

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE MATA DE SÃO JOÃO

PROCESSO Nº 03627e21

PARECER Nº 00369-21

EMENTA: CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS PARA O FORNECIMENTO DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO. MANUTENÇÃO DAS ESCOLAS DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL ATRAVÉS DE CREDENCIAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. A contratação de empresa de material de construção por credenciamento não pode ser classificada como regular, tendo em vista a ausência de características essenciais, quais sejam: (i) inexistência de inviabilidade de competição, haja vista ausência de fundamento para a necessária contratação de todos os que satisfaçam às condições exigidas / possibilidade de escolha mais vantajosa para a administração; (ii) ausência de impessoalidade na definição da demanda, ou seja, possibilidade da administração determinar quem prestará qual serviço, mensuração do objeto; (iii) demanda com características do fornecimento de materiais de forma quantificada, com prazo de conclusão previamente estabelecido.

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. João Gualberto Vasconcelos, Prefeito do município de Mata de São João, endereçada ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob nº 03627e21, questionando:

“1 - É possível contratar através da figura do Credenciamento, ou seja, inexigibilidade, empresas para o fornecimento de material de construção com a finalidade de utilizar esses materiais para a manutenção das escolas da rede pública municipal de Mata de São João?”

Em caráter preliminar, registra-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado.**

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Dito isso, cumpre pontuar que, de acordo com o quanto dispõe o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações 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.”

As exceções, por sua vez, segundo o referido artigo, deverão estar expressamente previstas na legislação, que é exatamente o que se observa das disposições dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993, os quais tratam, respectivamente, dos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Para os casos de dispensa de licitação, parece não haver grande problemática, uma vez que o rol taxativo disposto no artigo 24 da Lei nº 8.666/1993 é claro ao estabelecer, sistematicamente, os casos em que pode incidir citado meio de contratação direta.

Todavia, igual sorte não ampara os casos de inexigibilidade. O artigo 25 da Lei de Licitações e Contratos dispõe que “é inexigível a licitação quando houver **inviabilidade de competição**”. Veja-se que, neste caso, o legislador não se preocupou em estabelecer um rol taxativo de situações por meio do qual se pode contratar por inexigibilidade, até mesmo porque a interpretação da expressão “inviabilidade de competição” é ampla, sendo difícil elencar e relacionar todas as hipóteses que abrange.

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

Nesta linha de raciocínio, o Professor Marçal Justen Filho, na Obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 2009, página 367, após citar exemplos sobre as hipóteses de inexigibilidade trazidas pela Lei nº 8.666/1993, ensina que:

“todas essas abordagens são meramente exemplificativas, eis que extraídas do exame das diversas hipóteses contidas nos incisos do art. 25, sendo imperioso reconhecer que nelas não se esgotam as possibilidades de configuração dos pressupostos da contratação direta por inexigibilidade.” (destaques aditados)

A interpretação da expressão “inviabilidade de competição”, conforme suscitado, deve ser mais ampla do que a mera ideia de fornecedor exclusivo. Neste contexto, pode-se dizer que a inviabilidade de competição, além da contratação de fornecedor único previsto no inciso I, e, obviamente, além dos casos inseridos nos incisos II e III, **pode se dar por contratação de todos**, ou seja, nesta hipótese, a inviabilidade de competição não está presente porque existe apenas um fornecedor ou prestador do serviço, mas, sim, porque existem vários e todos serão contratados.

Nesta esteira, vejamos os ensinamentos do Mestre Jorge Ulisses Jacoby, em “Coleção de Direito Público”, 2008, página 538:

“Se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, ela própria fixando o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada à contratação.”

A Lei Estadual nº 9.433/2005, que dispõe sobre as licitações e contratos administrativos no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia, em seu artigo 61, trata a respeito do credenciamento na forma que segue:

“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.” (grifos aditado)

Parece claro que, se a Administração convoca profissionais dispondo-se a **contratar todos os interessados** que preenchem os requisitos por ela exigidos e por um preço

previamente definido no próprio ato do chamamento, também estamos diante de um caso de inexigibilidade, pois, de igual forma, **não haverá competição** entre os interessados. Esse método de inexigibilidade para a contratação de todos é o que a doutrina denomina de **Credenciamento**.

Assim, pode-se dizer que o credenciamento é um sistema pelo qual a Administração Pública efetivará uma contratação direta, mediante a inexigibilidade de licitação, selecionando não apenas um participante, mas sim, pré-qualificando todos os interessados para, segundo condições previamente definidas em regulamento e divulgadas, credenciarem-se como prestadores de serviços ou beneficiários de um negócio futuro a ser ofertado.

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

O credenciamento deverá manter-se aberto, permitindo que, a qualquer momento, novos interessados se habilitem (condicionado ao preenchimento das exigências regulamentares), atendendo, assim, a razão autorizadora de sua instituição, qual seja, obter o maior número de fornecedores ou prestadores, sem que um exclua a atuação do outro, de modo a satisfazer plenamente o interesse público envolvido.

Todavia, mostra-se recomendável, a fim de não caracterizar uma situação indefinida, indeterminada, a **fixação de um prazo de duração** para o sistema de credenciamento como um todo, devendo, durante esse lapso temporal, manter-se aberto.

O ato de credenciamento deve ser público, nos moldes do quanto disposto no artigo 21, I a III, da Lei nº 8.666/1993, ou seja, mediante aviso publicado no Diário Oficial da União, se os recursos forem provenientes da União, ou no Diário Oficial do Estado, em se tratando de dinheiro advindo dos cofres públicos estadual ou da municipalidade, e em

jornal de grande circulação local, a fim de que os interessados possam efetivamente tomar conhecimento do sistema.

O ato convocatório deve estabelecer os critérios objetivos de qualificação, como se licitação fosse, não se podendo credenciar os interessados por uma avaliação meramente subjetiva da autoridade administrativa. Deve haver um ato convocatório com todos os requisitos a serem cumpridos para a qualificação e credenciamento de cada interessado.

No credenciamento, não há apresentação de propostas, pois o valor a ser pago já foi fixado pela Administração, ou seja, não há competição, então, desta forma, não há como se declarar um vencedor. Todos são igualmente credenciados.

Ressalte-se que o sistema do credenciamento tem aplicação restrita e somente deve ser adotado nos casos em que a contratação do maior número possível de particulares seja condição indispensável para o atendimento da demanda administrativa.

Neste ínterim, vale ressaltar a decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União, prolatada no Processo nº 016.171/94:

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

Ressalte-se que, de acordo com o disposto no artigo 26 da multicitada Lei nº 8.666/1993, os contratos de dispensa e inexigibilidade de licitação deverão ser instruídos, no que couber, com as formalidades pertinentes, evidenciando-se, inclusive, que o preço pactuado é compatível com os praticados no mercado.

A Administração Pública deverá demonstrar claramente, por meio de justificativas, que o interesse público somente poderá ser atendido pela contratação do maior

número possível de participantes, e que a licitação, no caso concreto avaliado, apresenta-se desvantajosa.

Importante salientar, ainda, que o Administrador Público deverá usar de muita cautela diante das contratações de uma forma geral, mas, principalmente, nas oriundas de processos de inexigibilidade ou de dispensa de licitação, sob pena de incorrer no crime previsto no artigo 89 da Lei da Licitações e Contratos.

Repise-se que o credenciamento deverá ser adotado de forma excepcional nas hipóteses em que a única forma de atender ao interesse público é contratando diretamente todos os particulares habilitados capazes de executar com segurança o objeto envolvido.

Volvendo-se a situação posta no presente expediente, qual seja; “contratar através da figura do Credenciamento, ou seja, inexigibilidade, empresas para o fornecimento de material de construção com a finalidade de utilizar esses materiais para a manutenção das escolas”, **necessário se faz a demonstração pela administração de forma inequívoca da impossibilidade de competição entre todos os potenciais interessados, o que configuraria hipótese de inexigibilidade da licitação, segundo a norma do art. 25 da Lei nº 8.666/93.**

Em outras palavras, tal 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, assim, havendo a impossibilidades da delimitação do número exato de contratados necessários, mas há a necessidade de contratar todos os interessados, não havendo que se falar na dificuldade de se estabelecer competição entre os interessados em contratar com a Administração Pública, a exemplo, na contratação de médicos e clínicas por meio de convênios de saúde, em que se permite ao usuário interessado escolher, entre os credenciados, o profissional ou a clínica que o atenderá em uma demanda não mensurável, em outras palavras, **quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração.**

Desta maneira, entende-se que a contratação de empresa de material de construção por credenciamento não pode ser classificada como regular, tendo em vista a ausência de características essenciais, quais sejam: (i) inexistência de inviabilidade de competição, haja vista ausência de fundamento para a necessária contratação de todos os que satisfaçam às condições exigidas / possibilidade de escolha mais vantajosa para a administração; (ii) ausência de impessoalidade na definição do objeto, ou seja, possibilidade da administração determinar quem prestará o serviço / mensuração do objeto; (iii) demanda com características do fornecimento de materiais de forma quantificada, com prazo de conclusão previamente estabelecido.

No mais, em interpretação ao art. 61 da Lei Estadual nº 9.433/2005, pode-se concluir que a referida norma recepcionou a possibilidade da realização do credenciamento em contratação de serviços, ao passo que no presente expediente trata-se da aquisição de bens, quais sejam a compra de material de construção, entendimento pela possibilidade de forma não unânime da jurisprudência pátria.

Por tudo exposto com base na garantia do princípio da Supremacia do Interesse Público, bem como pelo fato de que o credenciamento é operado por meio de regulamentação, com vistas a oportunizar a **contratação de todos os interessados** em prestar determinados tipos de serviços para a Administração Pública, conforme as regras de habilitação e remuneração previamente definidas, entende-se incompatível com a contratação de empresas para o fornecimento de material de construção com a finalidade de utilização de tais materiais para a manutenção das escolas da rede pública municipal.

Salve melhor juízo, é o parecer.

Salvador, 08 de março de 2021.

Cristina Borges dos Santos
Assessora Jurídica



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia