

Boletim de

LICITAÇÕES E CONTRATOS

MAIO 2023 – Nº 217

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXPERIMENTAL:
LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DE
SOLUÇÕES INOVADORAS**

*Rafael Carvalho Rezende Oliveira,
Thiago Gomes do Carmo*

**A CONTRAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO
UTILIZANDO O PROCEDIMENTO AUXILIAR DE
CREDENCIAMENTO SOB A ÉGIDE DA LEI 14.133/21**

Bruno Henrique Gomes Barbosa

**MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.167,
DE 31 DE MARÇO DE 2023**

Altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

DÚVIDAS DOS ASSINANTES

*Agente e comissão de contratação – Ato de
designação – Considerações*

ARTIGOS E PARECERES

A CONTRAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO UTILIZANDO O PROCEDIMENTO AUXILIAR DE CREDENCIAMENTO SOB A ÉGIDE DA LEI 14.133/21

Bruno Henrique Gomes Barbosa

Advogado. Consultor. Parecerista. OAB/MG 170.170. Contabilista. Assessor. Parecerista. CRC MG 093.822/O-9. Sócio Administrador da empresa Gomes Assessoria Contábil Ltda. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Faculdade Pitágoras. Pós-graduado em MBA em Gestão de Contas Públicas pela Estácio de Sá. Pós-graduado em Contabilidade Pública e Auditoria pela Faculdade Venda Nova do Imigrante. Pós-graduando em Auditoria em Organizações do Setor Público pela Faculdade Venda Nova do Imigrante. Graduando em Ciências Contábeis pela Universidade Pitágoras Unopar.

RESUMO: O artigo trata sobre a contratação por inexigibilidade de licitação utilizando o instituto jurídico do credenciamento. A publicação da Nova Lei de Licitações - Lei 14.133/21 - gerou uma alta expectativa de modernização nos processos de contratação pública. O legislador optou por replicar muitos conceitos, práticas e posicionamentos já previstos em normas até então vigentes ou consolidados na doutrina e na jurisprudência. Assim, o artigo pretendeu trazer com detalhes a tratativa da Lei 14.133/21 com relação a contratação por inexigibilidade de licitação utilizando o procedimento auxiliar de credenciamento. O objetivo do artigo é abordar o instituto jurídico de credenciamento considerando a sua viabilidade e os requisitos para a sua efetivação, demonstrando de maneira clara que o seu fundamento realmente está na inviabilidade de competição.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Contratação. Inexigibilidade. Credenciamento. Inviabilidade de Competição.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo a licitação, tendo como delimitação a contratação direta por inexigibilidade de licitação, utilizando-se o instituto jurídico do credenciamento, demonstrando de maneira clara o seu fundamento na inviabilidade de competição.

A Administração Pública teve um novo marco legal com a edição e publicação no Brasil da Lei 14.133, de 01 de abril de 2021, mais conhecida como a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A nova lei veio em substituição às Leis nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), 10.520/2002 (Lei do Pregão) e 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC), além transformar em norma temas consolidados na doutrina e na jurisprudência.

Na nova norma, assim como na antiga, há previsão da possibilidade de contratação direta sem licitação, que pode ocorrer por meio da dispensa ou inexigibilidade de licitação. Dentro das hipóteses de inexigibilidade na Lei 14.133/2021 está o procedimento auxiliar de credenciamento, instituto jurídico que permite a administração pública convocar uma pluralidade de interessados para prestar serviços ou fornecer bens, apenas com o preenchimento de requisitos pré-definidos, sem qualquer restrição de competição.

O credenciamento é um instituto já utilizado com base na construção doutrinária e jurisprudencial. Agora positivado na Lei 14.133/2021, deve ser bastante explorado pela administração pública.

2. LICITAÇÃO

Inicialmente, destaca-se que as contratações diretas na administração pública têm sido objeto de estudos relevantes, discussões calorosas e decisões jurídicas norteadoras sobre tão importante temática. Nesse sentido, o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 determina que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação, ressalvadas as exceções previstas em lei (BRASIL, 1988).

Vejamos o que nos diz o art. 37, XXI, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contra-

tados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Nota-se que a licitação é a regra no direito brasileiro, quando se trata da contratação pela Administração Pública. Contudo o legislador admitiu a possibilidade de casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando, assim, a administração pública a celebrar contratações diretas, hipóteses que se configuram exceção à regra.

A licitação é considerada um mecanismo utilizado pela Administração Pública em observância à legislação, “é pela licitação, que a Administração Pública abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de apresentação de proposta” (DI PIETRO, 2012, p. 371).

No que se refere a obrigatoriedade da Administração Pública em realizar o processo licitatório, Baltar Neto e Torres (2020) fazem uma comparação para fins de compreensão desse processo. Os autores explicam que uma pessoa, ao decidir realizar uma compra importante, realiza um planejamento, mesmo que de forma intuitiva e não intencional, antes de efetivar a compra. Esse processo também é adotado pela Administração Pública, com a utilização de etapas definidas e procedimentos formais, tudo tendo como fim uma determinada contratação. O intuito é a escolha da melhor oferta.

2.1 Aspectos conceituais

Em linhas gerais, a licitação nada mais é do que uma série de atos jurídicos realizados de uma forma ordenada, atos esses que darão início ao chamado “procedimento licitatório”. Esse procedimento é o caminho com que os particulares podem oferecer os seus serviços para a Administração Pública, por meio de uma competição a ser realizada entre eles, de forma isonômica, para que a Administração possa realizar a sua escolha. Todo o procedimento/processo licitatório é descrito em lei.

Cabe destacar que a Administração Pública não pode fazer essa escolha de forma discricionária:

O procedimento de licitação reduz drasticamente a liberdade de escolha do administrador. Por regra,

o resultado final não decorre de critério decisório subjetivo. Vence a licitação a proposta que se configurar como a mais satisfatória segundo critérios objetivos. Isso significa que, ainda que se mudassem os julgadores, a decisão adotada na última fase teria de ser a mesma. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 546).

Como destacado pelo autor, o critério decisório não é subjetivo, mas sim objetivo. Isso se deve ao princípio da impessoalidade, que determina que a Administração deve observar em suas decisões critérios objetivos já estabelecidos previamente.

A impessoalidade é definida por Di Pietro (2019, p. 136) “Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento”.

Em uma perspectiva doutrinária para a conceitualização de licitação, Neto e Torres (2020, p. 275) a definem como um procedimento de seleção “por meio do qual a Administração, mediante critérios previamente estabelecidos, isonômicos, abertos ao público e fomentadores da competitividade, busca escolher a melhor alternativa para a celebração de um contrato.” Em seu conceito, os autores apontam a competitividade, trazendo a ideia de disputa entre os concorrentes, o que, de fato, ocorre, mas sempre com respeito à isonomia. Essa “disputa” é essencial para a existência da licitação.

Por sua vez, Rafael Carvalho Oliveira (2019, p. 591) define licitação como sendo o “processo administrativo utilizado pela Administração Pública [...], com o objetivo de garantir a isonomia, selecionar a melhor proposta e promover o desenvolvimento nacional sustentável, por meio de critérios objetivos e impessoais”. O autor traz uma característica interessante: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável que é alcançada com o respeito aos princípios da Administração e demais princípios aplicáveis à licitação.

Já o eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a licitação visa [...]

proporcionar às entidades governamentais a possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas administrativas entendem de realizar com os particulares. (1980, p. 158). Nesse norte, a realização da licitação é, em regra, *conditio sine qua non*

ARTIGOS E PARECERES

para a consecução da contratação pública. Com efeito, é preciso que a Administração obtenha a proposta mais vantajosa ao interesse público e, ainda, conceda a todos os interessados igualdade de condições. (Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Edição Patrimônio Público (Em Defesa do Patrimônio Público), 2014.)

Percebe-se que não há divergência doutrinária a respeito da definição de licitação, todos os autores trazem um conceito semelhante, tendo em vista se tratar de um conceito legal. Compreendida a definição, importante esclarecer que o objeto da licitação são as obras, serviços, inclusive os de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública quando contratados com terceiros (NETO; TORRES, 2020).

Por fim, o objetivo da licitação são quatro, de acordo com a Lei 14.133/21: obter a proposta mais vantajosa, evitar sobrepreço, preços exequíveis e superfaturamento, alcançar tratamento isonômico, e proporcionar inovação e desenvolvimento nacional sustentável.

No que se refere à proposta mais vantajosa, Bordalo (2021) explica que não se trata da proposta mais barata, pois o que é mais barato pode não ser a melhor opção. Chega-se à conclusão de que algo é vantajoso a partir da análise de vários aspectos, como o ciclo de vida do objeto da licitação, por exemplo.

O objetivo de evitar sobrepreço busca evitar que a Administração contrate produtos e serviços com superfaturamento ou preço inexecutável. O tratamento isonômico visa “promover a justa competição [...] é o desdobramento do princípio da impessoalidade”. (BORDALO, 2021, p. 23).

Por fim, o último objetivo, já mencionado anteriormente, possui relevante importância social, pois, de acordo com Bordalo (2021), faz com que o certame beneficie certos setores sociais, por exemplo. Nóbrega (2019, p. 373) aponta que “para a regulação da economia, tendo em vista o fomento do mercado nacional, a promoção da sustentabilidade, inclusive no emprego, com redução da processualidade e em consonância com a realização de uma política anticorrupção nos contratos públicos”.

A licitação é prevista na legislação, a lei mais recente sobre a matéria é a 14.133 de 2021, que será compreendida com mais detalhes a seguir.

2.2 A Lei 14.133/21- NLLC

Existem vários marcos legislativos para a licitação. Durante quase três décadas vigorou no ordenamento jurídico a lei 8.666 de 1993, conhecida como lei de licitações. Já no dia 1º de abril de 2021 entrou em vigor a Lei 14.133/2021, que veio para substituir a antiga Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), bem como a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e os artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas — RDC).

Joel de Menezes Niebuhr (2020, p. 13), a partir de uma análise crítica, aponta que:

O projeto aprovado está muito longe do ideal, a Administração Pública merecia algo melhor, especialmente depois de décadas sofrendo nas mãos da Lei n. 8.666/1993. Há avanços pontuais, entretanto o projeto reproduz a mesma gênese excessivamente burocrática, excessivamente formalista e excessivamente desconfiada da Lei n. 8.666/1993. Esse é o maior pecado de um projeto que caiu na armadilha burocrática de tratar tudo em pormenor, de engessar e amarrar, de exigir punhados de justificativas para qualquer coisa, documentos e mais documentos, até para compras simples e usuais.

Assim, existem muitas críticas e elogios para a nova legislação. Grande parte dos críticos apontam a falta de novidades procedimentais, afirmando mudanças pouco significativas. Fato é que a legislação é semelhante a anterior, com poucas mudanças, mas é na prática que será possível visualizar a efetividade ou não dessa nova legislação.

Estabeleceu-se na lei 14.133 de 2021 um prazo de dois anos de transição entre a antiga e a nova legislação, embora a nova lei já esteja em vigor. Dentro desse prazo, a Administração Pública Direta e Indireta poderá optar pela aplicação da lei 8.666/93 ou 14.133/21, exceto no que se refere aos crimes licitatórios, parte essa que substituirá de imediato as regras anteriores. Findado o prazo de transição, só será juridicamente válida a mais recente lei.

Esse lapso temporal de 2 anos é importante para que a própria Administração adeque os seus procedimentos internos, e tome conhecimento mais aprofundado sobre o novo regramento. Assim, a princípio, “supõe-se que neste intervalo a Administração faça os estudos necessários sobre a nova lei, adapte os seus

processos internos, qualifique os seus servidores e passe a aplicar o novo regime” (NIEBUHR, 2020, p. 08).

Com o fim desse período de transição, várias licitações terão se iniciado sob a legislação anterior, e assim permanecerão até a sua finalização. Ou seja, com o fim do período estabelecido, não há troca de regime jurídico, em respeito à segurança jurídica.

A nova lei de licitações e contratações apresenta natureza de norma geral, de acordo com o disposto no artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal. Portanto, se aplica às Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes federativos, bem como aos órgãos do poder legislativo e judiciário quando exercerem função administrativa.

3 CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO

A regra geral, para a Administração Pública, é que, previamente a celebração de contratos administrativos, seja realizada a licitação, com fundamento no princípio da indisponibilidade do interesse público.

No entanto, como já destacado, a Constituição Federal em seu art. 37, inciso XXI, da mesma maneira que institui como regra a prática do trâmite licitatório para que a administração contrate com particulares, também abre espaço para exceções, nas quais devem ocorrer por legislações específicas.

As exceções são denominadas de contratação direta e trazidas pela Lei 14.133 de 2021, em seu artigo 74 e seguintes, onde são denominadas inexigibilidade e dispensa de licitação.

No tocante a distinção entre dispensa e inexigibilidade o ilustre doutrinador Adilson Abreu Dallari (2003, p.46) aduz que “os casos de inexigibilidade são aqueles em que, logicamente não existe a possibilidade de licitação. Os casos de dispensa são aqueles em que, havendo a possibilidade de licitação, uma circunstância relevante autoriza a discriminação”.

Importante frisar a diferença existente entre a livre eleição do contratante por parte da Administração, e a contratação direta. Na primeira hipótese há o uso da discricionariedade, ao passo que na segunda há a faculdade conferida legalmente à Administração em hipóteses específicas.

Logo, a inexigibilidade é modalidade de contratação sem que o ente governamental precise realizar o processo licitatório comum, situação esta que pos-

sibilita a contratação direta. Na dispensa há competitividade, mas por motivos previstos convenientes, a legislação autoriza a contratação direta, ao passo que na inexigibilidade não há a impossibilidade de competição. Em qualquer caso, é obrigatória a motivação.

3.1 Da inexigibilidade de licitação na Lei 14.133 de 2021

Para que ocorra a inexigibilidade da licitação, é necessário que a Administração Pública constate que o principal pressuposto necessário para a ocorrência da licitação é inviável: a competição entre os interessados.

Excepcionalmente, em situações de inviabilidade de competição, a própria lei estabelece hipóteses de inexigibilidade de licitação, conforme artigo 74 da Lei 14.133 de 2021, “Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição”, os seus incisos trazem as hipóteses de inexigibilidade. Senão vejamos:

Art. 74 [...]

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação (BRASIL, 2021).

É necessário destacar que a nova legislação (Lei 14.133/21) não é inovadora sob o ponto de vista material, pois traz, basicamente, as mesmas disposições da legislação anterior. O principal ponto de distinção, dentro do contexto da inexigibilidade, foi o aumento do rol de hipóteses exemplificativas que caracterizam a inviabilidade da competição.

Alexandrino e Paulo (2017, p. 753) explica que “há inexigibilidade quando a licitação é juridicamente impossível. A impossibilidade jurídica de licitar decorre da impossibilidade de competição, em razão da inexistência de pluralidade de potenciais proponentes”. Assim, para que exista a licitação, deve haver concorrência, ou seja, mais de um interessado, oferecendo

ARTIGOS E PARECERES

margem de escolha para a Administração Pública, quando não há a concorrência entre os interessados, não tem como haver a licitação.

Conforme os ensinamentos de Pereira Júnior (1997, p. 194), a concorrência é essencial na licitação: “A competitividade é da essência da licitação, seguindo-se ser esta exigível sempre que presente a possibilidade daquela; licitação inexigível equivale a licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como promover-se a competição”.

Assim, em uma situação de inviabilidade de competição, “a inexigibilidade de licitação é uma consequência necessária ao atendimento do interesse público contratual, motivo pelo qual pode ser compreendido como vinculado ao ato decisório de não realização da licitação” (BALTAR NETO; TORRES, 2020, p. 303). Logo, assim como a licitação busca atender ao interesse público, a inexigibilidade também busca atender ao mesmo interesse.

Assim, em linhas gerais, existe a impossibilidade da licitação pois o objeto que atende à necessidade da Administração Pública somente pode ser realizado por um único profissional, sem margem de escolha, por isso a situação recai na inviabilidade de licitação.

A respeito disso:

Assim, se a administração precisa contratar um serviço tão específico que somente seja prestado por uma determinada empresa (no mundo inteiro, no Brasil ou em determinada região, dependendo do âmbito da licitação e do valor de seu objeto), é evidente que terá que celebrar o ajuste diretamente com tal empresa, pois não há como cogitar disputa ou melhor oferta nesse caso. Esse exemplo se aplica à aquisição de bens singulares, como um quadro específico de um determinado pintor ou a arma que foi utilizada por Getúlio Vargas ao suicidar-se, à prestação de serviços de natureza singular por profissionais de notória especialização, como a elaboração de um parecer por um renomado jurista em um caso particularmente complexo etc. (ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 754).

Como explicado pelos autores, no caso se surgir a necessidade de contratação com uma única pessoa específica, devido as particularidades do objeto/serviço, não é coerente se exigir o processo licitatório.

Justen Filho (2016) aponta quatro razões fundamentais que justificam a inexigibilidade: ausência

de pluralidade de alternativas; ausência de “mercado concorrencial”; impossibilidade de julgamento objetivo; e ausência de definição objetiva.

Todo processo de inexigibilidade deve ocorrer de forma clara, propiciando as informações corretas que justifiquem a adoção da inexigibilidade de licitação, pois se assim não o for, pode haver confusão com a contratação direta, por exemplo. Ainda, pode haver a responsabilização do agente público que inexigir licitação sem fundamento legal:

Agente público que dispensar ou inexigir licitação sem fundamentação legal ou deixar de observar as formalidades pertinentes, ou aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal para celebrar contrato com o Poder Público, sujeita-se à pena de três a cinco anos de detenção e multa, sem prejuízo de outras cominações legais (BRASIL, 2010, p. 579).

Portanto, como destacado, a adoção do processo de inexigibilidade, com a efetiva contratação, sem que os pressupostos legais tenham sido comprovados, pode ensejar responsabilidade penal.

3.2 O procedimento auxiliar de credenciamento como hipótese de contratação direta

Nas hipóteses de contratação direta existentes hoje no ordenamento jurídico brasileiro, a inexigibilidade representa uma melhor aderência frente às necessidades da Administração. O art. 25 da Lei nº 8.666/1993 apresenta, de modo exemplificativo, o rol de hipóteses em que a licitação é inviável em função da ausência de competição (SARAI, 2021), vejamos:

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

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

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 1º desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória

especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. (BRASIL, 1993) (grifos nossos).

A inexigibilidade nasce, para além dos exemplos citados na legislação, da realidade fática do cotidiano da Administração (GASPARINI, 2003). É a natureza da demanda da Administração, combinada com a disponibilidade das soluções passíveis de atendê-la, que determinam uma hipótese de inviabilidade de competição, incumbindo os agentes administrativos de caracterizá-la da forma mais exata possível para comprovar que o uso da licitação não solucionaria tais necessidades (SARAI, 2021).

Nieburh (2015) aponta para a independência de autorização legal para todas as hipóteses imagináveis de inexigibilidade, uma vez que ocorre em todas as 38 situações comprovadas de inviabilidade de competição. Nesse mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005) opina que uma licitação inexigível ocorre

sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus mistérios e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput. (DE MELLO, 2005, p. 567) (grifos nossos)

Torres (2021) complementa tal entendimento ao concluir que a competição inviável não ocorre apenas em situações em que é impossível haver disputa, mas também naquelas em que a disputa é inútil ou prejudicial ao atendimento de sua justificativa, ou seja, o interesse público.

A visão tradicional de inexigibilidade de licitação é orientada pela singularidade do bem, serviço, material ou do fornecedor, como titula Meirelles (2016). Nessa situação, a disputa não ocorre, pois o objeto não pode ser reduzido a padrões objetivos de descrição e julgamento, ou seja, é indiferente de definição, comparação e competição por critérios objetivos.

Noutro sentido está a adoção do credenciamento, que se legitima, para alcançar o interesse público, na disponibilidade e aptidão de todos, ou de grande parte, dos fornecedores para contratarem com a Administração (BITTENCOURT, 2020) (MOTTA, 2008). Assim, o instituto do credenciamento surge, no sistema de compras públicas brasileiro, fundamentado na hipótese de contratação direta de inexigibilidade de licitação, mais precisamente no caput do art. 25 da Lei n°. 8.666/1993.

Ainda que a LGL não trouxesse, em seus dispositivos, a previsão de credenciamento, a ausência de instrumentos normativos em torno das suas hipóteses de aplicação não desvalidava sua existência (NIEBURH, 2015), já que é originado da questão fática das situações de inexigibilidade de licitação. Assim, o autor entende que o credenciamento

é espécie de cadastro em que se inserem todos os interessados em prestar certos tipos de serviços, conforme regras de habilitação e 39 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. (NIEBURH, 2015, p. 196). (grifos nossos)

Com a publicação da Lei n°. 14.133/2021, a nova lei de licitação e contratos administrativos, foi suprida a lacuna de uma legislação geral de compras públicas que versasse sobre o instituto do credenciamento, passando a constar em seus dispositivos:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XLIII - credenciamento: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública 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 convocados;

[...]

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

ARTIGOS E PARECERES

[...]

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

I - credenciamento;

[...]

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.

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. (BRASIL, 2021).

Cabe destaque, nesse ponto, à consolidação do conceito de credenciamento (art. 6º, XLIII); seu entendimento enquanto procedimento auxiliar (art. 78, I); e que as contratações dele derivadas tratam-se de inexigibilidades de licitação (art. 74, IV). Percebe-se por esses pontos que, de forma geral, as disposições foram embasadas nas experiências práticas, doutrina, leis estaduais e jurisprudências que já pautavam a Administração, o que também fica evidente ao analisar as três hipóteses de aplicação do credenciamento trazidas pela nova lei (art. 79): paralela e não excludente (I); com seleção a critério de terceiros (II); e em mercados fluidos (III).

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).

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 ser acessado com maior frequência pelo usuário.

Ambas as hipóteses acima mencionadas são menos estranhas ao gestor público e ao mercado fornecedor, visto que há várias situações fáticas já implementadas e analisadas pela doutrina e jurisprudência. Assim, resta avaliar a alternativa elencada no inciso III, do referido artigo, entendida como uma das inovações trazidas pelo novo diploma legal. Ela reside na legalização de um desenho contratual sem a prévia definição de preços (SARAI, 2021, p. 850), o que, quando se observa os parâmetros tradicionais do credenciamento, marca um diferencial importante, uma vez que a fixação de valores a serem pagos pela Administração

era uma das perspectivas que fundamentava e respondia à inviabilidade de competição.

O inciso em questão traz conceito pouco utilizado nas compras públicas, o de mercado fluido, que segundo Torres (2021), corresponde ao contexto de preços dinâmicos, também chamados de preços em tempo real ou preços algoritmos, flexíveis e variáveis com base na demanda, oferta, preço da concorrência, preços de produtos substitutos ou complementares. Nesse tipo de aplicação, os preços serão estabelecidos em tempo real, considerando as múltiplas variáveis para sua definição, e é essa condição um dos aspectos que torna sua aplicação desafiadora, nos dizeres de Sarai (2021), pois o gestor deverá compreender os fatores que contribuem para essa flutuação dos preços no mercado. Desse modo, Torres (2021) pontua que, para a devida comprovação do valor da contratação, a Administração deve registrar, quando surge a demanda, os preços de mercado, observando elementos fáticos, como economicidade e opções que melhor atendem à atividade administrativa a ser realizada.

Pelo exposto, o sistema de credenciamento, quando utilizado à luz dos ditames legais e assegurando, principalmente, o tratamento isonômico na prestação dos serviços, viabiliza uma melhor qualidade dos serviços, bem como um menor preço para a Administração (MOTTA, 2006). E por essa perspectiva, tem-se, em uma primeira análise, que o instituto do credenciamento se alinha ao conceito de eficiência.

BARBOSA, Bruno Henrique Gomes. A contratação direta sem licitação utilizando o procedimento auxiliar de credenciamento sob a égide da Lei 14.133/21. **Boletim Governet de Licitações e Contratos**, ISSN 1809-6646, Curitiba, ano 19, n. 217, maio 2023, p. 422

CONCLUSÃO

O foco do presente estudo foi a inexigibilidade de licitação. Para que ocorra a inexigibilidade da licitação, é necessário que a Administração Pública constataste que o principal pressuposto necessário para a ocorrência da licitação é inviável: a competição entre os interessados.

Apesar de não consistirem novidade em si, os procedimentos classificados pela Lei 14.133/21 como “auxiliares às licitações e contratações” serão, efetivamente, novidade para a prática da imensa maioria das organizações públicas. Mostra-se fundamental, portanto, que problemas detectados no passado, sob a égide de um regime jurídico revogado, não sejam transpostos para o futuro, construído a partir da nova Lei.

O instituto jurídico do credenciamento encontra amparo na nova lei nº 14.133/2021, como uma hipótese de inexigibilidade de licitação, sendo o mesmo já amplamente aceito, utilizado e experimentado pela administração pública. Com a publicação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/2021, o instituto se legitimou como procedimento auxiliar da contratação pública, subsidiando futuras contratações por inexigibilidade de licitação, essas fundamentadas na inviabilidade de competição.

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito administrativo**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- BITTENCOURT, Sidney. **Contratando sem Licitação: contratação direta por dispensa ou inexigibilidade**. 2. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.
- BORDALO, Rodrigo. **Nova lei de licitações e contratos administrativos: principais mudanças**. Saraiva Educação, 2021.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 jan. 2023.
- BRASIL. Lei 14.133 de 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em 20 jan. 2023.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4. Ed. Brasília: TCU, 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GARCIA, Roberto Freiras. Contratação de artistas por inexigibilidade de licitação: cautelas e pressupostos legais. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins**. Ano XIV, nº 19, 2021, pp. 162-177.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- NIEBURH, Joel Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- NIEBURH, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. Zênite Editora, 2020.

ARTIGOS E PARECERES

NÓBREGA, Theresa. A nova lei de licitações no Brasil: a licitação diante das transições legislativas. **Revista da AGU**, Brasília, v. 18, n. 2, p. 349-376, abr./jun. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ROSSI, Lúcia. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Erich Nonato. **Inexigibilidade de Licitações na Contratação de Artistas**, Uma Visão Prática. Belo Horizonte: Amazon Editora, 2019.

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.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. São Paulo: Juspodivm, 2021.