, são realizadas por regra mediante procedimento de licitação, viabilizando disputa entre os interessados em fornecer bens e prestar serviços à Administração Pública, assegurados diversos princípios como isonomia, seleção da proposta mais vantajosa, impessoalidade, previstos também nas normas infraconstitucionais afetas ao tema, tais como: a Lei Geral de Licitações – LGL, Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 1993) e a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – NLLC, Lei nº. 14.133, de 1 de abril de 2021 (BRASIL, 2021).

Todavia, o próprio texto constitucional previu a possibilidade de exceções, quando a realização do certame pode comprometer o alcance do interesse público caso o gestor opte pela aplicação do procedimento formal (TORRES, 2021). Tais situações são conhecidas como contratações diretas e resultam do entendimento de que *“nem sempre, é verdade, a licitação leva a uma contratação mais vantajosa”* (DALLARI *apud* TORRES, 2021, p. 376).

Dentre as hipóteses de contratação direta há duas situações previstas: a) inexigibilidade de licitação, quando há inviabilidade de competição entre os fornecedores dada por uma realidade fática (SALLES *in* SARAI, 2021), e b) dispensa de licitação, em que o legislador *“permite o afastamento da obrigatoriedade de licitação, por entender haver valores mais importantes em jogo”* (SALLES *in* SARAI, 2021, p. 863), cabendo ao gestor avaliar a conveniência e oportunidade de realização do certame, uma vez que esse é possível de ser executado.

As hipóteses de dispensa de licitação são consideradas *numerus clausus*, ou seja, somente é possível justificar a contratação direta por essa via caso haja a subsunção exata do caso concreto à norma. Diversa é a situação da inexigibilidade em que, por mais que a legislação traga algumas situações em seu texto, será o caso concreto que determinará se o gestor está diante de um contexto em que não é possível ou eficiente realizar o procedimento licitatório a fim de atender à necessidade pública.

Especificamente quanto à inexigibilidade, por muito tempo foi ela associada a casos em que era impossível ter disputa entre os particulares em função da exclusividade da solução ou do próprio fornecedor (JUSTEN FILHO: 2021). Todavia, há que se considerar uma situação diametralmente oposta, em que *“a inviabilidade de competição decorre essencialmente da possibilidade de se contratar todos os que se enquadrarem nos requisitos estabelecidos pela Administração, indistintamente”* (TORRES, 2021, p. 406). Para esses casos surgiu a figura do credenciamento, inicialmente cunhado no âmbito doutrinário e jurisprudencial, e que agora encontra assento na NLLC, em norma de caráter geral e nacional⁴, enquanto um procedimento auxiliar das licitações e contratações públicas, sendo a análise desse instituto o objeto do presente artigo.

³ Esse artigo é excerto do capítulo das autoras constante do livro *“Compras Públicas Centralizadas no Brasil: teoria, práticas e perspectivas”*, ainda no prelo.

⁴ De fato, forçoso reconhecer que o instituto do credenciamento, apesar de não ter encontrado previsão expressa na Lei nº 8.666/1993, já se encontrava regulamentado em algumas leis de licitações estaduais, como, por exemplo, na Lei 15.608/2007 do Estado do Paraná, que regulamenta as licitações realizadas no âmbito dos órgãos do Estado do Paraná, na Lei nº 9.433/2005, do Estado da Bahia e a Lei Goiana de licitações, Lei Estadual nº 16.920/2010.

Credenciamento na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: de hipótese de inexigibilidade a procedimento auxiliar das licitações e contratações públicas

A NLLC inaugurou no microsistema normativo relacionado às contratações públicas de maneira formal e expressa o procedimento administrativo do credenciamento, considerado, *“chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, credenciem-se no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados”* (BRASIL, 2021, art. 6º, inciso XLIII).

Releva destacar que nem todo chamamento público pode ser considerado como sendo credenciamento. O primeiro pode ser entendido como o procedimento administrativo, que tem como finalidade a ampla divulgação com o propósito de assegurar a publicidade dos atos da Administração nos casos em que é dispensado o procedimento licitatório, podendo resultar na participação de um maior número de interessados que atendam às disposições estabelecidas no edital. Por outro lado, o chamamento público que seja utilizado para alguma contratação pública futura será qualificado como credenciamento.

Para além da definição acima precitada, o credenciamento, juntamente com a pré-qualificação, o procedimento de manifestação de interesse, o sistema de registro de preços e o registro cadastral, foram considerados pela lei como procedimentos auxiliares. Esses institutos não estão diretamente vinculados a uma contratação específica, podendo ser utilizados para uma pluralidade de pretensões contratuais. Mencionada percepção permite que esses procedimentos sejam utilizados como ferramentas para otimização e facilitação dos procedimentos licitatórios.

Sobre o assunto Marçal Justen Filho defende que:

O desenvolvimento dos procedimentos auxiliares não se sujeita aos constrangimentos temporais próprios de uma disputa licitatória. Portanto, a análise dos requisitos pode fazer-se de modo muito menos apressado, sem a urgência de produzir uma decisão indispensável para a continuidade de um procedimento licitatório determinado.

Por outro lado, **a decisão adotada no âmbito do procedimento auxiliar produzirá efeitos para uma pluralidade de procedimentos licitatórios**. Suponha-se, por exemplo, o reconhecimento de que um interessado preenche determinados requisitos exigidos por lei. Como decorrência, o referido interessado poderá invocar os efeitos da decisão em todos os casos em que a entidade administrativa sujeitar-se a verificar a presença dos ditos requisitos. Isso significa **a redução dos esforços e da complexidade da atividade administrativa, eis que não será necessário repetir atividades similares e de conteúdo idêntico para cada licitação instaurada durante o período de validade do procedimento**.

Além disso, **a existência de situação predeterminada, com eficácia em um número indeterminado de situações futuras, representa um fator de incremento da segurança jurídica**. O sujeito interessado pode prever antecipadamente a sua situação jurídica futura em face da Administração. Isso **se traduz inclusive em redução de seus custos, o que permite propostas mais vantajosas**.

Enfim, há a redução do risco de decisões contraditórias, que representam um fator de rompimento da lógica e de redução da sistematicidade da ordem jurídica. (JUSTEN FILHO, 2011, pp. 61-97). [grifo nosso]

Ressalta o autor que a finalidade dos procedimentos não é produzir algum benefício direto para a

Administração ou para um particular, mas “*reduzir a complexidade e ampliar a dinamicidade dos procedimentos licitatórios propriamente ditos*” (JUSTEN FILHO, 2011, pp. 61-97).

A categoria dos procedimentos auxiliares, deve-se dizer, não nasce com a NLLC, pois já era prevista na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (BRASIL, 2011), que disciplinou o Regime Diferenciado de Contratações – RDC, e na Lei nº. 13.303, de 30 de junho de 2016 (BRASIL, 2016), que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública. Todavia, as normas mencionadas ainda não traziam o credenciamento no rol de institutos.

O credenciamento especificamente foi considerado, por um bom tempo, hipótese de inexigibilidade somente (CARVALHO, 2018), levando ao risco de tratá-lo como sendo o próprio instrumento administrativo que estabeleceria a relação jurídica entre o Estado e os particulares, ou seja, um contrato administrativo (SARAI, 2021). Destaca-se, ainda, que o Tribunal de Contas da União-TCU⁵ reconhecia, sob a égide da Lei nº 8.666/1993, a possibilidade de sua utilização não como procedimento auxiliar, mas como forma de contratação com fundamento no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, em face da inviabilidade de competição.

Tal entendimento começou a ser rompido especialmente em 2017, por meio do Parecer n. 0003/2017/CNU/CGU/AGU (AGU, 2017), da Advocacia Geral da União, cujo entendimento foi que

(...) a natureza jurídica do credenciamento não equivale à do contrato administrativo. **Ele mais se aproxima de um procedimento auxiliar, como o registro cadastral ou a pré-qualificação permanente, produzido para justificar ulteriores contratações diretas, por inexigibilidade**, tendo em vista que o interesse público não objetiva selecionar um contratado, mas todos os potenciais fornecedores da pretensão contratual. (AGU, 2017, p. 10) (grifos nosso)

Nessa toada, partindo do pressuposto de que os procedimentos auxiliares são utilizados como ferramentas para otimização e facilitação dos procedimentos licitatórios e que, no caso do credenciamento, não haverá fase de disputa visto que não há competição entre os credenciados, foi que a NLLC em seu artigo 74, inciso IV, dispôs expressamente que a licitação será inexigível, por ser inviável a competição, na hipótese de objetos que devam ou possam ser contratados valendo-se de um procedimento anterior que é o credenciamento.

Desse modo, para que ocorra a licitação é indispensável que haja competitividade e julgamento objetivo. E, só vai existir competitividade quando houver mais de uma possibilidade efetiva de contratação, quer no que se refere ao objeto (mais de um), quer no que concerne ao fornecedor (mais de um). Em não havendo essa possibilidade de competição está-se, geralmente, diante de um caso típico de inexigibilidade de licitação, como é a previsão do atual *caput* e incisos do artigo 74 da Lei nº. 14.133/2021.

Até a publicação da NLLC, não havia previsão de quais eram as hipóteses ou situações nas quais poder-se-ia utilizar o credenciamento para além da justificativa de inviabilidade de competição e da necessidade e oportunidade de contratação de todos os fornecedores e de fixação de preço do

⁵ Decisão nº 307/2000 - Plenário, do Processo nº 010.178/1996-1; Decisão nº 494/94 - Plenário, in Ata nº 26/94; Decisão nº 604/95 - Plenário, in Ata nº 54/95.

serviço como forma de retirar qualquer parâmetro de disputa, ficando a cargo dos gestores avaliarem essas e outras variáveis para formatar o adequado procedimento.

Alguns casos ficaram mais conhecidos, como leciona Carlos Ari Sunfeld:

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. (SUNDFELD, 1995, p, 42). [grifo nosso]

Além dos credenciamentos de médicos, hospitais e laboratórios, também era comum realizar o procedimento para contratação de profissionais para ministrar treinamentos para servidores públicos e para estruturar redes de clínicas de avaliação dos departamentos de trânsito estaduais.

Trazendo uma proposta de sistematização das situações em que o credenciamento pode ser utilizado, considerando esse histórico de aplicações, a NLLC trouxe três hipóteses, a saber:

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**. (BRASIL, 2021). [grifo nosso]

Como apresenta Nogueira:

Na hipótese do inciso I do art. 79, paralela e não excludente, pressupõe-se a inexistência de disputa direta e de relação de exclusão entre os fornecedores, haja vista que a Administração contratará todos os interessados aptos a fornecer a ela. Nesses contextos, quando o interesse público e o objeto não permitirem a contratação simultânea de todos os credenciados é preciso adotar critérios objetivos de distribuição de demanda, sendo comum a utilização do sorteio ou respeito à ordem sequencial de credenciamento, resguardando a ausência de interferência do gestor público na escolha e a isonomia na contratação (TORRES, 2021). Conforme já mencionado, exemplo dessa hipótese legal é a contratação de profissionais para realização de cursos.

A hipótese de seleção a critérios de terceiros do inciso II, do art. 79, ocorre quando o agente público estabelece como critérios para a contratação dos fornecedores, que a escolha do prestador do serviço será feita pelo beneficiário direto do serviço. Em credenciamentos enquadrados nessa hipótese, a igualdade de condições garantidas pela escolha do terceiro não significa uma distribuição idêntica de contratações para todos os prestadores, visto que um fornecedor poderá ser mais requisitado que o outro em virtude de parâmetros subjetivos do usuário, havendo a possibilidade de um fornecedor sendo acessado com maior frequência pelo usuário. Exemplos disso são os procedimentos de credenciamento de clínicas dos DETRAN's e de realização de exames médicos. (NOGUEIRA, 2021, pp. 43-44).

Cabe lembrar que a situação de contratações paralelas e não excludentes (inciso I, do art. 79, da NLLC) também teve inspiração na Lei do RDC, Lei nº. 12.462/2011, que previa em seu art. 11:

Art. 11. A administração pública poderá, mediante justificativa expressa, **contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala**, quando:

I - o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; ou

II - a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública. (BRASIL, 2011).

Nota-se, novamente, que mesmo antes da NLLC, havia formatações à disposição do gestor para identificar e implementar as estratégias que melhor atendessem à demanda pública diante da qual ele estivesse, todavia, requeria um nível de maturidade, patrocínio à inovação e defesas jurídicas intensas para viabilização dos modelos. Especialmente nos casos em que o problema enfrentado não era passível de aplicação das normas mais recentes e flexíveis, como o RDC ou a Lei das Estatais.

Independentemente disso, uma forma de contorno a esses riscos e desafios foi a utilização do arranjo de centralização de compras para viabilizar e fortalecer núcleos que pudessem estudar e implementar formatos de contratações antes pouco vistos na Administração, como foi o caso da Central de Compras do Governo Federal. Por meio dela foram implementados modelos que dificilmente seriam formatos de forma individual pelos órgãos e entidades, e cuja formatação guarda correlação direta com as três hipóteses previstas na NLLC e, a bem da verdade, inspiraram a redação do dispositivo legal, a saber:

- hipótese de contratação paralela e não excludente: **Mandatárias da União** - Credenciamento nº 01/2021 (CENTRAL/MP, 2021), cujo objeto era o credenciamento das instituições financeiras oficiais federais para atuação, como mandatárias da união, na gestão operacional de contratos de repasse. Nesse caso, a Administração fixava os serviços e seus preços no edital e, a partir da demanda, os órgãos e entidades procediam à contratação dos credenciados (que no caso acabou sendo apenas um, a Caixa Econômica Federal) a partir dos critérios objetivos previamente estipulados;
- hipótese de contratação com seleção a critério de terceiros: **Venda da folha de pagamento** - Credenciamento nº 01/2015 (CENTRAL/MP, 2015), cujo objeto era o credenciamento de instituições bancárias, autorizadas pelo Banco Central do Brasil com vistas a prestação de serviços de pagamento dos valores líquidos da folha salarial e outras indenizações a servidores militares e civis e realização de atualização cadastral (prova de vida) dos servidores inativos. Nessa formatação, a Administração definiu os serviços, o percentual de repasse que as instituições credenciadas deveriam ao setor público em função do processamento da folha, porém, a escolha da instituição financeira com a qual seria estabelecida relação para manutenção de conta-salário para percepção da remuneração mensal ficava a cargo dos servidores, beneficiários diretos. Foram credenciados mais de 11 fornecedores, que cobriam nacionalmente a dispersão dos beneficiários;
- hipótese de contratação em mercados fluidos: **Compra direta de passagens aéreas** - Credenciamento nº 01/2014 (CENTRAL/MP, 2014), cujo objeto era o fornecimento de passagens em linhas aéreas regulares domésticas, sem o intermédio de agências de viagens, para fins de transporte de servidores.

Os credenciamentos das mandatárias da União e a venda da folha de pagamentos seguem, como dissemos anteriormente, formatos mais conhecidos, em que a Administração, assim como preceitua o artigo 79,

parágrafo único da NLLC, fixa preço dos serviços a serem prestados, bem como define as condições padronizadas de sua execução, além de ter claros os critérios objetivos de distribuição da demanda e permitirem o cadastramento a qualquer tempo de novos interessados. Mesmo mais conhecidos, os modelos representaram significativa mudança na forma “tradicional” de contratação pelo setor público, que era, até então, realizada por meio de licitações e, ainda, repetidas por cada uma das instituições que demandassem o serviço, perdendo-se em padronização, escala e eficiência processual.

O terceiro caso, o da Compra Direta de Passagens Aéreas, diferencia-se dos demais por uma questão em específico: a impossibilidade de definição e fixação de preços de forma antecipada no momento da publicação do edital de chamamento, sendo o que a NLLC chamou de mercados fluidos. É necessário consignar que foi utilizado como fundamentação legal para a compra direta de passagens o art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, bem como a jurisprudência e a doutrina sobre o tema em foco.

Nas hipóteses de inexigibilidade licitatória, a teor do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, a contratação direta faz-se sempre imperiosa em virtude da inviabilidade da competição. De acordo com as lições do Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF Eros Roberto Grau, é a exclusão do critério competitivo, por irrealizável, que constitui a essência do permissivo legal da inexigibilidade:

Não está a Administração autorizada a dispensar a licitação senão, e exclusivamente, nas hipóteses expressamente indicadas pela lei. Já **no que concerne aos casos de inexigibilidade de licitação, ao contrário, não incide o dever de licitar. A não realização da licitação decorre, não de razão de conveniência administrativa, mas da inviabilidade de competição.** (GRAU, 1995, p. 70). [grifos nossos]

Assim, para o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2013), após feita a análise e estudo das hipóteses de credenciamento até então já utilizadas pela Administração sob a égide da Lei nº 8.666/1993, quatro seriam os requisitos para a utilização do credenciamento, o qual, para ele, era considerado como hipótese de pré-qualificação:

Nos cursos de auditoria em licitações que temos ministrado, lembramos que há quatro aspectos fundamentais que definem a possibilidade de uso ou não da **pré-qualificação do tipo credenciamento**:

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

Se o objeto só pode ser realizado por um, como uma ponte ou um só curso, descabe a pré-qualificação, pois característica fundamental do tipo credenciamento, é que todos os selecionados serão contratados, embora demandados em quantidades diferentes;

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

Observe que a jurisprudência já consagrou pelo menos três possibilidades do uso do credenciamento, mas sempre excluindo a vontade da Administração na determinação da demanda por credenciado. No caso do serviço médico e de treinamento, o TCU aceitou a escolha pelo próprio servidor interessado; no caso dos serviços advocatícios, a definição do advogado, incumbido de contestar ou propor ação, será feita por sorteio aleatório entre todos os credenciados, excluindo-se sempre os sorteados anteriormente;

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

São serviços em que as diferenças pessoais do selecionado têm pouca relevância para o interesse público, dado o nível técnico da atividade ter sido bastante regulamentada ou de fácil verificação. Por exemplo, num curso de Windows com programa definido e condições de

ensino objetivamente determinadas, é possível, com um fiscal ou gestor do contrato avaliar o cumprimento da obrigação. Do mesmo modo, numa reclamação trabalhista judicial para ser contestada, há razoável espaço de definição técnica, bastando que, no ato de seleção do credenciamento, sejam exigidos, por exemplo, dois anos de experiência em processos trabalhistas;

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

A fixação dos valores previamente pela Administração implica o dever inafastável de comprovar e demonstrar, nos autos, a vantagem ou igualdade dos valores definidos em relação à licitação convencional ou preços de mercado. Essa justificativa será objeto de futuro exame perante as esferas de controle, nos termos da lei. (JACOBY FERNANDES, 2013, p. 45) [grifos nossos]

Dessarte, levando em consideração os critérios precitados buscou-se empreender uma modelagem própria para credenciamento das companhias áreas possibilitando que a APF pudesse adquirir diretamente desse tipo de companhia o bilhete de passagem área. Dessa maneira, após obter os credenciados, faz-se a escolha pela companhia área que forneça o menor preço no momento da compra, bem como requisitos e diretrizes estabelecidos em políticas sobre a gestão de viagens governamentais.

Na verdade, para que todas as demandas da Administração Pública pudessem ser atendidas nas contratações das passagens aéreas não poderia haver um só fornecedor, pois não existe companhia aérea que cubra todos os trechos de navegação aérea do interesse da APF, o que afastaria a possibilidade de utilização do sistema de registro de preços ou outro procedimento licitatório para atender a essas demandas.

Além do mais, poderia ocorrer que uma companhia aérea não oferecesse o trecho desejado pela Administração em um determinado horário no qual a outra pudesse fornecer, então, demonstrada está a necessidade de que a Administração Pública contasse com todas as companhias aéreas nacionais (ou o maior número possível) para a prestação do serviço de transporte aéreo de passageiros.

O segundo requisito linhas acima pontuado por Jacoby Fernandes (2013) informa que *“a definição da demanda por contratado não seja feita pela Administração”*.

Para a aquisição das passagens aéreas de forma direta pela APF não há como ter uma demanda pré-definida, visto que a viagem por necessidade do serviço, via de regra, acontece a cada dia, sem que se possa afirmar, *a priori*, todas ou a maioria das viagens que o servidor irá realizar. É correto dizer que o trecho a ser adquirido será definido pela APF, mas a escolha da companhia aérea será feita com base no menor preço ofertado possibilitando, assim, que qualquer empresa possa ser contratada, por consequência o que vai determinar com quem haverá o contrato será o menor preço do serviço ofertado, mais o atendimento de parâmetros estabelecidos na política de viagens, como quantidade de conexões e escalas, horários de saída e chegada etc.

O terceiro requisito acima indicado por Jacoby Fernandes (2013) condiciona que *“o objeto satisfaça à Administração, desde que executado na forma definida no edital”*.

Da análise do serviço que se busca contratar (passagens aéreas nacionais), denota-se que as diferenças pessoais do selecionado têm pouca relevância para a perfeita satisfação do interesse

público, eis que os serviços prestados pelas companhias aéreas possuem um padrão de qualidade muito similar, de forma que a satisfação para o serviço buscado pela Administração será atendida por qualquer companhia aérea que for habilitada no procedimento de credenciamento.

O quarto e último requisito acima indicado por Jacoby Fernandes (2013) é *“que o preço de mercado seja razoavelmente uniforme, e que a fixação prévia de valores seja mais vantajosa para a Administração”*.

No que se refere ao último requisito, deve-se destacar que, na prestação de serviços aéreos regulares, prevalece o regime de liberdade tarifária, por isso não há garantia do Estado pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, logo, quando a empresa se propõe a fazer parte deste mercado, todos os riscos são assumidos por elas, conseqüentemente, todas as empresas devem ter a liberdade para escolher quais rotas operar, com qual frequência e quanto cobrar, aderindo-se, também, à sua política comercial.

Além disso, o bilhete, por força de comando do Código Brasileiro de Aeronáutica (BRASIL, 1986), terá validade de 1 (um) ano a partir de sua emissão ⁶, o que impõe mais relevância à liberdade tarifária, para que as empresas façam o gerenciamento de receitas (*yield management*).

Nota-se, então, que no referido regime, o Estado não fixa as tarifas aéreas e não assegura a rentabilidade do negócio, ou seja, o risco é das empresas aéreas. Além disso, as próprias empresas estabelecem as tarifas dos serviços que prestam, de acordo com as condições de mercado, de custos e de concorrência, entre outros. Referida liberdade seria justificada para estimular a concorrência, a eficiência, a racionalização de custos, a diferenciação de serviços, a inovação e a modicidade de tarifas aéreas.

Em consequência, o preço apresentado pela companhia aérea para prestação dos seus serviços surgirá apenas quando forem demandadas, ou seja, quando surgir a necessidade de um servidor, empregado ou colaborador eventual da Administração Pública precisar realizar uma viagem de avião.

Por conseguinte, no que se refere ao quarto requisito, ele não se aplica ao modelo de compra direta de passagens por não ser possível se saber previamente qual será a demanda da APF como consequência dessa imprevisibilidade, e ainda levando em consideração o regime de liberdade tarifária a que está sujeito o comércio de passagens aéreas, impossível seria a prefixação dos preços pagos por trecho adquirido.

Em decorrência dessa impossibilidade de se determinar no edital de credenciamento os preços que seriam praticados quando da aquisição das passagens aéreas no momento da escolha do trecho a ser adquirido é que foi definido o critério do menor preço⁷ e observância aos parâmetros de política de viagens como forma também de resguardar o interesse público e a economia ao erário no regime da

⁶ Art. 228. O bilhete de passagem terá a validade de 1 (um) ano, a partir da data de sua emissão.

⁷ A CENTRAL firmou com cada companhia aérea credenciada acordos corporativos que preveem descontos nas tarifas praticadas por elas, variando de 0% (tarifas promocionais) até 5%. Sendo considerado um mercado com liberdade tarifária, as próprias empresas, por acompanharem mensalmente a distribuição das compras de bilhetes pelo Governo Federal, podem variar os descontos ofertados para ampliar sua participação, desde que, para aquela tarifa, o desconto nunca seja inferior ao registrado no acordo corporativo.

Lei nº 8.666/1933 e criada a hipótese do art. 79, inciso III, da NLLC (contratação em mercados fluidos).

Dessa maneira, no caso das hipóteses de contratação para utilização do credenciamento paralela e não excludente e naquela com seleção a critérios de terceiros no edital de chamamento de interessados (incisos I e II, do art. 79 da NLLC) deverá ser estabelecido o valor da contratação. Já para o caso de mercados fluidos (inciso III, do art. 79, da NLLC), a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação.

Conhecedor disso, pode surgir questionamento no sentido de como saber qual a melhor opção se a contratação simultânea ou o credenciamento.

A NLLC em seu artigo 49 discorreu sobre a contratação simultânea nos seguintes termos:

Art. 49. A Administração poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que essa contratação não implique perda de economia de escala, quando:

I - o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado;

II - a múltipla execução for conveniente para atender à Administração.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, a Administração deverá manter o controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada um dos contratados. (BRASIL, 2021).

À vista disso, uma primeira diferença reside no fato de que na contratação simultânea não existe obrigatoriedade na contratação de todos que tiverem assinado o contrato, mas, apenas daquele que apresentar condição mais vantajosa para a APF, no momento que o serviço se mostre necessário. Diferente, portanto, nesse ponto, do credenciamento.

Releva sentir, ainda, que haverá repartição da prestação do serviço na ótica da contratante, mas em relação ao contratado haverá um compartilhamento, pois o objeto não é fracionado.

Outra diferença é que, enquanto no credenciamento não há licitação propriamente dita, tanto que ele é compreendido como uma forma de contratação direta por inexigibilidade (TORRES, 2021), as contratações simultâneas pressupõem a seleção de determinados contratados, o que se dará, normalmente, através de licitação.

Outrossim, conquanto o credenciamento possa gerar diversos contratos, com vigências totalmente diferentes, nas contratações simultâneas, por serem as prestações dos serviços concomitantes, os contratos devem, usualmente, ter a mesma vigência.

Cabe registrar também que, nas contratações simultâneas, o serviço será prestado conforme se apresente mais vantajoso para a contratante naquele momento, parâmetro nem sempre observado na execução contratual resultante do credenciamento.

Diante do exposto, tem-se evidências quanto à utilização dos procedimentos auxiliares, em específico o credenciamento, enquanto ferramentas para o atendimento do interesse público, atentando-se para que sua utilização não seja feita em situações para as quais gerem prejuízo aos fins legitimamente pretendidos com a pretensão contratual. Ademais, restou claro que, mesmo

sem a previsão em norma geral, à época, sobre o credenciamento, foi possível desenhar uma nova formatação de aquisição, porém, que demandou esforço de estudo, discussões junto aos órgãos de controle e ao judiciário.

Considerações finais

As alterações sofridas pelo Estado ao longo do tempo demonstram que a Administração Pública de antes não pode ser a mesma do presente, assim, para que as demandas sociais, muitas vezes implementadas por meio das políticas públicas, sejam prontamente atendidas e a justiça social seja alcançada necessário se faz o acompanhamento da evolução processada pelo Estado.

De fato, as contratações públicas são realizadas por regra mediante procedimento de licitação, viabilizando disputa entre os interessados em fornecer bens e prestar serviços à Administração Pública. Porém, reconhecendo situações em que a realização do certame poderia comprometer o alcance do interesse público (TORRES, 2021), a legislação, constitucional e infraconstitucional, previu exceções, denominadas contratações diretas.

Elas se configuram no ordenamento em duas hipóteses. A primeira trata das dispensas de licitação, em que o legislador enumerou, exaustivamente, situações em que, apesar de possível realizar o certame licitatório, o gestor poderá avaliar a conveniência e oportunidade de executá-lo. A segunda são os casos de inexigibilidade, em que, diante do fato, verifica-se a inviabilidade de competição entre os particulares, seja por conta da singularidade ou exclusividade do objeto ou do fornecedor, respectivamente, seja por conta da necessidade de a Administração estabelecer relação jurídica com a totalidade ou o máximo possível de fornecedores para o atendimento de sua necessidade. Este último caso ficou conhecido na doutrina e jurisprudência como credenciamento e, recentemente, na Lei nº. 14.133/2021 (a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), foi alçado à condição de procedimento auxiliar em uma norma geral de contratações públicas.

Segundo a NLLC, existem três hipóteses de contratação para utilização do credenciamento (art. 79): 1) paralela e não excludente (inciso I); 2) com seleção a critérios de terceiros (inciso II), e; 3) em mercados fluidos (inciso III).

No que se refere à **contratação paralela e não excludente**, ela deve ser utilizada quando viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas devendo o valor da contratação ser definido antes, como por exemplo, para a contratação de serviços de instituições financeiras mandatárias nas obras de convênios federais, serviços de vistoria ou laudos de engenharia.

No primeiro caso (a exemplo do procedimento de instituições financeiras mandatárias), tem-se a abertura do procedimento de credenciamento, sendo credenciadas todas as instituições financeiras que possam ser mandatárias da União nos contratos de repasse a serem por ela firmados com o órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta, de qualquer esfera de governo, consórcio público ou entidade privada sem fins lucrativos.

Nesse diapasão, torna-se importante separar as relações resultantes do processo de credenciamento, quais sejam: 1) a relação das instituições financeiras mandatárias credenciadas com o órgão federal

credenciante, que é estabelecida por meio do edital de credenciamento; e a 2) a relação do órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta com a instituição financeira mandatária, por meio do contrato de prestação de serviços na forma de uma contratação direta, a partir da adoção de critérios objetivos para distribuição da demanda, previstos em edital prévio, de forma que a contratação não se concentre apenas em uma credenciada, como, por exemplo, por meio da observância da ordem de inscrição do credenciado.

Na adoção da **contratação com seleção a critério de terceiros** a eleição do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação e o valor da contratação também deve ser definido no instrumento convocatório, podendo ser utilizados como exemplos possíveis a venda da folha de pagamentos do governo federal, de clínicas credenciadas do DETRAN, de prestadores de serviços médicos ou consórcios de saúde.

No caso de ser escolhida a contratação na forma precitada tem-se as seguintes relações: 1) do órgão público credenciante com as clínicas credenciadas que se estabelecesse de acordo com as normas constantes do edital do credenciamento podendo ser formalizada por instrumento jurídico específico para tanto; 2) do beneficiário direto quando escolhe a clínica que irá utilizar para prestar o serviço resultando dessa relação a materialização final da contratação direta.

Relativamente aos **mercados fluidos** a escolha deve ter como fundamento casos em que a flutuação constante do valor da prestação (preços dinâmicos), somada às condições de contratação, inviabilizam a seleção de agente por meio de processo de licitação. Para esses casos o preço não tem como ser previamente definido, como, por exemplo, foi a compra direta de passagens aéreas, que inspira modelos futuros de compras por meio dos *e-marketplaces* públicos.

Considerando a compra direta de passagens aéreas, único caso até o momento conhecido, as relações estabelecidas seriam: 1) do órgão público credenciante com as companhias aéreas sendo o instrumento utilizado para firmar a relação jurídica resultante o acordo corporativo; 2) do órgão público beneficiário do credenciamento que irá utilizar o serviço e fará a escolha pela companhia aérea que forneça o menor preço no momento da compra sendo nesse momento configurada a contratação direta utilizando o regramento estabelecido no acordo corporativo como fundamento jurídico.

Sopesando as oportunidades e os desafios, nota-se dos exemplos sobreditos que o uso do procedimento auxiliar do credenciamento demonstra a forte inclinação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos em direção ao abandono do engessamento das contratações públicas e consequentemente do rigor formal a ele relacionado.

E que, dos casos expostos, fica-se mais nítido o caminho favorável à implementação de *e-marketplaces públicos*, a partir, especialmente, do formato do credenciamento em mercados fluidos, cuja compra direta de passagem aérea pode ser considerada como uma primeira experiência de um “*espaço virtual onde potenciais contratações são oferecidas e pactuadas*” (NÓBREGA; TORRES, 2021, p. 9) no Brasil. Estar-se-ia diante de um livre comércio em ambiente virtual que remodela a lógica do *e-commerce*, visto que, em uma única plataforma, é possível reunir compradores e vendedores que fazem negócios, clientes podem também comparar orçamentos e a avaliação de vários profissionais ou produtos, ou seja, tem-se vendedores e prestadores de serviços divulgando seu produto/serviço

em uma “vitrine online”. Como vantagem nesse modelo tem-se a redução de custos, de tempo, de trabalhos repetitivos e a conformação do resultado. Sem falar na ampliação da concorrência, da transparência, do combate à corrupção, do controle de gastos e da sustentabilidade, mas, em contrapartida, deve-se estar atento às possíveis afetações do mercado local, devendo identificar formas de incorporar e promover esses pequenos negócios. E nisso, o arranjo de uma centralização também pode ser fator de sucesso.

Referências

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU). **PARECER n. 0003/2017/CNU/CGU/AGU**. Advogado: Ronny Charles Lopes de Torres, 2017. Disponível em: <https://ementario.info/wp-content/uploads/2019/04/PARECER-n.-0003-2017-CNU-CGU-AGU-Parecer-CNU-sobre-Credenciamento.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

_____. **Lei nº. 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Brasília, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565compilado.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

_____. **Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

_____. **Lei nº. 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

_____. **Lei nº. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

_____. **Lei nº. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 30 ago. 2021.

CARVALHO, Raquel. Credenciamento como hipótese de inexigibilidade. *In*: Raquel Carvalho. **Direito Administrativo**, 2018. Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2018/04/24/credenciamento-como-hipotese-de-inexigibilidade/>. Acesso em: 24 mar. 2021.

CENTRAL/MP. Central de Compras do Ministério do Planejamento. **Edital de credenciamento nº 01/2014**: fornecimento de passagens em linhas aéreas regulares domésticas, sem o intermédio de

agências de viagens, para fins de transporte de servidores. Brasília, 2014. Disponível em: <https://antigo.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCentral/credenciamento/Edital-de-Credenciamento---Republicacao.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2021.

_____. **Processo eletrônico nº 05110.000407/2018-41**: edital de Credenciamento nº 01/2028 para a prestação de serviços pela CONTRATADA à CONTRATANTE abrangendo todas as atividades de gestão operacional para execução dos contratos de repasse firmados no âmbito dos programas e ações geridos pela CONTRATANTE. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/licitacoes/credenciamentos/credenciamento-no-01-2021-central-de-compras-uasg-201057>. Acesso em: 29 out. 2021.

_____. **Processo eletrônico nº 03209.200466/2015-50**: Credenciamento de instituições bancárias, autorizadas pelo Banco Central do Brasil com vistas a: 1) prestação de serviços, por 12 (doze) meses, prorrogáveis, de pagamento dos valores líquidos da folha salarial e outras indenizações a servidores; 2) permitir à União a inclusão, no rol dos serviços a serem prestados pelas instituições bancárias credenciadas, o pagamento dos valores líquidos relativos à folha salarial e outras indenizações de servidores militares ativos, da reserva remunerada e pensionistas das Forças Armadas; e 3) disponibilizar aos beneficiários seus contracheques e realizar a atualização cadastral (prova de vida). Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/licitacoes-e-contratos/credenciamento/aviso-de-credenciamento-no-01-2015-1>. Acesso em: 18 out. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **Licitação e Contrato Administrativo - estudos sobre a interpretação da lei**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial Eletrônico**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 61-97, out./dez. 2011.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei nº. 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. 1823 p.

NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. A nova lei de licitações, credenciamento e *e-marketplace*: o *turning point* da inovação nas compras públicas. In: **Ronny Charles**, 2021. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2021/01/A-nova-lei-de-licitacoes-credenciamento-e-e-marketplace-o-turning-point-da-inovacao-nas-compras-publicas.pdf>. Acesso em 28 abril 2021.

NOGUEIRA, Bruna Taveira. **O PROCEDIMENTO AUXILIAR DE CREDENCIAMENTO: uma proposta de análise do instituto para subsidiar sua aplicação pelos gestores públicos, no âmbito da Lei nº. 14.133, de 2021, a partir das experiências práticas anteriores à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Monografia. Curso Superior de Administração Pública. Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, da Fundação João Pinheiro, 2021. (ainda não publicada).

SARAI, Leandro (org.). **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos: lei 14.133/21 comentada por advogados públicos**. São Paulo: Juspodivm, 2021. 536 p.

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

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021. 944 p.