

Processo: 1120202
Natureza: CONSULTA
Consulente: Fernando César Fernandes, prefeito municipal
Procedência: Prefeitura Municipal de Senador José Bento
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO

TRIBUNAL PLENO – 7/6/2023

CONSULTA. PREFEITURA MUNICIPAL. PRELIMINAR. ADMISSIBILIDADE PARCIAL. ART. 210-B, IV, DO RITCEMG. IMPRECISÃO DE PARTE DAS INDAGAÇÕES. MÉRITO. NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CREDENCIAMENTO. CONTRATAÇÃO DE BENS COMUNS. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA ÀS EXIGÊNCIAS LEGAIS E JUSTIFICATIVA. DEMONSTRAÇÃO DA VANTAJOSIDADE. POSSIBILIDADE. RESSALVAS.

Ressalvadas as especificidades aplicáveis a cada espécie, ainda que pendente de regulamentação, é possível a utilização do credenciamento fundado no inciso III do art. 79 da Lei n. 14.133/21 para a contratação de bens comuns tais como medicamentos, material hospitalar, gêneros alimentícios, material de construção, peças e acessórios para veículos automotores e combustíveis, desde que as circunstâncias de aquisição se amoldem às exigências legais e sejam devidamente justificadas, demonstrando-se a vantajosidade do credenciamento para a Administração. Ressalva-se, porém, que a aquisição de medicamentos é regida por normas próprias, e que a manutenção de veículos automotores, incluído o fornecimento de peças, pode ser realizada por contratação direta por meio de dispensa em razão do valor, nos termos do art. 75, I c/c § 7º, da citada Lei.

PARECER

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, em:

- I) admitir parcialmente a Consulta, por unanimidade, para responder apenas ao segundo questionamento, por estarem, quanto a ele, preenchidos os pressupostos de admissibilidade estabelecidos no § 1º do art. 210-B do RITCEMG, ficando inadmitidos os demais questionamentos por violação ao art. 210-B, § 1º, IV, da mesma norma, diante das razões expandidas na proposta de voto do Relator;
- II) fixar prejulgamento de tese, com caráter normativo, por maioria, conforme o voto-vista do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, nos seguintes termos: “ressalvadas as especificidades aplicáveis a cada espécie, ainda que pendente de regulamentação, é possível a utilização do credenciamento fundado no inciso III do art. 79 da Lei n. 14.133/21 para a contratação de bens comuns, tais como medicamentos, material hospitalar, gêneros alimentícios, material de construção, peças e acessórios para veículos automotores e combustíveis, desde que as circunstâncias de aquisição se amoldem às exigências legais e sejam devidamente justificadas, demonstrando-se a vantajosidade do credenciamento para a Administração. Ressalva-se, porém, que a aquisição de medicamentos é regida por normas próprias, e que a manutenção de veículos automotores, incluído o fornecimento de peças, pode ser realizada por contratação direta por meio de dispensa em razão do valor, nos termos do art. 75, I c/c § 7º, da citada Lei;

III) determinar o arquivamento dos autos, cumpridas as disposições regimentais cabíveis à espécie.

Votaram o Conselheiro Wanderley Ávila, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro Mauri Torres, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Durval Ângelo, o Conselheiro Agostinho Patrus e o Conselheiro Presidente Gilberto Diniz. Vencidos, no mérito, o Conselheiro Wanderley Ávila, o Conselheiro José Alves Viana e o Conselheiro Durval Ângelo. Não acolhida a proposta de voto do relator quanto ao mérito.

Presente à sessão o Subprocurador-Geral Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 7 de junho de 2023.

GILBERTO DINIZ
Presidente

HAMILTON COELHO
Relator

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Prolator de voto vencedor

(assinado digitalmente)



NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 8/3/2023

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta encaminhada pelo Sr. Fernando Cesar Fernandes, Prefeito do Município de Senador José Bento, por meio da qual indaga se:

“- Considerando o art. 6º, inc. XLIII, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), qual a interpretação e entendimento desta Corte de Contas para o art. 79, inciso III da Lei em questão?

- Com base neste mesmo artigo, no inciso IV do caput. à Administração poderia realizar credenciamento para aquisição de material de consumo em geral, especialmente para aqueles itens que sofrem constantes variações de preços?

- Tendo como exemplo: Aquisição de medicamentos, material hospitalar, alimentos, material de construção, peças automotivas, pneus, combustível dentre outros?

- O critério de escolha do fornecedor se daria por meio de sistema informatizado da Administração (inteligência artificial) com preços dinâmicos, onde a administração enviaria o pedido de cotação em tempo real e online dos itens.

- Onde o próprio sistema faria a apuração dos preços dos fornecedores credenciados, selecionando assim a proposta e condições mais vantajosas para administração.” (sic) (peça n. 3)

Em documentação complementar (peça n. 2), o consulente anexou artigo intitulado “A Nova Lei de Licitações, Credenciamento e E-Marketplace: o *turning point* da inovação nas compras públicas”, de autoria de Marcos Nóbrega e Ronny Charles L. de Torres.

No dia 29/7/22, a consulta foi distribuída à minha relatoria (peça n. 4). Ato contínuo, determinei o encaminhamento dos autos à Coordenadoria de Sistematização de Deliberações e Jurisprudência – CSDJ (peça n. 5) e, posteriormente, à unidade técnica (peça n. 7), a fim de que se manifestassem acerca da matéria.

A CSDJ, em 29/7/2022, emitiu o relatório técnico (peça n. 6) de que trata o art. 210-B, § 2º, do Regimento Interno, no qual informou que esta Corte de Contas não enfrentou, direta e objetivamente, questionamentos nos termos ora formulados, mencionando, porém, o teor dos pareceres emitidos nas Consultas n. 898.575 (8/10/14), 747.448 (17/10/12) e 862.974 (31/5/12).

Já a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL, em 10/8/22, pronunciou-se sobre o tema (peça n. 8).

É, em síntese, o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Admissibilidade

Em atenção aos pressupostos de admissibilidade estabelecidos no § 1º do art. 210-B do Regimento Interno, conheço, em parte, da Consulta, para responder apenas o segundo questionamento, tendo em vista que, nas demais indagações, não houve indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada, algumas sequer formuladas de modo interrogativo, questão

aliás abordada pela unidade técnica em seu estudo. Diante de tais observações verifica-se que há, no inciso IV do § 1º do art. 210 da Resolução TC n. 12/08, óbice para admissão das demais indagações.

Acrescente-se que, para efeitos da presente análise, compreende-se que os exemplos apresentados na terceira indagação constituem complemento ao questionamento a ser apreciado.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Acolho.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

De acordo, senhor Presidente.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

Com o Relator, Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

Também admito.

FICA ADMITIDA A CONSULTA NOS TERMOS E LIMITES DA PROPOSTA DE VOTO DO RELATOR.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

2. Mérito

Indaga o consulente, em suma, sobre a licitude da utilização do instituto do credenciamento, previsto no art. 79 da Lei Nacional n. 14.133/2021, para aquisição de bens de consumo em geral, a exemplo de: medicamentos, material hospitalar, alimentos, material de construção, peças automotivas, pneus, combustíveis, dentre outros.

O credenciamento passou a ser utilizado como mecanismo de contratação pública muito embora não houvesse, inicialmente, previsão legal para tanto: não havia, na Lei Nacional n. 8.666/93, qualquer menção ao instituto. Todavia, o credenciamento consagrou-se pelo uso, sendo reconhecido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade de licitação.

A despeito da omissão legislativa, decisões judiciais, bem como das Cortes de Contas, passaram a admitir a utilização do referido procedimento, que, paulatinamente, ganhou contornos mais definidos com o estabelecimento de critérios e requisitos para o credenciamento.

Confira-se, nessa linha, manifestação deste Tribunal de Contas no parecer emitido em resposta à Consulta n. 812.006, de relatoria do Conselheiro Elmo Braz, na sessão do Pleno de 30/3/11:

“A despeito de não possuir consolidada previsão normativa, **o credenciamento é amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência pátrias como hipótese especial de inexigibilidade de licitação.** (...) O referido instituto é aplicável aos casos em que a garantia do interesse público se efetiva por meio da contratação pela Administração Pública de todos os interessados no objeto licitado, desde que cumpram condições previamente estipuladas no instrumento convocatório. Nesse cenário, o credenciamento se configura em hipótese de inexigibilidade de certame licitatório por ser inviável a competição entre os interessados, já que não há uma relação de exclusão entre esses, pois todos os habilitados serão credenciados.” (Destaquei.)

É de especial relevo, nesse aspecto, o Acórdão n. 351/2010 do Tribunal de Contas da União – TCU, no qual se admitiu expressamente o credenciamento como hipótese de inexigibilidade de licitação:

“9.2.3. **embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, o credenciamento tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade inserida no caput do referido dispositivo legal, porquanto a inviabilidade de competição configura-se pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão;**

(...)

9.2.5. é possível à Administração realizar a contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, **desde que haja a demonstração inequívoca de que suas necessidades somente poderão ser atendidas dessa forma**, cabendo a devida observância das exigências do art. 26 da Lei n. 8.666/1993, principalmente no que concerne à justificativa de preços”. (Acórdão n. 351/2010. Rel. Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa. Tribunal Pleno. 03/3/10. Destaquei.)

As balizas formuladas pelo TCU na decisão supracitada passaram a ser seguidas nas decisões judiciais que a sucederam, a exemplo do seguinte julgado, emanado do Superior Tribunal de Justiça:

“Conforme orientações emanadas do Acórdão 351/2010-Plenário, o credenciamento pode ser considerado como hipótese de inviabilidade de competição quando observados requisitos como: a) a contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão; b) a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido; e, c) a demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma.” (Acórdão n. 2.504/2017. Rel. Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Primeira Câmara. 02/5/17)

Mais recentemente, com a edição do novo regramento licitatório, o legislador optou pela previsão expressa do credenciamento, nos seguintes termos:

“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”

Na esteira das orientações já existentes sobre a matéria, o credenciamento foi inserido nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, conforme se extrai do art. 74, inciso IV, da novel legislação. Conferiu-se ao credenciamento a natureza de procedimento auxiliar, definindo-se as hipóteses de seu cabimento. Consignou-se, entretanto, que o procedimento deverá ser regulamentado, notadamente quanto aos aspectos processuais de sua aplicação:

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

I - credenciamento;

[...]

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

[...]

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.” (Destaquei.)

A previsão inserta no inciso III transcrito acima configura inovação legislativa, inexistindo, portanto, jurisprudência acerca de sua aplicabilidade. A doutrina, por seu turno, tem citado como exemplos dessa hipótese de contratação eventuais credenciamentos para serviços de transporte aéreo, rodoviário ou mesmo urbano, ao argumento da intensidade da flutuação dos preços praticados. Confira-se, nesse sentido, a lição do administrativista Joel de Menezes Niebuhr:

“O inciso III do artigo 79 da Lei n. 14.133/2021 prevê o credenciamento para contratação em mercados fluidos, **especialmente naqueles em que os preços são dinâmicos, afetados pelas mais diversas variáveis**. Nessas situações, a Administração poderia lançar o credenciamento, credenciar os interessados e solicitar a eles, quando houvesse demanda, propostas específicas para a execução de dado objeto e, em razão das propostas recebidas, a Administração escolheria o futuro contratado. **Ressalva-se que a contratação de objetos envoltos em mercados fluidos nem sempre caracteriza a inviabilidade de competição**. Isso porque a fluidez de dado mercado é um dado relativo e porque há técnicas para receber e comparar as propostas em mercados fluidos, como exemplo, o critério de julgamento do maior desconto sobre dado preço de referência ou alguma espécie de tabela de preços que já incorpore a variação do mercado, previsto no inciso II do artigo 33 da Lei n. 14.133/2021.

[...]

Em que pese tais ressalvas, é sim de reconhecer que certas modelagens contratuais de objetos insertos em mercados fluidos, em princípio **vantajosas para o interesse público, podem importar em inviabilidade de competição**. Seria o caso, por exemplo, de **credenciamento para serviços de transporte, como aéreo, rodoviário ou de táxis e de aplicativos como Uber e congêneres**. A Administração poderia credenciar todos os interessados e, diante de dada demanda de transporte, **solicitar a todos uma cotação de preços, inclusive de forma automatizada**. Nessa situação, a fluidez dos preços,

alterados pelas mais diversas variáveis, seria o bastante para caracterizar a inviabilidade de competição. Tudo depende, no fim das contas, do delineamento do interesse público e da modelagem de contratação que melhor o satisfaça. O importante é que o credenciamento seja aberto para essas situações, oferecendo novas possibilidades para a Administração.” (NIEBUHR, João Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 229. Destaquei.)

Tecidas estas considerações acerca da utilização do credenciamento, deve-se verificar a licitude de adquirir bens de consumo comuns ao argumento de que alguns sofrem oscilações constantes de preço, o que justificaria a sua inclusão na categoria de mercados fluidos.

Saliente-se que o consulente não se valeu da expressão “bens de consumo”, referindo-se a “material de consumo em geral”, e ofereceu exemplos: medicamentos, material hospitalar, alimentos, material de construção, peças automotivas, pneus e combustível.

Cabe aqui pontuar que a classe dos “bens de consumo” envolve uma infinidade de produtos inseridos em nichos de mercado cujas características são as mais distintas possíveis, haja vista que tal denominação, sob a ótica da teoria econômica, abrange todos aqueles bens que servem para atender às necessidades humanas de curto, médio e longo prazo.

“Outra classificação bastante usual de bens refere-se aos bens de capital e aos bens de consumo. (...) Já os bens de consumo são aqueles destinados a atender às necessidades dos indivíduos. Os bens de consumo são classificados em duráveis, não duráveis e semiduráveis.” (BRASIL. Ministério da Saúde. *Microeconomia – Cadernos de Economia da Saúde*, Volume 2. Brasília, 2021. p. 21)

Pela amplitude inerente ao conceito, seria temerário fixar tese no sentido da licitude da utilização irrestrita do credenciamento para a aquisição de “bens de consumo” em geral, à luz do princípio da legalidade administrativa. Isso porque, na Lei Nacional n. 14.133/2021, a utilização do credenciamento enquanto mecanismo de contratação está restrita às três hipóteses previstas no art. 79, já referenciadas. Em outras palavras: caso o objeto da contratação não se enquadre em uma das três situações elencadas na lei, o credenciamento não poderá ser empregado.

Por expressa determinação do art. 79, parágrafo único, da novel legislação, o credenciamento deverá ser regulamentado, o que não se demonstrou até a elaboração deste parecer. Futuro regramento poderá dispor sobre a matéria de maneira mais adensada, traçando contornos mais precisos ao conceito de mercados fluidos e aos bens nele inseridos.

Sobre a aquisição de bens de consumo comuns sob a ótica do conceito de mercados fluidos constante no art. 79, a unidade técnica teceu pertinentes considerações:

“O legislador, ao se referir à expressão ‘mercados fluidos’ em que se observariam variações constantes no valor das prestações e das condições de contratação de modo a inviabilizar a seleção de fornecedores por intermédio de processo de licitação, está se referindo a hipóteses de contratação bastante específicas, tais como a contratação de transporte de pessoas ou bens via aplicativos de transporte. (...) a expressão ‘mercados fluidos’, prevista no inciso III do artigo 79 não abrange a contratação do fornecimento de bens de consumo, notadamente, os que foram citados pelo consulente: medicamentos, material hospitalar, alimentos, material de construção, peças automotivas, pneus, combustível dentre outros.”

Em linhas gerais, portanto, há meios regularmente previstos na legislação licitatória para a aquisição desse tipo de material mediante credenciamento.

Não bastasse, sobressai do texto constitucional a determinação de que as contratações públicas se deem, por via de regra, por meio de licitação (art. 37, XXI), de forma que as hipóteses de inexigibilidade consistem em exceções. Nesse contexto, a utilização de credenciamento para a

aquisição de bens e serviços comuns desvirtuaria a lógica constitucional, tornando a exceção – contratação por inexigibilidade – em regra geral.

É semelhante a linha de intelecção adotada no parecer emitido em resposta à Consulta n. 747.448, de relatoria da Conselheira Adriene Andrade, apreciada na sessão de 17/10/12. Na ocasião, estabeleceu-se a licitude da utilização de credenciamento para a contratação de serviços terceirizados, desde que observado o princípio constitucional do concurso público:

“2) Ressalta-se que o instituto jurídico do credenciamento configura solução para um problema imediato, não podendo se prolongar indefinidamente no tempo, devendo ser usado com cautela, de modo que a terceirização de serviço, decorrente de sua utilização, não afronte o princípio constitucional do concurso público.”

É dizer, em caráter excepcional e sob contexto fático específico, o uso do credenciamento poderá mostrar-se necessário, se não recomendável, inclusive para a aquisição de bens de consumo.

Hermenêutica assim foi adota pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão n. 351/2010: o Comandante do Exército consultou a Corte de Contas Nacional acerca da regularidade de se utilizar o credenciamento para a aquisição de gêneros alimentícios de pequenos agricultores familiares residentes em locais próximos a organizações militares situadas em lugares remotos no interior do Amazonas. Dadas as dificuldades logísticas vivenciadas pelo Exército na região, seria essa a melhor opção com vistas a garantir o fornecimento de alimentos sem perdas substanciais e sem que houvesse descontinuidade. O Tribunal de Contas da União, em que pese não haver conhecido da consulta por não se tratar de questionamento em tese, optou por se manifestar favoravelmente ao uso do credenciamento na hipótese.

Assim, resta claro que o fundamento para utilização do instituto do credenciamento, em detrimento de outras formas de execução indireta, deve ser o interesse público na contratação de todos os interessados que cumpram os requisitos preestabelecidos pelo Poder Público para habilitação. Nesse passo, deverá sempre ser demonstrado que a escolha pelo sistema de credenciamento, além de observar as balizas insertas no art. 79 da Lei n. 14.133/21, é a mais vantajosa entre todas as outras previstas.

Pelo exposto, conclui-se que, por via de regra, o credenciamento não poderá ser utilizado para a contratação de bens e serviços comuns. Entretanto, em situações específicas e excepcionais, em que seja demonstrada a vantajosidade de seu uso e a verificação de alguma das três hipóteses previstas no art. 79 da Lei n. 14.133/2021, o procedimento auxiliar poderá ser utilizado.

III – CONCLUSÃO

Preliminarmente, nos termos e limites da fundamentação, conheço parcialmente da consulta, formulada a modo e por autoridade competente.

No mérito, proponho que seja fixado prejulamento de tese, com caráter normativo, nos seguintes termos:

Por via de regra, o credenciamento não pode ser utilizado para a contratação de bens e serviços comuns. Entretanto, em situações específicas e excepcionais devidamente circunstanciadas, demonstrada a vantajosidade de seu uso e a verificação de alguma das três hipóteses previstas no art. 79 da Lei n. 14.133/21, é lícita a utilização do referido procedimento auxiliar.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

VISTA DOS AUTOS CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL MARCÍLIO BARENCO CORRÊA DE MELLO.)

**RETORNO DE VISTA
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 7/6/2023**

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Senhor Fernando Cesar Fernandes, prefeito municipal de Senador José Bento, em que apresenta os seguintes questionamentos:

- Considerando o art. 6º, inc. XLIII, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), qual a interpretação e entendimento desta Corte de Contas para o art. 79, inciso III da Lei em questão?
- Com base neste mesmo artigo, no inciso IV do caput. à Administração poderia realizar credenciamento para aquisição de material de consumo em geral, especialmente para aqueles itens que sofrem constantes variações de preços?
- Tendo como exemplo: Aquisição de medicamentos, material hospitalar, alimentos, material de construção, peças automotivas, pneus, combustível dentre outros?
- O critério de escolha do fornecedor se daria por meio de sistema informatizado da Administração (inteligência artificial) com preços dinâmicos, onde a administração enviaria o pedido de cotação em tempo real e online dos itens.
- Onde o próprio sistema faria a apuração dos preços dos fornecedores credenciados, selecionando assim a proposta e condições mais vantajosas para administração. (sic)

Na sessão do Tribunal Pleno ocorrida no dia 08/03/23, em preliminar, apenas o segundo questionamento da consulta foi admitido.

Quanto ao mérito, o relator, conselheiro substituto Hamilton Coelho, apresentou sua proposta de voto, para respondê-la nos seguintes termos:

Por via de regra, o credenciamento não pode ser utilizado para a contratação de bens e serviços comuns. Entretanto, em situações específicas e excepcionais devidamente circunstanciadas, demonstrada a vantajosidade de seu uso e a verificação de alguma das três hipóteses previstas no art. 79 da Lei n. 14.133/21, é lícita a utilização do referido procedimento auxiliar.

O conselheiro Wanderley Ávila acolheu a proposta. Em seguida, pedi vista dos autos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Como bem exposto pelo proponente ao analisar a dúvida suscitada, ao longo dos anos, embora não previsto legalmente, o credenciamento foi adotado como hipótese de inexigibilidade de licitação, com respaldo na doutrina e na jurisprudência. Prevalencia o entendimento segundo o qual a contratação direta mediante credenciamento poderia ser utilizada, conquanto fosse demonstrado, inequivocamente, a inviabilidade de competição durante o procedimento de justificação da inexigibilidade, atendidas as exigências do art. 26 da Lei n. 8.666/93.

Nesse sentido, o relator transcreve trechos do Acórdão n. 351/2010 – Plenário do TCU, que admite o uso do credenciamento mediante inexigibilidade de licitação, desde que demonstradas a inviabilidade de competição entre os potenciais licitantes, visto que, para alcançar o interesse público, não seria possível excluí-los da disputa.

Essa inteligência constituiu entendimento pacificado nesta Corte, que acompanhou a evolução do instituto, haja vista que o rol de hipóteses de inexigibilidade do art. 25 da Lei n. 8.666/93 é exemplificativo e que, no decorrer do tempo, ganhou novas nuances, conforme o seu emprego nas mais variadas contratações nas quais a competição se mostrava inviável para atender às demandas da Administração.

Ocorre que, posteriormente, a Lei n. 14.133/21, não obstante partir da relevante premissa de que a inexigibilidade de licitação pressupõe a inviabilidade de competição, trouxe inovações. Dentre elas, destaco que, ao conceituar, nos termos do art. 78, o credenciamento como procedimento auxiliar de licitações e contratações, pode-se inferir que, na ausência de normas impeditivas, ele precede contratações diretas, inclusive por dispensa de licitação.

Para subsidiar a resposta ao consulente, também sublinho as hipóteses de credenciamento expressas no art. 79, a saber: i) paralela e não excludente; ii) com seleção a critério de terceiros; iii) em mercados fluidos. Nesta última conjuntura, que concentra a dúvida do consulente, a inexigibilidade se dá em razão da impossibilidade de fixação antecipada de preços em virtude da acentuada flutuação do mercado de bens ou serviços padronizados, a exemplo da prestação de serviços de transporte¹.

Na compreensão do professor Marçal Justen Filho², o credenciamento é “uma manifestação anômala de objeto comum”:

Não é despropositado afirmar que o credenciamento pode ser adotado em hipóteses de objeto comum, destituído de peculiaridades, em condições similares ao que se passa no caso do pregão. A distinção reside em que não é cabível um procedimento licitatório específico, em virtude de uma anômala inviabilidade de competição.

Nesse sentido, é notório o fato de que, na busca de soluções efetivas e racionais às contratações realizadas pela Administração Pública, a aplicação do credenciamento como inexigibilidade é percebida em variados tipos de contratação direta, as quais, cumpridas as determinações legais,

¹ Nesse sentido, cita-se o Acórdão 1094/2021- Plenário do Tribunal de Contas da União, no qual ficou consignado que é **regular a aquisição, mediante credenciamento, de passagens aéreas em linhas regulares domésticas, sem a intermediação de agência de viagem, por ser inviável a competição entre as companhias aéreas e entre estas e as agências de viagem**. Rel. Min. Weder de Oliveira. Sessão de 12/05/21.

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Editora RT, 2021, página 1130.

têm o condão de afastar o dever geral de licitar para proporcionar os meios mais adequados de atender ao interesse público.

Evidência disso é o entendimento esposado no Acórdão n. 533/2022³ do Tribunal de Contas da União, no qual foi discutido o credenciamento para contratação de sociedades de advogados:

17. O fato é que, desde então, o entendimento do TCU e a legislação muito evoluíram acerca desse tema. Igualmente, evoluiu também o instituto do credenciamento.

18. Como já dito, o TCU já tinha o entendimento de que, embora não estivesse previsto nos incisos do art. 25 da Lei 8.666/1993, o credenciamento era admitido *"como hipótese de inexigibilidade inserida no caput do referido dispositivo legal, porquanto a inviabilidade de competição configura-se pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão. Para a regularidade da contratação direta, é indispensável a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido"*.

19. Foram várias as oportunidades em que o TCU, antes do presente feito, já havia tratado do assunto credenciamento, tais como:

a) Decisão 104/1995-Plenário (relator Ministro Adhemar Ghisi): considerou legítimo o credenciamento de profissionais e empresas prestadoras de serviço médico;

b) Acórdão 1.751/2004 (relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça): credenciamento de agentes fiduciários pela Caixa Econômica Federal – agente fiduciário é profissional que representa a comunhão de debenturistas, com deveres e poderes específicos para defender os direitos e interesses dos representados;

c) Acórdão 2.731/2009-Plenário (relator Marcos Bemquerer Costa): examinou a legalidade de licitação realizada pelo Departamento de Polícia Federal para contratação dos serviços de administração e gerenciamento de manutenção de veículos;

d) Acórdão 351/2010-Plenário (relator Ministro Marcos Bemquerer Costa): requisitos a serem observados na hipótese de credenciamento, a saber: contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão; garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido; e demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma, cabendo a devida observância das exigências do art. 26 da Lei 8.666/1993, principalmente no que concerne à justificativa de preços;

e) Acórdão 141/2013-Plenário (relator Ministro Walton Alencar Rodrigues): decidiu que o credenciamento, como hipótese de inexigibilidade de licitação, não podia ser mesclado às modalidades licitatórias previstas no art. 22 da Lei 8.666/1993, por não se coadunar com procedimentos de pré-qualificação nem com critérios de pontuação técnica para distribuição dos serviços; e

f) Acórdão 1.215/2013-Plenário (relator Ministro Aroldo Cedraz): determinou ao Ministério da Saúde que formulasse regulamentação disciplinando o credenciamento de prestadores de serviços de saúde privados em complementação ao SUS, a ser utilizada por estados e municípios nos casos em que a oferta de serviços de saúde fosse menor do que a demanda, considerando o ordenamento jurídico vigente.

³ Tribunal de Contas da União. Processo 018.515/2014-2. Rel. Min. Antônio Anastasia. Acórdão 533/2022 – Plenário. Sessão de 16/03/22.

20. Fica explícito, pois, que a prática administrativa e o TCU, na sua jurisprudência, elegeram o credenciamento como uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação baseadas no *caput* do art. 25 da Lei 8.666/1993 (esse *caput* trazia exemplos, mas não impedia que outras hipóteses de inexigibilidade pudessem ser utilizadas pelo gestor).

21. Nesse sentido, é importante ressaltar a tendência do TCU em respaldar soluções inovadoras eficazes, como foi o caso dos diversos credenciamentos realizados. E a importância das deliberações desta Corte de Contas, abonando a utilização desse instrumento, é refletida justamente em sua positivação na lei.

22. Como é sabido, a nova lei de licitações trouxe, expressamente, o credenciamento como hipótese de contratação direta por inexigibilidade de licitação, além das três já constantes da Lei 8.666/1993. O credenciamento passou, assim, a ser empregado nas seguintes hipóteses de contratação (art. 79 da Lei 14.133/2021):

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; e

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.

23. As duas primeiras hipóteses estão associadas a uma visão tradicional de credenciamento: expansão horizontal do número de credenciados.

24. Já a terceira, a contratação em mercados de preços fluidos, parece-me bem distinta e despreendida da visão anterior, na medida em que abre a possibilidade de contratação de bens em mercados fluidos, o que permite antever a utilização de um sistema de **e-marketplace** público formado por fornecedores credenciados. A inexigibilidade decorre, neste caso, da dinâmica existente em mercados concorrenciais com oscilação acentuada de preços em razão da lei da oferta e da procura. (*grifos no original*)

25. Observa-se, portanto, que o credenciamento trazido pela Lei 14.133/2021 acabou por admitir uma dimensão mais ampla do que aquela concebida pela jurisprudência e pela prática administrativa.

26. Na verdade, o TCU já havia se deparado com espécies de credenciamento que refugiam ao padrão, quando comparadas a uma visão ortodoxa de expansão do número de credenciados. Como exemplo, cita-se o já comentado credenciamento de oficinas para manutenção de automóveis do DPF. De acordo com a sistemática licitada, o órgão transferiria à contratada a administração de sua frota, incluindo a manutenção dos veículos, nos seguintes termos:

a) na hipótese de uma viatura necessitar de manutenção, ela seria encaminhada a um estabelecimento credenciado pela contratada para verificação do tipo de serviço a ser realizado;

b) após essa avaliação, a contratada solicita aos estabelecimentos de sua rede credenciada que ofereçam, no mínimo, três orçamentos para o serviço; e

c) um servidor da Administração seleciona a proposta mais vantajosa.

27. Diante da especificidade do caso concreto, formulei proposta, acatada pelo Colegiado, no sentido de determinar ao DPF que efetuasse estudos com vistas a verificar a viabilidade de realizar credenciamento de oficinas para prestação dos serviços de manutenção de suas viaturas, seja diretamente ou por meio de empresa especializada, estabelecendo, no ato de convocação, regras objetivas a serem observadas em todo procedimento e por ocasião das futuras contratações, em especial no que se refere à forma de qualificação dos interessados, condições de pagamento e critérios a serem observados por ocasião da escolha da empresa que executará os serviços. (Acórdão 2.731/2009-Plenário).

28. A meu ver, foi a jurisprudência do TCU um dos fatores mais importantes para que o credenciamento pudesse ter a dimensão que tem hoje na Lei 14.133/2021. Há que se reconhecer, por outro lado, que, de forma evolutiva, o credenciamento caminhou para abarcar novas situações.

Lado outro, em que pese a ausência de regulamentação até o momento, o alargamento das possibilidades de aplicação do credenciamento exige como contrapartida o exame rigoroso da inviabilidade de competição de que trata o *caput* do art. 74 c/c inciso IV, e art. 79, da Lei n. 14.133/21.

Por conseguinte, é imperioso ao gestor avaliar as circunstâncias do caso concreto, tendo em vista as peculiaridades da demanda, os motivos pelos quais a competição se mostra inviável, bem como examinar as situações previstas no art. 79 da Lei n. 14.133/21 que autorizam o credenciamento e a possibilidade de realização de procedimentos licitatórios que permitem a formalização de contratações simultâneas para satisfação do interesse público.

Isto porque, do exame do inciso XLIII do art. 6^o e dos arts. 74⁵ e 79⁶ da Lei n. 14.133/21, depreende-se que o cabimento da inexigibilidade não é definido pela natureza ou complexidade do objeto a ser contratado ou o licitante, mas sim a existência de **circunstância concreta que inviabilize a disputa**, o que torna sem efeito uma eventual deflagração de procedimento licitatório.

A dúvida do consulente reside justamente na possibilidade de utilização do credenciamento para a aquisição de bens de consumo comuns, a exemplo de material hospitalar, alimentos, material de construção, acessórios para veículos automotores e combustíveis, com fundamento na hipótese de que trata o inciso III do art. 79, isto é, quando se está diante de mercados fluidos,

⁴ Art. 6^o 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;

⁵ 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;

(...)

⁶ 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.

que se caracterizam pela flutuação constante dos preços que inviabilize a seleção de agente por meio de licitação.

Nas palavras de Marcos Nóbrega e Ronny Charles⁷, os mercados fluidos são caracterizados por preços dinâmicos:

(...) Vale frisar, a utilização do credenciamento para “mercados fluidos” permite que a contratação decorrente deste procedimento auxiliar se dê sem a prévia definição de preços, o que induz a aceitação de “preços dinâmicos” pela Administração. (grifos no original)

Esses preços dinâmicos, também chamados de preços em tempo real ou preços algorítmicos, são flexíveis e variáveis com base na demanda, oferta, preço da concorrência, preços de produtos substitutos ou complementares⁶¹. O preço pode até mudar de cliente para cliente com base em seus hábitos de compra. Assim, se um determinado bem é constantemente comprado por um determinado município em específica época, isso certamente impactará no preço do produto naquele período. O mercado intuitivamente já faz isso, no entanto, com regras algorítmicas de precificação, isso ficará mais fácil de captar. O preço dinâmico permite que os fornecedores sejam mais flexíveis e ajusta os preços para serem mais individualizados, especificamente para um determinado comprador do produto.

Os preços dinâmicos são determinados por algoritmos baseados em regras ou de autoaperfeiçoamento (AI) que levam em consideração múltiplas variáveis para definir o melhor preço para aquele produto específico, para aquele cliente, naquele momento. Isso, em essência, já impõe um grande desafio para formatação de sistemas de compras públicas. Muitas variáveis podem ser consideradas para definição desses preços, como: sazonalidade dos produtos; dados sobre clientes específicos; tamanho do mercado de compras para determinada região demográfica; hábitos de compras em determinada região; preços dos bens substitutos e complementares; histórico das últimas compras; compras semelhantes em regiões com o mesmo porte econômico, entre tantas outras maneiras de formatar o algoritmo para captar a aleatoriedade dos preços.

⁶¹ AIMULTIPLE. *Dynamic pricing: What it is, Why it matters & Top Pricing Tools.*

A título exemplificativo, cito a ementa do Parecer n. 01473-21, do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, que deliberou quanto à possibilidade de contratar, mediante credenciamento, empresas para o fornecimento de material de construção com a finalidade de utilizá-los na manutenção de escolas da rede pública municipal, com base na Lei n. 14.133/21, *in verbis*:

- 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 n. 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

⁷ NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. A nova lei de licitações, credenciamento e *e-marketplace*: o turning point da inovação nas compras públicas. 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 08/5/23.

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.

(Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. Processo n. 15000e21. Parecer n. 01473-21. Disponível em: <https://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/15000e21.odt.pdf> Acesso em 3/05/21.)

Nesse sentido, caso o mercado do objeto a ser contratado sofra grande variação de preços, provocada por variação cambial, ou sazonalidade, no caso de gêneros alimentícios, ou escassez decorrente de impactos econômicos como aqueles observados pós-pandemia de covid-19 na produção e fornecimento de peças e insumos para veículos automotores, é possível que se esteja diante de mercados fluidos, nos quais não tem condições de definir, de antemão os preços e não é possível firmar uma relação de exclusão entre os potenciais fornecedores.

Assim, em tese, ainda que pendente de regulamentação, compreendo que é possível a utilização do credenciamento fundado no inciso III do art. 79 da Lei n. 14.133/21, para a aquisição de bens comuns, tais como medicamentos, material hospitalar, gêneros alimentícios, material de construção, peças e acessórios para veículos automotores e combustíveis ou outros bens, desde que as circunstâncias de aquisição se amoldem às exigências legais e sejam devidamente justificadas, demonstrando-se a vantajosidade do credenciamento para a Administração. Ressalvo, porém, que a aquisição de medicamentos é regida por normas próprias⁸, e que a manutenção de veículos automotores, incluído o fornecimento de peças, pode ser realizada por contratação direta por meio de dispensa em razão do valor, nos termos do art. 75, I c/c § 7º.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, não acolho a proposta de voto e respondo a consulta nos seguintes termos:

Ressalvadas as especificidades aplicáveis a cada espécie, ainda que pendente de regulamentação, é possível a utilização do credenciamento fundado no inciso III do art. 79 da Lei n. 14.133/21 para a contratação de bens comuns tais como medicamentos, material hospitalar, gêneros alimentícios, material de construção, peças e acessórios para veículos automotores e combustíveis, desde que as circunstâncias de aquisição se amoldem às exigências legais e sejam devidamente justificadas, demonstrando-se a vantajosidade do credenciamento para a Administração. Ressalvo, porém, que a aquisição de medicamentos é regida por normas próprias, e que a manutenção de veículos automotores, incluído o fornecimento de peças, pode ser realizada por contratação direta por meio de dispensa em razão do valor, nos termos do art. 75, I c/c § 7º.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Vou acompanhar o voto-vista do Conselheiro Claudio Couto Terrão, senhor Presidente.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

⁸ Ao ensejo, informo que o TCU, no Acórdão n. 247/2017 – Plenário, de relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues, firmou entendimento no sentido de que a compra de medicamentos ou correlatos ou o respectivo registro de preços deverá observar o uso da modalidade pregão, obrigatoriamente na forma eletrônica, salvo se houver comprovada e justificada inviabilidade, nos termos do § 1º do art. 4º do Decreto n. 5.450/2005.

Com o Relator.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

De acordo com o voto-vista do Conselheiro Claudio Couto Terrão.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

Vou acompanhar o voto do Conselheiro Claudio Couto Terrão quanto ao mérito.

APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO. VENCIDOS O CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA, O CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA E O CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO. NÃO ACOLHIDA A PROPOSTA DE VOTO DO RELATOR QUANTO AO MÉRITO.

(PRESENTE À SESSÃO O SUBPROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

sb/fg/SR

