

Credenciamento e regulamento: ensaio sobre natureza jurídica e atribuições de competências à luz da Constituição Federal e frente à Lei n. 14.133/2021

Accreditation and regulation: essay on legal nature and attributions of powers in the light of the Federal Constitution and against Statute n. 14,133/2021

João Victor Tavares Galil¹

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Sumário: 1. Introito; 2. O credenciamento na Lei n. 14.133/2021; 2.1. Chamamento público; 2.2. O processo; 2.3. O regulamento do credenciamento; 3. Um outro chamamento; Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho tem o objetivo de estudar e expor o instituto do credenciamento, cuja utilização é demasiadamente utilizada de forma distorcida pela Administração Pública. Apresenta, assim, o tratamento conferido pela Nova Lei de Licitações e Contratos, para definir os limites de constitucionalidade do desenho legislativo. Não o bastante, traça a ambiguidade que o rótulo carrega no direito posto, que ultrapassa os termos da Lei n. 14.133/2021, e percebe o regime de competências constitucional que há de ser percebido de acordo com a relação que se pretende veicular pelo ato final do processo administrativo.

Palavras chave: credenciamento; chamamento público; contratação direta; processo administrativo; contrato administrativo.

Abstract: The present work aims to study and expose the accreditation institute, whose use is overused in a distorted way by the Public Administration. Thus, it presents the treatment given by the New Law of Bidding and Contracts, to define the limits of constitutionality of the legislative design. Not enough, traces the ambiguity that the label carries in the right post, which goes beyond the terms of Law n. 14.133/2021, and perceives the constitutional competence regime that must be perceived according to the relationship that is intended to be conveyed by the final act of the administrative process.

Keywords: accreditation; public call; direct contracting; administrative process; public contract.

1. Introito

Dentre os vários méritos dos quais goza o Professor Adilson Abreu Dallari, certamente um deles foi ter enfrentado, sob relevante caráter de vanguarda, o instituto do credenciamento. Naquele momento, hoje, de certa maneira, longínquo, afirmou que haveria nele um aspecto de bruxaria. Muitos acreditavam que ele não

¹Doutorando em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor convidado do CCE-PUCRio. Membro do Centro de Estudos Jurídico-Empíricos (CEEJ). Membro da Diretoria do Instituto Brasileiro de Contas Públicas (IBContas). E-mail: <jvtgdireito@gmail.com>. ORCID: //orcid.org/0000-0002-3090-206X

existia. Todavia, e comprovadamente, provou o consagrado professor não só a sua existência, mas a sua reincidente utilização pelo Estado Brasileiro.²

Hoje, passados cerca de 15 anos, é intuitivo que se negue a afirmação tecida pelo Professor Adilson, no ano de 2006, uma vez que não haveria razão para que se duvidasse da preocupação da doutrina por um instituto tão utilizado. Confesso que, inicialmente, assim eu pensei, mas estava errado.

A verdade é que o credenciamento assumiu uma relação extraconjugal com a Administração Pública. Tornou-se seu amante. Dele os administradores se valem, e gostam de fazê-lo, pois não carrega as "chatices" de processos mais complexos. Todavia, poucas vezes dele comentam ou assumem a frequência com que se dirigem ao seu leito. E mais: embora gostem de encontrá-lo, por muitas vezes, pouco sabem sobre ele. E quem sabe sobre o credenciamento, quando a jurisprudência o tratou pontualmente e a grande parte da doutrina ainda permanece desinteressada?

Pois bem, coube ao legislador federal, pela Lei n. 14.133/2021, reconhecida por consagrar entendimentos jurisprudenciais, tecer-lhe contornos. Sem embargo, o histórico do instituto revela que suas fronteiras ultrapassam aquelas definidas pela Lei de Licitações. Seria isso válido?

Este presente trabalho tem o intuito de analisar o credenciamento à luz devida, emanada pela Constituição Federal. Tentarei, assim, ultrapassar as linhas legisladas e publicadas em 01 de abril de 2021, a fim de verificar se a sua afirmação pelo legislador é real, ou apenas meia verdade (o que corresponderia a uma mentira inteira). Para tal empreitada, penso em analisar o seu cabimento, ou seja, se há espaço para falar-se de credenciamento não veiculado pelas enunciações da Lei 14.133/2021, definir-lhe indo os campos de utilização válida. Não basta: desenharei, para além dos contornos legislados, aspectos de seu regime jurídico.

Utilizar-me-ei do método analítico-dogmático, valendo-me de levantamentos jurisprudenciais como auxiliares argumentativos. Não pretendo esgotar o assunto. Não tenho essa soberba ou essa ingenuidade, mas pretendo revelar a necessidade de correção da desatenção da doutrina. Em outras palavras, pretendo ensaiar um cuidado que julgo necessário para tornar interessante o assunto. Espero conseguir.

2. O credenciamento na Lei n. 14.133/2021

A Nova Lei de Licitações e Contratos tem a característica de consagrar vários institutos e entendimentos jurisprudenciais em uma clara tentativa de dar roupagem estritamente legal a práticas administrativas. Justamente por ter uma redação inspirada em práticas concretas, não pôde, o legislador, dar margens a interpretações desconcentradas e oriundas do caso a caso. Justamente para evitar desgastes interpretativos e corroborar, mais ainda, com a imensa insegurança jurídica já vivida em território nacional, houve por estabelecer um imenso, e até cansativo, rol de conceitos no art. 6º do diploma legal.

Nada condenável, uma vez que a Constituição é clara ao determinar que o legislador federal edite normas gerais a respeito de licitações e contratos. Trata-se de dever de concretização da segurança jurídica no âmbito das contratações públicas, o que permite que os administrados, ao longo do território nacional, possam ter um mínimo de compreensão a respeito de como podem participar e controlar as decisões administrativas. *A contrario sensu*, define o dever de edição de normas específicas pelos entes federativos em seus âmbitos próprios. Em contrapartida, a finalidade buscada foi, justamente, a de concretização da igualdade material, de modo a respeitarem-se as várias distorções territoriais que caracterizam a República Federativa do Brasil.³

²DALLARI, A. A. "Credenciamento", em BANDEIRA DE MELLO, C. A. (coord.), *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, São Paulo, Malheiros, 1997, v. 2, p. 38-52.

³Sobre o tema: MARTINS, R. M. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 115-121.

O conceito de credenciamento, por sua vez, é conferido pelo inciso XLIII do artigo 6º. É definido como o processo administrativo de chamamento público pelo qual se convocam interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, credenciem-se perante a Administração Pública para executar o objeto quando convocados.

O dispositivo é de pouca clareza. Primeiramente porque, em sua última oração, insere o definido na definição, prejudicando-a, não afirmando o que é, de fato, credenciar-se. Além disso, tampouco esclarece o que é chamamento público, embora situe o termo como elemento central da definição. Por último, não define nada a respeito da prestação. Tento superar esses desafios.

2.1. Chamamento público

O termo chamamento público é um termo problemático. Percebi isso quando me debrucei a respeito do processo de seleção de entidades privadas sem fins lucrativos para fins de fomento e desenvolvimento de planos de trabalho, pesquisa essa que se converteu na obra "Licitação e Celebração de Parcerias com o Terceiro Setor", publicada no ano de 2020⁴. Naquele momento, dentre tantas questões problemáticas, percebi que o que se chamava de chamamento público na redação da Lei n. 13.019/2014 não era nada mais, nada menos, do que um autêntico processo de licitação. Perguntei-me, então, o porquê da utilização do termo. Afinal de contas, esse havia sido o rótulo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, no lamentável julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF, para afirmar que a seleção dessas entidades, embora tivesse que concretizar os valores de impessoalidade e publicidade que regem a atividade administrativa, não deveriam converter-se em processo licitatório.

Pelo temor de fazer incidir as normas burocráticas – não necessariamente ruins - da Lei n. 8.666/93, permitiram o afastamento do regime constitucional aplicável ao conceito de licitação. Assim, permitiram que o processo fosse desenhado pelos próprios administradores, sem necessidade de prévia ponderação legislativa. Foi o que embasou a edição do Decreto Federal n. 6.170/2007. Por outro lado, a Lei de 2014, posso dizer, moralizou o rótulo de certa maneira, pois o utilizou, conferindo-lhe a pragmática de um autêntico processo licitatório. É inegável, todavia, que o aplicou a realidade jurídica distinta daquilo que se reconhecia na doutrina e na jurisprudência. Não posso, assim, afirmar que o rótulo científico de chamamento público é o que se conceituou naquele diploma.

A verdade, nua e crua, é que chamamento público é a forma de convocação ampla da administração. É um termo residual, aplicável a todas as convocações direcionadas aos administrados para a participação das decisões administrativas que não se configurem pela pretensão de estabelecer-se o dever de decisão a favor de um eventual ganhador. Tão evidente é essa afirmativa que o próprio legislador tomou cuidado com a utilização do termo, dele se valendo em apenas duas hipóteses de processos administrativos, isso é, além do credenciamento, aos procedimentos de manifestação de interesse. Assim o fez justamente pelo fato de que esses têm o condão de coletar materiais que permitam a modelagem de um futuro processo competitivo, que possa ocorrer ou não, sem que a Administração estabeleça uma competição de projetos (tal como ocorre com a modalidade licitatória de concursos), muito embora seja comum o desvirtuamento do instituto.

Eis um traço característico do credenciamento. Não é novidade, uma vez que sempre se o associou ao chamamento público. A razão é porque, em todas as vezes que se tratava de credenciamento, o que se buscava dizer é que não havia a pretensão da Administração em selecionar uma ou algumas propostas. O seu

⁴ GALIL, J.V.T. *Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor*, Rio de Janeiro, CEEJ, 2020, p. 255-262.

interesse era amplo⁵. Assim, se posso definir a licitação como o processo público⁶ de participação⁷ que permita a competição, em pé de igualdade material, dos administrados, para a apresentação de propostas destinadas à celebração de um ato administrativo bilateral, posso afirmar que essa competição não existe no chamamento público e, portanto, não existe no credenciamento. Quando se afirma algo distinto dessa conclusão, o que se intenta é o desvio do regime próprio das licitações desenhado pela Constituição.

Explico melhor. Ocorre que, para tal tipo de processo, falta o pressuposto lógico da licitação. Leciona Celso Antônio Bandeira de Melo⁸ que três são os pressupostos para que se instaure o processo de licitação, cuja ausência de um deles prejudica o dever de instauração do processo. Nesses casos, diz-se que a licitação é inexigível.

Em primeiro lugar, há que haver incidência do pressuposto fático, ou seja, a existência de interessados na disputa a ser instaurada. Há, ainda, que haver interesse da Administração em selecionar apenas parte dos particulares interessados na edição do ato bilateral ou, de outro modo, haver pluralidade de ofertantes e pluralidade de objetos ou serviços para que reste configurado o denominado pressuposto lógico. Dessa forma, quando o objeto ou serviço pretendido for singular, ou seja, sem equivalente perfeito, por implicação, haverá unidade de ofertantes. Outra possibilidade de falta de pressuposto lógico dá-se quando há unidade de ofertantes, ou seja, ainda que haja vários objetos equivalentes, todos eles só podem ser fornecidos por um agente privado, que se configura como produtor ou fornecedor exclusivo. Por último, há que se verificar a presença de pressuposto jurídico, ou seja, se, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas verificadas no caso concreto, o Direito não proíbe a instauração da licitação. Em outras palavras, deve o agente público verificar se os princípios jurídicos contrários àqueles tutelados pela realização do processo licitatório, em uma ponderação, não prevalecem no resultado. Com efeito, a licitação não é um fim em si mesmo, mas meio para alcançar o interesse público, de forma que, em situações nas quais se faz contrária ao fim funcional da Administração, o Direito termina por proibi-la, como, por exemplo, o faz em razão do tempo a ser despendido ou da publicidade normalmente imposta.

Dessa maneira, percebe-se de plano: o credenciamento, sendo um processo de chamamento público, é justamente um processo caracterizado pela ausência do pressuposto lógico da licitação. Mas não basta.

2.2. O processo

Não esclareci, ainda, o que significa falar-se de processo. Faço isso agora, pois julgo a questão importante. Adianto: só se faz sentido falar de processo, ou melhor, de um processo específico, quando se entende a sua finalidade. Sendo, assim, a função administrativa caracterizada pela edição de normas administrativas, veiculadas por atos administrativos⁹, é necessário que se entenda qual conteúdo o ato veiculará.

Explico melhor: os atos administrativos, para que sejam válidos no ordenamento jurídico, ou seja, que sua edição não se submeta a uma exigência de correção formulada pelo próprio sistema jurídico, há que atenderem a uma série de pressupostos de regularidade. Um desses pressupostos é o chamado pressuposto

⁵Nesse sentido: NIEBUHR, J. M. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, Belo Horizonte, Fórum, 2008. p. 323-325.

⁶SUNDFELD, C. A. *Licitação e contrato administrativo*, 2 ed, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 25.

⁷Sobre o processo de participação: MARTINS, R. M. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 312-320.

⁸BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*, 35 ed, São Paulo, Malheiros, 2021, p. 446/447.

⁹GALIL, J. V. T. *Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor*, Rio de Janeiro, CEEJ, 2020, p. 132-135.

objetivo, dividido em motivo e requisitos procedimentais¹⁰. O primeiro diz respeito ao fato jurídico que implica na exigência ou na autorização do exercício normativo, enquanto o segundo faz referência aos atos jurídicos previamente praticados antes do exercício normativo analisado. Apesar de os conceitos não se confundirem, a enorme relação entre os dois permite que se elucide o procedimento a partir dos requisitos procedimentais, isso porque, enquanto os requisitos se referem aos atos jurídicos que devem ser praticados de forma antecedente a um ato específico, o procedimento diz respeito a todo o conjunto de atos editados de forma sucessiva, teleologicamente vinculados à edição de um ato conclusivo¹¹. Perceba-se: os requisitos são partículas que, juntas, compõem o procedimento. Disso, por sua vez, se constata que, pelo procedimento, é possível a verificação da legitimidade da edição do ato, o que facilita o seu controle pela população e pelos órgãos competentes, já que se torna visível o panorama cronológico da forma como se dá a atuação administrativa.

Há que se perceber as notas próprias de procedimento e de processo a ponto de justificar a própria diferenciação estabelecida no texto constitucional. Não se presumem palavras inúteis nos textos normativos, de forma que resta reconhecer que o constituinte atribuiu distintos significados a distintos significantes, ou seja, por que se valeu da palavra "processual" ao delimitar as competências privativas da União, pelo art. 22, I, e as competências concorrentes, pelo art. 24, X, ao mesmo tempo em que afirmou competir concorrentemente legislar sobre "procedimentos e matéria processual", conforme art. 24, XI, tido como o critério normativo para a adoção da expressão, segundo Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz¹².

Importantes nomes da doutrina caracterizaram o processo como o procedimento com exercício do contraditório. Posicionaram-se a favor dessa opinião, de forma geral, Romeu Felipe Bacellar Filho¹³ e, antes dele, Hely Lopes Meirelles¹⁴. De fato, nunca se contestou que o processo era procedimento, mas a nota de diferenciação entre os termos não foi posicionada em lugar comum. Com esse esforço da doutrina, superava-se a ideia de fungibilidade semântica, pois haveria algo a mais.

Observa Ricardo Marcondes Martins a impossibilidade de se restringir o elemento adicional ao procedimento para a formação do conteúdo jurídico de processo a exercício de contraditório¹⁵. Essa conclusão, conforme o próprio autor, pode ser extraída das lições de Niklas Luhmann e de sua obra denominada "Legitimação pelo Procedimento"¹⁶, segundo as quais a legitimidade de uma decisão proferida pelos detentores do poder – que pode ser estendido ao conceito de dever do Estado Social e Democrático de Direito – é alcançada quando permitida a participação dos interessados, sendo esses, no caso em estudo, a própria sociedade. Essa constatação deixa evidente que não basta a sucessão de atos passíveis de

¹⁰BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*, 35 ed, São Paulo, Malheiros, 2021, p. 325-330.

¹¹MARTINS, R. M. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2008, 150.

¹²FERRAZ, S; DALLARI, A. A. *Processo administrativo*, 3 ed, São Paulo, Malheiros, 2012, p. 53.

¹³O autor defende a presença do contraditório como nota diferenciadora (BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*, 4 ed, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 50).

¹⁴De maneira não muito distinta, Hely Lopes Meirelles afirma ser o procedimento a forma como se desenvolve o processo, que seria a sucessão de atos destinados a obtenção de uma decisão final a respeito de uma controvérsia (MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*, 41 ed, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 801).

¹⁵MARTINS, R. M. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 275-280. Na seara da Teoria Geral do Processo, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco estendem o conceito de processo à jurisdição voluntária (CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*, 29 ed, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 180/181).

¹⁶LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*, Brasília, UnB, 1980, p. 13.

controle, mas é necessária também a participação dos administrados de forma a que se façam concretos os princípios democráticos e republicanos evidenciados na Constituição Federal. Portanto, conclui o autor paulista, a nota do contraditório é, em realidade, direito à participação, participação essa que, à primeira manifestação do administrado, cria uma relação jurídica que vincula duas situações jurídicas, uma do manifestante e outra do agente público, dotada de ônus, poderes, faculdades, sujeições e deveres¹⁷. Essa relação, que permite a formação do conteúdo de um ato de forma democrática e segura aos ditames da função estatal, é estabelecida também na licitação. Não há o que se negar: tal como qualquer processo administrativo, a licitação também se configura com base em um procedimento e a formação de relações jurídicas, todos vinculados com a finalidade de produzir o ato conclusivo que, no caso, é a edição de um ato administrativo bilateral.

Poderia, eu, dizer aqui que, faltando o pressuposto lógico da licitação, basta reconhecer o credenciamento como o requisito procedimental de edição de atos administrativos bilaterais marcados pela inexistência de competição qualificada pela intenção de contratação de todos. Afinal de contas, o art. 79, próprio para desenhar o regime do referido processo, deixa claro, em seu *caput*, que o processo ali previsto se destina a contratações, ou seja, à formação de atos administrativos bilaterais. Credenciar-se, assim, seria apresentar-se para tal finalidade.

Essa afirmação traz, sem embargo, a necessidade de três reflexões. A primeira delas é reparar que existe, claramente, uma ambiguidade quanto ao uso do termo pela própria Lei de Licitações. Isso porque, uma vez que credenciar-se é apresentar-se para a finalidade de formação de um ato administrativo bilateral possível, percebe-se que o credenciamento passa a ser tido pelo legislador como espécie de processo, ou mais especificamente, espécie de chamamento público, e também é o ato que, podemos dizer, atesta o cumprimento de requisitos pelos particulares capazes de, no futuro, celebrarem os contratos administrativos. Essa ambiguidade não é a única existente quanto ao termo, como demonstrarei ao longo deste trabalho.

Restam dois problemas. O primeiro deles diz respeito à previsão do parágrafo único do dispositivo, no sentido de que os "procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento". A segunda é que, com base nas experiências doutrinárias e no que se consagrou na doutrina, a afirmação legal me parece reduzida, o que pode induzir os aplicadores a reconhecerem a incidência de normas incompatíveis com certas situações. Passo a enfrentar a primeira.

2.3. O regulamento do credenciamento

A nova lei de licitações define, nos incisos dos art. 79, as três hipóteses de utilização do credenciamento. Faço minhas as palavras de Ricardo Marcondes Martins¹⁸: em razão da inexigibilidade de licitação, por falta de pressuposto lógico, desnecessária a previsão legal. Isso porque é simplesmente descabido, sem sentido, falar de licitação nas hipóteses de contratações paralelas e não excludentes e nas hipóteses de seleção a critério de terceiros. Sem embargo, a redação do art. 74, IV, é infeliz, uma vez que o que se credencia não são objetos, mas pré-habilitados, que cumpram os requisitos tidos como necessários, desde que razoáveis.

Na hipótese de contratações paralelas e não excludentes, o legislador, para evitar que uns administrados sejam mais bem beneficiados do que outros, rompendo-se com a racionalidade do credenciamento, determina que, diante da ausência de permissão da contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, em razão

¹⁷MARTINS, R. M. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. Op cit., p. 280-285. Essa mesma posição é defendida na recente obra de Cândido Rangel Dinamarco sobre o Código de Processo Civil de 2016 (DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*, Vol. I, São Paulo, Malheiros, 2017, p. 135/136).

¹⁸MARTINS, R. M. "Inexigibilidade de licitação à luz da Lei 14.133/21", *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 5, nº. 19, out.-dez. 2021, p. 28/29.

das características do objeto, sejam adotados critérios objetivos de distribuição da demanda. Além disso, nas hipóteses citadas, a lei ainda exige que no edital de chamamento público sejam previstos os valores das contratações.

Todavia, a última das hipóteses, referente à hipótese de mercados fluidos, possui constitucionalidade duvidosa, pois, como afirma o professor paulista, se o benefício administrativo “não vai ser estendido a todos os habilitados por escolha da própria Administração, há pressuposto lógico para licitar, descaracterizando-se o instituto do credenciamento”¹⁹. Parece-me que, em casos dessa natureza, seja devida a justificação pelo administrador das razões para não se realizar, por exemplo, licitações com critério de julgamento tipo “maior desconto”.

Não me interessa, nesse momento, tratar das contingências próprias das previsões do art. 79 do diploma. Tenho a intenção de demonstrar que o credenciamento não se restringe àquilo veiculado pela nova Lei de Licitações. Sob essa ótica, o dispositivo tem um imenso defeito, fruto de uma mania do legislador – e da doutrina – de ignorarem a composição das competências referentes à matéria de processo de contratação desenhadas pela Constituição. Os incisos do parágrafo único definem regras gerais, referentes à divulgação do edital de chamamento público, a critérios de distribuição de demanda, conforme já mencionado, à adoção de condições padronizadas de contratação e, como também já dito, definição do valor da contratação, ao dever de registro de cotações de mercado, à necessidade de autorização expressa do Poder Público para a contratação de terceiros pelo credenciado e, por último, à admissão de fixação de prazos para à denúncia das partes. Em seu mesmo teor, no *caput* do parágrafo, afirma que à atenção a essas regras serão especificadas em regulamento, instrumento esse editado, sob exercício abstrato de competência do administrador²⁰.

Essa fórmula, também seguida em outras legislações, como é o caso da Lei n. 13.019/2014, desobedece à determinação constitucional de que normas específicas sejam ditadas pelo legislador local, não pelo Chefe do Executivo, como é o caso do ato mencionado, sobre o qual reza o art. 84, IV, da Constituição Federal.

Como dito, a opção do constituinte, ao estabelecer a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos, destina-se a preservar a segurança jurídica e os interesses nacionais sem, em contrapartida, ferir o princípio da igualdade no tocante aos membros da federação. Em melhores palavras, é inerente ao princípio da igualdade a própria distinção, já que, por mais incoerente que possa ser essa oração sob leitura apressada, sabe-se que a igualdade meramente formal, sem levar em conta as distinções inerentes entre os sujeitos à norma, é clara fonte de injustiças.

Pois bem, normas gerais podem dizer respeito tanto à generalidade de indivíduos quanto à generalidade de comportamentos a serem normatizados – o que quer dizer que não está regulada uma ação que se exaure, mas uma que se prolonga no tempo e abarca determinados comportamentos outros, conforme exposição de Norberto Bobbio²¹ – mas para o tratamento do dispositivo há que se entender, ainda, que as normas editadas pela União de forma privativa têm o condão de tutelar a permanência da unidade federal e criar um campo minimamente seguro juridicamente para que os cidadãos possam influenciar a atividade administrativa ao longo do território por meio de relações jurídicas estabelecidas entre o administrado e o administrador.

Há, no entanto, que se levar em conta as especificidades regionais de um país tão desigual. De fato, um prazo considerado razoável para cidades como São

¹⁹MARTINS, R. M. “Inexigibilidade de licitação à luz da Lei 14.133/21”, *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 5, nº. 19, out.-dez. 2021, p. 28/29.

²⁰Sobre o tema: CARRAZZA, R. A. *O regulamento do direito tributário brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 13.

²¹BOBBIO, N. *Teoria da norma jurídica*, 2 ed, São Paulo, Edipro, 2014, p. 177.

Paulo e Rio de Janeiro pode não ser, e frequentemente não o será, para municípios no interior do Estado do Amazonas ou do Pará, atendidos por escassa malha rodoviária e inseridos em contextos de alta concentração de mercado. É em razão disso que a Constituição exige que os demais entes tratem aspectos caros à sua própria realidade e se dotem de características procedimentais próprias e compatíveis com seu âmbito interno, de forma a fazer com que a descentralização territorial do poder possa, realmente, servir-se a fins democráticos.

Essas previsões, longe de serem meros devaneios da doutrina, encontram suporte em claríssima redação constitucional. Como se percebe da simples leitura, o art. 22 da Constituição Federal de 1988 introduz o rol de competências privativas do legislador federal. Assim, destaca-se, não se tratam de competências da União, mas competências que devem ser exercidas pelo legislador federal, uma vez que o constituinte se valeu do verbo "legislar". Do mencionado rol, o inciso XXVII veicula que o objeto de tal competência é o estabelecimento de normas gerais de licitação e contratação. *A contrario sensu*, como adiantado, as normas específicas devem ser editadas pelo legislador local, não pelo administrador. Ou seja, nem mesmo para normas específicas, é admitida a figura do regulamento, pois esse, sendo ato administrativo, só é editado em razão de exercício de função administrativa.

Dois esclarecimentos devem ser realizados para o esclarecimento dessa exposição. O primeiro diz respeito à utilização do termo "contratação". O segundo diz respeito à espécie de regulamentos válida no direito brasileiro.

Alguns aspectos não que ser abordados para a completa compreensão da natureza jurídica do processo licitatório. Em primeiro lugar, há que se dizer por que a licitação, pela linguagem constitucional, se configura como um processo público, de forma que se impossibilite sua denominação, ao menos no significado constitucionalizado, a condutas semelhantes no âmbito da iniciativa privada. Em segundo lugar, aproveitando muito do que já se disse, há que se esclarecer o motivo de dizer que tal processo público é destinado à "contratação".

A Constituição de 1988, de reconhecido conteúdo democrático e marco do fim da Ditadura Militar, foi a primeira da história nacional a constitucionalizar o termo²². Até então, o signo de licitação só havia conquistado lugar no ordenamento por meio de normas infralegais. O texto que vigia na época era o veiculado pelo Decreto n. 2.300/1986, que não definia o instituto, mas apresentava conteúdo que forneceu subsídio considerável para o texto da Lei n. 8.666/93. Sob a redação do revogado art. 3º, verifica-se a finalidade do processo em selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração em respeito aos princípios da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e demais princípios correlatos. A vinculação do termo aos vetores de direito público, no entanto, não é monopólio da produção nacional. Héctor Jorge Escola, por exemplo, afirma que só se pode entender o instituto quando se reconhece a possibilidade de oposição ou concorrência entre todos os particulares que dela participam, em similares condições e possibilidades e de forma que todo o processo se faça público²³. Interessante que tanto esse autor bem como seus conterrâneos, Eduardo García de Enterría e Tomaz-Ramón Fernández, reconhecem ser a licitação apenas um dos vários processos de competição entre administrados destinados à seleção pela Administração Pública²⁴ que, no entanto, ganha tamanha relevância pela doutrina de forma a fazer com que, regra geral, os estudiosos acabem remetendo o estudo do gênero ao estudo da espécie²⁵. O vínculo do signo com os princípios administrativos, por sua vez, revela acerto da posição de Carlos Ari Sunfeld que

²²ROSILHO, A. *Licitação no Brasil*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 83.

²³ESCOLA, H. J. *Compendio de derecho administrativo*. vol II. Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 656/657.

²⁴ENTERRÍA, E. G; FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de direito administrativo*, Tomo II, São Paulo, RT, 2015, p. 706.

²⁵ENTERRÍA, E. G; FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de direito administrativo*, Tomo II, São Paulo, RT, 2015, p. 706.

nega a possibilidade existencial de uma licitação na seara privada²⁶. É uma relação de dever público, pois sua instauração não se confere em discricionariedade do agente administrativo, mas em vinculação²⁷. Regra geral, o processo de seleção há que ser instaurado e a possibilidade de seu afastamento só se dá nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade, adiante tratadas.

A nota distintiva entre a licitação e os demais processos análogos da Administração, conforme os doutrinadores espanhóis, é também acatada pela redação constitucional. Os dispositivos constitucionais sobre o tema (art. 22, XXVII, art. 37, XXI, art. 173, III, e art. 175, *caput*, todos da Constituição Federal) o relacionam à edição de um ato administrativo bilateral. Como, no entanto, já era de se esperar, a redação se fez atécnica: utilizou-se dos termos "contratos" e "contratação". Não há que se deixar enganar: os significados técnicos a serem extraídos por trás da literalidade dizem respeito, respectivamente, ao ato editado cujo conteúdo é formado a partir da manifestação de particular e ao processo por ele concluído. Portanto, o ato conclusivo do processo de licitação não pode ser qualquer ato a não ser, por força da redação constitucional, à seleção de um particular para a edição de um ato bilateral. Apesar de não reconhecer o contrato nos termos aqui defendidos, a maioria da doutrina se posiciona em relação ao fato de que a Administração não se vale da licitação para a edição futura de ato unilateral²⁸. No entanto, a tradição de se imaginar o direito público como direito privado resulta em outro equívoco, pois há aqueles que acreditam, como é o caso de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Régis Fernandes de Oliveira, que o fim da licitação é tão somente selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração²⁹, como se essa possuísse interesses destoados dos particulares, que restassem desconsiderados, e visasse apenas o melhor custo-benefício possível. Essa visão, no entanto, não se sustenta perante o regime publicista. A atuação administrativa deve ser economicamente responsável, mas sua atuação eficiente também deve levar em conta todo o ordenamento jurídico e, assim, permitir o acesso igualitário de todos à concorrência pelo posto de selecionado, preenchido após um julgamento objetivo e pré-estabelecido³⁰.

Não se está a defender que a instauração de um processo impessoal de seleção, baseado em critérios objetivos e pré-fixados deva se dar somente no âmbito licitatório. Afirmar isso é incidir no fato denunciado por Carlos Ari Sundfeld, em julgar o gênero pela espécie. O sistema normativo exige que sejam respeitados os princípios da isonomia e da publicidade, dentre outros, essenciais para a seleção administrativa,

²⁶SUNDFELD, C. A. *Licitação e contrato administrativo*, 2 ed, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 25.

²⁷Afirma Adilson Abreu Dallari: "O princípio da isonomia, por si só e independentemente de qualquer norma, obriga a Administração a valer-se do procedimento da licitação" (DALLARI, A. A. *Aspectos jurídicos da licitação*, 6 ed, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 33). Não se concorda que a licitação seja instaurada em razão do princípio da isonomia por si só, visto que os princípios estão sempre em conflito. É inegável, no entanto, a importância que a Constituição lhe conferiu de forma a tornar claro que a instauração do processo licitatório é, amplamente, a regra.

²⁸SUNDFELD, C. A. *Licitação e contrato administrativo*, Op cit., p. 15.

²⁹Extrai-se esse entendimento dos próprios conceitos apresentados pelos eméritos juristas. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello afirma ser a licitação o "procedimento administrativo, preliminar à celebração de acordo de vontade entre partes, relativo a dado objeto, e em princípio, obrigatório, para as entidades públicas, a fim de apurar a melhor oferta a respeito, entre as propostas dos nele acaso participantes" (BANDEIRA DE MELLO, O. A. *Da licitação*, São Paulo, Bushatsky, 1978, p. 33).

³⁰Afirma Lúcia Valle Figueiredo que a publicidade na licitação é de imperatividade absoluta, pois caso contrário não haveria concorrência, ou haveria sob arbitrariedades do Poder Público. Com a publicidade de regras pré-estabelecidas, assegura-se a isonomia do processo e a ampla disputa para a seleção do Poder Público (FIGUEIREDO, L. V. *Direitos dos licitantes*, 3 ed, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 49/50).

sendo desnecessário o comando expresso para tal³¹. O que se está a dizer é que a aplicação do conceito se vale apenas para a edição de atos bilaterais, sendo contratos ou convênios, distinção essa não realizada pelo constituinte quando tratou da licitação.³²

A restrição aos atos bilaterais tem efeitos normativos, pois, ao fazê-lo, a Constituição destinou regramento próprio à questão. Em primeiro lugar, editou regra abstrata de estrutura à União, conferindo-lhe competência privativa para editar normas gerais a respeito do processo licitatório. E foi enfática: em todas as modalidades, vedando a criação de novas modalidades pelas demais entidades³³. Além disso, determinou que as hipóteses de dispensa fossem estabelecidas em lei, conforme redação do art. 37, XXI.

Quanto aos regulamentos, já afirmei que, diferentemente do defendido pela doutrina clássica, os atos administrativos não se restringem a atos concretos e individuais. Pelo contrário: é totalmente possível a edição de atos gerais e abstratos. Sua edição confere-se em exercício de função administrativa, de forma que se exige do administrador a ponderação diante do caso concreto atenta aos princípios formais vigentes pela prévia ponderação legislativa ou por sua omissão. Em sua estrutura, a hipótese se refere a casos que se repetem no tempo³⁴, de modo que se tornam fontes ininterruptas de normas. Dentre esses atos destacam-se os decretos, cujo conteúdo se confere na norma introduzida que recebe o nome de regulamentos, cuja edição é de competência privativa de Chefe do Executivo.³⁵

Não há substrato constitucional capaz de validar a distinção doutrinárias referente a três espécies de regulamentos, ou seja, referente aos regulamentos

³¹Interpreta-se dessa maneira as palavras de Carlos Ari Sundfeld, ao afirmar que o dever de licitar existiria mesmo diante da ausência de normas expressas (*Licitação e contrato administrativo*, op cit., p. 18). Por reconhecer que o autor se vale dos princípios constitucionais, estende-se a conclusão para todo processo seletivo da Administração Pública. No mesmo sentido, Eros Roberto Grau afirma que o fundamento da licitação provém do princípio da isonomia assim como o fundamento dos concursos públicos, que se pautam na própria ideia de República, que abole quaisquer privilégios e garante formalmente a igualdade de oportunidade de acesso a todos, sempre quando houver uma concorrência instaurada diante da Administração Pública (GRAU, E. R. *Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da Lei*, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 15/16).

³²A afirmação, como um todo, tem um importante efeito dogmático: a aplicação de certas regras de competência ao instituto de licitações que não se fazem presentes em demais processos de seleção. Insiste-se: não se nega que o Texto Maior exija, como concretização de seus valores positivados, o processo impessoal, previamente estabelecido legalmente, para que se escolha um particular. Ainda que só tenha se expressado a respeito das licitações e dos concursos, a interpretação dos dispositivos referentes aos institutos permite ao intérprete resolver a lacuna constitucional, ou seja, a incompletude contrária ao programa estabelecido pelo constituinte (CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7 ed, Coimbra, Almedina, 2017, p. 1235). Há, no entanto, que se perceber que, para esses processos, a Constituição não foi tão rígida quanto o foi para a licitação, destinada à edição de atos bilaterais. Não instituiu, assim, a competência privativa da União para editar normas gerais, o que, por certo, resulta em maior autonomia dos entes federados para editarem seus próprios processos administrativos. Afinal, vale ter em mente que, como afirma Ricardo Marcondes Martins (*Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 321-322), a Constituição Federal, diferentemente do que fez com relação aos processos jurisdicionais, permitiu o tratamento dos processos administrativos de cada ente por meio deles próprios. É o que vale para que se conclua: o constituinte foi mais rígido em relação ao processo destinado à edição de atos bilaterais com particulares do que o foi em relação aos processos que resultem em edição de atos unilaterais.

³³MONTEIRO, V. *Licitação na modalidade pregão*, 2 ed, São Paulo, Malheiros, 2010, p. 70.

³⁴Afirma Diógenes Gasparini que os atos abstratos, também chamados normativos, são aqueles que dispõe sobre casos que podem repetir-se" (GASPARINI, D. *Direito administrativo*, 14 ed, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 79).

³⁵GALIL, J. V.T. *Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor*. Rio de Janeiro, CEEJ, 2020, p. 239-241.

autônomos, aos regulamentos autorizados e aos regulamentos executivos³⁶. Conforme expõe Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷, se fosse permitido ao Executivo agir em inobservância das estipulações legais, fragilizar-se-iam as garantias individuais e a própria concepção da separação de poderes. A lógica invalida regulamentos delegados e autônomos, pois se não se permite agir à sombra das decisões legislativas, que devem ser sempre consideradas, também não se permite ao administrador editar ato cujo conteúdo deveria ser disposto por lei, ainda que se trate de lei delegada (art. 68 da CF/88). Essa autorização deturparia a própria lógica do constituinte e enfraqueceria o viés normativo do Texto Maior. Em outras palavras, se a Constituição atribui à lei inserir determinadas normas no mundo jurídico, não pode o legislador infraconstitucional decidir dar-lhe outra função.

Apesar de alguns autores se manifestarem contrários à exclusividade dos decretos executivos³⁸, fato é que o Texto Constitucional, por meio de seu art. 84, IV, não deixa dúvidas. Mesmo as alíneas do inciso VI do mesmo artigo, inseridas pela Emenda Constitucional n. 32/2001, não contribuem para a classificação tripartite. Primeiramente porque a hipótese da alínea "b" só ocorre porque lei anterior instituiu os cargos, enquanto a alínea "a" diz respeito à mera organização interna de órgãos e competências já criadas por lei³⁹.

Note-se, portanto, que ainda que, validamente, tais atos se caracterizem pela abstração, a ponderação que proporciona sua edição não se confunde com a ponderação legislativa. Tampouco se confunde com a ponderação exercida previamente à edição de um ato concreto. O regulamento tem o condão de conferir aplicabilidade à lei, conferir-lhe condições para ser executada. A ponderação efetuada leva em conta os princípios incidentes sobre a fixação de condições necessárias ao cumprimento de normas legislativas, não sobre o ato concreto no qual se dá a aplicação. Trata-se, portanto, de instrumento pelo qual o Poder disciplina sua própria administração em atenção às decisões do legislador que, por sua vez, se não editou lei, é de se entender que não há o que regulamentar. A omissão será afastada no caso concreto, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas, mas o regulamento se mantém fiel execução das ponderações legislativas, tal como enuncia o art. 84, IV, da Constituição Federal.

Conferir tal tarefa ao legislador é evitar, justamente, que se transformem, pela análise subjetiva do administrador, as regras relativas ao processo destinado à contratação, facilitando a captura da Administração Pública, uma vez que o processo de edição e de transformação de regulamentos é notoriamente mais brando que o de edição e de promulgação de uma lei. Assim sendo, embora não seja uma afirmativa tautológica, conferir a competência de definição de regras ao legislador é impedir, em considerável medida, a mudança caso a caso destinada ao favorecimento de alguns administrados em relação a outros, o que poderia ser feito, inclusive, para

³⁶CARRAZZA, R. A. *O regulamento do direito tributário brasileiro*. São Paulo, RT, 1981, p. 13.

³⁷BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Curso de direito administrativo*, 35 ed, São Paulo, Malheiros, 2021, p. 353-355 e 364.

³⁸ Por exemplo: CYRINO, A. *Delegações legislativas, regulamentos e administração pública*, Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 115; BINENBOJM, G. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3 ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2014, p. 140 e GRAU, E. *O direito posto e o direito pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 188/189.

³⁹ De qualquer forma, o constituinte reformador se utilizou do mesmo significante para distinto significado do que havia consagrado a Constituição. Devido a esse motivo, concorda-se com Ricardo Marcondes Martins que, por sua vez, não lhes reconhece o caráter de regulamentos e os rotula, assim, de regulamentos impróprios (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal, Regulação Administrativa à luz da Constituição Federal*, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 110).

fins eleitoreiros, tão comuns em um país de cotidiano neocoronelista, dominado por milícias de todos os tipos, que se estendem desde as margens da Baía da Guanabara até os rincões da Cabeça de Cachorro.

O parágrafo único, ao determinar que as especificações das normas gerais sejam tratadas por regulamento, parece “queimar etapa”, em linguagem prosaica. Incide em inconstitucionalidade, por desrespeito à norma de estrutura prevista no Texto Maior. Para evitar as invalidades em âmbito próprio, deve, o legislador local, dispor das normas específicas necessárias. Vale lembrar, antes de tudo, que o credenciamento tem, como finalidade, a contratação. Insisto: é vazio tratar um processo sem perceber a sua destinação, uma vez que a função administrativa é conceituada pela edição de atos administrativos. A finalidade de contratação faz incidir o desenho constitucional de competências, que deve ser respeitado. Isso porque, o próprio ato de credenciamento, percebido como a marca do processo homônimo, embora tenha caráter unilateral, editado não a partir da manifestação de um particular para a concepção do conteúdo de um contrato administrativo, mas por um medo *check-up* de requisitos, é destinado também para a contratação, finalidade verdadeira do processo movimentado.

3. Um outro credenciamento

Os poucos trabalhos existentes indicam que o credenciamento tem larga utilização desde antes das previsões da Lei n. 14.133/2021. As ponderações legislativas se devem ao atual diploma que, no entanto, deu tratamento ao signo destinado àquilo que se pretendia, ou seja, às contratações. O risco com essa opção do legislador tem um efeito pragmático: induzir os intérpretes à falsa crença de que tudo aquilo a que se confere o nome de credenciamento é regido pelo art. 79 recentemente promulgado, atitude essa que desconsideraria a finalidade do processo desenvolvido.

Explico melhor: imagine-se uma linha do tempo. Nela há três marcas, indicando pontos temporais. O primeiro é o edital de chamamento público. Ele se destina ao credenciamento. Apresentando-se os particulares, e verificados os requisitos, se os credenciam. A partir daí instaura-se a relação que levará ao ato da contratação. Esse é o desenho da Lei de 2021, que tem o ato em tela como requisito procedimental da contratação fruto de inexigibilidade de licitação. Todavia, está aí uma outra ambiguidade referente ao uso do termo credenciamento.

Ocorre que nem sempre é esse o desenho apresentado nas situações que se referem ao credenciamento, pois, muitas vezes, não é essa relação contratual que é pretendida. A finalidade é outra, como se pode perceber do estudo de Adilson Abreu Dallari⁴⁰. Nele, o autor paulista dá vários exemplos de credenciamentos destinados a conferir a possibilidade para que o particular se destine ao desenvolvimento de atividades materiais, a título próprio, instrumentais ao exercício da ordenação administrativa⁴¹. Trata-se, assim, de um ato unilateral que não se destina a preparar a formação de um ato administrativo bilateral. Daí em diante, o que haverá é tão somente o estabelecimento das relações contratuais entre o particular credenciado e o particular consumidor.

Trago alguns exemplos. Um deles é o referente ao regime da Resolução CONTRAN n. 358 DE 13/08/2010, que dispõe a respeito de credenciamento de entidades públicas e entidades privadas para o processo de formação, qualificação, atualização e reciclagem de candidatos e condutores⁴². É o que também ocorre

⁴⁰DALLARI, A. A. “Credenciamento”, em BANDEIRA DE MELLO, C. A. (coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, São Paulo, Malheiros, 1997, v. 2, p. 38-52.

⁴¹Utilizo a terminologia empregada em SUNDKELD, C. A. *Direito administrativo ordenador*, 1 ed, São Paulo, Malheiros, 2003, por acreditar que seja mais precisa do que “poder de polícia”.

⁴²O exemplo tem gênese no trabalho já citado de Adilson Abreu Dallari (*supra*, rodapé nº. 2), com legislação atualizada.

quanto ao credenciamento de entidades perante a Comissão Nacional de Residência Médica para a prestação de cursos referentes, nos termos da Lei n. 6.932/1981. Em ambas as situações, não há a prestação de um serviço público ao particular, mas o desenvolvimento de uma atividade privada que, por sua vez, é executada por um particular autorizado a emitir um título jurídico em favor do contratante. Nem a prestação, nem mesmo o título emitido, têm caráter de contrato administrativo. Nenhum deles veicula uma relação bilateral entre o particular e o Estado.

Outro exemplo é a prática existente no desenvolvimento do serviço funerário no Município de São Paulo. Na capital paulista, diferentemente de outras capitais, o serviço funerário é um serviço público, conforme Lei n. 8.383/76, prestado diretamente por entidade autárquica, o Serviço Funerário do Município de São Paulo, infelizmente conhecido por seu histórico de captura por interesses privados. Por ele, conforme disposto em Lei Municipal n. 17.180/2019, credenciam-se clínicas de tanatoestética, também conhecidas como clínicas de tanatopraxia. Por mais que possam, as clínicas, prestarem os serviços a outros serviços funerários, oriundos de fora dos limites da capital paulista, embora economicamente desinteressante, para prestarem seus serviços aos usuários da autarquia municipal, devem credenciar-se perante essa. O ato, não obstante a falta de autorização legal para tal, tem efeitos regulatórios (ainda que se possa discutir a sua natureza de prestação de serviço público municipal por autorização), permitindo assim que os motoristas de traslado se dirijam até essas clínicas com os corpos destinados ao procedimento estético. Por mais paradoxal que possa parecer, a atividade mantém característica de atividade econômica enquanto não é prestada de maneira acessória, como afirmado pela Resolução 14/SFMSP/2019, para o serviço funerário paulistano.

Independentemente da natureza jurídica da atividade prestada, o que importa reconhecer é que, a família, ao contratar um serviço de uma dessas clínicas, estabelece uma relação jurídica com ela da qual já não participa mais o Estado. O papel desse está em relação jurídica anterior, denominada de credenciamento pela resolução mencionada, mas obviamente não tem caráter de relação contratual, não havendo espaço para definições de cláusulas baseadas em propostas apresentadas pelos particulares ou, mesmo, a definição de equações econômico-financeiras. Tampouco, ainda, há a configuração da Administração como cliente do serviço, uma vez que o Estado nada recebe e nada paga pelo desempenho dos particulares.

Outro exemplo, também do Serviço Funerário do Município de São Paulo, é a exploração de salas de velório. Essa atividade também pode ser prestada por entidades privadas credenciadas, conforme previsão do art. 3º, §2º, da Lei n. 17.180/2019. Poderia discutir se se deve à prestação de serviços públicos por autorização, de constitucionalidade duvidável, ou se se trata de autorização para o desempenho de atividade econômica. Meu objetivo aqui não é traçar reflexões a respeito da atividade, em si, utilizada como pano de fundo. A minha intenção é deixar claro que as realidades jurídicas são distintas daquelas nas quais, por exemplo, credenciam-se vários restaurantes para fornecimento de almoço para os servidores, a quem cabe entregar "vales" no estabelecimento que serão, depois, liquidados pelo próprio setor financeiro do órgão em benefício da empresa privada. É distinto também de situações nas quais se credenciam postos de gasolina ou estacionamentos para uso dos motoristas em trabalhos externos para determinada entidade. Nessas situações, o que difere é que, de fato, estabelece-se uma relação contratual entre a Administração e o credenciado pois, no fim, quem esteve em contato direto com o particular foi um agente que tornou presente o Estado na relação.

Em situações como aquelas referentes a autoescolas e prestadoras dos programas de residência médica, a relação contratual é direta com o administrado. Não há relação triangular – como ocorre no regime das concessões de serviço

público⁴³ -, pois a Administração não se encontra figurada. Seu papel se limita ao ato de credenciar, que, por ambiguidade, resultará na edição de um veículo introdutor de normas que será chamado de credenciamento⁴⁴, embora destina-se a veicular, por exemplo, conteúdos referentes a autorizações. Todavia, não dirigirá-se à formação futura de um contrato administrativo.

Pois bem, seria um equívoco afirmar que a relação contratual integra o Poder Público. Concluir dessa maneira é concluir que um administrado pode, sem delegação, editar um ato administrativo. Como já me manifestei antes, o contrato não deixa de ser um ato administrativo qualificado pelo fato de ter seu conteúdo constituído por manifestações do Estado e do particular, o que não é o caso que se apresenta⁴⁵. Isso leva a uma conclusão central pois, como eu disse, entender o processo é entendê-lo no exercício da função pública, ou seja, entendê-lo de acordo com o ato final a ser produzido. Se destinado à formação de contratos administrativos, incide-se a rede de competências constitucionais destinada às contratações públicas. Se não, incide-se o regime referente à edição de atos unilaterais por si só, o que quer dizer que a seleção pode sim ser especificada em regulamento.

Como já se consagrou na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, invocar um conceito jurídico é invocar um conjunto de normas⁴⁶. Um conceito é uma síntese, um grupo de normas classificadas e reunidas em conjunto de acordo com critérios específicos. Tem-se, assim, o instituto. Assim, posso concluir: o credenciamento da Lei de Licitações é destinado à formação de contratos administrativos. Carrega assim as inconstitucionalidades referentes ao regime das contratações. A interpretação conforme, aqui, só poderia beneficiar o regime do credenciamento alheio a contratos administrativos no âmbito da União, não vinculando os demais entes, uma vez que o processo administrativo não é de tratamento exclusivo do legislador federal. Assim sendo, não restam dúvidas de que, por mais que compartilhem características comuns, o que justificaria um estudo conjunto e até mesmo a ambiguidade do termo, não se pode dizer, principalmente para os demais entes federativos, que há apenas um credenciamento, aquele da Lei n. 14.133/2021.

Referências

- ANDRADE, L. Q. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*, São Paulo, Malheiros, 2015.
- BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*, 4 ed, São Paulo, Saraiva, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*, 35 ed, São Paulo, Malheiros, 2021.
- BANDEIRA DE MELLO, O. A. *Da licitação*, São Paulo, Bushatsky, 1978.
- BINENBOJM, G. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3 ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2014.
- BOBBIO, N. *Teoria da norma jurídica*. 2 ed. São Paulo, Edipro, 2014.
- CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7 ed, Coimbra, Almedina, 2017.
- CARRAZZA, R. A. *O regulamento do direito tributário brasileiro*, São Paulo, RT, 1981.
- CARRAZZA, R. A. *O regulamento do direito tributário brasileiro*, São Paulo, RT, 1981.

⁴³Fenômeno esse estudado em ANDRADE, L. Q. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. São Paulo, Malheiros, 2015.

⁴⁴Sobre os veículos introdutoros de normas: MOUSSALLEM, T. M. *Fontes no direito tributário*. 2 ed. São Paulo, Noeses, 2006, p. 125-128.

⁴⁵GALIL, João Victor Tavares. *Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor*. Op cit., p. 297.

⁴⁶BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35 ed, São Paulo, Malheiros, 2021, p. 308.

- CINTRA, A. C. A; GRINOVER, A. P; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*, 29 ed. São Paulo, Malheiros, 2013.
- CYRINO, A. *Delegações legislativas, regulamentos e administração pública*, Belo Horizonte, Fórum, 2019
- DALLARI, A. A. "Credenciamento", en BANDEIRA DE MELLO, C. A. (coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, v. 2, São Paulo, Malheiros, 1997., p. 38-52.
- DALLARI, A. A. *Aspectos jurídicos da licitação*, 6 ed, São Paulo, Saraiva, 2003.
- DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*, Vol. I, São Paulo, Malheiros, 2017.
- ENTERRÍA, E. G; FERNANDÉZ, T. R. *Curso de direito administrativo*, Tomo II, São Paulo, RT, 2015.
- ESCOLA, H. J. *Compendio de derecho administrativo*, vol II, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- FERRAZ, S; DALLARI, A. A. *Processo administrativo*, 3 ed, São Paulo, Malheiros, 2012.
- GALIL, J. V. T. *Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor*, Rio de Janeiro, CEEJ, 2020.
- GASPARINI, D. *Direito administrativo*, 14 ed, São Paulo, Saraiva, 2012.
- GRAU, E. R. *Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da Lei*, São Paulo, Malheiros, 1995.
- GRAU, E. *O direito posto e o direito pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 1996.
- LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília, UnB, 1980.
- MARTINS, R. M. *Regulação Administrativa à luz da Constituição Federal*, São Paulo, Malheiros, 2014.
- MARTINS, R. M. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, São Paulo, Malheiros, 2015.
- MARTINS, R. M. "Inexigibilidade de licitação à luz da Lei 14.133/21", *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 5, nº. 19, out/dez. 2021, p. 28/29.
- MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*, 41 ed, São Paulo, Malheiros, 2015.
- MONTEIRO, V. *Licitação na modalidade pregão*, 2 ed, São Paulo, Malheiros, 2010.
- MOUSSALLEM, T. M. *Fontes no direito tributário*, 2 ed, São Paulo, Noeses, 2006.
- NIEBUHR, J. M. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- ROSILHO, A. *Licitação no Brasil*. São Paulo, Malheiros, 2013.
- SUNDFELD, C. A. *Licitação e contrato administrativo*, 2 ed, São Paulo, Malheiros, 1995.
- SUNDFELD, C. A. *Direito administrativo ordenador*, 1 ed, São Paulo, Malheiros, 2003.