

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MATA DE SÃO JOÃO

PROCESSO Nº 15000e21

PARECER Nº 01473-21

EMENTA: CREDENCIAMENTO PARA FORNECIMENTO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO. NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. PELA POSSIBILIDADE.

1) A Nova Lei autorizou, expressamente, a utilização do Credenciamento como procedimento prévio para a contratação, não só de prestação de serviços, como também de fornecimento de bens.

2) Considerando o quanto disposto no citado art. 6º, inc. XLIII, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), é possível o Município valer-se do procedimento auxiliar do credenciamento para contratar empresas com vistas ao fornecimento de material de construção para a manutenção das escolas da rede pública municipal, desde que a Administração demonstre que será mais vantajosa a contratação de diversos particulares ao invés da seleção de um, através de licitação, bem assim que atenda a todas as regras estabelecidas na aludida Lei de Licitações e Contratos, sobretudo, garantindo-se a igualdade de condições entre todos os credenciados hábeis a contratar com a Prefeitura Municipal.

O Prefeito do **MUNICÍPIO DE MATA DE SÃO JOÃO**, Sr. João Gualberto Vasconcelos, por intermédio de expediente endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº **15000e21**, solicita-nos orientações acerca da contratação por credenciamento, à luz da Nova Lei de Licitações (Lei. Nº 14.133/2021).

Diante dos fatos apresentados, questiona-nos:

“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 públicas municipal de Mata de São João, através dos dispostos previstos da nova lei de licitação, nº 14.133/2021?”

Da legitimidade. Verifica-se que a presente consulta se enquadra na regra prevista no artigo 208, da Resolução TCM nº 1392/2019, haja vista se tratar de autoridade competente (art. 208, I – Prefeito) para formular Consulta a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais ou regulamentares concernentes à matéria que lhe seja legalmente afeta.

Registre-se que os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, **são confeccionados sempre em tese**, consoante regra disposta no art. 3º, §4º, da Resolução TCM nº 1392/2019 (Regimento Interno), razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de qualquer caso concreto apresentado.

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

Prestados tais esclarecimentos inaugurais, tem-se que é de conhecimento geral que no dia 01 de abril de 2021, entrou em vigor a Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/2021. E como qualquer norma que se insere no ordenamento jurídico, é preciso aguardar certo tempo para que a comunidade acadêmica e os operadores do Direito absorvam os novos institutos e conceitos.

Consoante estabelece o seu art. 194, a nova lei de licitações tem vigência imediata.

Além disso, é importante considerar que o novo diploma não revogou a antiga lei geral, Lei nº 8.666/93, nem a Lei do Pregão (L. 10.520/2002), nem do Regime Diferenciado das Contratações – RDC (L. 12.462/2011), o que somente ocorrerá após decorridos 2 (dois) anos da publicação da lei nova. Vide dispositivos trazidos pelos arts. 191 e 193:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de

contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do **caput** deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do **caput** do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

Art. 192. (...)

Art. 193. Revogam-se:

I – os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

II – a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Art. 194. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (g.n)

Portanto, o legislador previu um tempo de adaptação de dois anos, interregno em que as Leis nº 14.133/21 e nº 8.666/93 (bem como as leis nºs 10.520/2002 e 12.462/2011) coexistirão, porém com a VEDAÇÃO expressamente prevista no art. 191, que é a aplicação combinada entre elas. O que significa dizer que todas essas leis vigorarão ao mesmo tempo, podendo a Administração valer-se de quaisquer dos regimes.

O Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo publicou em seu site nota¹ intitulada “A Nova Lei de Licitações – Primeiras impressões sobre alguns dispositivos da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021”, considerando o dever de cautela quando da aplicação da nova lei: “O debate está apenas começando. A nova Lei é densa e extensa, composta por 194 artigos, os quais deverão ser estudados, absorvidos e aplicados com parcimônia.” (g.n).

Ao escolher o regime, a opção deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta. O Edital definirá o regime jurídico a ser utilizado, se o novo OU o antigo, mas nunca os dois no mesmo procedimento. Revela-se, ainda, que o regime do contrato acompanha o regime da licitação, conforme se depreende da leitura do art. 190 da Lei nº 14.133/2021: *“O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada”*.

1 Disponível na página: <<http://www.mpc.sp.gov.br/a-nova-lei-de-licitacoes-primeiras-impressoes-sobre-alguns-dispositivos-da-lei-no-14-133-de-1o-de-abril-de-2021/>>, visitada em 03/05/2021.

A Doutrina é uníssona em alertar que a escolha pela novel legislação licitatória nacional, que trouxe consigo uma nova roupagem às contratações públicas, requer cumprimento das diretrizes e mandamentos gerais ali constantes, sendo necessário, portanto, adequação mínima das estruturas dos entes municipais, além da aderência à relevantes temas, como o planejamento anual, avaliação de riscos e programa de governança das contratações, a título exemplificativo, para somente assim valerem-se do novo regramento inaugurado com a Lei nº 14.133/21.

Dito isso e, antes de adentrar no questionamento do Consultante, registra-se que a Constituição da República Federativa do Brasil, precisamente no seu art. 37, XXI, determina, como regra, que todo contrato público deve ser precedido de procedimento licitatório, para que, a partir da pluralidade de propostas, a Administração empreenda a contratação que seja mais favorável à satisfação do interesse público.

Contudo, a própria Carta Maior permite que a Lei aponte situações em que a Administração Pública poderá efetuar contratação direta, dispositivos que foram regulamentados por normas específicas ao disciplinar o instituto jurídico da inexigibilidade de licitação, em especial.

Nas circunstâncias em que a legislação permite a contratação direta pela Administração Pública, o procedimento é realizado de forma mais célere, simplificado e prático de contratação, contudo, há de se observar os pressupostos preliminares e taxativos dispostos no artigo que regulamenta a modalidade escolhida. Nessa mesma linha de raciocínio, Marçal Justen Filho leciona²:

“Nas etapas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação. Em um momento inicial, a Administração verificará a existência de uma necessidade a ser atendida. Deverá diagnosticar o meio mais adequado para atender ao reclamo. Definirá um objeto a ser contratado, inclusive adotando providências acerca da elaboração de projetos, apuração da compatibilidade entre a contratação e as previsões orçamentárias. Tudo isso estará documentado em procedimento administrativo, externando-se em documentação constante dos respectivos autos.”

De modo geral, tem-se, portanto, que a regra é o devido processo de licitação, sendo impossível a sua realização em razão do objeto e/ou nos casos em que seja comprovado

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, p. 283

a vantajosidade na contratação, poderá a Administração Pública, atentando-se aos pressupostos que cada modalidade abarca, optar pela contratação direta.

Faz-se pertinente ressaltar que a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) inovou, ainda, quanto à disciplina referente aos Procedimentos Auxiliares das licitações e das Contratações, que se referem aos instrumentos do credenciamento, da pré-qualificação, do procedimento de manifestação de interesse, do sistema de registro de preços e do registro cadastral.

Assim, o art.78, da Nova Lei, prevê:

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

I – credenciamento;

II – pré-qualificação;

III - procedimento de manifestação de interesse;

IV - sistema de registro de preços;

V - registro cadastral.

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

§ 2º O julgamento que decorrer dos procedimentos auxiliares das licitações previstos nos incisos II e III do **caput** deste artigo seguirá o mesmo procedimento das licitações.

Vale informar que tais procedimentos auxiliares não têm vínculo com uma licitação específica, mas seus resultados podem ser utilizados por um número determinado ou indeterminado de certames ou contratações.

Não obstante os aludidos procedimentos estejam dissociados a um certame determinado, eles deverão respeitar aos princípios e regras que regem a licitação, como a seleção da proposta mais vantajosa, a isonomia, a objetividade do julgamento, a vinculação ao edital, a ampla defesa e o contraditório.

Tratando mais especificamente sobre o instituto do **credenciamento**, a Lei nº 14.133/2021, incluiu expressamente o seu conceito no art. 6º, inciso XLIII, *in verbis*:

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; (grifo nosso)

De logo, percebe-se que a Nova Lei autorizou, expressamente, a utilização do Credenciamento como procedimento prévio para a contratação, não só da prestação de serviços, como também do fornecimento de bens.

Registre-se que o credenciamento sob a égide da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, tem um amparo próprio, sendo considerado como um procedimento prévio à contratação direta.

Em verdade, o credenciamento a luz da novel legislação, muito embora não seja uma inovação jurídica, é tratado de forma mais ampla, interpretado como uma ferramenta prévia à execução do objeto, não possuindo vinculação expressa à contratação direta, vez que não há, precisamente, pretensão contratual para a sua adoção.

Segundo o ilustre Marçal Justen Filho, em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas”, “o credenciamento consiste no ato administrativo unilateral por meio do qual a Administração declara que o requerente preenche os requisitos predeterminados, **o que a ele assegura a possibilidade de ser contratado**, nas condições estabelecidas em ato normativo regulamentar.”

A autoridade, visando contratar determinado objeto, iniciará, no seu âmbito, a convocação dos interessados, mediante chamamento público (credenciamento), para que estes possam se cadastrar, a fim de, assim, realizar o procedimento adequado para sua contratação, sempre em observância aos princípios da vantajosidade e motivação, para que haja a justificativa da realização do procedimento.

O credenciamento, assim, não se confunde com Contrato administrativo, vez que se caracteriza como um **ato administrativo unilateral prévio à contratação**. O particular credenciado ainda não foi contratado, ele apenas requereu o credenciamento, que foi deferido pela Administração, após verificar que ele preencheu os requisitos determinados.

Vale ressaltar que a Administração deve permitir o credenciamento de qualquer interessado, a qualquer momento. Contudo, isso não quer dizer que todos os requerimentos serão atendidos, uma vez que o particular deverá atender aos requisitos definidos previamente pelo Poder Público.

Frise-se que Nova Lei de Licitações prevê três hipóteses para a utilização do credenciamento, em seu art. 79, e incisos:

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.

Consoante amplamente explicitado, a Nova Lei de Licitações especifica melhor o conceito de credenciamento, elencando de modo categórico as suas hipóteses nos incisos do art. 79 em apreço. Considera-se, desta maneira, que as situações previstas na lei para utilização do credenciamento são: **a paralela e não excludente; a com seleção a critério de terceiros; e a em mercados fluídos.**

O credenciamento sob a hipótese **paralela e não excludente**, também reputada como a mais comum, se configura na situação em que for mais vantajoso para o Poder Público a contratação ao mesmo tempo de diversos particulares ao invés da escolha excludente de um ou poucos vencedores.

Na hipótese supramencionada, deverá, com fito de conferir a igualdade de condição entre os fornecedores, ser adotado critérios objetivos pela Administração de distribuição da demanda, seja por sorteio ou respeitando a ordem cronológica de cadastramento.

Em se tratando da **seleção a critério de terceiros**, esta ocorre sem a escolha voluntária da Administração Pública, isto porque esta será feita pelo beneficiário dos serviços ofertados, digo, um terceiro alheio à Administração, sem o prestígio do gestor público para excluir ou equilibrar a seleção pública, entretanto, os serviços prestados serão autorizados previamente pelo Poder Público. A título exemplificativo, acontece nos casos em que se pretende contratar clínicas, hospitais ou profissionais da saúde, estes, por sua vez, terão que preencher os requisitos indispensáveis para tanto, calhará ao terceiro a opção de prestador que lhe convém.

Já **em mercados fluidos**, o credenciamento é caracterizado por prestadores com dinamicidade de preços, isto é, a variação de valores de mercado da prestação de serviços, impediria a realização de um processo licitatório adequado ao objeto, tendo em vista que para licitar há de se valorar o objeto previamente, através de cotação de preços, a quantia que seria despendida, representando, dessa forma, uma inviabilidade de competição.

De qualquer forma, em todas hipóteses aqui evidenciadas, é vedada a realização do credenciamento nas situações em que a licitação é perfeitamente possível.

Caberá a utilização do credenciamento, quando for indiferente para a Administração a identidade do particular a ser contratado. Assim, desde que atendidos todos os requisitos exigidos, qualquer particular poderá executar o objeto pretendido.

Nestes termos Marçal Justen Filho explica que:

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

(...) Nas hipóteses em que não se verifica a exclutência entre as contratações públicas, a solução será o credenciamento. (...) O credenciamento envolve uma espécie de cadastro de prestadores de serviços ou fornecedores. O credenciamento é ato pelo qual o sujeito obtém a inscrição de seu nome no referido cadastro.³

À luz da Nova lei, o credenciamento também 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.

Vale salientar que, nas hipóteses de contratação “paralela e não excludente” e “com seleção a critério de terceiros”, o valor da contratação deve ser definido no Edital. Já no caso de “mercados fluidos”, não existe essa necessidade, não obstante o Poder Público deva registrar as cotações de mercado vigentes no momento do ajuste.

Quanto ao prazo de vigência do Edital, os eminentes doutrinadores Marçal Justen Filho e Ronny Charles possuem o entendimento de que ele poderá ser determinado ou indeterminado. Por tais razões, recomenda-se que o Edital disponha de instrumentos aptos que possibilitem uma avaliação periódica para a conservação, por parte dos credenciados, dos requisitos já estabelecidos no instrumento convocatório.

Importante lembrar, também, que o credenciamento não possui as mesmas restrições inerentes ao regime jurídico do contrato administrativo, sendo permitido que a Administração, observando que o mercado está com o preço abaixo do fixado no regulamento, por exemplo, altere o preço. Devendo, obviamente, justificar tal modificação.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 46

Respondendo ao questionamento do Consultante, tem-se que, considerando o quanto disposto no citado art. 6º, inc. XLIII, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), é possível o Município valer-se do procedimento auxiliar do credenciamento para contratar empresas com vistas ao fornecimento de material de construção para a manutenção das escolas da rede pública municipal, desde que a Administração demonstre que será mais vantajosa a contratação de diversos particulares ao invés da seleção de um, através de licitação, bem assim que atenda a todas as regras estabelecidas na aludida Lei de Licitações e Contratos, sobretudo, garantindo a igualdade de condições entre todos os credenciados hábeis a contratar com a Prefeitura Municipal.

Diante de tudo quanto anteriormente exposto, podemos extrair as seguintes conclusões

- 1) A Nova Lei autorizou, expressamente, a utilização do Credenciamento como procedimento prévio para a contratação, não só de prestação de serviços, como também de fornecimento de bens.
- 2) O credenciamento sob a égide da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, tem um amparo próprio, sendo considerado como um procedimento prévio à contratação direta.
- 3) O credenciamento, assim, não se confunde com Contrato administrativo, vez que se caracteriza como um **ato administrativo unilateral prévio à contratação**. O particular credenciado ainda não foi contratado, ele apenas requereu o credenciamento, que foi deferido pela Administração, após verificar que ele preencheu os requisitos determinados.
- 4) À luz da Nova lei, o credenciamento também 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.

5) Quanto ao prazo de vigência do Edital, os eminentes doutrinadores Marçal Justen Filho e Ronny Charles possuem o entendimento de que ele poderá ser determinado ou indeterminado. Por tais razões, recomenda-se que o Edital disponha de instrumentos aptos que possibilitem uma avaliação periódica para a conservação, por parte dos credenciados, dos requisitos já estabelecidos no instrumento convocatório.

6) Considerando o quanto disposto no citado art. 6º, inc. XLIII, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), é possível o Município valer-se do procedimento auxiliar do credenciamento para contratar empresas com vistas ao fornecimento de material de construção para a manutenção das escolas da rede pública municipal, desde que a Administração demonstre que será mais vantajosa a contratação de diversos particulares ao invés da seleção de um, através de licitação, bem assim que atenda a todas as regras estabelecidas na aludida Lei de Licitações e Contratos, sobretudo, garantindo a igualdade de condições entre todos os credenciados hábeis a contratar com a Prefeitura Municipal.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo, formulada de acordo com as normas vigentes à época deste parecer. À consideração superior.

Salvo melhor juízo, é o parecer.

Salvador, 20 de setembro de 2021.

Ana Marta Machado Duran
Assessora Jurídica

Tainá Freitas
Bacharelada em Direito



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia