

REDE | Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 5 – janeiro/fevereiro/março de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

CRENCIAMENTO

Prof. Adilson Abreu Dallari

*Professor Titular de Direito Administrativo da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*

I. INTRODUÇÃO

Credenciamento é algo como bruxaria: ninguém acredita nele, mas que existe, existe! Essa é a impressão que se tem ao compilar os principais repositórios de jurisprudência e os índices das principais revistas jurídicas. Com efeito, praticamente não existe jurisprudência ou doutrina sobre esse assunto, não obstante sua presença, já de longa data, na legislação, conforme os exemplos que se seguem.

Há 35 anos, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 4.024, de 20/12/61), em seu art. 9º, § 2º, “c”, afirmava ser atribuição da Câmara de Educação Superior: “deliberar sobre a autorização, o **credenciamento** e o recredenciamento periódico de instituições de educação superior, inclusive de universidades...”.

Da mesma forma, a Lei das Execuções Penais (Lei nº 7.210, de 11/07/84), em seu art. 149, I, afirmava competir ao juiz de execução: “designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente **credenciado** ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões”.

Por sua vez, a Lei nº 8.010, de 29/03/90, que dispõe sobre a importação de bens destinados à pesquisa científica e tecnológica, no §2º, de seu art. 1º, diz:

*“§ 2º. O disposto neste artigo aplica-se somente às importações realizadas pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, e por entidades sem fins lucrativos ativas no fomento, na coordenação ou na execução de programas de pesquisa científica e tecnológica ou de ensino, devidamente **credenciadas** pelo CNPq.”*

Mais recentemente, o Decreto nº 1.691, de 28/09/95, que regulamenta o exercício da auditoria no âmbito do Sistema Único de Saúde, no art. 3º, I, “a”, se refere a “instrumentos e critérios de acreditação, **credenciamento** e cadastramento de serviços”.

De maneira mais detalhada, a Resolução nº 809, de 12/12/95, do CONTRAN, que dispõe sobre vistoria e inspeção de veículos, em seu art. 5º, institui a Inspeção de Segurança Veicular, destinada a verificar o verdadeiro estado de segurança e funcionamento dos veículos, como condição para o licenciamento, dizendo que essa atividade poderá ser executada “pelos Departamentos de Trânsito, suas Circunscrições Regionais ou entidades por eles devidamente **credenciadas**”.

Merece transcrição o art. 10 e seu parágrafo único, dessa Resolução, que permitem melhor visualizar esse credenciamento:

“Art. 10 - O credenciamento de entidades de que tratam os artigos 1º e 5º, desta Resolução, será realizado através de procedimentos, exigências e garantias fixados pelos Departamentos de Trânsito, observada a legislação pertinente e, no mínimo, o seguinte:

- a) idoneidade;*
- b) responsabilidade técnica; e*
- c) capacidade operacional.*

Parágrafo único. Os profissionais das entidades de que trata este artigo, encarregados da realização das vistorias e das inspeções, deverão ser habilitados e cadastrados conforme exigências, regras e procedimentos estabelecidos pelos respectivos órgãos de trânsito.”

Algumas vezes o credenciamento se apresenta sob outra denominação. É o que ocorre em um outro ponto da legislação de trânsito. O Código Nacional de Trânsito, em seu art. 65, confere ao CONTRAN a competência para disciplinar a aprendizagem para dirigir veículos. No exercício dessa competência, o CONTRAN expediu a Resolução nº 584, de 16/09/71, dispondo, entre outras coisas, sobre o funcionamento de auto-escolas, dizendo que estas deverão obter registro no Departamento de Trânsito, antes e como condição de seu funcionamento. Ou seja, para que uma auto-escola possa desenvolver suas atividades, inclusive transitando pelas vias públicas com

veículos dirigidos por pessoas não habilitadas, ela precisa de uma outorga ou de uma anuência do Poder Público.

Algo semelhante ocorre no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13/07/90), cujo art. 91 determina que as entidades não-governamentais dedicadas ao atendimento da criança e do adolescente “somente poderão funcionar depois de registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente”. Tal registro, obviamente, serve para que o Poder Público verifique previamente se tal entidade tem ou não condições para fazer aquilo a que se propõe.

O credenciamento aparece também (com ou sem esse nome) na legislação futura, ou seja, nos projetos ou anteprojetos de leis em cogitação ou tramitação.

O Anteprojeto da Lei de Consolidação das Leis Federais no Meio Ambiente”, publicado no D.O U. de 17/02/92, ao dispor sobre a elaboração do Estudo de Impacto Ambiental, diz, em seu art. 52, que: “Na elaboração do EIA deve ser empregada equipe multidisciplinar habilitada e cadastrada no IBAMA...”. O propósito evidente do dispositivo é reservar a elaboração desse trabalho para equipes multidisciplinares de profissionais cuja idoneidade técnica tenha sido previamente reconhecida pelo Poder Público.

Coisa muito parecida está ocorrendo na área da reforma do aparelhamento administrativo da União, onde o Governo pretende extinguir autarquias e fundações para, em seu lugar, colocar “entidades públicas não governamentais”, que teriam suas atribuições e responsabilidades definidas por meio de “contratos de gestão”. Embora isso tudo seja ainda bastante indefinido e nebuloso, pode-se perceber uma certa similitude com o credenciamento. A diferença básica consiste em que tais entidades públicas, adjetivadas como não-governamentais, seriam constituídas com recursos financeiros oriundos do Poder Público.

O que se tem de mais concreto, em termos de legislação futura, é o projeto do novo Código Nacional de Trânsito, em fase final de tramitação perante o Congresso Nacional, que já passa a valer-se do credenciamento. Em seus artigos 20, VI, e 21, VIII, ele cuida da competência para “**credenciar** os serviços de escolta”.

O novo Código Nacional de Trânsito já disporá, diretamente, sobre a inspeção de segurança veicular. O art. 105 do mencionado projeto se refere mais de uma vez ao **credenciamento** de entidades idôneas, tanto para a inspeção de segurança, quanto para a verificação da emissão de gases poluentes e ruído.

Estes exemplos são suficientes para demonstrar a necessidade de se produzir algum estudo teórico-doutrinário, ainda que incipiente, sobre o instituto jurídico do credenciamento.

II. APROXIMAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Também de longa data a doutrina já havia se dado conta da necessidade de que, em certas situações, a Administração Pública pode valer-se do concurso de particulares para desempenhar atividades que seriam de sua alçada ou, pelo menos, de seu interesse.

OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, em seu magnífico tratado sobre os “Princípios Gerais de Direito Administrativo” (Forense, Rio. 1969, vol. II, pág. 361, já se referia aos “particulares na execução de função ou serviço público” destacando que tais pessoas seriam prestacionistas de atividades públicas, mas não seriam servidores públicos, nem se inseririam no arcabouço interno das estruturas administrativas. Dizia o saudoso mestre:

“Assim, os prestacionistas cooperam com o Estado para melhor realização de qualquer das suas atividades, incumbindo-lhes apenas, obrigação de prestação de atividade, quando no cumprimento das atribuições que lhes caibam, pois não são titulares de cargo público, e sim meros executores de funções ou de serviços”.

Da mesma forma, a doutrina já cuidou, também, de atos da Administração Pública destinados a conferir prerrogativas especiais a determinados particulares, para o desenvolvimento de atividades ou desempenho de atribuições de interesse da própria Administração Pública.

HELY LOPES MEIRELLES, Em seu consagrado “Direito Administrativo Brasileiro” (Malheiros, 21ª ed. 1996, pág. 170) discorreu sobre os atos administrativos negociais, apresentando o seguinte conceito:

“Atos administrativos negociais são todos aqueles que contêm uma declaração de vontade da Administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a deferir certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo Poder Público”.

Nessa categoria, o pranteado mestre enquadrava a licença, a autorização, a permissão, a admissão, o visto, a aprovação, a homologação, a renúncia e, por último, o protocolo administrativo, que, imediatamente em seguida (pág. 174) era assim conceituado:

“Protocolo administrativo é o ato negocial pelo qual o Poder Público acerta com o particular a realização de determinado empreendimento ou atividade ou a abstenção de certa conduta, no interesse recíproco da Administração e do administrado signatário do instrumento protocolar. Esse ato é vinculante para todos que o subscrevem, pois gera obrigações e direitos entre as partes. É sempre um ato biface, porque, de um, lado está a manifestação de vontade do Poder Público, sujeita ao Direito Administrativo, e, de outro, a do particular ou particulares, regida pelo Direito Privado”.

Nessa configuração de ato administrativo negocial, especialmente com a inclusão do protocolo administrativo, nitidamente bi-lateral, certamente poderia ter-se enquadrado também o credenciamento, por similitude com os demais atos expressamente referidos pelo inesquecível mestre.

É certo que, no passado, ao tempo em que tínhamos o prazer e a honra de conviver com esses renomados doutrinadores acima referidos, era um pouco mais nítida a linha de separação entre o público e o privado, podendo-se dizer que era excepcional a presença dos particulares na seara da Administração Pública. Hoje em dia as coisas são diferentes.

III. PARCERIAS

A palavra da moda é parceria. Diante do evidente e indiscutível exaurimento da capacidade de investimento do Poder Público, e tangida pelos ventos do neo-liberalismo, que determina um enxugamento das estruturas administrativas estatais, a Administração Pública cada vez mais se aproxima dos particulares, para deixar a cargo destes certas atividades que tradicionalmente eram ou seriam suas, tornando cada vez mais indistinto o limite entre o público e o privado .

Some-se a isso a dinâmica veloz do mundo atual, especialmente no campo da tecnologia, e ter-se-á como inexorável a transferência de encargos do Poder Público para o setor privado da economia. Melhor explicando: a Administração Pública não tem como aparelhar-se para desenvolver hoje, com tecnologia atual, atividades que, no passado, ela sempre operou.

Tome-se como exemplo a acima referida vistoria preliminar ao licenciamento de veículos. Isso sempre foi feito de maneira rudimentar e empírica. Agora, exige-se para tal vistoria um sofisticado aparelhamento eletrônico, de custo bastante elevado, cuja aquisição pelos órgãos e entidades da Administração Pública seria impossível ou, no mínimo, inconveniente.

Para agravar de uma vez a situação, não se pode deixar de mencionar que, lamentavelmente, os governos demonstram cada vez menor afeição ao sistema jurídico, especialmente pela Constituição Federal. O maior exemplo disso é a avalanche imoral das medidas provisórias, fazendo com que o País tenha hoje um direito provisório.

Num ambiente institucional onde até mesmo o direito é provisório, seria uma insuportável ingenuidade acreditar no aprimoramento dos órgãos e entidades da administração pública. Dizendo de maneira mais clara: não é de se esperar que o Poder Público venha a investir na aquisição de equipamentos e na preparação de pessoal para desenvolver atividades que exijam alta tecnologia. Assim, não existe alternativa senão recorrer, com maior ou menor açodamento, ao concurso de particulares.

Essas transformações no mundo dos fatos não pode ser ignorada pelo Direito, cujos profissionais devem reciclar-se ou adaptar-se rapidamente, sob pena de ficarem tão obsoletos quanto os equipamentos da Administração Pública.

Quem deixa isso bastante claro é MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, em seu notável estudo sobre as “Parcerias na Administração Pública” (Atlas, 1996), em cuja Introdução (pág. 10) encontra-se esta colocação lapidar:

“As idéias de parceria e colaboração dominam todos os setores, com reflexos inevitáveis no âmbito do Direito.

O trabalho do jurista aumenta, de um lado, porque crescem assustadoramente as alterações legislativas, indispensáveis para dar forma e fundamento às reformas que se processam; de outro lado, porque os governantes, no afã de efetivar as almejadas reformas e sob o impulso dos tecnocratas, atropelam muitas vezes o direito positivo, criando fórmulas inéditas de parceria, às vezes quase invertendo o velho princípio da legalidade, segundo o qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. A inovação precede, muitas vezes, a elaboração legislativa.

Por isso mesmo, algumas das formas de parceria tratadas neste livro já estão disciplinadas pelo Direito; outras estão a merecer atenção do legislador e até dos órgãos de controle, porque atuam na zona fronteira do Direito, à medida que vestem uma roupagem de legalidade para ocultar a real intenção de fugir ao regime jurídico de direito público a que estariam sujeitas.”

No curso de seu estudo, essa eminente Professora Titular da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, tece críticas severas a algumas formas de parceria. É menos contundente ao falar sobre o franqueamento ou franquía, que considera apenas, mal adaptada ou mal ajustada às peculiaridades da Administração Pública, mas é bastante severa com certas práticas que ela aponta como utilização indevida da parceria, objetivando, pura e simplesmente, fugir aos controles do regime jurídico publicístico, como é o caso de certas fundações de apoio a entidades públicas, de certas cooperativas prestadoras de serviços públicos e de muitos contratos de fornecimento de mão-de-obra.

O que se pode observar, diante desse quadro, é que abusos são efetivamente cometidos, aproveitando o vácuo deixado pelo descompasso entre o rápido avanço tecnológico e a lenta evolução dos estudos jurídicos.

É preciso que o credenciamento seja estudado, para que não seja desvirtuado.

IV. DIVERSIDADE DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Para avançar nesse caminho, o primeiro passo é superar o preconceito consistente na crença de que a Lei nº 8.666/93 regula exaustivamente todas as modalidades de contratos administrativos, ou, pior que isso, que contrato administrativo é somente aquilo que se contiver na disciplina dada pela mencionada Lei.

Em estudo antigo (“Contrato de Obra Pública”, publicada à pág. 27 dos Cadernos FUNDAP, nº 11, jul/85), no tocante aos ajustes contratuais firmados pelo Poder Público com particulares, já nos manifestamos no sentido de superar a dicotomia entre contrato privado e contrato administrativo, salientando que não há na Administração Pública “contratos exclusivamente sujeitos ao direito privado”, mas, sim, que, na multiplicidade de contratos firmados pelos órgãos e entidades governamentais, “dependendo do seu objeto, haverá uma presença maior ou menor de cláusulas de natureza pública”. Isso já permitia antever uma pluralidade de contratos havidos como “administrativos”.

HELY LOPES MEIRELLES foi mais longe. Às páginas 196 e 197 da mesma obra supra referida, depois de classificar como de natureza semipública os contratos com predominância de elementos de direito privado e como “contrato administrativo propriamente dito”, aquele em que predominam elementos de direito público, no tocante a este último o inesquecível mestre faz a seguinte distinção:

“Os contratos podem ser de colaboração e de atribuição. Contrato de colaboração é todo aquele em que o particular se obriga a prestar ou realizar algo para a Administração, como ocorre nos ajustes de obras, serviços ou fornecimentos; contrato de atribuição é o em que a Administração confere determinadas vantagens ou certos direitos ao particular, tal como o uso especial de bem público. O primeiro é firmado no interesse precípua da Administração; o segundo é realizado no do particular, desde que não contrarie o interesse público. Essa distinção é fundamental para a correta interpretação dos contratos administrativos, como veremos adiante”.

Lamentavelmente (porque isso tem ensejado freqüentes equívocos), muita gente ainda não se deu conta de que a Lei nº 8.666/93 cuida precipuamente dos contratos de colaboração, não obstante no parágrafo único, de seu art. 2º, ela se diga aplicável a “todo e qualquer ajuste entre órgãos e entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação do vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”. O objetivo claro desse dispositivo (deveras alcançado) era evitar que, pela simples “criatividade” no momento de “batizar” uma relação contratual, administradores inescrupulosos contornassem as exigências legais criadas para a salvaguarda dos interesses públicos.

O aspecto negativo está na tentativa de aplicar rigorosamente o regime da Lei nº 8.666/93, sem as necessárias adaptações, a todo e qualquer contrato administrativo, especialmente os de atribuição, quando a simples leitura dos conceitos constantes de seu art. 6º permitem aferir, de imediato, que essa Lei

disciplina, precipuamente, os contratos feitos pela Administração com particulares, para que estes prestem ou realizem para ela (Administração Pública) certos serviços ou determinadas obras, ou, ainda, específicos fornecimentos. Em princípio, são disciplinados por essa Lei os contratos de colaboração, de natureza instrumental, necessários aos desenvolvimento das atividades-meio da Administração.

Quem abrange esta questão das diversas espécies de contratos celebrados pelo Poder Público é o grande mestre argentino AGUSTIN GORDILHO, ao discorrer sobre a classificação dos contratos administrativos em seu "Tratado de Derecho Administrativo" (última edição, 1996, Tomo I, XI - 19), onde faz esta magnífica síntese:

“En suma pensamos básicamente que no hay dos categorías de contratos, civiles y administrativos, sino toda una gama, susceptible de clasificación, que comienza desde a) contratos celebrados por la administración en un virtual pie de igualdad jurídica con otro sujeto de derecho público o privado, o b) con ligeras notas de derecho público c) en un crescendo de potestades y privilegios estatales. Tendríamos así:

a) en el primer caso, la compraventa de inmuebles y el contrato de crédito externo;

b) en el segundo, el subsidio, la subvención, la donación;

c) en el tercero, locación y concesión o permiso de uso del dominio privado o público del Estado, contrato de suministro y de obra público, relación de empleo público; concesiones de obras públicas, concesiones y licencias de servicios públicos, contrato de empréstito público interno.

Dicho en otras palabras, aunque reduzcamos la clasificación a dos categorías, contratos civiles y administrativos de la administración, la segunda especie es susceptible de subdivisiones en atención a diversos regímenes jurídicos dentro del sistema de derecho administrativo.

Clásicamente se há buscado explicar notas generales comunes a estos distintos regímenes jurídicos, pero debe tenerse cuidado en advertir que no se trata de una suerte de inducción empírica válida de reglas generales de las cuales luego se pueda deducir su aplicación a un caso concreto, sino que es tan sólo una generalización de tipo didáctico, ilustrativo.

El régimen concreto hay que buscarlo en el conjunto normativo de cada contrato determinado e individualizado, interpretado claro está conforme a los principios generales del derecho”.

A bem da verdade, diga-se que a Lei nº 8.666/93 jamais pretendeu ser uma panacéia única e universal, pois ela mesmo afirma que suas normas se aplicam apenas subsidiariamente (art.62, § 3º) aos contratos de seguro,

financiamento locação e outros regidos predominantemente por normas de direito privado, e aos contratos em que a Administração figure como usuária de serviço público, assim como (art. 124) aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos.

Não por acaso, na Argentina desde longa data já se entende que as diversas espécies de contratos administrativos devem ser estudados cada uma de acordo com suas peculiaridades. Em 1982 a Asociación Argentina de Derecho Administrativo - AADA, publicou uma alentada coletânea de estudos de diversos autores (distribuído pelo Editorial Astrea), reunidos em dois volumes, dos quais o segundo cuida de “Contratos Especiales”, abordando, sob tal denominação, os contratos de empréstimo público, de risco, de concessão minerária, de locação, de sociedade de jogo (dado que na Argentina existem cassinos e o jogo é controlado pelo poder público), de crédito externo, de consultoria, de concessão e permissão uso de águas públicas, de concessão de serviço público, de emprego público e de subvenção.

No Brasil, pelo menos se haverá de cuidar dos chamados “contratos de gestão” que o Governo Federal pretende implantar em larga escala, mas que, até agora permanece como uma incógnita, à mingua de qualquer disciplina prestante ou minimamente consistente.

Aguarda-se para breve uma disciplina específica para os contratos de concessão na área das telecomunicações.

De imediato, já se requer um cuidado maior para com os contratos interadministrativos (celebrados entre órgãos e entidades públicas, que foram ignorados pela Lei nº 8.666/93), assim como para com os contratos de permissão e concessão de uso de bens públicos, de risco, de lavra, de franquia, de outorga de auxílios e subvenções, de fomento e muitos outros, entre os quais está o de **credenciamento**.

V. ATIVIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para que se possa chegar a uma compreensão mais exata daquilo que, em nosso entendimento, deve ser o regime jurídico do credenciamento, será necessário partir de uma visão panorâmica das atividades desenvolvidas pela Administração Pública.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em sua monografia sobre “Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta” (RT, 1983, pág. 16) apresenta uma classificação sumária das atividades da Administração, que é extremamente útil para dar uma visão de conjunto, genérica, e, ao mesmo tempo, mostrar que as atividades administrativas não são homogêneas ou uniformes, mas que apresentam diversidades e peculiaridades, as quais permitem agrupá-las em alguns espécies. Sumariando o trabalho desse notável mestre, podemos dizer que tais espécies seriam as seguintes: prestação de serviços públicos, polícia administrativa, fomento, intervenção nos atos dos

particulares para lhes dar segurança e certeza jurídicas, e, por último, atividades instrumentais, internas, necessárias e preliminares ao desempenho das demais, consistentes em prover-se de recursos humanos e materiais essenciais ao funcionamento de todo o conjunto.

Maior detença e maior cuidado, para os fins deste estudo, merece a distinção entre serviços públicos e polícia administrativa (atividade identificada por muitos autores sob a designação de “poder de polícia”), o que se fará ainda com o auxílio de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a partir do conceito de “serviço público” por ele delineado em seu “Curso de Direito Administrativo” (Malheiros, 8ª ed. 1996, pág. 405), nestes termos:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público - portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”.

Ao desenvolver a atividade consistente na prestação de serviços públicos, a Administração faz ou coloca à disposição dos administrados uma comodidade, um conforto, uma utilidade, algo que vem em proveito direto dos particulares.

Totalmente diferente disso é a atividade consistente em impedir, em nome do interesse público ou da coletividade como um todo, que particulares façam determinadas coisas de seu interesse, pelo menos sem que a autoridade pública competente manifeste sua anuência. Neste caso, o Poder Público não está fazendo coisa alguma de interesse específico ou em benefício direto de determinada pessoa ou entidade privada.

Esta última atividade melhor se enquadra no conceito de poder de polícia, tal como formulado pelo inesquecível HELY LOPES MEIRELLES (“Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros, 21ª ed. 1996, pág. 115): *“Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.*

Atualmente, faz-se uma distinção entre “poder de polícia”, consistente na produção das normas condicionadoras ou restritivas de direitos dos particulares, e “polícia administrativa”, consistente na verificação do cumprimento de tais normas e na aplicação das sanções nelas previstas.

O conceito de polícia administrativa é dado, de maneira completa e perfeita, por CLOVIS BEZNOS, em sua preciosa monografia sobre o “Poder de Polícia” (RT, 1979, pág. 76):

“Polícia administrativa é a atividade administrativa, exercitada sob previsão legal, com fundamento numa supremacia geral da Administração, e que tem por objeto ou reconhecer os confins dos

direitos, através de um processo, meramente interpretativos, quando derivada de uma competência vinculada, ou delinear os contornos dos direitos, assegurados no sistema normativo, quando resultante de uma competência discricionária, a fim de adequá-los aos demais valores albergados no mesmo sistema, impondo aos administrados uma obrigação de não fazer”.

Essa parte final pode ensejar alguma dúvida que convém, de pronto, esclarecer: quando o autor fala em “obrigação de não fazer”, ele está se referindo ao dever de não poluir, não fazer ruído excessivo, não colocar a vida e a segurança das pessoas em risco, não perturbar, não atentar contra a moralidade pública. Para cumprir essa obrigação pode eventualmente ser necessário fazer alguma coisa, como instalar filtros, vestir-se adequadamente, obter uma licença para porte de arma, uma habilitação para dirigir veículo etc.

O que se pretende dizer é que, muitas vezes, para demonstrar que não está se comportando de maneira contrária ao interesse público, o particular pode arcar com algum ônus.

Para esclarecer definitivamente a questão, é preciso invocar aqui o conceito de “ônus”, magnificamente trabalhado por EROS ROBERTO GRAU (“Direito, Conceitos e Normas Jurídicas” RT, 1988, pág. 118):

“O ônus, destarte, é um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse. Nisto se distingue do dever – e da obrigação que consubstanciada vínculo imposto àquela mesma vontade, porém no interesse de outrem. Por isso que o não-cumprimento do ônus não acarreta, para o sujeito, sanção jurídica, mas tão-somente uma certa desvantagem econômica: a não obtenção da vantagem, a não satisfação do interesse ou a não realização do direito pretendido. Já o não-cumprimento do dever – ou da obrigação – acarreta sanção jurídica para o sujeito. Neste último caso, o interesse a cuja tutela aproveita o cumprimento do dever é alheio à pessoa do sujeito a ela vinculado; no primeiro caso, o interesse a que respeita a vinculação pelo ônus é do próprio sujeito vinculado.

Define-se o ônus, assim, como o instrumento através do qual o ordenamento jurídico impõe ao sujeito um determinado comportamento, que deverá ser adotado se não pretender arcar com conseqüências que lhe serão prejudiciais. Ou como um comportamento que o sujeito deve adotar para alcançar uma determinada vantagem, que consiste na aquisição ou na conservação de um direito”

Por exemplo, para que alguém possa obter o direito de edificar, é preciso que submeta ao exame do Poder Público uma planta da futura edificação, na forma prevista em lei. Da mesma forma, se alguém pretende adquirir o direito de dirigir veículo nas vias públicas, é preciso que aprenda a dirigir tal veículo, de acordo com as normas que disciplinam o trânsito de veículos automotores, e, além disso, demonstre formalmente perante a autoridade competente o preenchimento dessa condição.

Neste passo é preciso fazer uma nova distinção: uma coisa é o reconhecimento oficial (mediante a emissão de um ato jurídico administrativo) de que o interessado preenche os requisitos legais para construir ou dirigir veículo; outra coisa é a atividade técnica destinada a verificar se esse ato jurídico administrativo pode ou não ser emitido. Esta última atividade, de natureza instrumental, pode ser delegada; a primeira (segundo entendimento predominante na doutrina e que não cabe aqui discutir) é exclusiva de órgão dotado de fé pública, de prerrogativas inerentes ao Poder Público, conforme afirma, com sua indiscutível autoridade na matéria, o Desembargador ALVARO LAZZARINI, em seus “Estudos de Direito Administrativo” (RT, 1995, pág. 313):

“Tenho entendido que o Poder de Polícia, que legitima a ação da polícia e a sua própria razão de ser, é a capacidade derivada do Direito, de que dispõe a Administração Pública, como poder público, para controlar os direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, inspirando-se nos ideais do bem comum.

Polícia, portanto, sendo uma idéia indissociável da do Estado, só pode ser exercida por órgãos da administração Pública, enquanto poder público e não através de órgãos paraestatais, como empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica, sujeitando-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição de 1988”.

Esse entendimento não impede a atribuição a particulares das atividades técnicas, instrumentais, de mera verificação, com base nas qual a entidade pública emitirá a declaração de conformidade (habilitando ao exercício de um direito) ou aplicará alguma sanção, no caso de desconformidade.

Evidentemente, quando um particular estiver desenvolvendo tal atividade técnica, instrumental, ele certamente deverá ser remunerado pelo trabalho executado. Essa remuneração ou será paga pelo Poder Público que o contratou especificamente para isso (contrato de colaboração), ou, então pelo particular diretamente interessado na obtenção da situação jurídica para a qual o trabalho executado é meio, instrumento ou ônus a ser suportado.

Para encerrar definitivamente a distinção entre serviço público e polícia administrativa, convém, mais uma vez, invocar o magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, à pág. 412 de seu “Curso” acima mencionado:

“A distinção entre serviço público e polícia administrativa, entretanto, é óbvia. Basta atentar para o fato de que um e outra têm sentidos, direcionamentos, antagônicos.

Enquanto o serviço público visa ofertar ao administrado uma utilidade, ampliando, assim, o seu desfrute de comodidades, mediante prestações feitas em prol de cada qual, o poder de polícia, inversamente (conquanto para a proteção do interesse de todos), visa restringir, limitar,

condicionar, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social. Então, a polícia administrativa constitui-se em uma atividade orientada para a contenção dos comportamentos dos administrados, ao passos que o serviço público, muito ao contrário, orienta-se para a atribuição aos administrados de comodidades e utilidades materiais”.

Tudo isso foi dito e demonstrado para que se possa melhor compreender a afirmação no sentido de que o credenciamento está precipuamente voltado para a execução, por particulares, dos serviços instrumentais necessários ao desenvolvimento das atividades de polícia administrativa.

Serviços públicos podem ser prestados por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão, ou, ainda, mediante contrato de direito público ou convênio, no caso de participação de forma complementar no sistema único de saúde, conforme o disposto nos arts. 21, XII, 175 e 199, § 1º, da Constituição Federal.

Já os atos jurídicos administrativos inerentes ao exercício de atividades de polícia administrativa, segundo a doutrina predominante, não podem ser delegados a particulares ou mesmo entidades governamentais dotadas de personalidade jurídica de direito privado. O que pode ser atribuído a particulares é o desempenho das atividades técnicas instrumentais ao exercício da atividade jurídica de polícia administrativa. Esta atribuição é feita precipuamente sob a forma de credenciamento.

Cabe ressaltar que o credenciamento serve precipuamente para isso, conforme já foi dito e repetido, mas não exclusivamente, porque, conforme também já foi observado, alguns serviços de natureza pública ou de interesse público também são objeto de credenciamento, como é o caso da polícia judiciária, de atividades integrantes do sistema único de saúde, de atividades de ensino e de ações compreendidas no campo da pesquisa científica e tecnológica.

É possível que, com o desenvolvimento dos estudos jurídicos a respeito do credenciamento, se possa chegar, no futuro, a uma certa precisão conceitual, a partir do que a legislação faria uso mais adequado ou mais preciso desse importante instituto.

Por enquanto, é preciso avançar com aquilo do que se dispõe, tendo-se a consciência e a humildade de reconhecer o caráter provisório das conclusões às quais agora se puder chegar.

VI. CARACTERÍSTICAS DO CREDENCIAMENTO

As coisas são o que são, independente do nome que se lhes atribua. O que caracteriza, identifica ou individualiza um instituto jurídico é o seu peculiar e exclusivo regime jurídico. Assim sendo, cumpre agora buscar os traços

essenciais daquilo que costumeiramente é designado pela voz credenciamento.

Credenciamento é uma outorga ou atribuição. O credenciado recebe do Poder Público uma qualificação, uma situação jurídica ou uma prerrogativa que sem isso não lhe assistiria. O resultado do credenciamento é um acréscimo; o enriquecimento do patrimônio jurídico de alguém, pessoa física ou jurídica.

Tal outorga se faz por meio de um ato formal. Credenciamento não se presume, embora possa estar implícito ou ser conferido a alguém sob outra denominação. É o caso de certos atos de registro, de autorização ou de aprovação, cuja finalidade é exatamente instituir o quadro jurídico descrito no parágrafo anterior.

Esse ato formal terá sempre um conteúdo negocial, correspondendo a um interesse recíproco do outorgante e do outorgado, mas pode ser unilateral ou bilateral, assumindo caráter tipicamente contratual.

A prerrogativa, faculdade ou obrigação atribuída ao outorgado se limita à habilitação para o desempenho de atividade material ou técnica, não jurídica, mas meramente instrumental ou de colaboração com a Administração Pública.

Essa atividade material ou técnica é desenvolvida a título oneroso. Quando a remuneração é paga pelo Poder Público, tem-se aí um simples contrato de colaboração. Quando a remuneração é paga pelo particular interessado, aí se terá um credenciamento propriamente dito, um típico contrato de atribuição.

O sentido fundamental do credenciamento está preso ao significado dos verbos *crer* e *acreditar*. Os atos praticados pelo particular credenciado são tidos ou havidos pelo credenciante como verdadeiros, corretos, confiáveis, salvo prova em contrário, da mesma forma pela qual os atos administrativos são beneficiados pela presunção de veracidade. O efeito fundamental dessa credibilidade é ensejar a prática do ato jurídico do qual depende a atividade material ou técnica desenvolvida instrumentalmente pelo credenciado.

Tendo em vista as repercussões na ordem jurídica, especialmente no tocante à implicação com interesses públicos, é certo que essa atividade material ou técnica deve estar sempre sujeita a fiscalização exercida pelo Poder Público credenciante.

Mediante devida e cabal motivação, sempre que houver real interesse público os termos do credenciamento podem e devem ser revistos, podendo-se chegar até mesmo à extinção da outorga, desde que assegurados os direitos e interesses patrimoniais do particular inocente e de boa-fé.

VII. CONCLUSÕES

A descrição feita no item anterior permite, agora, a formulação de um conceito:

Credenciamento é o ato ou contrato formal pelo qual a Administração Pública confere a um particular, pessoa física ou jurídica, a prerrogativa de exercer certas atividades materiais ou técnicas, em caráter instrumental ou de colaboração com o Poder Público, a título oneroso, remuneradas diretamente pelos interessados, sendo que o resultado dos trabalhos executados desfruta de especial credibilidade, tendo o outorgante o poder/dever de exercer a fiscalização, podendo até mesmo extinguir a outorga, assegurados os direitos e interesses patrimoniais do outorgado inocente e de boa-fé.

Dito isto, cabe apenas acrescentar que o presente trabalho foi feito especialmente com o propósito de homenagear o grande jurista Prof. GERALDO ATALIBA, com quem tivemos o privilégio de conviver durante muitos anos e de quem recebemos a lição no sentido de que é preciso ousar, assumindo riscos, para contribuir, ainda que minimamente, para o desenvolvimento institucional. Provavelmente, pouquíssimos terão o brilho, a cultura, a clarividência e até a intuição desse formidável mestre para desbravar caminhos inexplorados, mas aqueles que se conformarem em apenas repisar caminhos já percorridos, certamente não estarão reverenciando a memória desse saudoso mestre.

Ousadia, entretanto, não é o mesmo que imprudência ou simples aventura. É preciso, pelo menos, observar a necessidade de rigor metodológico, partindo dos princípios, atentando para as finalidades e jamais esquecendo a absoluta necessidade de uma visão sistemática, conforme a lição que ele deixou escrita nas páginas finais de seu maravilhoso “República e Constituição” (RT, 1985, pág. 152), com este teor:

“Qualquer proposta exegética objetiva e imparcial, como convém a um trabalho científico, deve considerar as normas a serem estudadas, em harmonia com o contexto geral do sistema jurídico. Os preceitos normativos não podem ser corretamente entendidos isoladamente, mas, pelo contrário, haverão de ser considerados à luz das exigências globais do sistema, conspicuamente fixadas em seus princípios. Em suma, somente a compreensão sistemática poderá conduzir a resultados seguros. É principalmente a circunstância de muitos intérpretes desprezarem tais postulados metodológicos que gera as disparidades constantemente registradas em matéria de propostas de interpretação”.

Esta a visão que orientou a elaboração deste trabalho.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Texto publicado originalmente na **Revista Trimestral de Direito Público (RTDP)**, vol. 23, pgs. 12-23.